

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CRISTIANO BECKER ISAIA

DANIELA MARQUES DE MORAES

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Daniela Marques De Moraes; Luiz Fernando Bellinetti - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-410-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, por ocasião do XXVI Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Brasília/DF, de 19 a 21 de julho de 2017.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pelo Professor Doutor Luiz Fernando Bellinetti (UEL) e pela Professora Doutora Daniela Marques de Moraes (Unb). Um total de 18 (dezoito) dos 20 (vinte) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 5 (cinco) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se no tema Processo civil, ações coletivas e direitos sociais, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância no universo do processo, tais como o sistema de class actions, mínimo existencial em ações de saúde, gestão de litígios de massa, entre outros. No segundo grupo destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Novos contornos da ação civil pública, vindo à tona principalmente questões relacionadas à possibilidade de julgamento fracionado nestas ações, bem como sua relação à técnica de reconvenção, além da vinculação à defesa de direitos previdenciários. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à clássica relação entre Processo e jurisdição, momento em que se discutiram temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, sistema de precedentes e a função jurisdicional de agências reguladoras. O quarto grupo discutiu o Incidente de resolução de demandas repetitivas, o fazendo numa perspectiva crítica e também técnica, quando se vinculou o tema à análise econômica do direito, bem como à questão da independência do Poder Judiciário e sua relação ao incidente. O quinto e último grupo proporcionou o debate da Técnica processual, com ênfase principalmente à fase de liquidação de sentença, sentença estrangeira de divórcio consensual, estabilidade da tutela provisória, saneamento do processo, negócio jurídico processual e honorários de advogado no novo código de processo civil.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre o

tema. Fica assim o convite à leitura, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Brasília/DF, julho de 2017.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – Universidade Estadual de Londrina

Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília

A CLASS ACTION COMO INSTRUMENTO DO INTERESSE PÚBLICO: O CASO O'CONNOR VS UBER

THE CLASS ACTION AS INSTRUMENTO OF PUBLIC INTEREST: THE CASE O'CONNOR VS UBER

Marcelo Simões dos Reis

Resumo

As ações coletivas foram concebidas para tratar questões de natureza essencialmente pública e hoje em dia servem tanto para conformar o comportamento dos jurisdicionados a um padrão mínimo de licitude como também para prover compensação financeira a eventuais prejudicados. Nesse contexto, a class action norte-americana se firma como importante instrumento processual coletivo, embora a sua modalidade indenizatória seja cercada de polêmica, principalmente em face do conflito potencial de interesses entre advogado e membros da classe. O estudo sobre o caso O'Connor v. Uber auxilia na compreensão dos elementos mais controversos dessa categoria de ação coletiva.

Palavras-chave: Ação coletiva, Class action, Conflito de interesses, Política pública, Relação de emprego

Abstract/Resumen/Résumé

Collective claims were designed to deal with issues of an essentially public nature and serve both to conform the behavior of citizens and corporations to a minimum standard as well as to provide financial compensation whenever unlawful harm occurs. In this context, the American class action establishes itself as an important collective procedural instrument, although it is surrounded by controversy, especially in the face of the potential conflict of interests between lawyer and members of the class. The study on the O'Connor v. Uber case assists in understanding the most controversial elements of this category of collective claim.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective claim, Class action, Conflict of interest, Public policy, Employment relation

INTRODUÇÃO

Em sua obra, *The Logic of Collective Action*, publicada na década de setenta, Mancur Olson identifica os “grupos dos esquecidos” assim caracterizados pela dificuldade da mobilização em defesa dos seus interesses coletivos. Normalmente, são formados por um largo contingente de membros, sofrendo pela latência que inviabiliza a formação de uma voz única. Ironicamente esses grupos reúnem pessoas que se enquadram em categorias de importância vital para a sociedade tais como trabalhadores, consumidores e contribuintes. (OLSON, 1971, p. 165).

Inspirado pelos estudos da lógica da ação coletiva, este artigo tem o propósito de demonstrar como funciona o principal instrumento de tutela coletiva nos Estados Unidos: a *class action*. Para tanto este artigo realiza, em sua primeira parte, uma breve explanação sobre a *class action*, destacando-se o conflito de interesses entre advogado e classe representada assim como o potencial do instrumento como meio de persecução de objetivos de política pública. Na segunda parte, debruça-se sobre um caso específico a respeito do confronto entre motoristas atuantes na Califórnia e a Uber, proprietária do conhecido aplicativo de transporte individual. No tratamento do caso O’Connor v. Uber, foram priorizadas as questões do procedimento de certificação de classe e a malfadada proposta de acordo.

A proposta consiste em encaminhar a reflexão sob a ótica da experiência norte-americana em face de um problema que se replica também no Brasil. Nesse tocante, o Ministério Público do Trabalho já vem realizando as investigações necessárias para ingressar com eventual ação civil pública e cremos ser útil conhecer o modo como tem sido encaminhada a questão em outro país.

Não é função deste texto demonizar a estratégia de mercado utilizada por empresas de escala global, ainda que a forma da exposição possa assim aparentar. O objetivo se cumpre pela contemplação de um instrumento estrangeiro que busca não só equacionar a balança, fortalecendo a posição do “grupo dos esquecidos”, mas também promover a eficiência do processo por meio da reunião de incontáveis interesses comuns. Fossem eles atomizados pela aplicação do tradicional princípio individualista, o risco de um vácuo de justiça estaria acompanhado do risco de uma constelação de ações individuais seguindo cada uma o seu curso. O olhar sobre um sistema distinto pode ajudar na compreensão do que pode ser feito na esfera processual brasileira para se minimizar os males da injustiça e da ineficiência.

1. A CLASS ACTION

Embora pareça ser um remédio desenvolvido especificamente para suportar as transformações vivenciadas no século XX em diante, não se trata de uma novidade no sistema de *common law*. Originando-se da *bill of peace* do direito inglês do século XVII, o instrumento processual evoluiu até sua regulamentação na Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure de 1938, que passou por reformas empreendidas desde a década de sessenta para dar força à coletivização de interesses individuais (BUENO, 1996, p. 95) (GIDI, 2007, p. 63).

A principal polêmica sobre o instituto é a possibilidade de um advogado particular prospectar causas de interesse coletivo e, sobretudo, receber remuneração por essa atividade. A depender da situação, soa incompatível com a condução isenta e transparente que se faz necessária na persecução de objetivos de política pública. Esse é um dos principais dilemas evidenciados por autores norte-americanos já que muitas vezes a coletivização gera a oportunidade de honorários vultuosos, mas sem completo alinhamento de interesses com os membros da classe representada (HENSLER, 2000, p. 93).

