

## CAPÍTULO SEGUNDO BREVE HISTORIA

I. Los pioneros en las acciones colectivas en el sistema de derecho civil . . . . .	17
II. El movimiento brasileño hacia la acción colectiva . . . . .	19
III. La acción colectiva brasileña: una generación posterior . . . . .	23
IV. El futuro nebuloso de la acción colectiva en Brasil . . . . .	26

## CAPÍTULO SEGUNDO

### BREVE HISTORIA

#### I. LOS PIONEROS EN LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL

La acción colectiva norteamericana tiene sus orígenes históricos en el antiguo Derecho de Equidad (*Equity*).<sup>21</sup> En contraste, en los países de derecho civil (*civil law tradition*) las acciones colectivas son de reciente desarrollo. La acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los estudios académicos realizados en Italia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Los trabajos italia-

21 Véase Hazard, Geoffrey C., Jr., “Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom”, *Colum. L. Rev.*, núm. 61, 1961, p. 1254; Marcin, Raymond, “Searching for the Origin of the Class Action”, *Cath. U. L. Rev.*, núm. 23, 1974, p. 515; Yeazell, Stephen, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, 1987, pp. 24-31 (donde discute ejemplos de acciones colectivas o representativas en Inglaterra en el siglo XII, cuando grupos sociales litigaban en los tribunales representados por sus líderes); Bone, Robert, “Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation”, *Boston U. L. Rev.*, núm. 70, p. 213; Giussani, Andrea, *L’evoluzione storica delle “class actions”*, 1992; Rowe, Thomas, Jr., “A Distant Mirror: The Bill of Peace in Early American Mass Torts and its Implications for Modern Class Actions”, *Ariz. L. Rev.*, núm. 39, 1977, p. 711.

Sin embargo, la doctrina contemporánea de la acción colectiva empezó con la publicación de Harry Kalven & Maurice Rosenfield, “The Contemporary Function of the Class Suit”, *U. Chi. L. Rev.*, núm. 8, 1941, p. 684. Pero en realidad solamente con las reformas de 1966 a la Regla 23 las acciones colectivas norteamericanas se convirtieron en un instrumento procesal poderoso para la protección de los derechos de grupo. Esto aclara por qué los comparatistas europeos no se interesaron en la acción colectiva norteamericana hasta los setenta. Pero véase Miller, Arthur, “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the ‘Class Action problem’”, *Harv. L. Rev.*, núm. 92, 1979, p. 664 (opina que las reformas sobre aspectos técnicos de la Regla 23 fueron menos importantes que la evolución social y el derecho sustantivo en los Estados Unidos). Este último comentario, sin embargo, reduce la importancia del derecho procesal en el desarrollo del derecho sustantivo.

Es importante abrir un paréntesis aquí para mencionar que Carl Wheaton propuso una ley de acciones colectivas cuatro años antes de la promulgación de las Reglas Federales del Procedimiento Civil en 1938. Wheaton propuso una regla que era más simple y superior filosófica y técnicamente a la propuesta de James Moore, aunque ésta fue en última instancia adoptada por el legislador. Si la propuesta de Wheaton se hubiese adoptado, el futuro de la acción colectiva en los Estados Unidos hubiese sido mucho más sano y la reforma de 1966 no sería necesaria. Véase Wheaton, Carl, “Representative Suits Involving Numerous Litigants”, *Cornell L. Q.*, núm. 19, 1934, pp. 399 y 441.

nos de mayor influencia en Brasil fueron escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti.<sup>22</sup>

Este movimiento académico italiano fue calurosamente recibido en Brasil por importantes juristas. Poco tiempo después, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Waldemar Mariz Oliveira junior, tres de los más distinguidos juristas brasileños, publicaron importantes artículos sobre las acciones colectivas.<sup>23</sup> La reputación de estos juristas y su

22 Parece que Michele Taruffo fue el primer jurista del derecho civil en escribir sobre la acción colectiva norteamericana, "I limiti soggettivi del giudicato e le class actions", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 24, 1969, p. 618, seguido por Cappelletti, Mauro, "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 30, 1975, p. 361; *idem*, "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphoses de la procédure civile)", *R. I. D. C.*, núm. 27, 1975, p. 571; Kötzt, Hein, "Klagen Privater im Öffentlichen Interesse", *Klagen Privater im Öffentlichen Interesse*, núm. 69, 1975 (Adolf Homburger y Hein Kötzt eds.); *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976); *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato* (Antonio Gambaro ed., 1976); Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processola legittimazione ad agire*, 1979); *The Florence Access-to-Justice Project* (Mauro Cappelletti et al., eds., 1978-1979). En México, véase el artículo pionero de Lucio Cabrera Acevedo, "La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1983, p. 113.

En el último cuarto del siglo XX, tres importantes congresos internacionales fueron dedicados al tema de las acciones colectivas desde una perspectiva comparada, un congreso importante en cada década. Dos de ellos fueron organizados por la International Academy of Comparative Law (1974 y 1990) y el otro por la International Association of Procedural Law, 1983). La importancia de estas instituciones, así como el prestigio de los informes nacionales y generales, aseguró que el tema recibiría una atención mundial e influyó a muchos juristas del derecho civil y del *common law*. Véase Cappelletti, Mauro, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Access to Justice. Promising Institutions*, Cappelletti & Weisner ed., 1979, t. II, pp. 773-775, también publicado en versiones poco diferentes en *Mich. L. Rev.*, núm. 73, 1975, p. 793, y en Cappelletti, Mauro, & J. A. Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, 1975, pp. 23 y 24; Cappelletti, Mauro, y Garth, Bryant, "Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure", *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the VII<sup>th</sup> International Congress on Procedural Law*. Würzburg (Walter Habscheid ed., 1983), p. 117, también publicado en *C. J. Q.*, núm. 2, 1983, p. 111; Garth, Bryant, "Group Actions in Civil Procedure: Class Actions, Public Actions, Parens Patriae and Organization Actions", *XIII<sup>th</sup> International Congress. Montreal*, 1992, p. 205. Los Informes Generales y los numerosos informes nacionales influyen todavía en la actualidad.

