

A NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DO REQUISITO DA QUESTÃO COMUM COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

Marcela Varjão Guimarães Cavalcanti¹

RESUMO: O presente artigo aborda a necessidade de definição do requisito da questão comum como forma de concretização do direito fundamental do acesso à justiça na tutela dos direitos coletivos. A partir de uma revisão bibliográfica, enfrentou-se questões prévias basilares. Primeiro, como o modelo norte-americano das *class action* influenciou o Direito brasileiro. Depois, adentrando no estudo das *class actions*, trouxe um caso prático para análise e, por fim, seus desdobramentos na perspectiva dos direitos fundamentais. Ao traçar um paralelo com o pensamento de Ferdinand Lassale, na obra *A essência da Constituição*, avançou no desdobramento da não certificação de uma ação coletiva e seu impacto no acesso à justiça. Só então, propôs de que forma o requisito da questão comum deve ser entendido. Na pesquisa, foi utilizada pesquisa de cunho dogmático-jurídico, com revisão da literatura doutrinária e interpretação dos textos normativos.

Palavras-Chaves: ação coletiva; direitos fundamentais; questão comum, acesso à justiça.

ABSTRACT: This article aims to delineate the necessity of defining the common question requirement as a means to actualize the inherent right of access to justice in safeguarding collective rights. Through a comprehensive bibliographic review, the study addressed foundational preliminary inquiries. Initially, it examined the influence of the American model of class actions on Brazilian Law. Subsequently, by delving into the examination of class actions, it presented a practical case for analysis and subsequently explored its implications from the vantage point of fundamental rights. By drawing a parallel with Ferdinand Lassale's conceptual framework as elucidated in 'The Essence of the Constitution,' the study progressed towards elucidating the ramifications of the non-certification of a collective action and its consequential impact on access to justice. Only thereafter it proffered a proposed understanding of the common issue requirement. The research methodology involved a dogmatic-legal approach, entailing a review of doctrinal literature and the interpretation of normative texts.

Key Words: collective action; fundamental rights; common issue, access to justice.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, advogada. Contato: mvarjaoguimaraes@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito absoluto de ação foi elevado ao *status* constitucional, de modo que muitas pessoas passaram a buscar no Judiciário a efetividade dos direitos assegurados no ordenamento jurídico, inclusive, os direitos coletivos. Entretanto, manifestou-se na esmagadora maioria o sentimento de descontentamento com a entrega da prestação jurisdicional, sob os mais diversos fundamentos.

Assim, num primeiro momento, este artigo abordará o modelo norte-americano das *class actions* e de que forma o Direito brasileiro foi por ele influenciado em relação ao processo coletivo.

Num segundo momento, analisará questões basilares prévias relacionadas aos requisitos e hipóteses de cabimento autorizadas na legislação americana, abordando, inclusive, a situação fática que pode se subsumir em uma das três amplas categorias previstas para as *class actions*.

Feitas as análises preliminares, passará a dispor sobre o caso paradigma norte-americano *Wal-Mart Stores, Inc v. Dukes*, especificamente sobre de que forma nele foi abordado o requisito da questão comum. Só então, passará para os desdobramentos na esfera dos direitos fundamentais, principalmente, no que tange ao acesso à justiça. Por fim, será proposta uma nova forma de se pensar o requisito da questão comum.

Ressalta-se, por fim, que na presente pesquisa foi utilizado a pesquisa de cunho dogmático-jurídico, com revisão da literatura jurídica e interpretação dos textos normativos.

2 O MODELO NORTE-AMERICANO DAS CLASS ACTION COMO INFLUÊNCIA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

A compreensão da proteção jurisdicional dos direitos coletivos no Brasil perpassa pela necessidade de entender as *class actions*, modelo adotado nos Estados Unidos como mecanismo de tutela coletiva.

Em verdade, as ações coletivas brasileiras são derivadas das *class actions* norte-americana por via indireta, através da doutrina italiana².

² GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.17.

Nos Estados Unidos, em 1938, surgiu a *Federal Rule 23*, objeto de reforma em 1966 e outras posteriores, destinada a regular a *class actions*, estendendo-se para todo o Direito e não apenas os processos calcados na equidade³.