Desde sua introdução no direito norte-americano, a *class action* é largamente utilizada para tratar de conflitos relacionados a valores mobiliários. A partir da década de cinquenta, no entanto, a ferramenta passou a se destacar como veículo de campanhas judiciais para assegurar o respeito a direitos fundamentais tais como a não-discriminação racial em escolas, melhoria de condições das penitenciárias e efetivação de benefícios sociais (HENSLER, 2000, p. 4). Nesse contexto, procura-se o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, associadas de modo mais claro com os direitos de traço difuso. Um dos casos mais lembrados nesse tocante foi *Brown v. Board of Education* cujo resultado final diante da Suprema Corte pôs fim às escolas segregadas de acordo com a cor da pele dos alunos. O papel da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) foi fundamental na preparação e submissão da ação coletiva, o que demonstra a importante função que entidades sem fins lucrativos na defesa de valores sociais (TURNER, 2004, pp. 1667-1668).

Outra associação dedicada à proteção dos direitos fundamentais, a *American Civil Liberties Union* (ACLU) também vem utilizando a Rule 23 para atingir seus propósitos. Além de ter atuado em conjunto com a NAACP no caso *Brown*, a ACLU até hoje lança mão da ação coletiva para proteção de minorias. Em um caso recente, denominado *Gayle v. Napolitano*, essa entidade dispôs de seus advogados para atacar o rigor da política migratória conduzida pelo *Department of Homeland Security*.

A proliferação de *civil rights class actions*, como se pode notar de um breve apanhado nos sítios de internet da NAACP e da ACLU, demonstra a importância do instituto no direito norte-americano para avançar interesses dos “grupos dos esquecidos”. Esse fenômeno se aprofunda a partir da agitação política percebida no movimento dos direitos civis, o que contribuiu para a reforma da Rule 23 em 1966 no sentido de incluir uma categoria própria para a imposição de obrigações de fazer ou não-fazer na ação coletiva. (GIDI, 2007, p. 57).

No entanto, a reforma da Rule 23 terminou por favorecer também as demandas de cunho indenizatório, introduzindo-se o item (b)(3) que se associaria a uma categoria designada doutrinariamente como *common question class actions*. Nessa categoria, o juízo aceita a ação na forma coletiva por entender que as questões de direito ou de fato comuns entre os membros da classe predominam sobre aqueles de caráter exclusivamente individual. De modo relativamente tardio, escritórios de advocacia especializados em responsabilidade civil adotaram a *class action* como elemento de sua estratégia de litígio em massa. A princípio, o movimento foi percebido como uma ameaça à posição dos réus atingidos, além de gerar insegurança entre magistrados. Todavia, a prática demonstrou que as *class actions* poderiam operar mais como veículos de um acordo judicial do que de um processo contencioso. Grandes corporações notaram que a *class action* nada mais seria que um instituto voltado à celebração de negócios processuais tendentes à pacificação de questões intrincadas. Caso fossem entregues aos remédios individualistas clássicos, tais questões poderiam levar a uma *mass tort litigation* desordenada cujos custos e riscos seriam incontroláveis (NAGAREDA, 2007, p. 72).

A massificação das relações sociais presenciada no último século tem como marcas a padronização e o ganho de escala nas cadeias produtivas, de intermediação e de consumo. A concentração econômica representada por grupos empresariais com atuação global promove a racionalização das atividades e a homogeneização de bens e serviços. Assim, ao tempo em que a sociedade se beneficia da consequente redução de preços também aumenta sua exposição aos riscos de eventos danosos. Nesse contexto, a litigância em massa também se torna um traço característico da sociedade moderna, adentrando o campo do imponderável. Conforme Miller, mesmo que não houvesse as reformas processuais desde a *bill of peace* do direito inglês, a coletivização das demandas judiciais se operaria de uma forma ou de outra (apud GIDI, 2007, 61).

A crise de credibilidade que vive hoje o instituto da *class action* deriva em grande parte do uso crescente das ações coletivas do tipo indenizatório. Não raro, o instrumento vem proporcionando rendas extraordinárias para advogados em acordos que levantam suspeitas sobre o real interesse do profissional. De modo geral, há uma percepção de que os membros de

classe são prejudicados pelo conluio entre o patrocinador da causa e o réu corporativo (COFFEE, 1995, pp. 1347-1348). Em vista das diversas polêmicas em torno das demandas judiciais calcadas na Rule 23(b)(3), a atração acadêmica pelo seu estudo ofuscou as demais categorias, estas mais voltadas para a correção de rumos do que para o retorno financeiro. Ao debater sobre problemas inerentes às *class actions* em geral, juízes e advogados tendem a focar apenas nos contratemplos do formato da indenização coletiva, esquecendo-se da versatilidade que os outros tipos podem apresentar, principalmente no campo da injunção (CARROL, 2016, p. 845-846).

1.1. A gestão do conflito de interesses

Uma das mudanças promovidas pela reforma de 1966 foi a exclusão das chamadas *spurious class actions*, ações de natureza indenizatória que se fundavam no modelo *opt-in* para vinculação dos membros da classe¹. Por esse regime, apenas os componentes que se manifestassem expressamente por sua adesão à classe estariam vinculados ao resultado final. Dessa maneira, a ação coletiva terminava por não ser muito diferente de uma ação individual em litisconsórcio. Tendo em vista o esforço para se obter a declaração expressa de cada um dos interessados, dificilmente havia escala para a instauração de processos com repercussão econômica relevante.

A partir da reforma, a ação coletiva indenizatória tornou-se uma categoria mais homogênea sob o ponto de vista dos efeitos da decisão. Assim o modelo migrou para o sistema *opt out*, ou seja, uma vez abrangido pela definição de classe, o interessado em se ver excluído deve expressar sua vontade nesse sentido. Em vista disso, a dificuldade de colher as intenções explícitas de adesão à classe havia se revertido. Dessa maneira, o modelo oferece o risco de que titulares de direitos indenizatórios tenham que se satisfazer com quantias aquém do que seria a justa compensação para seu caso individual. Não à toa, esse é um dos pontos mais atacados no que tange aos acordos celebrados no âmbito das *class actions* enquadradas na Rule 23(b)(3).

Ao não se exigir a correspondência entre a indenização validada em juízo e o real prejuízo sofrido pela vítima individualizada, forma-se um problema de natureza ética em relação ao patrocinador da causa. Já que o seu impulso se dá também pelo mote financeiro, e não apenas pelo compromisso profissional de buscar o interesse da classe, até que ponto haverá disposição para se dispender tempo, esforços e recursos em prol da compensação integral? Para

¹ Normalmente enquadradas na categoria b(2) da Rule 23, as ações voltadas para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer já não admitiam o modelo *opt-out*, sendo os efeitos de eventual sentença ou acordo compulsórios para todas as partes.

resolver um problema que se avoluma de forma escalada, a empresa demandada pode oferecer um acordo cujo percentual honorário seja bastante atraente para retribuir o trabalho do advogado, mas decepcionante para os membros da classe. Não à toa, a doutrina norte-americana já identificou diversas *class actions* em que os advogados apenas prosseguem a marcha ou copiam os passos de órgãos regulatórios. Afinal, se o caso já foi prospectado em iniciativas administrativas destinadas à correção de conduta de empresas investigadas, por que não se aproveitar do trabalho? A prática é tão corriqueira que se criou até mesmo uma terminologia para denominar esses tipos de ações: *coattail* e *copycat class actions* (BEISNER, 2005, p. 1453).