Siguiendo la tradición de tener una reunión comparativa importante en cada década, en julio del 2000, Duke University y la Universidad de Ginebra organizaron un simposio titulado *Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective: What Can We Learn from Each Other?* Véase Rowe, Thomas, "Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective: What Can We Learn From Each Other?", *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001. Es posible que antes del final de esta década otra importante conferencia internacional volverá a revisar el tema.

23 Véase Barbosa Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos", *Temas de direito processual. Terceira série*, 1977; Grinover, Ada P., "A tutela jurisdiccional dos interesses difusos", *Revista dos Tribunais*, núm. 14, 1979, p. 25; Mariz, Waldemar, "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos", *Estudos sobre o Amanhã*, núm. 2, 1978.

continua investigación y esfuerzos, así como la innegable importancia de la institución, contribuyeron a la introducción de las acciones colectivas en el sistema brasileño. El apoyo intelectual de importantes juristas abrió las puertas del sistema brasileño a las acciones colectivas.<sup>24</sup> Después de esto fue cuestión de tiempo para que la acción colectiva se desarrollara completamente en Brasil. En un lapso de quince años un cuerpo sofisticado de derecho y doctrina se desarrolló. En contraste, en Italia el movimiento fue rechazado como una curiosidad excéntrica de académicos “izquierdistas”, y perdió su oportunidad.<sup>25</sup>

## II. EL MOVIMIENTO BRASILEÑO HACIA LA ACCIÓN COLECTIVA

La primera ley brasileña que trató específicamente el procedimiento de la acción colectiva fue publicada en 1985.<sup>26</sup>

24 En el derecho civil tradicional son los juristas y no los jueces las figuras prominentes de la profesión legal. Ellos son las figuras centrales del sistema jurídico: aquellos que forman y evolucionan el derecho. Véase Lawson, F. H., *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1953, pp. 69-76; Merryman, John, *The Civil Law Tradition*, 1985, pp. 56-67, 80-84, 106 y 107 (en que opina que en la tradición del *common law* el derecho es lo que los jueces dicen que es, mientras que en la tradición del derecho civil el derecho es lo que los juristas dicen que es). Véase Kötz, Hein, “Scholarship and the Courts: A Comparative Survey”, *Comparative and Private International Law* (David S. Clark ed., 1990), p. 183 (en que hace un análisis comparativo). Algunos juristas del derecho civil consideran que los escritos académicos son una verdadera fuente del derecho, al lado, aunque inferior, de la Constitución, las leyes y los precedentes. Véase Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 39, 1991, pp. 343 y 346-349 (argumenta que “los escritos académicos, tanto de ensayos como didácticos, son una fuente de derecho”).

25 Pero un reciente interés revivió y ha ocurrido en Italia. Véase Dondi, Angelo, “Funzione ‘remedial’ ‘delle injunctive Class Actions’”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 42, 1988, p. 245; Cappalli, Richard, y Consolo, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temp. Int’l & Comp. L. J.*, núm. 6, 1992, p. 217; Consolo, Claudio, “‘Class Actions’, Fuori dagli USA?”, *Rivista di Diritto Civile*, 1993, p. 609; Giussani, Andrea, *Studi Sulle ‘Class Actions’*, 1996. Una nueva ley de protección al consumidor fue promulgada en 1998 en Italia, dando una limitada protección a los derechos de grupo. Véase la ley de 30 de julio 1998, N. 281.

Es ejemplar el debate político actual en Alemania sobre la adopción de la ley de acciones colectivas. Véase Koch, Harald, “(Non-Class) Group Litigation Under EU and German Law”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, núm. 11, 2001 (advierte que las propuestas de acciones colectivas en Alemania son criticadas porque proponen el socialismo). Esta oposición es ridícula si se considera que los países socialistas no tienen acciones colectivas. Compárese Glenn, Patrick, “Class Actions in Ontario and Quebec”, *The Canadian Bar Review*, núm. 62, 1984, pp. 247, 272 y 273 (opina que la acción colectiva puede ser vista solamente como una “invención liberal burguesa, capaz solamente de que avancen los intereses de grupo que pueden llegar a ser reconocidos por el sistema legal. Cualquier resultado posible de cambiar la riqueza, sólo atrasaría el desarrollo de una verdadera conciencia de clase...”).

26 Véase Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347, de 24 de julio de 1985 [en adelante, Ley de la Acción Civil Pública]. La ley brasileña es analizada por Bryant Garth, “Group Actions in Civil Pro-

Esta ley, conocida como la Ley de la Acción Civil Pública, fue diseñada para crear una acción para “proteger el medio ambiente, al consumidor y a los derechos de valor artístico, estético, turístico y de paisaje”. Sin embargo, el legislador posteriormente extendió el uso de las acciones

cedure: Class Actions, Public Actions, Parens Patriae and Organization Actions”, *XIIIth International Congress. General Reports. Montreal, 1992*, pp. 205, 216-218; Roseen, Keith, “Civil Procedure in Brazil”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 34, 1986, pp. 487, 522 y 523; Findley, Roger, “Pollution Control in Brazil”, *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988, pp. 1, 21 y 42-49; Fernandes, Edesio, “Defending Collective Interests in Brazilian Environmental Law: An Assessment of the ‘Civil Public Action’”, *Rev. Eur. Cmt. & Int'l Env'tl. L.*, núm. 4, 1995, p. 253.