Em relação ao modelo norte-americano, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que “a tendência mundial é a universalização do modelo das *class actions*, sem dúvidas o mais bem-sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos do *common law* e do *civil law*”⁴.

Nos anos 70 do século XX, o tema da tutela coletiva foi introduzido pela doutrina jurídica italiana no mundo da *civil law*, que passou a se preocupar mais com a conceituação e defesa dos direitos difusos⁵.

O estudo e reflexo das *class actions* nas ações coletivas no Brasil se deu indiretamente, por meio da doutrina italiana. Nesse ponto, Antonio Gidi afirma que “salvo esporádicas publicações, a doutrina brasileira continua firmemente apegada à doutrina italiana, principalmente à mais antiga, como fonte.”⁶

O legislador e a doutrina no Brasil, em muitos momentos, não compreenderam, com precisão, institutos basilares oriundos das *class actions*, justamente porque estes tiveram por base o olhar superficial dos juristas italianos. Sobre o tema, Gidi pontua:

Acontece que a doutrina italiana utilizou-se da experiência norte-americana dos primeiros anos da *Rule 23* reformada em 1966. O direito processual coletivo norte-americano já havia evoluído consideravelmente quando finalmente adotamos as demandas coletivas no Brasil em 1985. Mas as fontes do legislador, bem como da doutrina brasileira que interpretava o direito positivo, continuavam as mesmas: os artigos italianos da década de 70 que estudavam as *class actions* da década anterior.

E pior, copiamos de quem não conhecia o assunto: salvo honrosas exceções, os juristas italianos, de ontem e de hoje, conheciam e conhecem o direito processual civil norte-americano e as demandas coletivas apenas superficialmente. É constrangedor saber que a fonte da atual legislação processual coletiva brasileira é a doutrina italiana, cujo direito não tem nem

³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.110.

⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2011, v.4, p.57.

⁵ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.110.

⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.17.

nunca teve tradição de processo coletivo, em sua fase mais imatura e hesitante.⁷

Dessa forma, não há dúvidas que para que se possa compreender a ação coletiva brasileira e, principalmente, apresentar soluções adequadas de aprimoramento, é preciso partir da análise da teoria das *class actions*, sob pena de distorcer institutos e não os aproveitar como forma de incremento do sistema processual coletivo brasileiro. Nesse artigo, o enfoque do modelo norte-americano consistirá nos requisitos e hipóteses de cabimento para a ação coletiva.

2.1. As *class actions*

Destacada a importância do modelo norte-americano das *class actions* para o Direito Processual Coletivo no Brasil, é necessário esmiuçar alguns de seus conceitos, notadamente os requisitos de propositura da ação coletiva e quais são as hipóteses de cabimento autorizadas, abordando, de forma breve, a situação fática que pode se subsumir em uma das três amplas categorias previstas na lei.

Para que uma ação seja certificada como coletiva, isto é, uma *class action* somente será assim considerada se estiverem presentes os requisitos: (i) o grupo titular do direito violado seja tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros em uma única ação seja impraticável; (ii) exista uma questão comum, de fato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme; (iii) representante tenha as mesmas pretensões dos demais membros do grupo, sendo um representante típico dos interesses do grupo; (iv) o autor represente adequadamente os interesses dos demais membros do grupo⁸.

Todos os quatro requisitos acima listados devem estar presentes e de forma concomitante para todo e qualquer tipo de *class action*, sob pena de a ação não ser admitida como coletiva na ausência de algum deles.

⁷ GIDI, Antônio. **Rumo a um CPC Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.32.

⁸ GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.67.

Para Gidi, os dois primeiros requisitos (numerosidade e questão comum de fato ou de direito) são requisitos que dizem respeito à situação controvertida entre as partes e aos fatos que autorizam o julgamento coletivo da controvérsia, razão pela qual devem ser analisados de fora do processo (objetivos). Já os dois outros requisitos (tipicidade e representação adequada) devem ser analisados dentro do processo (subjctivos)⁹.

Em relação ao requisito de numerosidade, é importante compreender que não há um número predeterminado de membros que o satisfaça. Não há essa definição na *Rule 23*, tampouco uniformização na jurisprudência. A questão não é numérica, dependendo de uma série de fatores aferidos no caso concreto¹⁰. Pode ser que um grupo composto por vinte pessoas seja considerado grande e um grupo composto por duzentas pessoas seja considerado pequeno. É causídico.