Como forma de minorar o conflito de interesse e estimular o advogado a bem defender os integrantes da classe, o juiz deve acompanhar com atenção a atividade do advogado conforme reformas mais recentes da Rule 23. Por isso, empreende-se uma análise rigorosa dos requisitos gerais previstos no item (a) desse dispositivo: impraticabilidade do litisconsórcio (numerosity); existência de uma questão comum (commonality); tipicidade (typicality); e representação adequada (adequacy of representation) (GIDI, 2007, p. 67). Aproveitando o caso adiante analisado, será realizada uma explanação mais detalhada sobre cada um desses elementos.

Nesse contexto, além de o profissional ter de envidar esforços para preencher os requisitos gerais da ação, também deve se ater ao cumprimento de certas obrigações processuais tais como a notificação dos indivíduos que serão atingidos pela decisão de certificação de classe. No caso das ações do tipo (b)(3), a regra processual norte-americana determina que um “esforço razoável” seja realizado para identificar os membros da classe e assim notificá-los individualmente. Essa exigência parte do pressuposto que a *class action* conduz à supressão do direito individual de litigar, devendo haver a maior chance possível para que os indivíduos afetados possam exercer o direito de saída (*opt-out*). Não há como se fixar aprioristicamente as características que cumprem o escopo da obrigação de notificação. Trata-se de uma avaliação realizada caso a caso, que depende da configuração da causa, dos instrumentos tecnológicos à disposição e do juiz competente para apreciá-la.

Como se pode notar, a certificação não se trata apenas de uma mera decisão interlocutória. Embora não defina o resultado final, a ordem judicial de certificação altera substancialmente a relação de forças entre os dois polos contenciosos. Ao invés de se ver atacado por apenas um punhado de indivíduos, o réu se submete a um risco econômico maior com a eventual derrota. Para controlar o possível prejuízo, a parte reclamada tende a ser mais maleável, inclinando-se à proposição de acordos. Ao se tornar recorrente a prática, foi natural

que a doutrina cunhasse o termo "*settlement class actions*", reconhecendo-se a mitigada função decisória do Judiciário. Contudo, o juiz ainda tem autoridade para rejeitar o pacto firmado entre as partes caso perceba que seus termos estejam muito aquém do potencial da respectiva ação coletiva. Principalmente em relação aos membros ausentes, cabe ao juiz tutelar os interesses da classe por meio da *fairness hearing*, audiência em que se verifica a adequação do acordo em face da demanda proposta. Em sendo submetido o arranjo antes da certificação, o juízo pode realizar o exame concomitante do cumprimento dos requisitos estipulados na Rule 23(a) e da adequação do acordo (GIDI, 2007, p. 351).

1.2. A *class action* como instrumento de política pública

Examinadas algumas das controvérsias que rondam o instituto da *class action*, reconhece-se, todavia, seu potencial como instrumento de política pública. Nesse sentido, a ação coletiva norte-americana serve de maneira mais clara como complemento à função fiscalizatória das agências regulatórias e outras autoridades como o Ministério Público. Por outro lado, os pedidos destinados a recuperar danos não se mostram tão alinhados com o espírito público, embora o risco de ser condenado ao pagamento de uma indenização sirva de elemento dissuasório a práticas ilícitas.

Como se viu anteriormente, no Brasil, o rol de legitimados é delimitado de forma taxativa, abrangendo órgãos públicos e associações de defesa de interesses difusos e coletivos, o que praticamente afasta a questão ética dos honorários. No direito norte-americano, também se admite recorrer a entidades sem fins lucrativos para monitorar o comportamento corporativo de maneira a se identificar as vítimas de práticas ilícitas e ingressar com a ação correspondente. De qualquer forma, assim como no Brasil, essas organizações frequentemente carecem dos recursos suficientes para preparar as ações coletivas necessárias para resguardar os direitos dos representados (HENSLER, 2000, p. 71).

Ao mesmo tempo verifica-se que os advogados especializados em ações coletivas nos Estados Unidos passam a se autodenominar como uma categoria de "*private attorney general*" (BEISNER, 2005, p. 1451). Trata-se de uma referência ao *attorney general*, autoridade que pode ser associada no Brasil às procuradorias de Estado ou ao Ministério Público. É interessante demarcar que a expressão vem sendo utilizada nos Estados Unidos nas situações em que se permite o reembolso de despesas a pessoas que moverem ações pelo interesse público em seu próprio nome. A princípio, seria um mecanismo similar ao que existe na ação popular brasileira, ou seja, voltado exclusivamente para tratar de temas eminentemente públicos. Enquanto no Brasil, aplica-se somente à nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, nos Estados Unidos

o ressarcimento de gastos processuais e até mesmo de retribuição financeira se voltaram para questões diversas, sendo um exemplo a lei editada em fins da década de 1960 para reprimir as atividades de organizações criminosas².

Como se pode notar a figura do *private attorney general* não pode ser imediatamente associada ao advogado particular que veicula uma *class action*, ainda mais se o pleito toma por base a Rule 23(b)(3). Beisner critica duramente a tentativa de profissionais do ramo de se atrelarem à figura de um servidor público como se fosse possível o conceito puro de um *private law enforcer* ou agente policial autodesignado. No segmento da advocacia privada, o elemento do lucro faz parte essencial da atividade, não podendo ser dissociado do exercício profissional. A presença dessa característica coloca em xeque a credibilidade do causídico especializado em *class actions* de natureza indenizatória. A evidência do abuso em muitos acordos homologados judicialmente deixou incrédulo o público norte-americano. No passado, algumas cortes estaduais demonstraram exacerbada liberalidade nas decisões de certificação de classe e homologação do respectivo acordo, muitas vezes irradiando efeitos em escala nacional. Passou a ser de uso corrente a expressão *class action magnet courts* para designar aquelas jurisdições mais liberais no tratamento dispensado aos advogados. Em uma delas, em Madison County, Illinois, o número de ações coletivas interpostas entre 1998 e 2003 cresceu de apenas duas para cento e seis, um incremento de mais de 5.000% em apenas cinco anos. Não à toa, a reforma da Rule 23 de 2005 implementou diversas medidas para restringir a autonomia advocatícia no processamento das *class actions*, entre elas a expansão da jurisdição federal sobre os pleitos interestaduais de maior relevância econômica e a exigência de maior escrutínio judicial sobre os acordos trazidos pelas partes para homologação (BEISNER, 2015, pp. 1444-1459).