Antes de la introducción de la primera ley sobre acciones colectivas, Brasil incorporó la acción popular (*actio popularis*) en la Constitución de 1934. La acción popular es una acción propuesta por cualquier ciudadano brasileño que busca la nulidad de actos administrativos que dañan el patrimonio público, la moral de la administración pública, el medio ambiente o el patrimonio histórico o cultural. Véase *Constituição Federal* [en adelante Constitución Brasileña], artículo 5o., LXXIII, 1988; *Lei da Ação Popular*, Lei n. 4.717, de 29 de junio de 1965 [en adelante Ley de la Acción Popular]. Pero su finalidad se limita a nulificar los actos administrativos que dañan a estos intereses públicos y no permiten que se dicten órdenes judiciales de hacer o no hacer (*injunctio*). La dimensión colectiva de la acción popular no fue bien entendida en Brasil hasta que el profesor Barbosa Moreira publicó su primer ensayo. Véase Moreira, Barbosa, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos”, *Temas de Direito Processual, Terceira Série*, 1977, p. 110.

Otro ejemplo de acción colectiva que existe en Brasil desde la Constitución de 1934 es el de la “Acción directa de inconstitucionalidad”, una acción ante la Suprema Corte para atacar abstractamente (sin una controversia entre dos partes) la constitucionalidad de una ley federal o estatal y otro acto gubernamental. La legitimación para actuar se limita al presidente, el Senado, la Cámara de Diputados, los gobernadores estatales, el procurador general de la República, la rama federal de la Barra Nacional de Abogados, un partido político o un sindicato. Una declaración de inconstitucionalidad nulifica la ley y tiene efectos obligatorios en toda la nación (efectos *erga omnes*). Véase Constitución brasileña, artículo 103, 1988. En los Estados Unidos los tribunales federales no tienen jurisdicción para decidir cuestiones de derecho presentadas sin una real controversia entre las partes (*case or controversy*). Véase *United States Constitution*, artículo III, capítulo 2, y *Marbury v. Madison*, 5 U.S., 1803, p. 137 (donde se establece que un tribunal tiene el poder de declarar una ley inconstitucional solamente como consecuencia de su facultad de decidir un caso ante él). Véase Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction*, 2a. ed., núm. 13, p. 3529; Wright, Charles, *Law of Federal Courts*, 1994, pp. 60-93.

Sobre la acción popular brasileña y la acción directa de inconstitucionalidad, Rosenn, Keith, “Brazil’s New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 38, 1990, pp. 773 y 794-798; *idem*, “Judicial Review in Brazil: Developments Under the 1988 Constitution”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* (forthcoming, 2001); Findley, Roger, “Pollution Control in Brazil”, *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988, pp. 1 y 39-42 (en que discute la acción popular de Brasil en el campo de la protección ambiental). Véase Lyra Tavares, Ana Lucia de, “Aspects de l’acclimation du ‘judicial review’ au droit brésilien”, *R. I. D. C.*, núm. 38, 1986, p. 1135; Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, 1970. Sobre la estrecha relación entre las acciones colectivas y las acciones directas de inconstitucionalidad, véase Arruda Alvim, “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (Édis Milaré ed., 1995), p. 152.

Después de la promulgación de las leyes laborales en 1943, Brasil ha tenido un tipo primitivo de acción colectiva en los tribunales laborales (*dissídios coletivos*). Véase Nery, Nelson, Junior, “A ação civil pública no processo do trabalho”, *Ação civil pública. 15 anos* (Édis Milaré ed. 2001), p. 555 (donde discute las acciones colectivas en los tribunales laborales).

colectivas para proteger toda clase de derechos difusos o colectivos, creando así una ley transustantiva.<sup>27</sup> Esta ley creó un procedimiento adecuado para la acción colectiva con mandamiento judicial de hacer o no hacer (*injunctive class action*) y para los daños globales sufridos por el grupo (derechos difusos y colectivos), pero no permitió la reparación legal colectiva en violaciones a los derechos individuales de los miembros de un grupo (derechos individuales homogéneos).<sup>28</sup> Los miembros de un grupo podían recuperar sus daños individuales solamente interponiendo su propia demanda individual.

En 1988, la nueva Constitución Federal de Brasil protegió numerosos derechos de grupo tanto sustantivos como procesales.<sup>29</sup> Una innovación procesal creada por la Constitución fue el *mandado de segurança coletivo*, una especie de acción colectiva de carácter no criminal, como el *habeas corpus*, para proteger de la ilegalidad y abuso de poder de las autoridades.<sup>30</sup>

27 En el lenguaje jurídico norteamericano, las reglas procesales aplicables a litigios en cualquier materia de toda área del derecho sustantivo son llamadas “transustantivas”. Véase Carrington, Paul D., “Making Rules to Dispose of Manifestly Unfounded Assertions: An Exorcism of the Bogy of Non-Trans-Substantive Rules of Civil Procedure”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 137, 1989, p. 2067; Hazard, Geoffrey C., “Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 137, 1989, p. 2237; Tobias, Carl, “The Transformation of Trans-Substantivity”, *Wash. & Lee L. Rev.*, núm. 49, 1992, p. 1501; Weber, Mark C., “The Federal Civil Rules Amendments of 1993 and Complex Litigation: A Comment of Transsubstantivity and Special Rules for Large and Small Federal Cases”, *Rev. Litig.*, núm. 14, 1994, p. 113.

