

Tradução: HENSLER, Deborah R. Class actions in context. In: ____; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. *Class Actions in Context: How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation*. Cheltenham, UK / Northampton, MA: EE Elgar, 2016.

INTRODUÇÃO

Acadêmicos do Direito que escrevem sobre *class actions*, litígios em grupo e outros litígios coletivos se concentram em estatutos e regras. Os formuladores de políticas públicas que debatem a adoção de procedimentos coletivos se concentram nas consequências. Nem os estudiosos nem os formuladores de políticas públicas costumam dar muita atenção às circunstâncias que dão origem às reivindicações em massa que os procedimentos abordam, aos valores culturais e às instituições que moldam as crenças quanto à compensação de pessoas e as empresas por perdas, aos arranjos econômicos que facilitam ou impedem o litígio e aos acordos econômicos que facilitam ou impedem o litígio e as políticas que moldam as decisões sobre quem será responsável pelo pagamento da indenização a quem e quanto.

A pesquisa de estudo de caso apresentada neste livro destaca a importância dessas variáveis contextuais para a compreensão das funções que o litígio coletivo desempenha em diferentes regimes jurídicos e políticas e os papéis das partes, advogados, juízes, políticos e sociedade civil na formação do litígio. Ao confrontar as narrativas de como o litígio coletivo surgiu e evoluiu em diferentes contextos, é possível discernir tanto as características comuns dos processos de litígio coletivo de diferentes jurisdições quanto a importância das características específicas do regime na determinação dos resultados do litígio coletivo. A observação atenta das ações coletivas e dos procedimentos de grupos não representativos revela um quadro mais complicado dos desafios que as reivindicações em massa apresentam do que o normalmente sugerido pelos debates sobre a adoção de procedimentos de litígio coletivo. Estudos qualitativos de um pequeno número de litígios de massa deixam muitas questões empíricas sem resposta. Quantas ações judiciais desse tipo existem? Que tipos de lesões têm maior (e menor) probabilidade de levar a um litígio em massa? Como são distribuídos os benefícios e os custos das diversas formas de litígio coletivo? As respostas a essas perguntas aguardam pesquisas quantitativas. Mas as ricas narrativas sobre litígio em diversas circunstâncias legais, culturais, econômicas e políticas apresentadas neste livro oferecem lições para os formuladores de políticas e sugerem caminhos para futuras pesquisas. Este capítulo discute ambas as perspectivas, e encerra com um epílogo acerca do processo de conduzir pesquisas comparativas colaborativas.

LIÇÕES PARA OS FORMULADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Quando se trata de eficiência, os procedimentos de litígio coletivo não são criados da mesma forma

Quando a resolução de uma questão comum – como a aplicação da regra adequada de responsabilidade – tem um efeito decisivo em muitas reivindicações que surgiram sob as mesmas circunstâncias de fato, parece sensato, do ponto de vista da eficiência, resolver essa questão uma vez para todas as reivindicações. Entretanto, é possível criar um procedimento de litígio coletivo que introduza tanta complexidade no litígio que supere a economia decorrente da agregação. Também é possível implementar um procedimento de litígio coletivo de forma a preservar tanto a individualização tradicional em um litígio comum que os ganhos potenciais da agregação não sejam realizados. O litígio sobre valores mobiliários da Deutsche Telekom (Capítulo 13) ilustra essa lição. O procedimento de "caso modelo" (KapMuG) desenvolvido para acelerar o litígio especifica um processo de apelação que resultou em várias viagens para cima e para baixo na escada do tribunal para resolver questões-chave. O resultado é que o caso se arrasta até o momento em que este artigo foi escrito, mais de dez anos após seu início. Além disso, embora o procedimento prevísse a tomada de decisão em um único "caso modelo", os juízes eram obrigados a registrar a decisão do caso modelo nas centenas de arquivos de casos individuais que eram registrados como parte do processo, anulando alguns dos benefícios da agregação.

Por outro lado, o procedimento de litígio multidistrital dos EUA (MDL), outra forma de processo em grupo, é usado com eficiência nos tribunais federais dos EUA, conforme ilustrado pelo litígio de aceleração não intencional da Toyota e o litígio decorrente do derramamento de óleo da British Petroleum (Capítulo 5). Os juízes norte-americanos que foram designados para supervisionar uma decisão de emissão de MDL sobre pleitos, descobertas e moções de julgamento sumário que se aplicam por lei a todas as reivindicações individuais que foram consolidadas para gerenciamento pré-julgamento. Não é necessária a manutenção de registros individuais para implementar a intenção dos legisladores que promulgaram o estatuto da MDL. Somente as decisões finais sobre os méritos são reservadas para julgamento individual.

Entretanto, às vezes os processos ad hoc podem se mostrar mais eficientes do que os procedimentos coletivos especiais. O litígio inglês envolvendo danos à propriedade decorrente da explosão de Buncefield (Capítulo 15) ilustra essa lição. Com o passar do tempo, alguns juízes e advogados ingleses decidiram que, em algumas circunstâncias, o gerenciamento de casos judiciais é mais eficiente do que o procedimento de litígio em grupo inglês (GLO), que tem alguma semelhança com os procedimentos em grupo alemães e americanos.

Em contraste com todas essas abordagens de litígio em grupo, os procedimentos de ação coletiva criam um único processo. Na ausência da opção de incluir ou excluir membros da classe, as decisões geralmente precisam ser tomadas em um período limitado de tempo, minimizando a incerteza sobre quem está vinculado a essas decisões. Entretanto, conforme ilustrado no estudo de caso do litígio de valores mobiliários da Royal Dutch Shell (Capítulo 8), as ações coletivas podem exigir campanhas de notificação extensas - e caras - que introduzem um elemento no litígio coletivo que não está presente nos procedimentos de litígio em grupo ou na gestão de processos judiciais.

Nem todas as ações coletivas prosseguem rapidamente (entretanto, nenhuma das ações coletivas descritas neste livro levou tanto tempo quanto o caso da Deutsche Telekom). A resolução eficiente de disputas - seja dentro ou fora do tribunal - pode ter o preço da precisão, conforme ilustrado no litígio da British Petroleum (Capítulo 5). O Gulf Claims Facility privado pagou mais de US\$ 6 bilhões a mais de 169.000 reclamantes em menos de dois anos. Mas o potencial de "dinheiro fácil" atraiu milhares de reivindicações fraudulentas, bem como muitas reivindicações honestas que provavelmente não teriam sobrevivido a testes legais formais se tivessem sido litigadas, aumentando a indenização total paga pelo mecanismo.

É difícil elaborar procedimentos agregados que atinjam um equilíbrio ideal entre eficiência e precisão. O projeto ideal pode não ser possível devido a regras legais que exigem ou proíbem determinadas opções de procedimentos. Além disso, um procedimento agregador que faça sentido no papel pode não atingir os objetivos desejados na prática. O fato de um procedimento alcançar o equilíbrio que seus criadores buscavam depende de como ele é implementado por aqueles que têm a tarefa de fazê-lo e de como aqueles a quem ele se destina reagem a ele. As respostas de ambos os grupos são moldadas não apenas pelas regras jurídicas formais, mas também pela cultura, pelos incentivos econômicos e pela política.

A implementação efetiva de procedimentos agregadores depende fundamentalmente da percepção dos juízes sobre sua função: quando os juízes gerenciam os casos de forma proativa - muitas vezes chamada de "gerenciamento de casos" - é mais provável que os procedimentos sejam implementados de forma efetiva. A adoção de técnicas de gerenciamento de casos pode exigir uma mudança na cultura judicial e treinamento especializado.