Obviamente que quando um grupo tem um número muito grande – a exemplo, milhares pessoas -, o requisito da numerosidade é presumido, justamente porque é indiscutível que há inconveniência de se exigir o litisconsórcio de todos esses membros.

Por outro lado, impõe-se que, nas ações coletivas, todas as pessoas sejam colocadas em uma situação semelhante. A lei norte-americana exige a presença de uma questão comum de fato ou de direito. Não exige a presença de ambas¹¹.

Muito embora a lei não exija que as situações individuais que unem os membros do grupo sejam exatamente iguais em todos os sentidos, permitindo algumas diferenças, as particularidades não podem prejudicar a existência de um núcleo comum da controvérsia do grupo¹².

Não se trata da necessidade de predominância das questões comuns ou superioridade. Basta que exista uma questão comum entre os membros dos grupos, possibilitando a decisão uniforme sobre a controvérsia do grupo. Sobre

⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.67-68.

¹⁰ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.74.

¹¹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.83.

¹² GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.84.

a desnecessidade do requisito de predominância das questões comuns sobre as individuais, Gregório Assagra de Almeida afirma que “só vem para burocratizar o sistema, gerando incidentes indesejáveis à própria tutela jurisdicional coletiva”¹³.

A princípio, identificar uma questão comum parece ser uma tarefa fácil. Porém, na prática, verificar a existência desse requisito pode ser complexo, notadamente diante de situações individuais diversificadas que, de alguma forma, camuflam a existência de uma questão comum que une o grupo e torna a controvérsia coletiva passível de conhecimento e decisão uniforme¹⁴.

O requisito da numerosidade está relacionado à impraticabilidade de litisconsórcio, enquanto a existência de questão comum está relacionada à possibilidade de emitir uma decisão unitária da controvérsia¹⁵. A análise da questão comum é depositada na extrema confiança que se deposita na discricionariedade do juiz¹⁶.

A redação original da *Rule 23* em 1938, isto é, antes da reforma em 1966 que praticamente a reescreveu, acreditou que a divisão das *class action* em três hipóteses de cabimento distintos auxiliaria a definição do conceito de questão comum¹⁷.

No direito brasileiro, paralelamente, foram criadas três espécies de ação coletiva: as figuras jurídicas dos direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, o que, para Gidi, é uma verdadeira inutilidade. Para ele, teria sido mais adequado o condicionamento da tutela coletiva apenas à existência de questão comum de fato ou de direito, o que atenderia plenamente a utilidade prática, sem ter o receio de uma nova situação surgir, onde a tutela coletiva seja desejável, e não tenha o amparo de um dispositivo legal que a autorize¹⁸.

¹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 117.

¹⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.87.

¹⁵ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.68.

¹⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.81.

¹⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.82.

¹⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.69.

O enfoque neste artigo acerca do requisito da questão comum é proposital, considerando que, no tópico seguinte, o desdobramento do caso prático aqui trazido tem por base a análise sobre a existência de questão comum.

Verificados existentes os requisitos, a ação passará ser conduzida sob a forma coletiva. Esta fase é conhecida como certificação e é importante, uma vez que o resultado da demanda coletiva irá impactar (positiva ou negativamente) em toda a coletividade. É nela em que há o rigor da observância dos requisitos como forma de proteção dos membros ausentes¹⁹.

A *class certification* é, portanto, o momento em que há definição de admissibilidade e organização processual da demanda, estruturando a ação coletiva proposta como tal²⁰. Segundo Gidi, a certificação tem “o poder de transformar uma massa de indivíduos amorfa em uma entidade juridicamente reconhecida e capaz de ir a juízo lutar por seus interesses.”²¹ Essa decisão tem finalidade e importância muito próxima da decisão de saneamento do Direito brasileiro²².

Também como questão basilar a ser objeto de enfileiramento prévio à análise do caso concreto norte-americano são as hipóteses de cabimento da ação coletiva.