28 *Vid. infra*, capítulo quinto, “Tipos de derechos de grupo” (donde se discute la definición de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos).

29 Véase Motauri Souza, *Interesses difusos em espécie*, 2000; Fiorillo, Celso, “A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos”, *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (Édis Milaré ed., 1995), p. 163.

30 Véase Constitución brasileña, artículo 5o., LXIX. Véase Gidi, Antonio, “Acciones de grupo y ‘amparo colectivo’ en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, *Derecho procesal constitucional* (Eduardo Mac-Gregor ed., 2001), p. 973; Lamêgo Bulos, Uadi, *Mandado de segurança coletivo*, 1996; Zaneti, Hermes Junior, *Mandado de segurança coletivo*, 2001; véase Rosem, Keith, “Civil Procedure in Brazil”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 34, 1986, pp. 487 y 515 (advierte que la versión individual del “mandado de segurança” brasileño “combina en una sola acción las características de los writs angloamericanos de *prohibition*, *injunction*, *mandamus* y *quo warranto*”).

Un análogo a esta acción es el “amparo colectivo”, que actualmente está bajo discusión en México, Argentina y otros países latinoamericanos. Véase Cabrera Acevedo, Lucio, “Past and Possible Future of the Collective Amparo Process [Amparo Colectivo]”, *U. S. Mex. L. J.*, núm. 6, 1998, p. 35 (en donde discute el esfuerzo de México por crear un “amparo colectivo” en el modelo del *mandado de segurança coletivo* brasileño); Mac-Gregor, Eduardo, “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)”, *Derecho procesal constitucional* (Eduardo Mac-Gregor ed., 2001), p. 217; Morello, Augusto, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, 1999 (en donde discute la propuesta de Argentina).

En 1989 y 1990 el legislador brasileño promulgó tres leyes otorgando así protección legal sustantiva a los grupos de personas incapacitadas, inversionistas en el mercado de valores y a los niños. Estas leyes fueron de carácter sustantivo, y ofrecieron poco en cuanto a reglas procesales.<sup>31</sup> La Ley de la Acción Civil Pública (1985) establecía las reglas procesales que debían ser utilizadas para ejercer estos derechos de grupo ante los tribunales.

En 1990, el legislador promulgó el Código del Consumidor.<sup>32</sup> En el título III de este Código, el cual está dedicado a la protección del consumidor ante los tribunales, el legislador incluyó procedimientos detallados sobre el litigio de las acciones colectivas por daños individuales (*class actions for individual damages*). Sin embargo, es importante resaltar que aun cuando estas reglas se encuentran en el Código del Consumidor, el procedimiento colectivo es “transustantivo”, y por lo tanto es aplicable a la protección de todos los derechos de grupo.<sup>33</sup> El legislador estableció este principio en el propio Código del Consumidor, aclarando que las reglas de la acción colectiva sirven para resolver controversias sobre el medio ambiente, el combate al monopolio, daños individuales, impuestos y cualquier otra rama del derecho.<sup>34</sup>

El procedimiento para la protección de derechos difusos y colectivos está previsto en la Ley de la Acción Civil Pública, y el procedimiento para la protección de los derechos individuales homogéneos está estable-

31 Véase Lei n. 7.853/1989; Lei n. 7.913/1989; Lei n. 8.069/1990. También Trocker, Nicolò, “The Protection of Group Interests Through the Civil Courts”, *Italian Yearbook of Civil Procedure*, núm. 1 (Elio Fazzalari & Maurice Sheridan eds., 1991), p. 125 (discute los derechos sustantivos de grupo en el derecho italiano).

32 Véase Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n. 8,078, de 11 de septiembre de 1990 [en adelante Código del Consumidor Brasileño]. El Código del Consumidor brasileño fue hecho por una comisión de juristas muy destacados: Ada P. Grinover, Antônio Benjamin, Daniel Fink, José Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery, Jr. y Zelmo Denari. Una traducción completa al inglés del Código se encuentra en *South American Consumer Protection Laws* (David Jaffe y Robert Vaughn eds., 1992) (haciendo notar que “el Código del Consumidor brasileño ha influido en el desarrollo de otras leyes del consumidor en América del Sur”), *idem*, p. 69.

33 Véase *infra*, capítulo quinto, “Tipos de derechos de grupo” (definiendo los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos).

34 Véase Código del Consumidor Brasileño, artículos 110 y 117. *Vid. supra*, nota 27 (que explica la definición de una regla procesal transustantiva).

Si la práctica demuestra que clases específicas de litigio (pequeños pleitos, interés público, acciones colectivas sobre daños masivos), campos específicos del derecho (antimonopolios, mercado de valores, medio ambiente, consumidor) o tipos específicos representantes (organizaciones, agencias gubernamentales) enfrentan problemas específicos que deberían ser regulados en forma diferente, el legislador debería promulgar reglas específicas.

cido en el Código del Consumidor. Estas son leyes sobre acciones colectivas que se complementan unas a otras, siendo el equivalente a un Código de Procedimientos Colectivos.<sup>35</sup> Y en adelante serán referidas en este ensayo, en general, como las “leyes brasileñas sobre acciones colectivas”.