A mídia de massa prepara o cenário para reivindicações em massa

Os estudantes de direito aprendem que a doutrina jurídica substantiva determina quem tem uma ação contra quem e para quê, e as regras processuais determinam como uma reivindicação justificável será litigada. Mas quando ocorrem perdas ou

lesões em massa, a mídia de massa geralmente clama por investigação e faz julgamentos (às vezes apressados) sobre causalidade e culpa que incentivam o litígio e a compensação, mesmo quando as reivindicações não satisfazem os padrões legais exigentes. As evidências disponíveis sugerem que a atenção prolongada da mídia para lesões e perdas em massa e as respostas, muitas vezes dramáticas, estimulam o litígio. A influência de um mecanismo processual específico sobre o comportamento de reclamação é insignificante em relação aos efeitos da mídia de massa.

Os efeitos da mídia sobre as reivindicações em massa não se limitam a certos tipos de jurisdição ou tipos específicos de perda. No litígio transnacional de valores mobiliários da Royal Dutch Shell (Capítulo 8) e no litígio de aceleração não intencional da Toyota nos EUA (Capítulo 5), a divulgação persistente pode ter contribuído para respostas corporativas mais rápidas às falhas de gestão e investigações regulatórias mais vigorosas. No caso da Toyota, essas investigações, por sua vez, incentivaram milhares de reclamações à agência reguladora. Na explosão da Buncefield inglesa, a cobertura da mídia contribuiu para que as empresas aceitassem rapidamente a responsabilidade pelas perdas (Capítulo 15). A cobertura da mídia nacional sobre a contaminação no Golfo do México após o derramamento de óleo da BP aumentou a atenção do público para o derramamento e provavelmente contribuiu para a decisão do Presidente Obama de pressionar o CEO da empresa a criar um fundo de compensação de US\$ 20 bilhões (Capítulo 5). O caso chileno da La Polar (Capítulo 17) gerou 2.000 artigos de jornal e ocupou a agenda política nacional por três semanas, fazendo com que o Ministro do Interior emitisse um apelo para indenizar os consumidores. O envolvimento de uma celebridade da mídia em uma campanha de relações públicas para incentivar os cidadãos alemães comuns a comprar ações da Deutsche Telekom pode ter contribuído para a percepção dos investidores de que lhes era devida uma compensação quando o preço das ações despencou (Capítulo 13).

Apesar da importância da gestão de crises e das relações com a mídia para as partes e advogados envolvidos em litígios de massa, nenhuma faculdade de direito oferece cursos sobre esse tópico; nem atraiu muita atenção acadêmica jurídica. Mas o papel da mídia na formação de litígios em massa chamou a atenção de grandes corporações que são frequentemente alvos de tais litígios e dos grandes escritórios de advocacia que geralmente as representam, muitos dos quais criaram grupos formais de prática de gerenciamento de crises. É improvável que os escritórios menores que representam os autores de ações exclusivamente em jurisdições que têm varas divididas tenham os recursos necessários para implementar toda a gama de estratégias que os escritórios de relações públicas e os escritórios de advocacia oferecem aos clientes corporativos. Mas os escritórios de reclamantes mais experientes, especialmente nos Estados Unidos (EUA), têm

uma compreensão sofisticada de como a cobertura da mídia molda as respostas do governo a lesões e perdas em massa e usam esse conhecimento para moldar o ambiente de litígio.

Os juízes são os que menos se sentem à vontade com as tempestades de fogo da mídia que frequentemente acompanham os litígios em massa. Formalmente, presume-se que os juízes estejam "acima da briga" e a maioria se esforça para manter distância dos representantes da mídia. Não se sabe se, e até que ponto, a tomada de decisões judiciais é sensível às representações da mídia sobre reclamações e litígios em massa.

Reivindicações em massa incentivam a adaptação jurídica

Há uma extensa literatura sobre as respostas da sociedade às vítimas de lesões em massa. Os sobreviventes de ataques terroristas e desastres naturais atraem a simpatia do público, o que muitas vezes leva a uma grande quantidade de ajuda humanitária de fontes públicas e privadas. A chave para despertar a simpatia do público é a percepção de que os ferimentos e as perdas dos sobreviventes foram resultado de má sorte ou da incompetência ou má conduta de outra pessoa, e não do comportamento dos próprios sobreviventes. Quando as circunstâncias que envolvem a lesão são ambíguas, é menos provável que os sobreviventes sejam percebidos como "vítimas" e mais provável que sejam vistos como indignos de receber ajuda e deixados à própria sorte. Quando as lesões em massa levam a processos de indenização prolongados e controversos, aqueles que inicialmente eram vistos como vítimas dignas podem passar a ser vistos como suplicantes gananciosos ou talvez fraudadores (Barrett, 2005; Dauber, 2003-2004; Tugend, 2013).

O fato de a reivindicação ser vista como justa ou exploradora é culturalmente determinado. Hoje em dia, mesmo nas sociedades capitalistas, parece haver uma tendência a favorecer a reparação para as pessoas comuns - investidores "familiares", aposentados, consumidores de renda média e baixa e proprietários de pequenas empresas - que sofreram perdas em suas negociações com grandes corporações, mesmo quando os termos das transações entre esses cidadãos e as corporações indiscutivelmente não justificam a reparação legal. No entanto, a simpatia por indivíduos que talvez não tenham entendido os termos de um contrato que celebraram não se estende necessariamente ao fornecimento de reparação coletiva a uma classe de indivíduos em situação semelhante.

Em parte, como resultado, o litígio descrito neste livro nem sempre - ou mesmo frequentemente - levou a vitórias legais formais. Entretanto, o litígio às vezes incentivava mudanças doutrinárias e inovações processuais que inclinavam o regime jurídico para os reclamantes. Além disso, à medida que os advogados se familiarizavam com o contencioso de massa, alguns começaram a mudar a forma

como exerciam a advocacia. Em alguns casos, essas mudanças podem ter alterado o curso do litígio subsequente.

O litígio da Vie d'Or (Capítulo 6) oferece um exemplo vívido do potencial de reclamantes simpáticos para mudar as normas jurídicas. Os 11.000 consumidores holandeses que perderam seus investimentos e apólices de seguro de vida quando a Vie d'Or foi declarada insolvente eram relativamente ricos. No entanto, como eram principalmente prestadores de serviços independentes e proprietários de pequenas empresas, não tinham a rede de segurança oferecida aos funcionários públicos e corporativos. À medida que o litígio de insolvência avançava, a situação deles atraiu a atenção da mídia e, por fim, da política. O Ministério Público foi autorizado a entrar com um pedido de investigação sobre os negócios da Vie d'Or junto à Enterprise Chamber do Tribunal de Apelação de Amsterdã, embora normalmente apenas os acionistas da empresa possam entrar com tais pedidos. O órgão público regulador de seguros criou e financiou uma fundação de propósito especial para representar o interesse dos requerentes da Vie d'Or no litígio, a primeira vez na Holanda que um órgão público tomou essa medida. Embora o Estado holandês tenha contestado sua responsabilidade pela regulamentação frouxa que contribuiu para a queda do Vie d'Or até a Suprema Corte e tenha resistido formalmente à pressão pública para contribuir com um fundo de acordo, nos bastidores o governo acabou ajudando a facilitar um acordo coletivo das reivindicações. Preocupada com sua imagem pública, a associação comercial do setor contribuiu para o fundo de acordo, embora não fosse parte do litígio.