A situação fática controvertida na ação coletiva deverá ser acomodada em uma das três categorias como hipóteses de cabimento, sendo ônus da parte demonstrar ao juiz a qual categoria a ação se encaixa²³.

A primeira categoria, definida na Regra 23(b)1, é a hipótese em que a ação será coletiva, em razão de o processamento individual das ações dos membros criar um risco de decisões inconsistentes ou conflitantes (a) ou decisões em face dos membros individuais do grupo que, na prática, poderiam prejudicar o interesse de outros membros (b).²⁴

¹⁹ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.117.

²⁰ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.118.

²¹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.198.

²² ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions**: as ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPodivm, 2013, p.231.

²³ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.140.

²⁴ CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podvim, 2018, p.27.

A segunda categoria, estabelecida na regra 23(b)2, é o caso em que a parte adversa ao grupo tiver agido ou se recusado a agir, por motivos, em geral, aplicáveis ao grupo. Será necessário, nesse caso, um remédio mandamental condenatório em fazer ou não fazer ou declaratório ao grupo²⁵. O tratamento uniforme da lide coletiva nesse caso é importante, porque determinará a ilicitude ou ilicitude da conduta da parte contrária ao grupo, com formação de coisa julgada *erga omnes*²⁶.

A terceira categoria de *class action* é a regra (b)3, em que a corte decide que as questões de direito ou fato comuns predominam aos membros do grupo em relação a questões individuais. A ação coletiva, nessa hipótese (*class action for damages*), tem natureza indenizatória predominantemente²⁷.

Assim, pode-se concluir que, enquanto as ações do tipo b (1) e b (2) são voltadas para pretensões de caráter declaratório ou injuntivo, as ações do tipo b (3) tem caráter pecuniário ou indenizatório²⁸. Nas duas primeiras, não há possibilidade do membro do grupo se auto excluir, porque a delimitação do grupo é rígida. Já na terceira, a auto exclusão é permitida. Nesse caso, o indivíduo deve ter recebido a notificação adequada sobre a certificação da ação coletiva proposta²⁹.

2.2. O caso *Wal-Mart Stores, Inc v. Dukes*

Estabelecidas as principais características das *class actions* para este artigo, o próximo passo será verificar a existência – ou não - do requisito da questão comum e como este tema foi enfrentado pela Suprema Corte americana no caso *Wal-Mart Stores, Inc v. Dukes*³⁰.

Este caso consistiu em uma ação coletiva proposta em benefício de aproximadamente um milhão e meio de empregadas, atuais e ex-empregadas

²⁵ CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podvim, 2018, p.28.

²⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.155.

²⁷ CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podvim, 2018, p.30.

²⁸ CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podvim, 2018, p.32.

²⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.143.

³⁰ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2010/10-277>> Acesso em: 27 nov. 2023.

da rede *Wal-Mart*, sob o fundamento de que haveria um poder discricionário exercido por seus supervisores locais sobre questões de remuneração e promoção, o que violaria o direito das mulheres. Além da medida cautelar e declaratória, as demandantes buscaram a concessão de retro pagamento.

Essa ação não tinha por fundamento a existência de discriminação de gênero no âmbito trabalhista. Isto é, não se afirmou com a referida demanda que havia, na empresa, uma política discriminatória.

Por outro lado, sustentou-se que a remuneração e promoções das empregadas (mulheres) ocorriam em número consideravelmente inferior às dos empregados (homens) que exerciam funções similares na mesma empresa e que tais fatos decorriam de decisões feitas pelos gerentes locais. Quanto mais alto era o posto na organização, menor era o número de mulheres.

Como prova do fato comum a todas as mulheres do *Wal-Mart*, foram apresentados: provas estatísticas sobre disparidades salariais e de promoção entre homens e mulheres na empresa, relatos de discriminação de cerca de 120 funcionárias do *Wal-Mart* e o testemunho de um sociólogo, Dr. William Bielby, que conduziu uma análise da estrutura “social” e “cultura” do *Wal-Mart*, além de práticas de pessoal, concluindo que a empresa era “vulnerável” à discriminação de gênero.