El momento, sin embargo, ya maduró, para la consolidación de las leyes sobre acciones colectivas en Brasil y para el desarrollo de un Código Procesal Colectivo autónomo y actualizado.<sup>36</sup> Este Código daría enfoques claros y consistentes sobre el litigio de la acción colectiva y revisaría las reglas actuales, tomando en consideración la experiencia acumulada, los nuevos adelantos en jurisdicciones extranjeras y los recientes estudios comparativos.

### III. LA ACCIÓN COLECTIVA BRASILEÑA: UNA GENERACIÓN POSTERIOR

La recepción de las acciones colectivas en el sistema jurídico de Brasil ha sido difícil e incierta. Una minoría de juristas y jueces conservadores, educados bajo los sistemas ortodoxos y dogmáticos de la ciencia jurídica, o no entendieron los nuevos conceptos incrustados en las nuevas leyes de las acciones colectivas, o estuvieron ideológicamente opuestos a ellas. Sin embargo, fue difícil distinguir entre estas dos categorías. De cualquier modo, hubo fuerte oposición.<sup>37</sup>

Algunos vieron a las acciones colectivas no como un medio de mejorar el acceso a la justicia o de equilibrar la falta de poder de los indivi-

35 Véase Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, pp. 74-78 [Cosa juzgada y litispendencia en las acciones colectivas brasileñas]; Nery, Nelson Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, pp. 867-909 (hace un análisis general de la interrelación entre ambas leyes).

36 Esta propuesta fue enunciada primero por Antonio Gidi. Véase Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, pp. 77 y 78. Encontró apoyo en Uadi Lamêgo Bulos, *Mandado de segurança coletivo*, 1996, p. 77; Braga, Renato, *A coisa julgada nas demandas coletivas*, 2000, p. 103, y Nery, Nelson Junior, “A ação civil pública no processo do trabalho”, *Ação civil pública. 15 Anos* (Edis Milaré ed., 2001), pp. 555 y 562. Véase capítulo deciprimero, “Hacia un Código de Proceso Civil Colectivo” (propone legislación procesal modelo para países de derecho civil).

37 La atmósfera en Brasil no fue diferente que la de los Estados Unidos después de la revisión de la Regla 23 en 1966, en donde algunos juristas y tribunales fueron muy entusiastas y otros estuvieron fuertemente opuestos al nuevo litigio colectivo. Compárese Pomeranz, Abraham, “New Developments in Class Actions Has Their Death Knell Been Sounded?”, *Bus. Law*, núm. 25, 1970, p. 1259 con Handler, Milton, “The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suit—The Twenty-Third Annual Antitrust Review”, *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971, p. 1. Véase Miller, Arthur, “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the ‘Class Action Problem’”, *Harv. L. Rev.*, núm. 92, 1979, p. 664.

duos frente a las compañías y el gobierno, sino más bien como un injusto privilegio.<sup>38</sup>

Otros trataron de encontrar obstáculos insuperables, técnicos y filosóficos, en las acciones colectivas. Sin embargo, esta oposición tenía menos que ver con la ley o la ciencia jurídica que con el rechazo de muchos juristas contemporáneos de romper con el *statu quo*.<sup>39</sup> Los juristas brasile-

38 Véase Botelho de Mesquita, “Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor”, *Revista do Advogado*, núm. 33, 1990, p. 80; *idem*, “A coisa julgada no Código do Consumidor”, *Código de Processo Civil. 20 anos de vigência* (Cruz e Tucci ed., 1995).

Muchos casos prácticos ilustran la importancia de las acciones colectivas en pretensiones de mínima cuantía (*small claims class actions*) en los Estados Unidos. Véase *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 186, 94 S. Ct. 2140, 2156, 1974) (Douglas, parcialmente en contra) (“La acción colectiva es uno de los pocos remedios legales que el pequeño actor tiene contra aquellos que comandan el *statu quo*”); *Phillips Petroleum v. Shutts*, 472 U.S. 797, 105 S. Ct. 2965, 1985); *In re Hotel Telephone Charges*, 500 F.2d 82 (9<sup>th</sup> Cir. 1974); *Deposit Guaranty National Bank v. Roper*, 445 U.S. 326, 100 S. Ct. 1166, 1980); *Hawaii v. Standard Oil Co*, 405 U.S. 251, 266, 92 S. Ct. 885, 893, 1972); *Illinois v. Harper & Row Publishers, Inc.*, 301 F.Supp. 484 (N.D. Ill. 1969); *Dolgow v. Anderson*, 43 F.R.D 472 (E.D.N.Y 1968); *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617, 1997). Véase Kalven, Harry Jr. & Rosenfield, Maurice, “The Contemporary Function of the Class Suit”, *U. Chi. L. Rev.*, núm. 8, 1941, p. 684; Weinstein, Jack, “Revision of Procedure: Some Problems in Class Actions”, *Buff. L. Rev.*, núm. 9, 1960, pp. 433 y 435; Frankel, Marvin, “Amended Rule 23 from a Judge’s Point of View”, *Antitrust L. J.*, núm. 32, 1966, pp. 295 y 299; Ford, Tom, “Federal Rule 23: A Device for Aiding the Small Claimant”, *B. C. Indus. & Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969, p. 501 (enfocándose en la protección de las pretensiones de mínima cuantía como el objetivo más importante de las acciones colectivas); Pomerantz, Abraham, “New Developments in Class Actions Has Their Death Knell Been Sounded?”, *Bus. Law.*, núm. 25, 1970, p. 1259; *idem*, “Dialogue on Class Actions”, *Bus. Law.*, núm. 28, 1973, pp. 109, 111 y 112; Homburger, Adolf, “State Class Actions and the Federal Rule”, *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971, pp. 609, 610 y 639-643; Freeman, Lee Jr., “Class Actions from the Plaintiff’s Viewpoint”, *J. Air L. & Com.*, núm. 38, 1972, p. 401; Herbert Newberg & Alba Conte, *Newberg on Class Actions*, 1992, pp. 1-17, 1-20, 4-1664-1167 y *passim*; Fleming James, Jr., Hazard, Geoffrey C., Jr. & John Leubsdorf, *Civil Procedure*, 2001, pp. 10-20; Cooper Alexander, Janet, “An Introduction to Class Action Procedure in the United States”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, 2001.