2. O CASO O’CONNOR V. UBER

Antes de abordar o litígio de classe iniciado contra a Uber na justiça federal californiana, vale um breve histórico sobre a criação, funcionamento e atuação da empresa no mercado de transporte individual. Fundada em 2009 na cidade de São Francisco, atualmente a Uber tem presença em dezenas de países, contemplando centenas de cidades³. O sucesso do seu aplicativo que permite a contratação de motoristas sob demanda atraiu grandes quantidades de capital, transformando-a em uma empresa multibilionária mesmo não listada em bolsa de

² A expressão “private attorney general” foi utilizada pela Suprema Corte ao examinar o Racketeer Influenced & Corrupt Organization Act (RICO Act) no caso *Sedima vs. Imrex*. Disponível em <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/473/473.US.479.84-648.html>. Acesso em 09/03/2017.

³ Informação extraída do site da empresa. Disponível em <http://www.uber.com>. Acesso em 25/02/2017.

valores. Para se ter uma ideia de seu colosso financeiro, entre 2014 e 2016, foram levantados 13,8 bilhões de dólares em capital novo por meio de um processo fechado de admissão de investidores. Raramente esse volume é alcançado mesmo em processos abertos de atração de capital. Toda a entrada de recursos nos últimos anos alçou a empresa ao valor estimado de 62,5 bilhões de dólares. Nenhuma outra companhia conseguiu este feito sem recorrer ao mercado da bolsa de valores (KELLEHER, 2016).

Com base na ótica do compartilhamento, a Uber recusa a se reconhecer como empregadora nos termos definidos na legislação trabalhista. Ela se define como uma empresa de tecnologia que firma parcerias com pessoas interessadas em dispor de sua mão de obra e de seu tempo atrás do volante para se remunerar no mercado de transporte individual. Esses motoristas, na visão da plataforma, são proprietários de pequenas empresas que assumem o risco de gerir seu próprio negócio, principalmente em relação aos custos de propriedade e manutenção do veículo registrado (HILL, 2015, p. 88).

2.1. Panorama geral do caso

Posto o contexto operacional da Uber em relação aos motoristas que utilizam sua plataforma não é de se estranhar que uma eventual disputa judicial sobre a natureza da relação contratual pudesse ocorrer. E tomando por base as dimensões da companhia tampouco causa surpresa que o tema afete os direitos de centenas de milhares de indivíduos. Em vista da proporção do litígio potencial era de se esperar que uma *class action* fosse proposta como aconteceu com o caso O'Connor v. Uber. Para descrição e análise do caso foram utilizadas as seguintes decisões proferidas pelo juiz Edward Chen:

- *Amended order granting in part and denying in part plaintiffs' motion for class certification*, de 01/09/2015;
- *Order granting in part and denying in part plaintiffs' supplemental motion for class certification*; de 09/12/2015
- *Order denying plaintiffs' motion for preliminary approval*; de 18/08/2016

De acordo com as decisões relacionadas acima, a advogada Liss-Riordan submeteu à Corte Federal do Distrito Norte da Califórnia (Nono Circuito) a petição de seus clientes e membros representativos da classe os motoristas, nomeadamente Douglas O'Connor, Thomas Colopy, Matthew Manahan e Elie Gurfinkel. Conforme o pleito, o tratamento dispensado aos motoristas deveria ser o de empregado, o que ensejava a proteção do Código Trabalhista da Califórnia. Assim, a empresa deveria honrar a obrigação de reembolsar despesas tais como combustível e manutenção do veículo utilizado na plataforma. Além disso, a companhia

anunciava ao público que não era necessário dar gorjetas aos motoristas uma vez que estaria inclusa na tarifa cobrada, o que não era verdadeiro conforme os autores.

Restando frustrada a intenção da Uber em obter julgamento sumário, decidiu-se, em setembro de 2015, pela certificação de classe que abrangia todos os motoristas das categorias UberBlack, UberX e UberSUV que dirigiram para a Uber no estado da Califórnia, em qualquer período, desde 16 de agosto de 2009. Estavam excepcionados da classe aqueles que tivessem prestado serviços na qualidade de pessoa jurídica ou como contratados de outras pessoas jurídicas. O juiz Chen também decidiu afastar da classe os motoristas abrangidos pela cláusula de arbitragem que a Uber passou a adotar no instrumento de ativação do aplicativo a partir de 2014. Por causa da limitação associada à arbitragem, a classe de motoristas estabelecidos na Califórnia seria reduzida de 240 mil motoristas para apenas oito mil, o que tornava a ação bem menos interessante para a advogada patrocinadora da causa, além de mitigar a pressão sobre a companhia ré.

Em uma audiência posterior, no entanto, o juízo declarou serem factíveis os argumentos da parte autora sobre a invalidade da cláusula de arbitragem⁴. Como a decisão final ainda assim caberia ao júri, foi certificada em dezembro de 2015 uma subclasse que ampliou o escopo da *class action*. Dessa maneira, o processo prosseguiu com classes diferentes para separar os efeitos de uma eventual decisão ou acordo. Para uma das categorias pouco importava o resultado sobre a validade da cláusula de arbitragem enquanto para outra a confirmação implicaria a extinção da ação sem julgamento do mérito. De toda sorte, a certificação da subclasse representou um tormento para a Uber, pois o sucesso da *class action* passava a representar um montante indenizatório bem mais representativo em relação à classe originalmente certificada. Diante da notável elevação do risco, a empresa passou a tomar providências para que fosse revertida a certificação.

Em abril de 2016, foi levado ao juízo um acordo entre as partes para fins de homologação. Os termos não agradaram alguns dos motoristas envolvidos na ação, inclusive o próprio Douglas O'Connor que exerceu o *opt-out* em face do acordo, mesmo tendo-o assinado para fins de homologação⁵. Como será visto adiante em maiores detalhes, os termos pactuados

⁴ As razões para a certificação de uma classe que abrangesse os signatários da cláusula de arbitragem fogem ao escopo deste trabalho. De toda forma, pesou a abrangência da cláusula sobre demandas judiciais baseadas na lei californiana que regulamenta a atuação do *private attorney general*. Conforme visto acima, não se deve confundir esse instituto com o advogado de *class action*. De toda sorte, o juiz Chen entendeu que a cláusula de arbitragem poderia ser declarada nula tendo em vista que o reconhecimento legal das funções do *private attorney general* era um instrumento de política pública e, por isso, não poderia ser afastado por disposição das partes.

⁵ A petição de objeção ao acordo foi assinada em 15 de maio de 2016, um mês após o pedido de homologação. O evento foi noticiado em <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/16/uber-plaintiff-speaks-out-settlement-lawsuit>. Acesso em 10/03/2017.

também não satisfizeram o teste de justiça, adequação e razoabilidade realizado pelo juiz, o que levou ao indeferimento do pedido de aprovação preliminar.

Conforme informações do sítio eletrônico mantido pela advogada, o processamento da causa encontra-se atualmente suspenso para que sejam julgados recursos da Uber em relação à validade da cláusula de arbitragem. Em razão da incerteza sobre este desfecho, que pode eliminar a subclasse criada em dezembro de 2015, Liss-Riordan tem tomado providências para reunir o maior número de motoristas que possam estar sujeitos a arbitragem. O objetivo da estratégia consiste em adiantar ao máximo possível os preparativos para eventual procedimento arbitral assim que houver definição da matéria⁶.