O procedimento de litígio em grupo da Alemanha (KapMuG) foi adotado especificamente para agilizar a resolução de reclamações por perdas financeiras apresentadas por milhares de cidadãos comuns que haviam sido incentivados a comprar ações da recém-privatizada Deutsche Telekom em uma época em que era incomum que alemães de classe média investissem na bolsa de valores (Capítulo 13). Quando os acionistas recorreram às suas apólices de seguro de despesas legais para cobrir seus custos de litígio, suas seguradoras argumentaram que o texto das apólices excluía suas reivindicações. Rejeitando o argumento das seguradoras, a Corte decidiu que a linguagem exclusiva do contrato em que as seguradoras se basearam não se aplicava quando as reivindicações em questão alegavam responsabilidade do prospecto no contexto de poupança para aposentadoria - o que se encaixava exatamente nas circunstâncias dos acionistas da Deutsche Telekom. Embora o KapMuG tivesse como objetivo principal auxiliar os tribunais a lidar com a enxurrada de reclamações que se seguiu à decisão sobre o seguro de despesas jurídicas, no longo prazo o novo procedimento passou a ser visto como uma ajuda para garantir o acesso dos investidores aos tribunais.

A contaminação causada pelo derramamento de óleo no Golfo (Capítulo 5) foi menos uma consequência da doutrina jurídica do que um resultado da pressão política em nome daqueles que sofreram perdas, a maioria dos quais eram proprietários de pequenas empresas e operadores independentes. Embora a BP fosse responsável por indenizações nos termos da Lei de Poluição por Óleo, o limite legal para indenizações era de apenas US\$ 75 milhões. Embora a BP pudesse ter optado por estabelecer um fundo de compensação como alternativa ao litígio em outras circunstâncias, é improvável que a empresa tivesse agido com tanta rapidez e generosidade - ou que o Presidente Obama a tivesse pressionado a fazê-lo - se não fosse pelas características daqueles que sofreram perdas. O direito especial à indenização que os residentes do Golfo (provavelmente) tinham foi invocado em um discurso eloquente do Presidente Obama na Casa Branca.

Os advogados também mudam suas práticas em resposta ao litígio em massa. Até recentemente, as empresas especializadas em representar os demandantes eram incomuns em jurisdições de direito civil. Agora isso começou a mudar. Um advogado holandês que representou a fundação de propósito especial criada para consumir o acordo transfronteiriço negociado pela Royal Dutch Shell e os advogados dos demandantes dos EUA deixou seu antigo escritório de advocacia para estabelecer um novo escritório modelado nos moldes de um escritório de advocacia dos demandantes dos EUA. Os escritórios especializados em litígios de massa tiveram um papel de destaque no litígio belga da L&H Securities (Capítulo 14) e no litígio alemão da Deutsche Telekom (Capítulo 13). No Chile, um advogado empreendedor se apresentou para processar a ação coletiva de consumidores contra a La Polar (Capítulo 17).

Os problemas de agência são inerentes a todas as formas de litígio coletivo - e mais complicados do que geralmente se reconhece

Todo litígio envolvendo partes representadas traz consigo a possibilidade de problemas de "principal-agente": a possibilidade de conflitos de interesse entre um advogado e seu cliente decorrentes do fato de que os incentivos do advogado não estão perfeitamente alinhados com os do cliente (Hay, 1997; Mnookin, 1993). As ações coletivas têm sido tradicionalmente vistas como apresentando um risco maior de tais problemas (Coffee, 2000), de fato um risco tão alto que alguns acreditam que as ações coletivas deveriam ser totalmente proibidas. Alguns que apoiam as ações coletivas em princípio favorecem a atribuição do papel de representante da classe a associações especialmente selecionadas que se acredita serem melhores na proteção dos interesses da classe, ou a proibição de certos tipos de ações coletivas que se acredita serem particularmente propensas

a problemas de agente principal, como casos em que a reivindicação monetária de cada membro da classe é muito pequena. Alguns críticos das ações coletivas preferem procedimentos de litígio em grupo nos quais cada reclamante é representado individualmente para resolver reclamações em massa, acreditando que esses procedimentos mitigam os problemas de agente principal. de massa, acreditando que esses procedimentos atenuam os problemas de agência. No entanto, os estudos de caso ilustram que os problemas de representação existem em todas as formas de litígio coletivo, não apenas nas ações coletivas, e que a natureza desses problemas é mais complicada do que geralmente se reconhece.

À primeira vista, a ação coletiva de valores mobiliários israelense *Shemesh v. Reichart* (Capítulo 10) ilustra o problema paradigmático de agente-principal: um advogado que persegue seu próprio objetivo em detrimento de seus clientes membros da classe. Nesse caso de longa duração, o advogado da classe se recusou a desistir de uma apelação de uma decisão do tribunal de primeira instância em favor de dois réus, apesar do fato de que o litígio da apelação impediu que os membros da classe recebessem a indenização que lhes havia sido concedida em acordos anteriores com outros réus. Mas a história do agente principal em *Shemesh* teve uma reviravolta incomum: ao continuar a litigar, o advogado não apenas atrasou o pagamento dos fundos do acordo aos membros da classe por muitos anos, mas também atrasou o pagamento de seus próprios honorários e despesas. A classe obteve um pouco mais de compensação total como resultado do litígio prolongado, mas o próprio advogado da classe teria se saído melhor financeiramente se tivesse desistido do recurso. Perguntado pelo pesquisador por que ele perseverou no caso por tanto tempo, o advogado afirmou que ele via como um dever reivindicar as reivindicações da classe contra os réus que não fizeram acordo.

O estudo de caso da *Royal Dutch Shell* (Capítulo 8) ilustra um dos perigos dos problemas de principal-agente nas ações coletivas: os réus podem ser capazes de colocar os advogados empreendedores da ação coletiva uns contra os outros de forma a beneficiar o réu mais do que os membros da classe. O caso da *Royal Dutch Shell* foi inicialmente litigado em um tribunal federal dos Estados Unidos, embora a classe suposta incluísse investidores de todo o mundo. Conforme exigido pela *Securities Litigation Reform Act* (Lei de Reforma de Litígio de Títulos), o juiz do tribunal de primeira instância nomeou dois fundos de pensão como demandantes representativos que, juntos, tinham as maiores participações financeiras no litígio, e os advogados desses fundos se tornaram advogados da classe. O efeito da nomeação foi excluir os escritórios de advocacia contratados por outros membros da classe de se tornarem advogados da classe e, potencialmente, ganharem honorários muito altos. Opondo-se, por princípio, à noção de resolver as reivindicações de investidores não americanos em um tribunal dos EUA e buscando

limitar o valor total necessário para resolver todas as reivindicações, o conselho geral da Shell e seu advogado de defesa externo negociaram um acordo para as reivindicações não americanas com um dos escritórios de advocacia que haviam sido excluídos da função de advogado da classe e usaram o procedimento de classe de acordo da Holanda para resolver todas as reivindicações não americanas no Tribunal de Apelação de Amsterdã. O resultado foi reduzir drasticamente o valor da ação coletiva que estava em andamento no tribunal dos EUA e, portanto, o valor esperado dos honorários do advogado da classe.

Os investidores não americanos foram representados no tribunal de Amsterdã por uma fundação de propósito especial, cujo advogado foi pago por hora. Entretanto, a firma norte-americana com a qual a Shell negociou o acordo dos investidores estrangeiros holandeses recebeu honorários de acordo com o que teria recebido por representar uma classe norte-americana nos tribunais dos EUA. Devido à incerteza na época sobre se o tribunal dos EUA manteria a jurisdição sobre as reivindicações não americanas, não está claro se os investidores estrangeiros ficaram melhor ou pior como resultado do acordo feito pela Shell, mas isso claramente beneficiou o escritório de advocacia dos EUA que perdeu a concorrência para ser o advogado da classe na ação coletiva dos EUA.

