

Antonio Gidi

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Houston
Bacharel em Direito pela UFBA
Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP
Doutor em Direito pela Universidade da Pensilvânia

A CLASS ACTION COMO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS

**As ações coletivas em uma
perspectiva comparada**

A CLASS ACTION COMO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS

As ações coletivas em uma
perspectiva comparada

Antonio Gidi

© desta edição
[2007]

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Diretor responsável

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS A

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil
[05-2007]

Profissional

Atualizado até
[04-2007]



ISBN 978-85-203-3079-1

Ao amigo

GEOFFREY C. HAZARD, JR.

Agradecimentos

Aos mestres e amigos

ARRUDA ALVIM

ADA P. GRINOVER

ANGELO DONDI

MICHELE TARUFFO

MARCUS VINÍCIUS SAMPAIO

MARY KAY KANE

EDWARD COOPER

HON. ANTHONY SCIRICA

STEPHEN BURBANK

A. LEO LEVIN

DOUGLAS FRENKEL

KENNETH FEINBERG

WILLIAM EWALD

PETER HUANG

AMY WAX

DAVID RUDOVSKY

AMY BOSS

JEFFREY DUNNOFF

RICHARD CAPPALLI

GIUSEPPE TARZIA

BRUNO CAVALLONI

LOÏC CADIET

STEPHEN ZAMORA

Universidade Federal da Bahia
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Università degli Studi di Milano
Université Paris I – Panthéon-Sorbonne
Temple University Beasley School of Law
University of Pennsylvania Law School
University of Detroit Mercy School of Law
University of Houston Law Center

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
Apresentação do tema	15
Importância do tema	17
Dificuldade do tema	18
1. OBJETIVOS	25
1.1 Introdução	25
1.2 Economia processual	25
1.3 Acesso à justiça	29
1.4 Efetivação do direito material	33
1.5 Sobreposição e conflito entre os objetivos	37
2. HISTÓRICO	40
2.1 Antecedentes históricos	40
2.1.1 <i>Law e equity</i>	40
2.1.2 <i>Bill of Peace</i>	41
2.2 A lei de 1938	46
2.2.1 <i>Federal Rules of Civil Procedure</i>	46
2.2.2 Tipos de ações coletivas (hipóteses de cabimento)	48
2.2.3 <i>Spurious class actions</i>	51
2.2.4 Necessidade de reforma	55
2.3 A reforma de 1966	57
2.3.1 A nova redação da <i>Rule 23</i>	57
2.3.2 As conseqüências da reforma	59
2.3.3 Reformas posteriores	61
3. REQUISITOS	67
3.1 Introdução – <i>Rule 23(a)</i>	67
3.2 Impraticabilidade do litisconsórcio (<i>joinder impracticability</i> ou <i>numerosity</i>) – <i>Rule 23(a)(1)</i>	72
3.3 Questão comum (<i>commonality</i>) – <i>Rule 23(a)(2)</i>	79

3.4	Tipicidade (<i>typicality</i>) – <i>Rule 23(a)(3)</i>	88
3.5	Representação adequada (<i>adequacy of representation</i> ou <i>vigorous prosecution test</i>) – <i>Rule 23(a)(4)</i>	99
3.5.1	Introdução	99
3.5.2	Vigorosa tutela e ausência de conflito de interesses	104
3.5.3	(cont.) Vigorosa tutela pelo representante	105
3.5.4	(cont.) Vigorosa tutela pelo advogado.....	110
3.5.5	(cont.) Conflito entre o representante e o grupo	113
3.5.6	(cont.) Conflito entre o advogado e o grupo.....	120
3.5.7	Legitimidade do Estado (<i>parens patriae doctrine</i>).....	124
3.5.8	Legitimidade das associações civis	126
3.5.9	Provimentos do juiz	128
3.5.10	A adequação no direito brasileiro.....	129
3.6	Sobreposição entre os requisitos (<i>overlap</i>).....	136
3.6.1	Questão comum e tipicidade.....	137
3.6.2	Tipicidade e adequação	138
4.	HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	140
4.1	Introdução – <i>Rule 23(b)</i>	140
4.2	Risco de conflito de decisões – <i>Rule 23(b)(1) class actions</i>	146
4.2.1	Introdução	146
4.2.2	<i>Incompatible standards class actions</i>	148
4.2.3	<i>Prejudice class action</i>	150
4.3	Conduta uniforme do réu – <i>Rule 23(b)(2) class actions</i>	153
4.4	Predominância de questões comuns – <i>Rule 23(b)(3) class actions</i>	160
4.4.1	Introdução	160
4.4.2	Predominância (<i>predominance</i>)	165
4.4.3	Superioridade (<i>superiority</i>).....	170
4.4.4	(cont.) A superioridade e as técnicas alternativas	172
4.4.5	(cont.) Fatores para avaliar a superioridade.....	177
4.4.6	(cont.) Dificuldades na administração da ação coletiva (<i>manageability</i>)	182
4.5	Sobreposição entre as categorias (<i>overlap</i>).....	190
5.	ASPECTOS PROCEDIMENTAIS.....	192
5.1	Certificação (<i>class certification</i>).....	192
5.1.1	Introdução	192
5.1.2	Requerimento de certificação (<i>motion for certification</i>)	194
5.1.3	Momento da decisão (<i>timing</i>).....	195
5.1.4	Discrecionalidade da decisão	197
5.1.5	Importância da decisão.....	198