A questão comum que se afirmou foi o fato de que todas as demandantes estavam ou estiveram sujeitas ao livre arbítrio dos gerentes locais, os quais, por meio de um poder que lhes era delegado, deliberavam a respeito de seus cargos e salários. Os critérios eram subjetivos e arbitrários, de modo que o poder dado aos gerentes (na sua maioria, homens) reforçava seus preconceitos, afetando as decisões para avanço profissional das mulheres na empresa. Essa era a situação fática que as unia enquanto grupo.

O *Wal-Mart* não conseguiu eliminar muitas dessas evidências. Também ofereceu as suas próprias provas estatísticas e outras provas compensatórias, num esforço para derrotar os requisitos da Regra 23(a) de uniformidade, tipicidade e representação adequada. Ainda, a empresa pontuou que as reivindicações monetárias das rés pelos pagamentos atrasado não poderiam ser certificadas sob a Regra 23 (b)2, primeiro porque essa Regra se refere apenas a medidas cautelares e declaratórias e, segundo, porque as reivindicações de pagamento atrasado não poderiam ser julgadas de maneira gerenciável como

uma classe sem privar o Wal-Mart do seu direito de apresentar certas defesas legais.

A Corte Distrital certificou a ação como coletiva, contudo, em razão de recurso interposto pela *Wal-Mart*, o caso chegou à Suprema Corte, que reverteu a decisão de certificação. O fundamento para não admitir a demanda como coletivo foi a ausência do requisito da questão comum no caso. A votação foi apertada, num cenário de 5-4 votos.

O julgador Antonin Scalia, condutor da tese vencedora, afirmou que as demandantes não tinham o suficiente em comum e que os elementos constantes nos autos não permitiam uma política comum de discriminação de gênero.

Segundo ele, em alguns casos, o poder discricionário dado aos gerentes locais ocasionaria uma espécie de impacto díspar, levando a uma mesma configuração de um quadro de discriminação intencional ainda que o sistema esteja estruturado em decisões subjetivas. Muito embora o reconhecimento dessa possibilidade, não é determinante para concluir que todas as demandantes desse sistema discricionário possuem uma reivindicação comum e responderiam às mesmas perguntas.

Cabe, contudo, expor a dissidência existente. O juiz Ginsburg, juntamente com os demais (Breyer, Sotomayor e Kagan) se uniram, concordando em parte e discordando em parte³¹. Para eles, de fato, a ação não deveria ter sido certificada nos termos da Regra 23 (b)2, por terem buscado reparação monetária cujo caráter não é meramente incidente a qualquer medida cautelar ou declaratória.

Todavia, no que diz respeito ao requisito da questão comum, estes julgadores discordaram do entendimento da tese vencedora, reiterando a conclusão adotada pela Corte Distrital que reconheceu existente um fato comum entre as demandantes: a delegação de discricção do Wal-Mart sobre salários e promoções é política uniforme em todas as lojas. A natureza da discricção é que as pessoas exercerão de várias maneiras e, num sistema de discricção delegada, pode dar ensejo a resultados discriminatórios a serem objeto de proteção jurisdicional.

³¹ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/338/#tab-opinion-1963628>> Acesso em: 28 nov. 2023.

A parte dissidente da Suprema Corte norte-americana entendeu que as diferenças alegadas como impeditivas ao reconhecimento da questão comum foi equivocada. Isto porque o ponto para reconhecimento desse requisito não é a inexistência de diferenças, mas sim se essas diferenças teriam o potencial de impedir a geração de respostas comuns.

O que a tese vencedora fez foi abordar as diferenças, concentrando “a sua atenção naquilo que distingue os membros individuais da classe, e não naquilo que os une. Dada a falta de padrões de remuneração e promoções, a maioria afirma que demonstrar a invalidade do uso do poder discricionário de um gestor não contribuirá em nada para demonstrar a invalidade do uso do poder discricionário de outro”³².

3 DESDOBRAMENTOS DO CASO NORTE-AMERICANO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentado brevemente o caso *Wal-Mart Stores, Inc v. Dukes* e a controvérsia do julgamento, cabe agora neste artigo analisar duas questões importantes.

Primeiro, perceber que o voto vencedor no julgado norte-americano supracitado refletiu o pensamento de uma maioria *ultra* conservadora de magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nessa primeira análise, será utilizado o que Ferdinand Lassale chamou de fatores reais de poder, a fim de demonstrar o que está por trás da aplicação da norma jurídica.