2.2. A certificação de classe

Nos itens anteriores, apresentou-se de maneira geral o contexto em que se desenvolveu o caso O'Connor v. Uber até a rejeição do acordo em instância judicial e a busca de uma nova estratégia pela patrocinadora da causa coletiva. Nesta parte o foco passa a ser o exame judicial específico que autorizou a certificação de classe. Como visto anteriormente, a viabilidade da ação coletiva prevista na Rule 23 depende da verificação de quatro requisitos determinados na alínea (a): impraticabilidade do litisconsórcio (numerosity); existência de uma questão comum (commonality); tipicidade (typicality); e representação adequada (adequacy of representation). Além disso, também não se pode esquecer que a propositura da classe deve indicar o enquadramento em um dos três tipos previstos na alínea (b) da Rule 23. No caso sob exame, a parte requereu a certificação sob o tipo de número 3. Nessa categoria Gidi esclarece que a principal exigência da regra processual consiste na predominância de questões comuns sobre as questões individuais, sendo a mais adequada do ponto de vista da eficiência processual para exigir ressarcimentos ou indenizações (2007, pp. 165-170).

Da decisão emitida em setembro de 2015 pelo juiz Edward Chen, nota-se a preocupação de preservar o princípio liberal em que se concebe a ação como instrumento essencialmente de defesa de direitos individuais. Na verdade, a própria ideia de ação coletiva serve à proteção efetiva de individualidades jurídicas já que nela estaria “a síntese de uma reunião antecipada de interesses individuais para operacionalizar um propósito de bem comum da maioria” (LEAL, 2014, p. 90). Se os inúmeros interesses fossem acionados de forma isolada, o processamento dos feitos se daria em ritmos distintos, pois juízos, advogados e partes não estariam atuando em uníssono, o que prejudicaria o sentido de justiça igualitária. Em outras palavras, o veículo da *class action* visa assegurar o tratamento isonômico às partes em situações

⁶ Informações extraídas do sítio <http://www.uberlawsuit.com>. Acesso em 10/03/2017.

similares e não o soterramento do individualismo. Por isso, a obrigação do juízo de conduzir um exame rigoroso dos requisitos para evitar que o instrumento descambe para a produção de decisões injustas e prejudiciais à situação individual de cada parte. Além disso, também é de se destacar que a certificação da classe pode ser revertida “*in the light of subsequent developments in the litigation*”, o que fortalece o caráter excepcional da ação coletiva no direito norte-americano.

Em relação ao requisito da impraticabilidade do litisconsórcio, há um rigor adicional no caso das ações coletivas previstas na Rule 23(b)(3). Tendo em vista que se trata de uma categoria voltada para a finalidade indenizatória, o juízo somente certifica a classe se for possível determinar quem são os seus membros. Assim não basta haver uma quantidade considerável de potenciais autores a ponto de inviabilizar o litisconsórcio. É preciso que se possa determinar as pessoas que se adequam à definição da classe. À luz do caso concreto, não havia dúvidas sobre o preenchimento do requisito no tocante à numerosidade propriamente dita e à identificação dos sujeitos integrantes da classe. Por um lado, a própria Uber informava que centenas de motoristas haviam rejeitado a cláusula de arbitragem proposta em 2014, o que já preenchia o número considerado em outras *class actions*⁷. Por outro lado, não havia dificuldade de extrair dos registros da Uber as informações necessárias não só para identificar os que se inscreveram na qualidade de pessoa natural como também se os pagamentos eram feitos a uma terceira empresa

No tocante ao requisito da existência de uma questão comum, o juiz Edward Chen invocou precedentes que estipulam o teste necessário para se verificar o preenchimento do requisito. De acordo com tais precedentes, a certificação de classe depende de como pode ser respondida a questão apresentada na petição. Se a dúvida de fato ou de direito puder ser resolvida de modo que haja uma resposta comum para a solução do litígio, a ação estará apta para ser processada coletivamente. Em face da ação proposta contra a Uber, o juiz concluiu que a questão de classificação dos motoristas como empregados ou autônomos dava forma à classe, sendo irrelevante que demandas adicionais não pudessem ser tratadas coletivamente. Nas palavras do magistrado:

should the jury determine that the class members here are not Uber's employees, this class action will have reached its end. Should the jury determine they are Uber's employees, as discussed in greater detail below, they are likely to be entitled to relief as a class at least with respect to the California Tips law.

⁷ O juiz Edward Chen citou, entre outros, o caso *Ikonen v. Hartz Mountain Corp.* Nesse precedente, uma classe proposta de quarenta membros foi considerada suficiente para atender o requisito da numerosidade.

No caso particular das ações ajuizadas com base na Rule 23(b)(3), o exame da existência de questão comum é diferenciado uma vez que essa subespécie não requer uma *commonality* absoluta, mas sim uma predominância das questões comuns sobre as individuais. Em face disso, a discussão sobre o preenchimento do requisito se pautou por esse norte. Assim, embora o juízo tenha entendido que a correta classificação da relação contratual consistia em uma questão comum, a Uber tentou estabelecer que a resposta dependia de uma análise predominantemente individual da situação de cada motorista, o que enfraquecia sobremaneira o caráter coletivo do problema. Aos olhos do juízo, a força desse argumento, contudo, foi mitigada pela posição incoerente da empresa em enfatizar que havia classificado corretamente todos os motoristas como profissionais autônomos. Ao recusar veementemente a possibilidade de qualquer relação de caráter trabalhista entre os milhares de casos, a própria ré terminou por favorecer a certificação de classe, coletivizando a questão.

De toda sorte, o juízo procedeu minuciosamente ao exame de cada um dos elementos que compõem o chamado teste de Borello, denominação de um caso julgado pela Suprema Corte da Califórnia em que se estabeleceu os diversos indícios que podem determinar a existência de uma relação de emprego. O principal desses elementos consiste em observar se o empregador presumido detém o direito de controlar os detalhes do trabalho realizado pelo prestador de serviço. Dessa maneira, o juízo se debruçou sobre seis aspectos que, analisados em conjunto, poderiam auxiliar na determinação final, sendo eles: a) controle sobre a jornada de trabalho; b) controle sobre as rotas realizadas pelos motoristas; c) unilateralidade no montante de pagamento; d) uso de aplicativos de terceiros; e) vinculação ao conteúdo de treinamentos e monitoramento; f) rescisão unilateral do contrato sem justa causa⁸.

Para fins de certificação de classe, vale ressaltar, não cabe ao juiz determinar a natureza da relação contratual, mas sim verificar se existem bases comuns de prova que permitam uma resposta na forma coletiva a essa dúvida. No caso da decisão de certificação sob estudo, observa-se que o magistrado adentra o mérito de cada um dos aspectos apontados no parágrafo anterior, até mesmo porque já havia robustas evidências trazidas nas audiências anteriores. Contudo, isso não quer dizer que tenha adiantado a conclusão sobre a presença de uma relação de emprego, pois não faz o sopesamento entre os elementos do teste de Borello de modo a oferecer uma determinação final.

