
A CLASS ACTION AMERICANA E AS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

*THE AMERICAN CLASS ACTION AND THE BRAZILIAN CLASS
ACTIONS. SIMILARITIES AND DIFFERENCES*

Kátia Naomi Narita

*Advogada da União, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela
Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; 2 Da *class action*; 2.1 Requisitos (alínea “a”); 2.2 Tipos de ação (alínea “b”); 2.3 Alguns aspectos procedimentais; 2.3.1 Da certificação (*certification*); 2.3.2 Da notificação (*notice*) e do direito de auto-exclusão (*right to opt out*); 2.3.3 Da coisa julgada (*binding effect*); 2.3.4 Do acordo (*settlement*); 3 Das inovações trazidas da *class action* Americana pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos; 3.1 A legitimidade ativa da pessoa física; 3.2 Da ampliação dos poderes do juiz; 3.3 Da ação coletiva passiva; 4 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo tece algumas considerações sobre a *class action* americana, a partir de seu histórico. Traz ainda breves explicações sobre os seus requisitos, tipos e alguns aspectos procedimentais, tais como certificação, notificação e direito de auto-exclusão, além da extensão da coisa julgada e do acordo, diante de suas especificidades no direito norte-americano. No decorrer da explanação, é realizado um paralelo entre as duas ações coletivas, a partir das suas semelhanças e diferenças, sendo ao final trazidas algumas inovações do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que muito se aproximam a *class action* americana como atualmente regulamentada. O trabalho visa, sobretudo, fazer um estudo comparado, uma vez que as ações coletivas brasileiras foram pensadas a partir do instituto americano, sendo, ao final, demonstrado, que as inovações e avanços que se pretende trazer para o direito processual coletivo brasileiro ainda se inspiram no modelo norte americano.

PALAVRAS-CHAVE: *Class Action*. Certificação. Notificação. Direito de Auto-Exclusão. Coisa Julgada. Acordo. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

ABSTRACT: This article presents some considerations about the American class action from its history. It also brings information about its requirements, types and some procedural aspects such as certification, notice, right to opt out, binding effect and settlement because of its specificities in American law. It is also done a parallel between the two class actions based on the similarities and differences. In the end, it has demonstrated some innovations of Brazilian Code of Collective Processes's draft that is very close to the American class action as currently regulated. The work is aimed mainly to make a comparative study since the Brazilian class actions were designed by the American Institute. In conclusion, it demonstrates that the innovations and advances of the Brazilian collective procedural law is still inspired by the North American model.

KEYWORDS: Class Action. Certification. Notice. Right to Opt Out. Binding Effect. Settlement. Draft of the Brazilian Code of Collective Processes.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139/09 que disciplinará o novo regramento das ações civis públicas para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Sabe-se que o processo coletivo brasileiro tem inspiração na *class action* americana, entretanto, com adaptações feitas para nosso sistema da *civil law*.

Na nossa história, a tutela coletiva vem sendo introduzida paulatinamente por meio de leis esparsas, tendo-se como importantes referências a Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A partir dessa evolução, ousou-se afirmar sobre a existência de um verdadeiro Processo Civil Coletivo, como ramo do direito processual civil, diverso do Direito Processual Individual. Assim, expoentes doutrinadores brasileiros se reuniram para elaborar um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, com normas mais abertas e flexíveis com vistas a proporcionar uma real efetividade do direito coletivo¹.

O Anteprojeto teve como fonte o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. A primeira proposta deveu-se aos brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antônio Gidi e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, aperfeiçoada com a participação de especialistas ibero-americanos.

O primeiro texto do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos foi elaborado sob a coordenação de Ada Pellegrini, no grupo de pós-graduandos de 2003 da Faculdade de Direito de São Paulo. Em 2005, o texto foi revisado pelo grupo de pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sob a supervisão do Juiz Federal Aluísio Mendes, sendo entregue ao Ministério da Justiça no final daquele ano. Após sugestão de vários órgãos públicos, entre eles Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Ministérios Públicos Estaduais, restou a versão datada de janeiro de 2007.

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos contém avanços significativos, como a ampliação dos poderes do juiz e a previsão da ação coletiva passiva originária ao lado da ação coletiva ativa. Nesta, ainda é prevista a possibilidade da legitimidade da pessoa física para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que reconhecida a sua representatividade adequada pelo juiz. Como se verá, o texto em muitos aspectos aproxima-se ainda mais do instituto da *class action* americana, como hoje regulamentado.

Porém, o texto do pretenso Código Brasileiro em muitos aspectos se difere do Projeto de Lei nº 5.139/09, enviado ao Congresso Nacional. A principal explicação dada pelo Poder Executivo foi a de que aquele teria sido considerado um instrumento avançado demais para o nosso atual sistema Judiciário.

Não por isso, o Anteprojeto perde sua relevante importância, diante da complexidade dos estudos realizados em torno do processo coletivo, que resultaram não só na identificação das dificuldades e lacunas existentes neste sistema, como no nosso próprio ordenamento jurídico. Ademais, não é pretensão afirmar que a evolução do direito processual coletivo ainda seguirá na linha do que traçado nesses estudos.