O caso holandês Vie d'Or (Capítulo 6) e o caso chileno La Polar (Capítulo 17) demonstram que os problemas de agência não são eliminados por leis que favoreçam associações sociais ou órgãos públicos como representantes de classe. Talvez por causa de preocupações sobre os recursos que seriam necessários para desempenhar um papel no litígio, a associação nacional de consumidores da Holanda não se apresentou para representar os compradores das apólices de seguro de vida Vie d'Or depois que a seguradora se tornou insolvente. Em vez disso, coube ao órgão regulador de seguros público nomear uma fundação para fins especiais para representar os titulares de apólices e financiar a fundação. Preocupado com o fato de que seu relacionamento com o órgão regulador poderia comprometer sua independência, o conselho da fundação revisou seus artigos de associação para romper seu relacionamento com o órgão regulador, uma medida à qual o órgão regulador resistiu inicialmente. A história da Fundação Vie d'Or sugere que o compromisso com sua independência decorreu mais das características pessoais dos membros de sua diretoria do que das regras especiais sobre representação de classe na Holanda.

A lei de ações coletivas do Chile confere autoridade para propor ações coletivas e também para intervir em ações coletivas propostas por advogados particulares ao SERNAC, o órgão nacional de proteção ao consumidor. A intenção dessa estrutura é proteger contra problemas de agência percebidos em ações coletivas privadas. No caso da La Polar, o SERNAC usou seu poder para negociar um acordo melhor

em nome dos consumidores da empresa do que o negociado por um advogado particular que foi nomeado como advogado da classe. No entanto, os esforços do SERNAC ocorreram em resposta ao fato de o advogado particular ter buscado vigorosamente uma compensação para os membros da classe, depois de o SERNAC ter presidido uma mediação que produziu poucos benefícios para os consumidores aos quais foram cobradas taxas ilegais. O esforço tardio do SERNAC para chegar a um acordo melhor para os consumidores parece ter sido motivado por um desejo de proteger sua própria reputação como o campeão dos consumidores chilenos. E, ao negociar o acordo que acabou sendo aprovado pelo tribunal, o SERNAC negou ao advogado particular os honorários por seus esforços - o que, sem dúvida, preparou o terreno para o sucesso do SERNAC - e, a longo prazo, pode ter desincentivado os advogados particulares a moverem ações coletivas.

O caso do derramamento de óleo da BP (Capítulo 5) apresentou problemas incomuns de agente principal. Os advogados que moveram uma ação coletiva por perdas econômicas em nome dos proprietários de imóveis e pescadores comerciais do Golfo acusaram Kenneth Feinberg, nomeado pela BP para administrar o Gulf Claims Facility, de ter um conflito de interesses porque ele foi muito bem remunerado por seu tempo e esforços pela BP. Como Feinberg já havia administrado instalações de reclamações semelhantes pro bono e se tornou um herói nacional por sua administração do Fundo de Compensação das Vítimas do 11 de Setembro, os advogados da ação coletiva acharam que os reclamantes do derramamento de óleo precisavam ser avisados de que, nesse caso, Feinberg estava trabalhando para a BP, o que, sem dúvida, lhe deu um incentivo para oferecer uma compensação menor do que a que poderia oferecer se estivesse trabalhando pro bono. As preocupações com a independência de Feinberg não impediram que mais de 169.000 residentes e empresas do Golfo aceitassem a indenização do fundo. No entanto, o mecanismo de reivindicações acabou sendo substituído por um fundo de liquidação estabelecido como resultado da liquidação da ação coletiva paralela e o cargo de Feinberg foi encerrado. Como é comum em ações coletivas de danos monetários em massa, os interesses dos membros da classe do derramamento de óleo da BP eram potencialmente adversos entre si: se a BP estabelecesse um limite para a indenização que estava disposta a pagar para resolver a ação coletiva, quaisquer valores que fossem pagos a alguns membros da classe deixariam menos para serem pagos a outros. As decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos sustentaram que a certificação é geralmente inadequada em tais situações; no mínimo, a Corte sustentou que, quando os membros da classe têm interesses adversos, o juiz do julgamento deve exigir que a classe seja dividida em subclasses, cada uma com seu próprio advogado. No entanto, o juiz que presidiu a ação coletiva da BP não exigiu a divisão em subclasses.

A preocupação de que os conflitos percebidos na classe econômica pudessem inviabilizar a certificação e a aprovação judicial do acordo negociado provavelmente contribuiu para que a BP concordasse com um fundo sem limite. É possível que, quando um fundo não tem limite, a recompensa de um membro da classe não tem efeito sobre a recompensa de outros.

Tendo argumentado a favor do acordo proposto no tribunal distrital, a BP rapidamente reverteu o curso quando os valores pagos pelo administrador do fundo - cuja nomeação a empresa havia apoiado - mostraram-se maiores do que a BP esperava. Embora formalmente fosse um oficial do tribunal (já que o tribunal manteve a jurisdição), na prática o administrador do fundo era (como Feinberg) um agente da BP, pois estava distribuindo seus fundos corporativos. As tentativas da BP de desfazer os termos do acordo e demitir o administrador do fundo foram rejeitadas pelos tribunais de apelação com base no fato de que a corporação multinacional havia sido bem representada durante as negociações do acordo e deveria ter entendido as consequências dos termos do acordo.

No Canadá (Capítulo 11), os dois estudos de caso ilustram os conflitos de interesse que podem surgir quando os honorários dos advogados dependem do sucesso da classe e são deduzidos do fundo comum a ser distribuído à classe. No caso dos títulos da Atlas, o juiz rejeitou o pedido de honorários do advogado da classe com base no fato de que era muito alto em relação ao resultado obtido pela classe e ordenou que uma proporção maior do fundo do acordo fosse paga à classe. Embora a decisão tenha beneficiado financeiramente a classe, os advogados da classe recorreram da decisão em um esforço para promover seus próprios interesses financeiros. No caso do benefício de pensão Hislop, o governo réu argumentou com sucesso que a taxa de contingência do advogado da classe não poderia ser deduzida da sentença do julgamento como resultado da lei de pensão criada para proteger os aposentados dos credores. A manobra jurídica criou um conflito entre o advogado e os membros da classe, forçando os advogados a entrar com processos de cobrança contra seus clientes e fazendo com que um advogado da Coroa entrevistado para este livro opinasse que as ações coletivas criam conflitos de interesse inerentes entre os advogados e os requerentes individuais.

Até o momento, a análise dos problemas de agência tem se limitado àqueles apresentados pela relação advogado-classe em regimes que concedem legitimidade aos membros da classe. É extremamente necessário estudar os problemas de agência quando a legitimidade é limitada a associações ad hoc ou pré-existentes ou a funcionários do governo. Sem essa análise, os debates sobre as regras de legitimidade para ações coletivas continuarão a se basear em ideologia e suposições empíricas não testadas.

O financiamento legal molda o litígio coletivo

Na maioria das sociedades, mesmo naquelas com a doutrina jurídica mais favorável aos demandantes, quando coisas ruins acontecem às pessoas, seu primeiro pensamento não é entrar com uma ação judicial contra alguém. Embora o espectro de uma enxurrada de litígios frívolos tenha sido levantado em praticamente todas as jurisdições que debateram a adoção de um procedimento de ação coletiva, as evidências disponíveis nas jurisdições com maior experiência em ações coletivas - EUA, Austrália, Canadá e Brasil - não corroboram tais temores. Há uma variedade de fatores que militam contra as vítimas que entram com ações judiciais, incluindo o fato de as vítimas não reconhecerem seus direitos legais, a falta de informações sobre como acessar os tribunais e a falta de disputas. Talvez o mais importante, porém, seja a percepção do custo do litígio.