Algunos cuantos juristas norteamericanos aún argumentan en contra de las acciones colectivas en pequeños pleitos. Véase Hill, Samuel M., “Small Claimant Class Actions: Deterrence and Due Process Examined”, *Am. J. of Trial Advoc.*, núm. 19, 1995, p. 147 (pero el autor utiliza argumentos débiles y contradictorios y no presenta ninguna alternativa realista y convincente para las acciones colectivas en pequeños pleitos); *American College of Trial Lawyers, Report and Recommendations of the Special Committee on Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure*, 1972; Handler, Milton, “The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suit The Twenty-Third Annual Antitrust Review”, *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971, p. 1; Landers, Jonathan, “Of Legalized Blackmail and Legalized Theft: Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma”, *Cal. L. Rev.*, núm. 47 S., 1974, p. 842; Labowitz, Edward S., “Class Actions in the Federal System and in California: Shattering the Impossible Dream”, *Buff. L. Rev.*, núm. 23, 1974, pp. 601 y 632-634; Faulk, Richard, “Armageddon Through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution”, *Class Action Litigation Report*, mayo 25 de 2001. Véase también *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 291, 1973; *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332, 1969.

39 Véase Cooper, Edward, “Class-Action Advice in the Form of Questions”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, núm. 11, 2001 (opina que la acción colectiva es un medio poderoso para la aplicación del de-

ños estuvieron divididos en líneas ideológicas. Sin embargo, a lo mejor, tal vez porque Brasil había apenas superado un largo y penoso periodo de dictadura militar y de represión política, la gran mayoría de la profesión jurídica estuvo abierta a las nuevas formas de mejorar el acceso a la justicia y favorecía con entusiasmo las nuevas reformas.

Como podría esperarse después de un profundo cambio legal, en este caso con la introducción de las acciones colectivas en un país de tradición de derecho civil (*civil law tradition*), ha requerido una generación entera para la creación de una nueva mentalidad en la sociedad y para que el sistema empiece a funcionar suavemente.<sup>40</sup> Sin embargo, todas las expectativas fueron superadas en pocos años cuando la comunidad jurídica absorbió por completo el nuevo sistema y lo empezó a utilizar para proteger los derechos de los grupos.

Las empresas privadas con frecuencia violan los derechos de los grupos, especialmente en el campo del consumidor y en la protección del medio ambiente. Sin embargo, el gobierno brasileño, en todos los niveles, es el principal violador de los derechos de los grupos. Estas violaciones van desde impuestos ilegales hasta la impropia administración del dinero público. Como consecuencia de esto, el gobierno es frecuentemente el demandado en las acciones colectivas.<sup>41</sup>

Los efectos potenciales de tan poderoso instrumento en las manos de una sociedad democrática condujo al gobierno federal a intentar frenar su impacto. Para prevenir la supervisión de los actos del gobierno a través de las acciones colectivas, el Ejecutivo, con ayuda del Legislativo, trató de limitar la legitimación de las asociaciones para promover una acción colec-

recho sustantivo. Esta aplicación masiva “cambiará al mundo real afectando algunos derechos sustantivos siendo difícil predecir qué leyes serán más influenciadas. Algunas leyes sustantivas tienen poco sentido porque casi no son aplicadas. Proporcionando un instrumento procesal eficiente que resulte en la aplicación amplia del derecho, se puede transformar la realidad social, política y económica. No todos estarán contentos”).

40 Véase Kaplan, Benjamin, citado por Marvin Frankel, “Some Preliminary Observations Concerning Rule 23”, *F. R. D.*, núm. 43, 1968, pp. 39 y 52 (apunta que “tomará una generación, más o menos, antes de que podamos apreciar por completo el fin, las virtudes y los vicios de la nueva Regla 23); Taruffo, Michele, “Intervento”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 336 (opina que en el sistema de derecho civil “nuevas reglas son necesarias, pero no suficientes: es imperativo que estas sean interpretadas y aplicadas a la luz de una nueva sensibilidad”).

41 Esto no es un “privilegio” de la sociedad brasileña. Véase D’Oliveira, Jessurun, “Group Actions in Civil Procedure”, *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law*, 1990, pp. 135 y 147 (observa que “el gobierno holandés, como un *repeat player* no tiembla incluso, siguiendo un caso perdido, por tomar la ley en sus propias manos [y cambiar la ley]: sol, yo gano; cruz, ustedes pierden, es el *slogan*”).

tiva, así como limitar el efecto de la cosa juzgada en los fallos colectivos a los límites territoriales de la jurisdicción del Tribunal.<sup>42</sup> Algunos juristas pensaron, sin embargo, que estas restricciones no tendrían las consecuencias previstas, ya sea por razones de inconstitucionalidad o por una interpretación alternativa de la regla que impediría las intenciones del gobierno.<sup>43</sup> Sin embargo, hay razones para preocuparse de que el Ejecutivo trate de nuevo de sabotear la legislación de las acciones colectivas en el futuro, especialmente bajo el manto de la armonización de las leyes en el Mercosur.<sup>44</sup> Esta nube de humo puede dar la excusa política que el gobierno necesita para limitar el poder político inherente a las acciones colectivas.