⁸ O teste de Borello contém também uma parte de indícios secundários, que também foram considerados na decisão de certificação. No entanto, as nuances de do direito trabalhista norte-americano escapam ao escopo deste trabalho e, por isso, preferimos nos abster de descrever ou analisar essa seção da ordem judicial.

Assim, em face dos dois primeiros aspectos abordados pelo juiz, ambas as partes reconheceram que não havia nem controle sobre a jornada, nem sobre as rotas utilizadas pelos motoristas conectados ao aplicativo.

Em relação ao montante do pagamento, a Uber alegou que havia negociado tarifas mais altas com alguns motoristas na tentativa de descaracterizar a predominância da questão comum. Em um de seus argumentos a empresa alegou que o mecanismo de tarifa dinâmica, que eleva os preços em razão de alta demanda, seria uma forma de negociação individualizada. No entanto a evidência, de acordo com o juiz, indicava que a decisão de aumento episódico da remuneração cabia unicamente à Uber.

Quanto ao uso de aplicativos de terceiros, a empresa afirma que não impõe nenhuma limitação para que seus motoristas prestem seus serviços para concorrentes. E se trata de uma política uniforme conforme alegações da ré. Sendo verdade, há uma indicação de que os autores não são empregados, mas sim autônomos. Por outro lado, para fins de certificação da classe essa determinação não importa. Conforme o juiz Chen, *“what is relevant is that Uber acknowledges that it retains the exact same right of control over all its drivers with respect to their ability to work for other companies like Lyft and Sidecar – none. Thus, this factor can easily be adjudicated on a classwide basis.*

Sobre treinamento e monitoramento, o juízo aponta para a evidência de que a Uber disponibilizava diversos manuais de orientação antes da ativação do motorista na plataforma, um procedimento chamado de *“onboarding”*. Na intenção de evidenciar a presença de questões individuais relevantes, a Uber alegou que o conteúdo desses manuais variava consideravelmente de cidade para cidade e também ao longo do tempo. Em resposta, o juiz lembrou precedente da Suprema Corte da Califórnia em que o fato do modo de controle oscilar em seu conteúdo não implica mudança no direito de exercer o controle. Além disso, o sistema de monitoramento tem caráter uniforme, não sendo disputado pela Uber. Conforme observado pelo magistrado, *“Uber does not claim that only some of its drivers are subject to such monitoring while others are not – rather, all Uber drivers are subject to being monitored via star ratings and Uber’s application data”*.

Em face do direito de rescisão unilateral, a Uber alegou que os diversos motoristas de sua plataforma estavam vinculados a dezessete contratos diferentes conforme a época de adesão de cada um. Em um dos argumentos contra a certificação, a ré explana que havia variação no período de aviso prévio para desconexão do motorista, mas essa evidência não era suficiente para caracterizar a predominância do aspecto individual. Afinal de contas, o teste se relaciona com o direito de exclusão sem justa causa, sendo a concessão de um aviso prévio desinfluyente

nesse tocante. Ademais, testemunho colhido de um ex-executivo da Uber demonstrava que a empresa não tinha metodologia para identificar qual dos dezessete contratos era aplicável a um motorista individual. Daí restar claro o tratamento homogêneo nesse aspecto.

O juiz ainda procede ao mesmo tipo de exame em face dos inúmeros indícios secundários do teste de Borello e em todos os demais aspectos verifica o cumprimento do requisito da existência de uma questão comum conforme exigido tanto pelo rol geral de condições da Rule 23(a), especificamente item (2), como também pela noção de predominância presente na subespécie de *class action* definida na Rule 23(b)(3).

O terceiro e quarto requisitos previstos na Rule 23(a) foram abordados em conjunto, o que faz sentido diante das considerações trazidas por Gidi sobre a complementaridade entre os elementos de tipicidade e representação adequada (2007, pp. 138-139). Conforme o magistrado, o teste de tipicidade consiste no cotejo entre o interesse demandado na petição e os interesses dos membros ausentes da classe. Embora não precise haver uma coincidência absoluta, a ação não pode conter elementos que se relacionem de forma única com os interesses do representante da classe. A parte representativa na *class action* estaria preocupada com argumentos aplicáveis somente ao seu caso particular, prejudicando a condução isenta do processo coletivo e, conseqüentemente, os interesses dos membros ausentes. Além disso, conforme precedente citado pelo juiz Chen, faz-se necessário que o autor representativo não tenha conflito de interesses com os demais membros da classe e que se disponha a agir vigorosamente em favor da classe.

Para combater a certificação sob o aspecto da tipicidade e representação adequada, a Uber alegou que não havia entre seus parceiros um motorista típico, sendo que aqueles chamados via aplicativo em cidades como San Francisco, Los Angeles ou San Diego seriam diferentes dos de outras cidades. Além disso, nenhum dos autores nomeados na ação teria operado com a plataforma por meio de sua própria empresa de transportes. O juízo rejeitou os argumentos com base na irrelevância das diferenças colocadas em evidência (fator geográfico), o que ensejou até mesmo a ironia do magistrado ao exemplificar que pouco importava se os autores representativos eram canhotos e dirigiam Hondas e os demais membros da classe destros com Toyotas. Especificamente sobre o uso de uma empresa de transportes previamente estabelecida, o juízo observou que era uma questão superada pela própria definição da classe já que excluía todos os motoristas que atuassem por meio de pessoa jurídica.

Ainda tentando descaracterizar a adequação dos representantes da classe, a ré alegou que dois dos autores relacionados, Manahan e Gurfinkel, careciam de bases para bem atuar em nome dos membros ausentes. Conforme a Uber, o primeiro teria manipulado fraudulentamente

um programa de bônus relacionado à indicação do aplicativo a novos motoristas, o que não poderia ser provado sem uma ação específica. Tendo em vista que esse ponto em particular dificilmente se materializaria no foco do litígio, não havia razão para desqualificar aquele autor. Quanto a Gurfinkel, a empresa denunciou sua ignorância sobre elementos essenciais do caso tais como o nome do juiz, os nomes dos demais autores representativos e as petições que haviam sido ajuizadas em relação à *class action*. Na visão do juízo, entretanto, essas informações não seriam vitais, pois Gurfinkel demonstrava plena consciência de que se tratava de um processo voltado para se reconhecer a natureza trabalhista dos serviços prestados ao Uber. Assim, a desonestidade ou ignorância apenas desmerecem os autores nomeados na ação se forem de uma extrema obviedade, o que não se perfaz no caso *O'Connor v. Uber*.