Segundo, compreender que a não certificação coletiva, no caso concreto, terminou por inviabilizar o acesso à justiça, em máxima instância, uma vez que o grupo que se insurgiu não pode levar sua pretensão adiante coletivamente.

³² The “dissimilarities” approach leads the Court to train its attention on what distinguishes individual class members, rather than on what unites them. Given the lack of standards for pay and promotions, the majority says, “demonstrating the invalidity of one manager’s use of discretion will do nothing to demonstrate the invalidity of another’s.” Ante, at 15. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/338/#tab-opinion-1963628>> Acesso em: 28 nov. 2023.

3.1 A relevância do contexto social na norma jurídica

A essência de um tribunal é influenciada por seus membros e contexto histórico, social e político, impactando diretamente no julgamento das causas. Nesse sentido, Gidi afirma:

Sem conhecer o contexto social, jurídico e político nos Estados Unidos, portanto, fica extremamente difícil reconhecer decisões *ultra* conservadoras, emitidas por juízes *ultra* reacionários, nomeados politicamente em um país dominado pelo Partido Republicano. O que parece uma simples norma técnica, científica e politicamente neutra, na verdade esconde uma profunda carga ideológica, através da qual as principais fontes do poder conservador exercem uma visceral oposição às *class actions*.³³

O resultado do julgamento do caso norte-americano trazido neste artigo tem profunda relação com o entendimento esposado por Ferdinand Lassale em *A essência da Constituição*³⁴.

Lassale ao questionar qual seria a verdadeira essência da Constituição, declara que seria ela uma força ativa que influencia as outras leis a serem como são³⁵ e vai além. O autor identifica que essa força ativa decorre dos fatores reais de poder que regem uma sociedade³⁶.

Isto é, a essência da Constituição de um país seria “*a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação*”³⁷, de modo que a Constituição escrita seria o compilado dos poderes que imperam na sociedade efetivamente, consolidando as instituições jurídicas³⁸.

Veja-se que esse autor chama atenção para o fato de que nada adianta a existência de uma Constituição escrita em si mesma, porque, para ele, o papel é apenas o reflexo dos poderes efetivamente presentes numa sociedade e do modo como eles se organizam. Isso é o que para ele verdadeiramente importa.

³³ GIDI, Antônio. **Rumo a um CPC Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.191-192.

³⁴ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁵ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.8.

³⁶ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.10.

³⁷ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.17.

³⁸ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.37.

Nesse ponto, convém lembrar o exemplo dado no livro sobre o incêndio³⁹. Ele indaga se queimando todos os arquivos e documentos, deixando o Estado sem quaisquer resquícios de leis escritas, as novas leis seriam criadas arbitrariamente pelo legislador?

Sem adentrar no mérito em si da obra, bem como as críticas existentes ao pensamento de Lassale, o que importa neste artigo é traçar um paralelo no sentido de que, tal como esse autor, existe uma força determinante de poder que alimenta e retroalimenta as instituições jurídicas para, muitas vezes, manter-se o *status quo*.

Tal como Lassale, o que se ora aponta é que os problemas jurídicos, muitas vezes, não são problemas de Direito, mas sim de poder.

Em analogia ao caso norte-americano, vê-se que a controvérsia do caso não está, em si, na análise a respeito da questão comum, isto é, na perspectiva eminentemente processual, isenta de carga valorativa e política.

Afinal, parte dos julgadores que compunham a Suprema Corte na análise daquele caso, entenderam que, em verdade, haveria sim a configuração da questão comum, um dos requisitos para a certificação da ação como coletiva.

Por isso que, na linha do que afirmado por Gidi, é preciso conhecer o contexto jurídico, político e social da Suprema Corte dos Estados Unidos para se entender determinada decisão. E, por isso, no caso *Wal-Mart Stores, Inc v. Dukes*, a tese vencedora refletiu a predominância do pensamento conservador, republicano, que preferiu desconsiderar que os preconceitos e estereótipos de gênero existentes na tomada das decisões de emprego pelos gerentes locais.