#### IV. EL FUTURO NEBULOSO DE LA ACCIÓN COLECTIVA EN BRASIL<sup>45</sup>

La introducción de las acciones colectivas en Brasil fue de tal importancia que tuvieron un profundo impacto en la sociedad. Trajeron consigo acceso a la justicia y compensaciones a quejas que antes no había sido posible por otras vías, así como un efecto disuasivo sobre las conductas ilegales o indeseables. Sin embargo, no ha tenido ningún impacto negativo significativo en los tribunales.<sup>46</sup>

42 Véase Medida provisória n. 1.570/1997; Lei n. 9.494/1997; Medida Provisória n. 1.798-1/1999.

43 Véase Grinover, Ada P., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, pp. 738-739 y 818-822; *idem*, *A marcha do processo*, 2000, pp. 34-39; Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, pp. 738 y 739; Zaneti, Hermes, Junior, *Mandado de segurança coletivo*, 2001; Araújo Filho, Luiz, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, 2000, pp. 161-171; Braga, Renato, *A coisa julgada nas demandas coletivas*, 2000, pp. 153-176; Nery, Nelson, Junior & Nery, Rosa, *Código de Processo Civil comentado*, 1997, pp. 1157 y 1158; Mancuso, Rodolfo, *Ação civil pública*, 2001, pp. 274-282; Vigliar, José, *Ação civil pública*, 1999, pp. 112 y 113; Oliveira, Francisco, "Da ação civil pública: instrumento de cidadania inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09. 1997", *RT*, núm. 744, 1997; Mazzilli, Hugo, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 2001, pp. 206-212. Pero véase Wambier, Luiz, *Liquidação de sentença*, 2000, pp. 278-282; Gidi, Antonio, "Class Actions e ações coletivas: comparação entre o direito norte-americano e brasileiro", conferencia en el Congreso "Os Novos Direitos e a Sua Proteção Jurisdicional", en Curitiba, 14 de diciembre del 2001 (deplorando las nuevas reformas, pero considerándolas constitucionales).

44 "Mercosur" es el equivalente sudamericano de la Unión Europea, que incluye a Brasil, Argentina, Uruguay, y Paraguay.

45 La expresión está tomada de Cooper, Edward, "The (Cloudy) Future of Class Actions", *Ariz. L. Rev.*, núm. 40, 1998, p. 923.

46 En Europa hay objeciones contradictorias a las acciones colectivas, basadas más en mitos y en intereses escusos que en una evaluación neutral de los hechos. Mientras algunos críticos dicen que las acciones colectivas no son necesarias porque el monto del litigio será demasiado insignificante para justificar la promulgación de un cuerpo especial de leyes, otros dicen que la introducción de las

No obstante, el uso y el éxito a largo plazo de la acción colectiva en Brasil es incierto. Es demasiado pronto para poder determinar si la ley brasileña sobre la acción colectiva sobrevivirá a las esperanzas o se perderá en el formalismo del sistema. A pesar de la ausencia de estudios empíricos en Brasil sobre el procedimiento civil, ha habido alguna experiencia que indica una tendencia positiva.<sup>47</sup>

Por ejemplo, varias acciones colectivas han sido ejercidas contra municipios para evitar impuestos ilegales y aumentos injustos en las tarifas de los autobuses. Otras acciones colectivas se han ejercido contra industrias, bancos, escuelas privadas, compañías de tarjetas de crédito, empresas de seguros médicos y otras empresas privadas, con el fin de disminuir daños masivos, tales como publicidad engañosa, daños al medio ambiente, productos defectuosos, falta de información adecuada a los consumidores y el uso de cláusulas abusivas o engañosas en contratos de adhesión.

Hay algunos ejemplos relativamente elementales de acciones colectivas masivas por daños (*mass tort class actions*) en Brasil, las cuales —a diferencia de sus semejantes de los Estados Unidos— han evitado con éxito el procedimiento engorroso asociado con las grandes acciones co-

acciones colectivas llenarían los tribunales. Ejemplar es el debate político sobre la propuesta sueca de las acciones de grupo. Véase Lindblom, Per Henrik, “Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 45, 1997, pp. 805 y 829; Nordh, Roberth, “Group Actions in Sweden: Reflections on the Purpose of Civil Litigation, the Need for Reforms and a Forthcoming Proposal”, *Duke. J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001.

<sup>47</sup> El desdén por la investigación empírica es típico de los sistemas de derecho civil. Véase Cappalli, Richard, “The Style and Substance of Civil Procedure Reform: Comparison of the United States and Italy”, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.*, núm. 16, 1994, pp. 861, esp. 883 (opina que la reforma procesal en Italia estuvo basada en lógica, intuición y experiencia personal más que en estar apoyada en datos cuantitativos sobre el funcionamiento de la justicia civil).