De toda a sorte, a discussão sobre a idoneidade das partes identificadas na ação coletiva não parece ter repercussão prática. A própria diversidade de autores oferece um amplo leque de potenciais substitutos que venham a suprir essa lacuna, corrigindo os rumos da ação coletiva. Além disso, a boa condução do pleito coletivo nos Estados Unidos depende mais do *class counsel* (advogado da classe) do que de seus clientes, o que restou reconhecido pela introdução da alínea (g) na Rule 23. Em vista desse comando, o juízo deve fazer uma análise detalhada da idoneidade do advogado antes de confirmá-lo como *class counsel* (GIDI, 2007, pp. 110-111).

2.3. A tentativa de acordo

O capítulo final da certificação de classe se deu em dezembro de 2015, abrindo-se a via para o início do julgamento da ação em sua forma coletiva. Entretanto, como de costume no processo norte-americano, as partes chegaram a um acordo em abril de 2016. Fosse uma ação individual não haveria problemas para homologação, principalmente em se tratando dos Estados Unidos. Todavia, no caso da *class action*, faz-se necessário um exame sobre a justiça, adequação e razoabilidade dos termos acordados para fins de proteger os membros ausentes. Trata-se de regra estabelecida pela jurisprudência e incorporado à Rule 23 no item (e)(1)(C). Como se pode perceber são elementos que conformam um critério tautológico e largamente dependente das impressões pessoais do magistrado de primeiro grau sobre as circunstâncias do caso concreto (GIDI, 2007, pp. 320-321).

Especificamente no caso sob análise, o magistrado aplicou um conjunto de fatores estipulados no caso *Hanlon v. Chrysler Corp.* que compreendem: dimensão da renúncia das

partes em relação a suas expectativas iniciais⁹; o conteúdo da oferta prevista no acordo; o estágio em que se encontra o procedimento contencioso; a reputação do *class counsel*; a participação de um órgão público; e a reação dos membros da classe. Ao sopesar esses elementos o juiz teria um guia para sua decisão referente ao pedido de homologação do acordo.

Em relação ao conteúdo do acordo, o juiz identificou três partes distintas: compensação financeira; readequação da política de funcionamento da Uber; cobertura das demandas objeto de desistência.

A primeira parte revela a disposição da empresa ré em pagar 84 milhões de dólares. Outros 16 milhões de dólares são oferecidos, mas apenas se a Uber realizar uma oferta pública de ações que eleve seu valor de mercado de sessenta bilhões para noventa bilhões de dólares. No âmbito do acordo, autoriza-se o *class counsel* a obter 25% desses fundos a título de honorário, o que ensejaria um retorno de 21 a 25 milhões de dólares. Com o intuito de demonstrar boa-fé, Liss-Riordan informou ao juízo que, independentemente do montante final, renunciaria a dez milhões de dólares em favor do incremento dos valores a serem pagos aos membros da classe.

Os fundos remanescentes do pagamento dos honorários e das diversas despesas do processo seriam distribuídos entre os motoristas em proporção à distância que dirigiram para a Uber. Aos indivíduos abrangidos pela certificação de classe seria dado o dobro do fator de proporção. Caso o motorista tivesse exercido o direito de saída referente às cláusulas de arbitragem – as mesmas que complicaram a certificação de classe – teria o direito a dobrar seu fator de proporção. Se o prestador de serviço cumulasse as duas condições, seu fator seria quadruplicado. Conforme estimativas dos requerentes, os membros certificados receberiam entre 24 e 1950 dólares enquanto os não-certificados, entre 10 e 836 dólares, assumindo uma taxa de 100% de quotas solicitadas. Diante da mesma presunção, dos 240 mil motoristas estimados, calculou-se que pouco mais de sete mil seriam compensados no valor máximo de 1950 dólares enquanto mais de 60% deles receberia menos de cem dólares no arranjo. De toda sorte, a petição demonstra a expectativa de que apenas 40% dos beneficiados requeiram suas quotas, o que poderia duplicar os valores.

Na parte não financeira de sua oferta, a Uber propôs algumas mudanças de rumos na atuação junto aos motoristas. Entre elas, comprometeu a rever sua política de desativação de

⁹ O termo utilizado por *Hanlon* diz respeito a riscos da aprovação do acordo. No entanto, ao passo que o exame se desenvolve, percebe-se que o juiz se refere às oportunidades que seriam perdidas com a aprovação do acordo no caso de vitória de uma ou outra parte. De certa maneira, é um risco, mas de se perder algo que se trata de uma mera expectativa. Portanto, preferimos dar outra designação ao traduzir o requisito.

modo a proceder ao desligamento do parceiro apenas quando houver “causa suficiente”. O parceiro estaria protegido contra a desativação sumária por notificações prévias e ainda poderia disputar a causa alegada em um “*Driver Appeal Panel*”, excetuadas questões de segurança, discriminação, fraude e conduta ilícita. Adicionalmente, a Uber trabalharia em conjunto com os motoristas para constituição de uma associação não-sindical que facilitaria o encaminhamento das demandas à gerência da empresa.

De acordo com as considerações do juiz, estariam extintas todas as demandas em curso até a data da homologação que se baseassem na existência de uma relação de emprego. Na medida que a oferta abrange até mesmo motoristas excluídos da certificação de classe, a força vinculante da homologação seria expandida em relação ao determinado em dezembro de 2015. Conforme observado na decisão, afetaria pelo menos quinze ações judiciais pendentes de julgamento em cortes federais e estaduais, além de diversos procedimentos administrativos abertos pela *National Labor Relations Board* (NLRB). Adicionalmente, o acordo também previa a extinção de ações promovidas por *private attorney general* de acordo com a lei californiana.

Passando-se à consideração dos fatores elencados em *Hanlon*, as expectativas dos motoristas, principalmente dos certificados na subclasse de dezembro de 2015, podem ser largamente frustradas caso se entenda válida a cláusula de arbitragem. Além disso, a própria questão de fundo se reveste de controvérsia e polêmica, a ponto de não ser possível antecipar com qualquer nível de segurança o resultado final. E mesmo que se admita a relação de emprego, há disputa também em torno do valor a ser reembolsado. Igualmente para a Uber, a margem de frustração de expectativas é bastante relevante. Caso a decisão final seja reversa a sua defesa, somente as “penalidades estatutárias” poderiam exceder a mais de um bilhão de dólares conforme os autores e a *Labor and Work Development Agency* (LWDA) da Califórnia. Em outras palavras, não se trata de um caso sólido em que se possa apontar a probabilidade de sucesso, podendo ambas as partes serem severamente atingidas pelo resultado adverso.

Sobre a oferta realizada pela Uber, o juiz percebeu que o montante financeiro sofriria um abatimento substancial de 90% em relação à soma do reembolso de despesas e gorjetas não transferidas caso houvesse a vitória plena dos autores na ação coletiva. Uma taxa de desconto similar foi observada em relação a decisão administrativa do *California Labor Commissioner* que determinou à Uber o reembolso de despesas a uma determinada motorista. Em face da parte não financeira, o juízo não considerou que havia qualquer promessa de relevo, pois, em última instância, a Uber manteria grande parte de sua autonomia em desligar unilateralmente os motoristas de sua plataforma.