5.1.6	Audiência preliminar (<i>preliminary hearing</i>)	200
5.1.7	Audiência preliminar de mérito (<i>preliminary hearing on the merits</i>)	200
5.1.8	Flexibilidade da decisão	203
5.1.9	Ação coletiva parcial (<i>issue class action</i>)	205
5.1.10	Certificação condicional (<i>conditional certification</i>)	207
5.1.11	Recurso imediato da decisão (<i>interlocutory appeal</i>)	209
5.1.12	A certificação no direito brasileiro	213
5.2	Notificação (<i>notice</i>)	213
5.2.1	Introdução	213
5.2.2	A notificação nas ações coletivas do tipo (b)(3)	217
5.2.3	A notificação nas ações coletivas do tipo (b)(1) e (b)(2) e o devido processo legal	229
5.2.4	Notificação e adequada representação	234
5.2.5	<i>Proof of claim forms</i>	236
5.2.6	Notificação discricionária (<i>discretionary notice</i>)	238
5.2.7	A notificação no direito brasileiro	239
5.3	Representante e advogado (<i>class representative</i> e <i>class attorney</i>)	242
5.3.1	O representante do grupo (<i>class representative</i>)	242
5.3.2	O advogado do grupo (<i>class attorney</i>)	244
5.3.3	Seleção do advogado do grupo (<i>selection of class counsel</i>)	252
5.4	Grupo (<i>class</i>)	257
5.4.1	Introdução	257
5.4.2	Composição do grupo	262
5.4.3	Divisão em subgrupos	267
5.4.4	Membros ausentes (<i>absent class members</i>)	270
5.5	Coisa julgada (<i>binding effect</i>)	271
5.5.1	Introdução	271
5.5.2	Desenvolvimento histórico	274
5.5.3	Coisa julgada coletiva e devido processo legal	278
5.5.4	Comparação entre a solução brasileira e a americana	282
5.6	Direito de auto-exclusão (<i>right to opt out</i>)	291
5.6.1	Introdução	291
5.6.2	Notificação	297
5.6.3	Direito de auto-exclusão	299
5.6.4	Devido processo legal ou liberalidade do legislador?	303
5.6.5	<i>Opt out</i> discricionário	305
5.6.6	O direito de auto-exclusão e o direito brasileiro	306
5.7	Extinção ou acordo (<i>dismissal or settlement</i>)	306
5.7.1	Introdução	306
5.7.2	A função de controle do juiz	309
5.7.3	A disciplina jurídica da aprovação	311

5.7.4	Acordo da pretensão individual do representante (acordo individual)....	312
5.7.5	Comunicação entre o réu e os membros ausentes	316
5.7.6	Acordo da pretensão coletiva do grupo (acordo coletivo)	318
5.7.7	Critérios para a aprovação	320
5.7.8	Notificação (<i>settlement notice</i>)	327
5.7.9	Audiência pública e impugnação do acordo (<i>settlement hearing</i> ou <i>fairness hearing</i>)	332
5.7.10	A participação do juiz nas negociações	337
5.7.11	Distribuição do fundo	339
5.7.12	Direito de auto-exclusão e possibilidade de re-inclusão (<i>opt out</i> e <i>opt in</i>)	340
5.7.13	<i>Coupon settlements</i>	344
5.7.14	<i>Settlement class actions</i>	348
5.7.15	(cont.) Vantagens e perigos	352
5.7.16	(cont.) Satisfação dos requisitos previstos na <i>Rule 23(a)</i> e <i>(b)</i>	354
5.7.17	(cont.) Proposta de reforma	356
5.7.18	O acordo no direito brasileiro	358
5.8	Honorários advocatícios (<i>attorney's fees</i>).....	361
5.8.1	A regra geral nas ações individuais.....	361
5.8.2	A regra geral nas ações coletivas	362
5.8.3	Ação coletiva com formação de fundo comum em dinheiro (<i>common fund class action</i>).....	364
5.8.4	Ação coletiva sem formação de fundo comum em dinheiro (<i>public interest litigation</i> e <i>private attorney general litigation</i>).....	373
5.8.5	O cálculo dos honorários	377
5.8.6	Negociação simultânea do acordo e dos honorários	385
5.8.7	Os honorários no direito brasileiro	389
5.9	Ação coletiva passiva (<i>defendant class action</i>)	390
5.9.1	Introdução	390
5.9.2	Requisitos	396
5.9.3	Hipóteses de cabimento.....	400
5.9.4	Jurisdição.....	405
5.9.5	Representante	406
5.9.6	Notificação e prescrição.....	411
5.9.7	Ações coletivas passivas no direito brasileiro.....	414
BIBLIOGRAFIA		417
VOCABULÁRIO		465
ANEXO I		
Código de Processo Civil Coletivo.....		489

ANEXO II

1. <i>Federal Equity Rule 48</i> (1842)	504
2. <i>Federal Equity Rule 38</i> (1912)	501
3. Proposta de Carl Wheaton (1934)	501
4. Proposta original de James Moore (1937).....	502
5. <i>Federal Rule of Civil Procedure 23</i> (1938)	503
6. <i>Federal Rule of Civil Procedure 23</i> (1966)	503
7. <i>Rule 23</i> traduzida (1966).....	506
8. Proposta de reforma da <i>Rule 23</i> (1996).....	509
9. <i>Private Securities Litigation Reform Act</i> (1995).....	512
10. <i>Class Action Fairness Act – CAFA</i> (2005)	517