Devido a diferenças nas regras de financiamento legal, os custos esperados de litígio individual diferem substancialmente entre as jurisdições. O modo como as regras de financiamento legal afetam o custo do litígio coletivo depende de como as regras de financiamento se cruzam com as características do procedimento de litígio coletivo (Capítulo 7). Em muitas jurisdições que adotaram ações coletivas, as regras de financiamento legal restringem seu uso, em alguns casos praticamente eliminando a capacidade dos requerentes de usar o procedimento. Se um demandante representante tiver que pagar o advogado da classe por hora e também arcar com o risco de custos adversos, é provável que poucos indivíduos ou associações se apresentem para desempenhar esse papel. A falta de atratividade da função de representante da classe será exacerbada se os membros da classe não tiverem a obrigação de contribuir com as despesas legais se a classe prevalecer, um problema clássico de "carona". Quando o advogado da classe tem permissão para representar a classe em uma base "sem vitória, sem pagamento", liberando assim o representante do autor da ação de desembolsar fundos, pode haver poucos escritórios de advocacia capazes de arcar com os custos do litígio da classe.

Os estudos de caso refletem duas respostas para lidar com esses obstáculos. No Canadá e nos EUA, os juízes criaram regras especiais de honorários para ações coletivas que recompensam os advogados por assumirem o risco do litígio e eliminam o problema do "carona". Os juízes calculam o valor dos honorários como uma porcentagem do fundo de compensação criado quando os autores prevalecem em uma ação coletiva de danos ou totalizando os honorários por hora e adicionando um prêmio (o "multiplicador") para refletir o risco e a qualidade da representação dos advogados. De acordo com a doutrina do fundo equitativo,

todos os membros da classe contribuem proporcionalmente para o prêmio de honorários dos advogados, portanto, não há problema de "carona". Nos Estados Unidos, as regras de honorários de ações coletivas facilitaram o litígio dos freios da Toyota, no qual o juiz concedeu aos advogados da classe US\$ 227 milhões em honorários e despesas (Capítulo 5). No Brasil, o novo Código do Consumidor, que transferiu os honorários dos autores de ações coletivas, ajudou a facilitar o processo da associação de consumidores contra os fabricantes de tabaco (Capítulo 3).

Nas jurisdições em que as legislações e os juízes foram mais cautelosos em mudar as regras convencionais de honorários, os advogados e outros responderam com "soluções alternativas". Na Austrália, os financiadores terceirizados surgiram para pagar os honorários advocatícios enquanto o litígio está em andamento e assumir o risco de custos adversos; como resultado, a ação coletiva opt-out modelada no procedimento dos EUA foi convertida em um procedimento opt-in, uma medida que acabou sendo endossada pela Suprema Corte (Capítulo 9). A aceitação de "classes fechadas" no regime australiano também aborda o problema do "free rider". No Canadá, duas províncias adotaram fundos públicos para fornecer custos iniciais de litígio e garantir custos adversos; os fundos públicos são reabastecidos com uma parte dos prêmios monetários em ações coletivas bem-sucedidas (Capítulo 11). Na ação coletiva transnacional de valores mobiliários da Royal Dutch Shell, litigada nos EUA e na Holanda, os advogados adotaram um tipo diferente de "solução alternativa": com o consentimento do Tribunal de Apelação de Amsterdã, os advogados dos EUA foram pagos com base em uma "porcentagem do fundo" (como teriam sido em um tribunal dos EUA) por sua contribuição para a resolução do caso, embora os advogados holandeses não tenham permissão, por suas regras de responsabilidade profissional, de cobrar honorários de contingência (Capítulo 8). O desenvolvimento de regras especiais de honorários e "soluções alternativas" institucionais para lidar com as restrições que os honorários advocatícios impõem às ações coletivas é outro exemplo de adaptação jurídica em resposta à pressão das ações de massa. Quando as regras e práticas mudam para as ações de massa, as mudanças podem migrar para outras áreas do direito. Assim como a ação coletiva representativa, o financiamento de litígios por terceiros é um transplante legal. Desde sua criação na Austrália, o financiamento de litígios se espalhou pela Europa e América do Norte, onde rapidamente se tornou uma característica do litígio comercial geral fora do domínio do litígio coletivo.

O litígio e a regulamentação estão simbioticamente relacionados

À medida que a resistência à adoção de ações coletivas fora dos Estados Unidos diminuiu, uma norma jurídica continua forte: a crença de que as ações coletivas

privadas (e o litígio privado em geral) não devem se tornar um mecanismo auxiliar para a aplicação de regulamentações de mercado. Embora a teoria do "advogado geral privado" - a noção de que uma função importante do litígio privado é impedir o comportamento ilegal - esteja profundamente arraigada nos estudos jurídicos dos EUA e também seja reconhecida na jurisprudência australiana e canadense, ela é ferozmente contestada em países que têm uma longa tradição de confiar na aplicação da lei pública. O debate sobre políticas públicas, bem como alguns estudos jurídicos continentais, colocam o litígio e a regulamentação em oposição um ao outro. Os estudos de caso desafiam esse enquadramento de uma relação de oposição entre o litígio privado e a aplicação da regulamentação pública. Em circunstâncias de reivindicações em massa, a investigação criminal, as ações de fiscalização do órgão público e o litígio privado por danos geralmente ocorrem em paralelo e se influenciam mutuamente.

Em alguns dos casos descritos neste livro, o litígio privado ou a ameaça de litígio incentivou as investigações do governo. O litígio sobre os freios da Toyota (Capítulo 5) forneceu informações para a mídia sobre acidentes automobilísticos supostamente relacionados ao projeto dos freios, o que, por sua vez, deu origem a uma extensa investigação da Administração Nacional de Segurança nas Estradas e Transportes dos EUA e a uma investigação de alto nível no Congresso. A ação coletiva sobre o derramamento de óleo no Golfo (Capítulo 5) fez parte de uma complexa rede de investigações públicas do Congresso dos EUA, de agências reguladoras federais e de uma Comissão Presidencial bipartidária; ações de aplicação civil e criminal do Departamento de Justiça dos EUA; litígios de indenização por entidades governamentais estaduais e locais e corporações privadas que buscavam compensação pelos custos de limpeza; e ações judiciais de proprietários de propriedades privadas, pequenas empresas e prestadores de serviços independentes que alegavam perda de renda devido ao derramamento. Esses processos, que ocorrem em paralelo, inevitavelmente se influenciaram mutuamente.

Algumas vezes, os litígios descritos neste livro contribuíram para a adoção de padrões regulatórios mais rígidos. A reforma regulatória em face do litígio pode refletir, em parte, o desejo dos reguladores públicos de proteger seu escopo de autoridade e, em última análise, seu poder institucional. O derramamento de óleo no Golfo e as investigações públicas e litígios subsequentes aumentaram drasticamente a atenção dos poderes legislativo e executivo para os mecanismos de supervisão regulatória cuja falha contribuiu para a explosão da plataforma de petróleo. Como consequência, a agência reguladora anterior ao derramamento foi eliminada e uma nova agência foi criada em seu lugar. O litígio de insolvência da empresa de seguro de vida Vie d'Or (Capítulo 6) levou a uma regulamentação mais rigorosa dos produtos de seguro de vida, mesmo quando o Estado prevaleceu na

Suprema Corte em sua alegação de que as perdas dos consumidores não eram atribuíveis à regulamentação negligente do órgão regulador de seguros públicos. O litígio nos Estados Unidos por parte de agentes públicos e privados sobre a contaminação de suprimentos de água pelo aditivo de gasolina MTBE contribuiu para mudanças nas regulamentações estaduais e na lei federal que, em última análise, eliminaram o uso do aditivo de gasolina, apesar da oposição feroz e contínua de seus fabricantes (Capítulo 16). A agência australiana de regulamentação de valores mobiliários, ASIC, desempenhou um papel inovador em um litígio de ação coletiva quando decidiu, em caráter provisório, que o acordo de financiamento de litígio que o advogado e os membros da classe haviam firmado com um financiador terceirizado não era, como o réu havia acusado, uma violação da Lei das Sociedades Anônimas federal. Posteriormente, o ministro relevante introduziu mudanças na regulamentação que tornaram esse esclarecimento permanente (Capítulo 9).