Quanto aos demais fatores – estágio do procedimento; reputação do advogado de classe; participação de órgão público e a reação dos membros da classe – o juiz procede à descrição da situação objetiva, destacando o considerável influxo de objeções ao acordo desde sua notificação ao público interessado. De todo modo, o juiz tendia a concluir pela homologação do acordo porque o risco de confirmação das cláusulas de arbitragem era bastante elevado e prejudicial à classe. E os opositores do acordo não pareciam perceber a extensão e a gravidade desse risco¹⁰. Contudo, o acordo também previa o pagamento de um milhão de dólares com o objetivo de afastar eventuais penalidades estatutárias derivadas do *Private Attorneys General Act* (PAGA) da Califórnia. Ressalte-se que a LWDA estimava que as multas derivadas da desnaturação do contrato de trabalho poderiam superar um bilhão de dólares. Nesse caso, a proposta de acordo cobria insignificantes 0,1% do valor total. Em face da importância desse tipo de pleito, que tem um escopo evidentemente público, o juiz concluiu ser um excesso incorrigível do acordo, o que impedia a sua homologação.

CONCLUSÃO

A massificação dos conflitos em nossa era tem representado um desafio interessante na busca da efetividade dos direitos. Além disso, a constante inovação no modo como as entidades jurídicas se relacionam traz maior complexidade ao jogo. Se antes restava claro o vínculo de subordinação típico da relação trabalhista, as novas categorias de contratação ampliaram a zona cinzenta de onde se torna cada vez mais difícil determiná-la. Em vista dessa discussão afetar grandes contingentes de motoristas conectados ao aplicativo de uma única empresa, abre-se a oportunidade para o tratamento coletivo em sede processual. Não só torna factível o debate amplo nas instâncias judiciais como também proporciona uma forma eficiente de decidir sobre uma questão de peso relevante para a sociedade.

A entrada da Uber no mercado de transporte individual criou as condições para testar o modelo coletivo de processamento de ações judiciais. Em vista da maturação do aplicativo no mercado norte-americano, não é de se estranhar que logo o instituto da *class action* fosse colocado sob fogo. Em marcha desde 2013, o caso *O'Connor v. Uber* apresenta diversas lições importantes sobre o papel de uma ação coletiva de cunho indenizatório na efetivação de políticas públicas. O evidente dilema entre os interesses do *class counsel* e os membros da classe é uma dessas lições. A constante vigilância do Judiciário e a busca da ética no

¹⁰ “Balancing the Hanlon factors, the Court agrees with Plaintiffs’ assessment that there is a substantial risk on the arbitration question in light of the Ninth Circuit’s actions thus far, a risk that many of the objectors fail to appreciate.”

comportamento do advogado são fundamentais para o sucesso do modelo. Por outro lado, o desenvolvimento do caso revela um aspecto que não era conhecido deste autor quando decidiu escrever sobre o assunto. A regulação de demandas sob o rótulo de *private attorney general claims*, em que o particular atua como complemento da advocacia pública, teve importância seminal no caso estudado. Além de influenciar na certificação de uma subclasse em dezembro de 2015 que virou o jogo processual, terminou por servir de fundamento à rejeição do acordo por serem consideradas verdadeiro instrumento de política pública. Conforme informações prestadas ao juízo, a LWDA explica que:

By creating a cause of action under which private plaintiffs may recover civil penalties otherwise recoverable by the state, PAGA benefits the public by augmenting the state's enforcement capabilities, encouraging compliance with Labor Code provisions, and deterring noncompliance. This furthers the state's policy to protect workers from substandard and unlawful conditions and also to protect employers "who comply with the law from those who attempt to gain a competitive advantage at the expense of their workers by failing to comply with minimum labor standards."

Dessa maneira, pode se perceber que eventuais acordos em sede de *class action* devem dar mais importância a esse tipo de ação sob pena do juízo considerar que há a intenção de depreciar uma ferramenta voltada para o fortalecimento da capacidade do Estado em responder a ilícitos de ordem regulatória. Nesse tocante, o caso O'Connor v. Uber nos ensina que, havendo comportamento que justifique penalidades administrativas, não são possíveis acordos que subestimem o potencial do *private attorney general*.

No caso do Brasil, os termos de ajustamento de conduta celebrados com o Ministério Público podem fazer as vezes dos acordos nas *class actions*, dispensada a supervisão judicial tendo em vista a impossibilidade de fixação de honorários. Em relação especificamente à Uber, o Ministério Público do Trabalho instaurou em abril de 2016 inquérito civil público para investigar possível fraude trabalhista¹¹. Nesse meio tempo, algumas ações individuais já foram apreciadas na Justiça do Trabalho, sendo que algumas reconhecem a relação de emprego¹² enquanto outras negam a existência de subordinação¹³. Dessa maneira, o cenário demonstra sério risco às expectativas dos motoristas, cabendo ao *parquet* levar esse fator em consideração caso surja oportunidade de negociar com a Uber a redação de um termo de ajustamento de conduta.

¹¹ Ver o inquérito civil nº 001417.2016.01.000/6

¹² http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/02/14/interna_gerais,847329/justica-do-trabalho-atesta-vinculo-trabalhista-entre-uber-e-motorista.shtml. Acesso em 13/03/2017.

¹³ http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/02/02/interna_gerais,844503/justica-do-trabalho-nega-vinculo-empregaticio-entre-motorista-e-uber.shtml. Acesso em 13/03/2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEISNER, John et al. *Class Action "Cops": Public Servants or Private Entrepreneurs?* In *Stanford Law Review*, vol. 57, No. 5, 2005 pp. 1441-1474.
- BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras. In *Revista de Processo*, vol. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- CARROLL, Maureen. *Class Action Myopia*. In *Duke Law Journal*, vol. 65, nº 5 (fev. 2016), pp. 844-908.
- COFFEE, JR., John. *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action* In *Columbia Law Review*, vol. 95, nº 6 (oct, 1995), pp. 1343-1465.
- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- HILL, Steven. *Raw Deal: How the "Uber Economy" and Runaway Capitalism are Screwing American Workers*. St. Martin's Press: Nova Iorque, 2015.
- HENSLER, Deborah, et al. *Class Action Dilemmas*. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2000.
- KELLEHER, Kevin. What Uber's Massive New Investment Really Means. *TIME*, 02/06/2016. Disponível em <http://time.com/4354575/uber-saudi-investment/> Acesso em 21/02/2017.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MACEY, Jonathan et al. *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*. In *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, No. 1 (Winter, 1991), pp. 1-118.
- NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*. Harvard University Press, 1971.
- TURNER, Kara Miles. *Both Victors and Victims: Prince Edward County, Virginia, the NAACP, and "Brown"* In *Virginia Law Review*, vol. 90, No. 6, 50 Years of *Brown v. Board of Education* (Oct., 2004), pp. 1667-1691