O entendimento adotado neste artigo é de que a conclusão da Suprema Corte não foi acertada, porque a ação deveria ter sido certificada como coletiva, pois a questão comum existia pelo fato comum de que as demandantes estavam submetidas aos critérios arbitrários e subjetivos, ocasionando efeitos díspares e resultados discriminatórios.

A Suprema Corte, ao assim entender, considerou uma interpretação demasiadamente restritiva do requisito da questão comum, porque não era necessário que a Wal Mart tivesse uma mesma conduta. Gidi afirma que “em

³⁹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.11.

alguns casos, a diversidade de condutas isolados pode ser desconsiderada, emergindo um núcleo comum na conduta da parte-ré. "40

Em outras palavras, a Suprema Corte se valeu de uma interpretação restritiva acerca do requisito processual da questão comum para imprimir naquele julgamento, em verdade, um entendimento conservador e republicano, reflexo das concepções políticas, sociais e histórica da maioria dos seus julgadores.

3.2 O acesso à justiça e a certificação coletiva

Além de demonstrar que existe uma força determinante que influencia no resultado da interpretação da norma e institutos jurídicos e, conseqüentemente, nos julgamentos, deve, ainda, ser feita uma análise de que a não certificação da ação coletiva terminou por inviabilizar o acesso à justiça.

O caso norte-americano será retomado para ser utilizado como exemplo, embora o recorte histórico do acesso à justiça que se fez nesse artigo seja em relação ao Brasil. Para tanto, será exposto a seguir um breve contexto sobre o acesso à justiça no que tange à tutela dos direitos coletivos no Brasil e como a experiência norte-americana de *class certification* pode ser aplicada.

A Constituição de 1988 ficou conhecida como Constituição Cidadã, justamente porque abarcou a nível constitucional diversas matérias, oportunizando proteção dos direitos assegurados no ordenamento jurídico pátrio. Particularmente, os direitos sociais, reprimidos no passado ditatorial, foram tratados com a devida relevância, no intuito de promover a igualdade substancial, inclusive, para concretizar os direitos liberais já previstos na Carta Magna anterior (liberdade, propriedade, igualdade formal)⁴¹.

Nesse momento histórico, evidenciou-se que o Poder Judiciário existe para assegurar os direitos do cidadão, uma vez que a Constituição deu a estrutura legal de invocá-los em juízo⁴². Dessa forma, inexoravelmente houve

⁴⁰ GIDI, Antônio. **Rumo a um CPC Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.85.

⁴¹ SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O poder judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Revista de Processo**: estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ed. Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, p. 142-143, abr./jun., 2000.

⁴² CÔRREA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. **Revista de Processo**: estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ed. Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, p. 156, abr./jun., 2000.

um aumento da complexidade da atividade jurisdicional, haja vista que os magistrados deixaram de ser meras “bocas de lei”, passando a assumir a função de controle da constitucionalidade a cada vez que decidiam com base nos valores e princípios postos na Constituição de 1988⁴³.

Percebe-se, então, que a matéria referente ao acesso à justiça somente atingiu contornos significativos com o fim da ditadura militar, em meados da década de 80, sobretudo, com o retorno do Estado de Direito, tendo esse direito fundamental sido expressamente positivado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988⁴⁴. Ao assim proceder, o legislador deixou claro que o contexto social, pós um regime ditatorial, urgia pela fixação, em sede constitucional, de que ninguém poderia ser privado do Poder Judiciário como um princípio corolário do regime democrático⁴⁵.

Esse movimento também repercutiu nos direitos coletivos *lato sensu*, quando ganharam configuração constitucional na Constituição de 1988, nos arts. 5º, XXI, XXXV, LXX, LXXIII, 8º III e 129, III⁴⁶.

Por imposição expressa do art. 5º, XXXII da Constituição de 1988 e do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), surgiu, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu o conceito de direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos⁴⁷.

Contudo, garantir esse acesso é uma tarefa árdua. Isto porque o acesso à justiça não significa o mero direito de ação, de apresentação de uma petição inicial, invocando a tutela do poder jurisdicional estatal através do processo. Não há como restringir o seu objeto à propositura de demandas e possibilidade de defesa⁴⁸. Vai muito além disso. Para que o Poder Judiciário tutele de forma

⁴³ CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 38, n. 152, p. 142, out./dez., 2001.