Assim, tenta-se aqui fazer um resgate da principal fonte do nosso direito processual coletivo e, por assim dizer, o modelo para onde se caminha o nosso instrumento de tutela coletiva, fazendo-se um breve histórico da *class action* americana, os seus principais aspectos procedimentais e, especialmente, traçando as diferenças entre os sistemas brasileiro e americano no que tange às ações coletivas.

1 HISTÓRICO

Na era medieval, foram observados alguns casos isolados de ações coletivas ativas e passivas. Acerca destas últimas, o episódio tido como clássico pelos doutrinadores é o do pároco Martins, de Barkway, datado de 1199, que teria ajuizado ação sobre direito a certas oferendas e serviços diários em face dos paroquianos de Nuthamstead, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, chamando a juízo algumas pessoas para, aparentemente, responderem por todas.

Porém, como mesmo observa Artur Luis Pereira Torres, esses casos isolados não seriam significativos para fins de teorização de um processo coletivo, já que naquela época não havia a formação de um sistema processual. Tais demandas tinham como fim único a proteção

do direito material, sem preocupações quanto às questões de natureza processual².

Por tal razão, a maioria da doutrina entende que o marco de origem para as *class actions* data do final do século XVII, no direito inglês, quando a *court of chancery* criaram o *Bill of Peace*.

Como ensina Antonio Gidi³, o sistema inglês, que perdurou até 1873, estava dividido em duas esferas: a jurisdição do direito (*law jurisdiction*) e a jurisdição de equidade (*equity jurisdiction*), estando o primeiro sob a regência dos tribunais de direito (*court of law*) e o segundo, dos tribunais de equidade (*court of chancery*), uma espécie de tribunais especiais encarregados de disciplinar as situações que o *common law* não regulava de forma adequada.

Para simplificar a controvérsia, as cortes de equidade começaram a não mais admitir o litisconsórcio voluntário, ou ainda, seguindo os tribunais de direito, passaram a exigir que os terceiros, quando diretamente interessados no julgamento da lide, intervissem no processo (*compulsory joinder rule* ou *necessary parties rule*).

Verificou-se, entretanto, que tal obrigatoriedade de intervenção trazia inconveniência ou mesmo injustiça às partes. Quando inúmeras as pessoas envolvidas, a intervenção de todos prejudicava o andamento do processo. Já a não intervenção de qualquer um, poderia impedir que os demais obtivessem a prestação jurisdicional. Desta forma, a *courts of chancery* criaram o *Bill of Peace*, permitindo, assim, as ações representativas (*representative actions*), em que um ou alguns membros do grupo pudessem representar em juízo o interesse dos demais que estivessem em situação parecida.

Durante o período colonial americano, o duplo sistema (*law v. equity*), foi adotado pelos Estados Unidos até depois de sua independência, quando, em 1789, foi criado o sistema judiciário federal.

A primeira codificação das *representative actions*, em âmbito federal, se deu em 1842, pela *Federal Equity Rule 48*, rebatizada em 1912 como *Federal Equity Rule 38*. No entanto, a *class action* ainda era um instrumento bastante simples.

Somente em 1938, com a edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, conjunto de normas emitidas pela Suprema Corte, mais especificamente da *Rule 23*, as ações coletivas foram permitidas nos Estados Unidos com relação a pretensões indenizatórias (*class actions for damages*).

2 TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, jan. mar. 2010.

3 GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

De acordo com as novas regras, as *class actions* eram divididas em três espécies, a depender da natureza jurídica do objeto do processo: a) *true class action*, verdadeira ação coletiva, quando o direito da categoria era comum. A coisa julgada era estendida a todos, inclusive aos que não faziam parte do processo; b) *hybrid class action*, quando o direito dos componentes era distinto, mas havia um interesse comum em razão de um bem específico. A coisa julgada atingia apenas às partes do processo, mas vincularia os demais no que se refere a direitos relacionados ao objeto específico; c) *spurius class action*, uma questão de fato ou direito comum, afetando diversos direitos individuais. A coisa julgada se estenderia tão somente às partes do processo.

A *Rule 23* foi completamente reescrita em 1966, a partir da reforma das *Federal Rules of Civil Procedure*. Esta, de fato, foi a principal modificação ocorrida no instituto, consolidando-se a tese de que a coisa julgada afetaria a todos os interessados, ressalvado o direito daqueles que se manifestassem a não participar da lide (*right to opt out*).

Neste sentido, foi implementada a necessidade de oportunizar a cada um dos interessados o direito de exercer o *opt out*, por meio de notificação pessoal.

Outro grande avanço que pode ser citado foi o ganho de maiores poderes pelo juiz da lide, na condução do processo.