En fuerte contraste, la reforma legal estadounidense a menudo está apoyada en sólidos estudios empíricos. Véase Willging, Thomas et al., *Empirical Study of Class Action in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, 1996; Tidmarsh, Jay, *Mass Tort Settlement Class Actions. Five Case Studies*, 1998; Hensler, Deborah et al., *Class Actions Dilemmas*, 2000; *Report on Mass Tort Litigation*, 1999; *Working Papers of the Advisory Committee on Civil Rules on Proposed Amendments to Civil Rule 23*, 1997, cuatro volúmenes; Gibson, S. Elizabeth, *Case Studies on Mass Tort Limited Fund, Class Action Settlements and Bankruptcy Reorganizations*, 2000. Pero véase Galanter, Marc, “An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System”, *Ariz. L. Rev.*, núm. 40, 1998, pp. 717 y 722 (observa que varias “leyendas legales” pueden persistir “contra una ahora formidable masa de datos empíricos que muestran que muchas de sus afirmaciones esenciales son cuando más exageradas y en muchos casos enteramente falsas”. De cualquier modo, por lo menos en los Estados Unidos hay una “masa de datos empíricos” disponible para rechazar tales leyendas). Pero véase Hensler, Deborah R., “Why We Don't Know More About the Civil Justice System and What We Could Do About It”, *U. S. C. L. Rev.*, 1994, p. 10.

lectivas.<sup>48</sup> Estos casos no crean usualmente problemas procesales difíciles de manejo o predominancia, porque la sentencia en acciones colectivas indemnificatorias (*class actions for individual damages*) se limita a la declaración de responsabilidad del demandado (acción colectiva parcial, *issue class action*), y cada miembro del grupo debe ejercer una acción individual que pruebe la causa y la cantidad o extensión del daño individual sufrido.<sup>49</sup> Además, en la acción colectiva brasileña no hay conflictos en las leyes de los estados (*conflict of laws*), lo que ha sido un problema en algunas acciones colectivas norteamericanas. A diferencia de las leyes de los Estados Unidos, la ley procesal y sustantiva brasileña es federal, la cual está regulada por los códigos nacionales y uniformes en los 26 estados. Aunque las acciones colectivas brasileñas no enfrentan muchos de los problemas procesales del sistema norteamericano, ejemplos de acciones colectivas con daños masivos tóxicos (*mass toxic tort class action*) son aún muy raros. Las explicaciones para que esto suceda incluye la falta de incentivos económicos de los demandantes, la ausencia de una barra empresarial o de una sociedad organizada, un bajo desarrollo técnico y un limitado descubrimiento de pruebas (*discovery*).<sup>50</sup>

48 Solamente en la década 1990-2000, el problema de los daños masivos (*mass torts*) atrajo la atención de los abogados del derecho civil. Véase Giussani, Andrea, “Le ‘Mass Tort Class Action’ negli Stati Uniti”, *Riv. Cri. Dir. Priv.*, 1989, p. 331; Takeshi Kojima, “Judicial Administration in Multi-District Mass Litigation”, Takeshi Kojima, *Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the USA*, 1990, p. 47; Calais-Auloy, Jean, “Les délits a grande échelle en droit civil français”, *Revue Internationale de Droit Comparé* [R. I. D. C.], núm. 46, 1994, p. 379; Koch, Harald, “Mass Torts in German Law”, *German National Reports in Civil Law Matters for the XIV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law* (Erik Jayme ed., 1994), p. 67; Nomi, Yoshihisa, “Mass Torts in Japanese Law”, *Japanese Reports for the XIV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*; Ponzanelli, Giulio, “Mass Torts in the Italian System”, *Italian National Reports to the XIV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*, 1994; Romy, Isabelle, *Litiges de Masse*, 1997. Véase Fleming, John, “Mass Torts”, *Am. J. Comp. L.*, XLII, 1994, p. 507 (que presentó un informe general para el XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado).

49 *Infra*, capítulo quinto, “Tipos de derechos de grupo” (sobre la definición de derechos individuales homogéneos).

En *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 745 n.21 (5<sup>th</sup> Cir.1996), el tribunal no permitió el uso de la acción colectiva parcial (*issue class action*) como medio para superar la falta de superioridad (“un tribunal no puede fabricar el requisito de superioridad por medio de la acción colectiva parcial”).

50 En Brasil, como en otros países en desarrollo, la falta de experiencia científica y de instrumentos procesales, tales como el *discovery*, a menudo demuestran ser un obstáculo no sólo para probar la causalidad (*causation*), sino también para detectar daños masivos. Véase Castleman, Barry, *Asbestos: Medical and Legal Aspects*, 1996, pp. 852-857 (denuncia que Canadá y otras naciones exportadoras de asbestos explotan la ignorancia y pobreza de los países en desarrollo para reemplazar el mercado perdido, debido a la prohibición a la importación de asbestos en los países desarrollados);

Sin embargo, en general la experiencia sugiere que las acciones colectivas están trabajado bien (o tan bien como otros medios procesales), y hasta la fecha han sido compatibles con el sistema brasileño. A largo plazo las acciones colectivas pueden llegar a ser uno de los más exitosos trasplantes legales en la historia jurídica brasileña desde los tiempos coloniales.

Huncharek, Michael, "Exporting Asbestos: Disease and Policy in the Developing World", *Journal of Public Health Policy*, 1993, p. 51 (opina que el gobierno de Canadá orquestó una maliciosa falta de información para convencer a los países en desarrollo que la clase de asbestos en esos países no eran tóxicos y convencerlos de la seguridad del "uso controlado" de ellos); Pearce, N. *et al.*, *Occupational Cancer in Developing Countries*, 1994 (advierten que mientras la producción mundial de asbestos disminuyó en los ochenta, durante el mismo periodo las cantidades de asbestos consumidas en algunos países en desarrollo aumentó). Agradezco al profesor Annie Thébaud-Mony, del Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale y de la École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, en París por ayudar con bibliografía e informaciones.