⁴⁴ CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 38, n. 152, p. 143, out./dez., 2001.

⁴⁵ MARTINS, Leonardo Resende. Acesso à justiça e à educação popular em direitos fundamentais. *Direito Federal*. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil –AJUFE**. Ed. Impetus, ano 21, n. 70, p. 231, abr./jun., 2002.

⁴⁶ CARDOSO Provedel, Juliana. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podvim, 2018, p.80.

⁴⁷ CARDOSO Provedel, Juliana. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Jus Podvim, 2018, p.81.

⁴⁸ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. O princípio da duração razoável do processo. **Revista Direito e Desenvolvimento**, ano 1, n. 2, p. 179, jul./dez., 2010.

efetiva as violações ou ameaças de direito a ele levadas, é preciso que se tenha uma atividade jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva⁴⁹.

Voltando à análise do caso norte-americano, a decisão de não certificação da ação como coletiva pela Suprema Corte terminou por inviabilizar o acesso à justiça daquele grupo de mulheres, afinal, elas não mais puderam levar a questão à justiça na perspectiva coletiva, face ao entendimento de que não existia ali o requisito da *class action* da questão comum.

Não se pretende defender aqui, por outro lado, que todas as ações coletivas deveriam ser certificadas para ser garantido o acesso à justiça efetivamente, seja porque dessa forma estaria se legitimando ações aventureiras e aberrações jurídicas, seja porque se entende que a certificação é extremamente relevante para que a tutela coletiva se estabeleça de modo adequado.

Afinal, a certificação existente na experiência jurídica norte-americana (*class certification*), é a fase preliminar destinada à verificação dos requisitos processuais para processamento de uma demanda na forma coletiva. É nesse momento que se verifica se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva⁵⁰.

No Brasil, o equivalente à chamada *class certification* é a decisão de saneamento e organização do processo⁵¹.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso conceber o requisito da questão de forma extensiva e abrangente. A interpretação não pode ter caráter restritivo, tal como aconteceu no julgamento do caso *Wal-Mart Stores, Inc v. Dukes*.

Ao longo desse trabalho, identificou-se que a não certificação coletiva com base numa interpretação restritiva do requisito da questão comum termina, ao fim e ao cabo, a inviabilizar o acesso à justiça.

Nesse sentido, a proposta aqui defendida neste artigo é a de que, primeiro, se tenha uma análise processual abrangente a respeito do requisito da

⁴⁹ ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. **Revista de Processo. REPRO.** Ed. Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, p. 249, jul./2006.

⁵⁰ GIDI, Antônio. **Rumo a um CPC Coletivo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.117.

⁵¹ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.160.

questão comum, de modo que não se limite a situações individuais exatamente iguais, mas que se permitam algumas diferenças que não prejudiquem a existência de um núcleo comum da controvérsia do grupo. Segundo, em sendo o caso de impossibilidade de se admitir a questão comum tal como ela foi apresentada pelo representante do grupo, sugere-se a redefinição dos contornos da lide.

Isto é, que se limite a lide coletiva àquela parcela da controvérsia atingida pela questão comum, deixando as questões individualizadas para serem apuradas posteriormente, em ações individuais ou que se divida o grupo em subgrupos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. *REPRO*. Ed. Revista dos Tribunais, v. 31, n. 137, jul./2006.

CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 38, n. 152, out./dez., 2001

CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Jus Podvim, 2018

CÔRREA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. **Revista de Processo**: estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ed. Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr./jun., 2000.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/338/#tab-opinion-1963628>> Acesso em: 27 nov. 2023.

ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. 564 U.S. 338, 2011. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2010/10-277>> Acesso em: 27 nov. 2023.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antônio. **Rumo a um CPC Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Leonardo Resende. Acesso à justiça e à educação popular em direitos fundamentais. Direito Federal. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil –AJUFE**. Ed. Impetus, ano 21, n. 70, abr./jun., 2002.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. O princípio da duração razoável do processo. **Revista Direito e Desenvolvimento**, ano 1, n. 2, jul./dez., 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions**: as ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPodvim, 2013.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O poder judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Revista de Processo**: estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ed. Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr./jun., 2000.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.