Quando abordaram as circunstâncias das reclamações em massa, os órgãos reguladores e os tribunais nem sempre chegaram a resultados consistentes. Para alguns, isso pode refletir a falha de um ou outro ramo do governo. Mas o processo criminal, a aplicação regulatória e o litígio privado respondem a diferentes incentivos. O estudo de caso da Deutsche Telekom alemã oferece um exemplo interessante disso. Enquanto o processo do "caso modelo" estava em andamento no tribunal regional, o promotor público estava conduzindo uma investigação criminal da Deutsche Telekom. Essa investigação terminou sem acusação; entretanto, tanto a Deutsche Telekom quanto vários de seus diretores pagaram multas substanciais no valor de 5 milhões de euros para a empresa.

Embora descritos como voluntários e pagos a

instituições de caridade e não ao Estado, de acordo com a legislação alemã, esses pagamentos são considerados uma estratégia apropriada para resolver com eficiência casos criminais de grande escala em questões comerciais complicadas, mas só devem ser solicitados quando o Ministério Público acreditar que um crime foi cometido (Capítulo 13). A avaliação do promotor, no entanto, não foi acompanhada pela decisão do Tribunal Superior no processo modelo muitos anos depois, que rejeitou a maioria das alegações do autor de que a Deutsche Telekom havia violado as regulamentações de títulos.

O caso belga de fraude de títulos da L&H (Capítulo 14) ilustra a fusão completa de ações criminais e civis. Na época em que o caso L&H se desenrolou, a principal maneira de os investidores reivindicarem reparação era "pegar carona" em suas reivindicações no processo criminal movido pelo Estado. A determinação do juiz de que os réus corporativos de "bolso fundo" não eram criminalmente responsáveis pela fraude significava que apenas as reivindicações dos investidores contra os

réus individuais criminalmente responsáveis, mas à prova de julgamento, permaneciam viáveis. De acordo com a legislação belga, cabia ao juiz criminal decidir sobre essas reivindicações civis depois de proferir a sentença no caso criminal.

O litígio coletivo desafia as estruturas de poder

Os regimes jurídicos refletem a distribuição de poder nas sociedades. Se as grandes corporações tiverem poder, a doutrina jurídica substantiva provavelmente refletirá seus interesses percebidos. Se as organizações de trabalhadores obtiverem apoio político, a lei concederá aos funcionários proteções das quais eles talvez não desfrutem em sociedades onde essas organizações são menos poderosas politicamente. Se as organizações da sociedade civil mobilizarem habilmente seus apoiadores, é mais provável que a lei reflita suas preocupações. Em suma, a doutrina jurídica substantiva em toda jurisdição reflete um equilíbrio de interesses que corresponde à distribuição de poder político da jurisdição.

Em litígios comuns, os litigantes menos poderosos geralmente estão em desvantagem (Galanter, 1974). Ao fornecer mecanismos para mobilizar os menos poderosos em uma sociedade, os procedimentos de litígio coletivo têm o potencial de romper a estrutura de poder. O receio de que os procedimentos coletivos perturbem o status quo econômico, político e social é o que alimenta grande parte da oposição à adoção de ações coletivas fora dos EUA, bem como os esforços para restringir a certificação de classe nos EUA.

A ação coletiva taiwanesa movida por atendentes de estacionamento contra o governo municipal de Taipei (Capítulo 4), as ações coletivas brasileiras contra empresas de tabaco (Capítulo 3) e a ação coletiva canadense que buscava o reconhecimento dos direitos dos parceiros homossexuais (Capítulo 11) fornecem exemplos diferentes de como as partes podem usar o litígio coletivo para desafiar o *status quo*. Como empreiteiros privados, os trabalhadores taiwaneses foram desfavorecidos em comparação com os funcionários públicos e lutaram para se sindicalizar em uma época em que o governo taiwanês era hostil aos sindicatos. Por fim, os trabalhadores conseguiram se organizar e seu novo sindicato se envolveu em uma série de atividades públicas para melhorar a situação econômica dos trabalhadores, incluindo a propositura de uma ação coletiva para receber salários atrasados. O valor em dólares das reivindicações individuais dos trabalhadores era muito pequeno para justificar um litígio individual, mas quando combinados em uma ação coletiva, seu valor total era grande o suficiente para que o município contestasse ferozmente o litígio. Por fim, os trabalhadores ganharam o caso. Mas,

talvez como resultado, os dirigentes sindicais que lideraram a luta perderam seus empregos - ilustrando que também pode ser perigoso usar ações coletivas para enfrentar instituições poderosas.

A legislação brasileira há muito tempo permite certos tipos de litígio coletivo. Entretanto, a comunidade corporativa considerou a adoção de um novo código do consumidor em 1990 como o início de uma nova era para as ações coletivas de consumidores, às quais as corporações resistiram ferozmente. Seus temores foram justificados quando uma associação de consumidores antitabagistas entrou com uma ação coletiva contra as subsidiárias brasileiras de empresas multinacionais de tabaco. Não é de surpreender que o setor de tabaco tenha contestado vigorosamente a ação da associação. Auxiliada por disposições do novo código do consumidor que reduziam seu risco financeiro, a associação de consumidores perseverou e, por fim, venceu no mérito. A vitória do autor da ação teve vida curta; seguiram-se anos de litígio de apelação, dos quais os fabricantes de tabaco saíram amplamente vitoriosos. Mas, ao atrair a atenção da mídia e o apoio da sociedade civil (incluindo apoio financeiro), a ação coletiva da associação de consumidores sustentou e fortaleceu a campanha política contra o tabaco não apenas no Brasil, mas também em outros países da América do Sul. O litígio de grupos de defesa dos direitos dos homossexuais na década de 1990 levou a uma decisão da Suprema Corte do Canadá de que a definição de "cônjuge" para se aplicar somente a parceiros heterossexuais para fins de esquemas de benefícios legais era uma violação da Carta Canadense de Direitos e Liberdades e, posteriormente, levou a emendas aos estatutos pertinentes para que estivessem em conformidade com a decisão (Capítulo 11). No entanto, as emendas ao estatuto que rege o plano nacional de pensão do Canadá negaram a compensação retroativa pelas recusas de pagamento que a Corte considerou violarem a Carta. As consequências financeiras para os canadenses que perderam parceiros do mesmo sexo devido ao HIV-AIDS foram substanciais. Ações individuais que contestavam as disposições de retroatividade teriam permitido que o Estado resolvesse algumas reivindicações sem compensar as perdas de centenas de pessoas em situação semelhante, um resultado atraente para o Estado, dada a sua possível responsabilidade financeira. Para garantir a reparação de todos aqueles que perderam seus parceiros do mesmo sexo, a organização nacional de AIDS decidiu entrar com uma ação coletiva.

No final, a classe obteve uma vitória parcial, garantindo cerca de oito anos de atraso no pagamento da pensão.

Os resultados do processo geralmente dependem de personalidades e também da lei

Há muito tempo os historiadores debatem até que ponto os resultados dos eventos históricos dependem de indivíduos: a hipótese do "grande homem da história". Será que as colônias americanas teriam sido bem-sucedidas em sua revolta contra os britânicos e em sua subsequente união constitucional sem a influência de George Washington? Como teria sido a era pós-revolucionária na França sem Napoleão? A União Soviética teria desmoronado se Mikhail Gorbachev não tivesse aparecido no cenário político? Embora não tenha a mesma importância que esses grandes momentos decisivos da história, o litígio também tem seus heróis (e vilões). Assim como as instituições ajudam a moldar o contencioso de massa, os indivíduos também o fazem. Suas funções, por sua vez, são moldadas por suas personalidades e experiências únicas.

O papel dos indivíduos enquanto indivíduos foi ilustrado em vários dos litígios descritos neste livro. Mario Albanese, um dos três cofundadores da associação de consumidores antitabagistas criada com o objetivo de mover ações coletivas contra a indústria brasileira do tabaco, tornou-se um ativista antitabagista quando seu pai morreu de doença coronariana relacionada ao fumo na década de 1950 (Capítulo 3). José Rosemberg, outro dos cofundadores, era um médico que publicou a primeira pesquisa latino-americana sobre dependência de nicotina na década de 1970; ele foi o primeiro latino-americano a receber a prestigiosa medalha da Organização Mundial da Saúde sobre Tabagismo e Saúde.

Quando a British Petroleum acatou o pedido do Presidente Obama de criar um fundo de vários bilhões para compensar os proprietários de imóveis e operadores de negócios da Costa do Golfo por suas perdas devido ao derramamento de petróleo, os executivos da empresa rapidamente recorreram a Kenneth Feinberg para dirigir o fundo (Capítulo 5). Feinberg trouxe uma ampla experiência em projetar e administrar fundos de compensação, um conhecimento político que lhe foi útil para lidar com as muitas instituições públicas e privadas que estavam envolvidas no tratamento das consequências do derramamento e uma reputação de lidar com as vítimas de forma compassiva que ele havia conquistado após os ataques terroristas de 11 de setembro. Parece improvável que um indivíduo em posição diferente tivesse conseguido pagar mais de US\$ 6 bilhões a cerca de 220.000 requerentes em menos de dois anos.

A fundação de propósito especial criada e financiada pelo órgão regulador de seguros para representar os interesses dos segurados da Vie d'Or no litígio de insolvência poderia facilmente ter simplesmente cumprido as ordens do órgão regulador, talvez em detrimento dos segurados (consulte o Capítulo 6). As pessoas familiarizadas com o litígio atribuíram a defesa persistente da diretoria da Fundação, que se estendeu ao processo contra o órgão regulador, ao seu presidente Jaap van Rijn, um ex-executivo de banco que era amplamente

respeitado por sua integridade e perspicácia. Quando Van Rijn se aposentou da diretoria, seu sucessor assumiu a liderança em nome dos detentores de apólices. Com sua liderança singular, Van Rijn não só desenvolveu uma estratégia jurídica que serviu bem aos titulares das apólices, mas também estabeleceu uma cultura de diretoria que persistiu durante o prolongado litígio.

Rami Ben-Nathan tornou-se o principal advogado no caso *Shemesh v. Reichart*, uma das primeiras ações coletivas de valores mobiliários de Israel, depois que um juiz do tribunal distrital condicionou a certificação, em parte, ao fato de o autor representativo ter conseguido um litigante comercial experiente para atuar em nome da classe (consulte o Capítulo 10). Ben-Nathan adotou uma estratégia agressiva que levou a um litígio prolongado que, sem dúvida, não era de seu próprio interesse financeiro. Com as decisões em *Shemesh*, Ben-Nathan ajudou a moldar a lei israelense de ações coletivas.

George Hislop desempenhou um papel heroico no litígio canadense perante a Suprema Corte em nome de canadenses que perderam seus parceiros homossexuais devido ao HIV, mas tiveram negados os benefícios de sobrevivência que o governo nacional concedia aos sobreviventes de casamentos heterossexuais (Capítulo 11). Ativista dos direitos dos homossexuais, Hislop se apresentou para representar uma classe de sobreviventes em uma época em que muitos homossexuais tinham receio de revelar sua identidade sexual. Hislop foi aconselhado por seu advogado que, ao concordar em atuar como representante da classe, ele estava abrindo mão de uma provável possibilidade de acordo individual com o governo. Concordar em atuar como representante da classe também colocava Hislop em risco de sofrer custos adversos se a classe - que estava enfrentando o governo federal - não prevalecesse. Hislop faleceu antes que o caso histórico fosse finalmente decidido.

A globalização do direito molda o contencioso de massa

Com exceção do litígio com a Royal Dutch Shell (Capítulo 8), todos os litígios descritos neste livro eram "nacionais", o que significa que as reivindicações surgiram em um único país e foram processadas em nome dos cidadãos desse país e contra seu governo ou uma entidade corporativa com sede ou fazendo negócios nesse país. Não obstante esses fatos jurídicos formais, vários desses litígios tinham uma dimensão jurídica extranacional. Investidores norte-americanos moveram ações coletivas contra a L&H belga (Capítulo 14) e a Deutsche Telekom alemã (Capítulo 13) em tribunais federais nos EUA, com base nos mesmos fatos que deram origem ao litígio na Bélgica e na Alemanha. A Securities Exchange Commission (SEC) dos EUA investigou a L&H. Com base em uma cláusula do código civil dos EUA, os advogados do autor alemão tentaram, sem sucesso, obter

documentos que haviam sido produzidos pela Deutsche Telekom para o litígio nos EUA para uso no litígio alemão. Com base na Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Exterior, os juízes alemães do tribunal de julgamento viajaram para Nova York e São Francisco para realizar audiências com testemunhas de fatos nos escritórios do consulado da Alemanha.

Mesmo quando a ação legal não ocorria em várias jurisdições, um sistema jurídico cada vez mais globalizado ajudava informalmente a moldar o litígio doméstico. O jovem advogado israelense que aconselhou Shemesh a entrar com uma ação coletiva (que era filho de um amigo) havia estudado para obter um mestrado em direito na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, onde teve contato com a jurisprudência de ações coletivas dos EUA (Capítulo 10). Os advogados dos réus da empresa brasileira de tabaco foram assessorados por advogados da British American Tobacco e da Philip Morris International, que eram bem versados na defesa de ações de fumantes em outras jurisdições, inclusive nos EUA (Capítulo 3). O Diretor Jurídico suíço da Shell havia desenvolvido uma compreensão sofisticada das práticas e estratégias de litígio dos advogados dos demandantes norte-americanos como Diretor Jurídico da ABB, cuja subsidiária norte-americana era o principal alvo de um longo litígio sobre amianto nos EUA. Matías Cortés, o advogado dos consumidores no caso chileno da VTR, havia estudado a lei de ações coletivas dos EUA e trabalhado com advogados americanos de ações coletivas. O juiz da Suprema Corte inglesa que gerenciou de perto o litígio de indenização de Buncefield participa com frequência de conferências jurídicas internacionais, nas quais os juízes compartilham suas experiências no gerenciamento de litígios complexos (Capítulo 15). O CEO inglês da British Petroleum reuniu-se com o Presidente Obama para discutir a compensação das vítimas americanas do derramamento de óleo e o CEO japonês da Toyota compareceu ao Congresso para testemunhar sobre o programa de segurança da Toyota e pedir desculpas pelos déficits no programa de controle de qualidade da empresa (Capítulo 5).

Seja porque as lesões ou perdas em massa ultrapassam fronteiras,

seja porque os réus são multinacionais, seja porque os juízes e advogados são agora participantes de um sistema jurídico global que são educados juntos, conferenciam juntos e leem os estudos, guias de profissionais e opiniões judiciais uns dos outros, o litígio em massa está cada vez mais global. A globalização das ações coletivas é um sintoma dessa globalização mais ampla do sistema jurídico, além de contribuir para ela.

Não existe uma resposta única para reivindicações em massa

Embora possamos tirar lições gerais da análise comparativa dos procedimentos de litígio coletivo em diferentes jurisdições, as diversas experiências relatadas neste livro indicam que há muitas respostas possíveis para lesões em massa, perdas financeiras em massa e reivindicações em massa. A abordagem de pesquisa qualitativa não fornece as evidências necessárias para determinar se algumas respostas são universalmente melhores do que outras em termos de eficiência ou justiça. De fato, diferentes participantes do sistema jurídico podem aplicar diferentes métricas para medir a eficiência ou a justiça e provavelmente atribuiriam diferentes prioridades a esses e outros valores pelos quais poderiam avaliar os procedimentos de resolução de disputas.

Os estudos de caso comparativos sugerem que o mesmo procedimento pode produzir resultados diferentes em circunstâncias factuais diferentes, tanto em uma única jurisdição quanto em outras jurisdições. Isso é especialmente verdadeiro com relação às ações coletivas, que só recentemente foram transplantadas para muitas das jurisdições representadas neste livro e que se encaixam melhor em algumas dessas jurisdições do que em outras. Uma última lição a ser extraída desta pesquisa comparativa é que o que parecem ser os mesmos procedimentos ao analisar estatutos e regras provavelmente serão implementados de forma diferente em diferentes contextos jurídicos e alcançarão resultados diferentes, por todos os motivos discutidos neste capítulo.

ESTUDOS FUTUROS

A maioria dos procedimentos discutidos neste livro é bastante nova em suas jurisdições e poucos foram submetidos a análises empíricas. Os estudos jurídicos na maior parte do mundo se concentram na análise doutrinária que considera os fundamentos filosóficos das normas jurídicas e a lógica que conecta estatutos, códigos, decisões judiciais e regras processuais. A forma como a lei afeta o comportamento é deixada para a conjectura. Os acadêmicos de direito empírico veem os estudos doutrinários como a base da análise jurídica, não como seu ponto final. Estudos comportamentais contemporâneos em economia e psicologia cognitiva e social demonstram que muitas intuições humanas não são apoiadas por evidências factuais. Como a lei é, em última análise, uma ferramenta para regular o comportamento humano, é perigoso prosseguir com o desenvolvimento jurídico e a reforma da lei com base em hipóteses não testadas.

Métodos qualitativos e quantitativos podem ser empregados para testar

hipóteses sobre como a doutrina jurídica substantiva e o direito processual funcionam na prática. Os métodos quantitativos, geralmente considerados a marca registrada do empirismo, reúnem informações coletadas de forma padronizada de

ou sobre grandes populações. Como essa coleta de dados é cara e demorada, geralmente os dados são coletados de amostras representativas da população de interesse, usando procedimentos rigorosos de seleção. O uso de técnicas de amostragem estatística e a coleta padronizada de dados permitem que sejam feitas inferências a partir de dados quantitativos usando modelagem estatística.

Para entender como os diferentes procedimentos de litígio coletivo estão sendo usados e com quais efeitos, os acadêmicos devem coletar informações sobre:

- (1) a frequência de diferentes tipos de litígio coletivo (por exemplo, títulos, antitruste, direitos dos trabalhadores, proteção ao consumidor);
- (2) os danos monetários alegados (se houver);
- (3) o tempo desde o ajuizamento até a disposição;
- (4) os custos das partes para litigar;
- (5) os custos públicos (por exemplo, tempo judicial);
- (6) os resultados do litígio; e
- (7) a distribuição de recursos monetários (se houver) aos membros da classe.

Como os tribunais adotam a tecnologia da ciência da informação (embora lentamente) para gerenciar processos judiciais, esses dados devem se tornar cada vez mais acessíveis aos pesquisadores.

O ponto forte da análise quantitativa é que ela permite inferências a partir dos dados coletados para a população que eles representam. Mas o ato de quantificar inevitavelmente omite informações importantes:

- (1) Quais foram as circunstâncias que deram origem às reclamações em massa?
- (2) Quem se apresentou para organizar ou processar o litígio coletivo?
- (3) Quais eram seus objetivos?
- (4) Quais conflitos de interesse eles encontraram?
- (5) Como o litígio progrediu nos tribunais?
- (6) Que obstáculos os autores e os réus encontraram?

(7) Como o litígio foi financiado?

(8) Como a forma de financiamento afetou o andamento do litígio?

(9) Quais abordagens os juízes e outros funcionários do tribunal usaram para gerenciar o litígio e incentivar sua resolução?

(10) O litígio incentivou mudanças na lei substantiva ou processual?

(11) Qual foi a relação, se houver, entre o litígio civil e o processo criminal ou a ação regulatória pública?

É difícil determinar as respostas a essas perguntas usando métodos totalmente quantitativos. Os estudos de caso qualitativos são o método de escolha para a investigação.

Normalmente, os estudos de caso são realizados em jurisdições individuais, para "manter constantes" os efeitos das regras substantivas e processuais e outras variáveis contextuais sociais, econômicas e políticas. No entanto, limitar a pesquisa de estudo de caso a jurisdições individuais sacrifica a oportunidade de entender como as diferenças nos regimes jurídicos afetam os usos e os resultados de regras jurídicas substantivas e processuais semelhantes. A pesquisa de estudo de caso comparativo oferece oportunidades para investigar as consequências de diferentes regras e normas jurídicas em diferentes contextos sociais, econômicos e políticos. Muitas vezes, a pesquisa comparativa também aprofunda nossa compreensão de como as regras jurídicas operam em uma única jurisdição. Por exemplo, estudar as consequências dos procedimentos de litígio coletivo na Holanda ou na Alemanha ajuda a identificar as características críticas da ação coletiva e da prática de litígio em grupo nos EUA. Ao desenvolver e compartilhar os resultados dos estudos de caso ao longo do tempo, os acadêmicos podem contribuir com importantes percepções sobre as operações e as consequências do litígio coletivo em uma variedade de regimes jurídicos.

EPÍLOGO

A pesquisa comparativa em larga escala, tanto quantitativa quanto qualitativa, exige investimentos significativos de tempo e recursos financeiros. Muitas vezes, esses estudos são financiados por contratos e subsídios garantidos por acadêmicos de uma ou poucas instituições e dirigidos por pesquisadores principais usando uma abordagem "de cima para baixo". Este projeto evoluiu de uma maneira diferente. Os 14 acadêmicos que participaram desse projeto se

reuniram por acaso, como resultado de encontros em conferências e redes profissionais. Embora fossem acadêmicos de direito estabelecidos, a maioria não havia realizado pesquisas empíricas de ciências sociais sobre direito. A princípio, alguns ficaram um pouco surpresos com a ideia de aprender sobre os procedimentos de litígio coletivo de seu país por meio de entrevistas qualitativas. (Muitos dos advogados entrevistados também ficaram surpresos ao serem abordados para obter informações). O que uniu os participantes foi o interesse em desenvolver uma melhor compreensão de como os procedimentos de litígio coletivo estavam sendo implementados em suas jurisdições.

Na ausência de um contrato ou subsídio que exigisse "resultados", o estudo evoluiu organicamente. O progresso dependeu fundamentalmente da comunicação eletrônica, pois ideias, protocolos de pesquisa, esboços de livros e, por fim, rascunhos de capítulos foram compartilhados por e-mail, armazenamento em nuvem e videoconferência. O progresso também foi facilitado pelo estabelecimento de uma "colaboração internacional de pesquisa" sob os auspícios da American Law & Society Association e por reuniões em uma série de conferências internacionais sobre a globalização das ações coletivas, copatrocinadas pela Stanford Law School, pelo Oxford Centre for Socio-Legal Studies, pela Tilburg University, pela Australian National University e pela Florida International University. O projeto de pesquisa gerou uma série de outras iniciativas. Os participantes do projeto convidaram uns aos outros para falar em conferências nacionais e para dar palestras em suas próprias instituições, para serem coautores de artigos e para ministrar cursos sobre ações coletivas comparativas. Nesse processo, foi criado um modelo de bolsa de estudos global. Mas talvez o mais importante seja o fato de ter criado um conjunto de amizades calorosas entre pessoas de diferentes nacionalidades, gerações, ideologias e treinamentos que, esperamos, perdurem além da conclusão deste livro.