Nos cinco anos posteriores à reforma de 1966, o número de ações coletivas quadruplicou. Segundo Gidi:

“no período anterior à promulgação da *Rule 23* em 1938, as *class actions* eram um fenômeno raro, que não despertavam muita atenção nem dos doutrinadores nem dos tribunais. Depois de 1938, o instrumento passou a interessar mais os operadores de direito e transformou-se em uma técnica mais conhecida e com uma utilização freqüente, muito embora ainda restrita a casos muito limitados. Após a reforma de 1996, as *class actions* se transformaram em um poderoso instrumento político de acesso à justiça das ‘pequenas causas’”⁴.

Reformas não tanto expressivas ocorreram posteriormente em 1987, 1995, 1998, 2003 e 2005, neste último transferindo a competência da Justiça Federal para o julgamento das *class actions* de alto valor.

⁴ GIDI, op.cit., p.59-60.

2 DA CLASS ACTION

Como dito, a *class action* encontra-se regulamentada, no plano da jurisdição federal, na *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedure*, cuja redação essencial é de 1966. O instituto encontra-se estruturado em seis partes, assim correspondentes:

Alínea “a”- Requisitos de admissibilidade

Alínea “b”- Hipóteses de cabimento (tipos de ação)

Alínea “c”- Certificação, nomeação do advogado, notificação e participação na ação, sentença e grupos múltiplos e subgrupos

Alínea “d”- Poderes do juiz

Alínea “e”- Acordo e extinção do processo

Alínea “f”- Agravo contra negativa de certificação

A partir da estrutura legal, tratar-se-á, neste capítulo, dos requisitos e tipos da *class action* e seus principais aspectos procedimentais, enfatizando as semelhanças e diferenças entre esta e as ações coletivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 REQUISITOS (alínea “a”)

Para o cabimento da *class action*, em que um ou mais membros de um grupo demande ou seja demandado como representante de todos, é necessário que os requisitos previstos na *Rule 23 (a)* estejam presentes, cumulativamente, sendo eles:

- (1) *O quantitativo de pessoas envolvidas seja tão numeroso que o litisconsórcio de todos se torne impraticável (numerosity).*

Não que haja um número predeterminado para a satisfação deste requisito, devendo ser levados em consideração inúmeros aspectos como o reduzido valor das pretensões, tornando antieconômicas as ações individuais; as condições do autor, pois se hipossuficientes podem interferir na dificuldade de propositura individual; a dificuldade de identificação e localização dos membros do grupo e a complexidade da causa.

- (2) *A existência de questões de fato ou de direito comuns ao grupo (commonality).*

Isto não significa que as situações individuais de todos os membros sejam exatamente iguais, mas que a questão permita uma

decisão unitária da lide. Como lembrado por Gidi⁵, a ausência da questão comum não leva, necessariamente, à extinção do processo, podendo o juiz: a) restringir o grupo, excluindo aqueles não ligados pela questão comum; b) limitar a lide à parcela da controvérsia atingida pela questão comum, deixando as questões individuais a serem apuradas em ações individuais; c) dividir o grupo em subgrupos, nomeando o membro e o advogado para representar cada um deles; d) prosseguir a ação de forma individual.

(3) *Os pedidos da demanda ou defesa trazidos pelos representantes sejam “típicos” do grupo, ou seja, correspondam aos interesses de todos os componentes (typicality).*

Tal requisito tem como fim certificar que o representante pertence ao grupo, coexistindo os interesses de ambos. Caso não preenchido o requisito, antes da extinção do processo, o juiz deverá oportunizar a substituição do representante por um membro do grupo.

(4) *Os representantes protegerão justa e adequadamente o interesse da classe (adequacy of representation).*

Entende-se como um dos mais importantes requisitos do instituto. Ao contrário do ordenamento brasileiro que, a exemplo da ação civil pública, enumera taxativamente os legitimados para a propositura da ação, no direito norte-americano, qualquer um dos membros pode assumir a condição de representante, sem a autorização dos demais. Assim, a representação adequada se torna imprescindível para a garantia do devido processo legal⁶.

Por outro lado, como lembrado por Flávio da Costa Higa⁷, no direito brasileiro não há qualquer controle jurisdicional quanto à idoneidade da representação, exceto no tocante à pré-constituição das associações, requisito este que pode ser dispensado *quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido* (art. 82, § 1º, da Lei nº 8.078/90).

5 GIDI, op.cit., p.87-88.

6 Como bem discorrido por Renato Bretz Pereira, que ainda ressalva a semelhança entre a legitimidade ativa da *class action* com a ação popular na medida em que nas duas hipóteses o autor defende interesses próprios e alheios, simultaneamente. *Class Action*. De jure. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 9, p.350, jul. dez. 2007.

7 HIGA, Flávio da Costa. Breves Apontamentos sobre as Class Actions for Damages. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ed.Síntese, ano XXII, n. 264, jun. 2011.

Há de observar que o requisito da *adequacy of representation* também deve ser visto sob a ótica não só do pólo ativo como do passivo, e que não se refere somente às partes, mas ainda à competência e zelo do advogado diante da causa.

Por fim, a não representação adequada enseja a ausência de coisa julgada (*binding effect*) com relação àqueles que não se viram representados adequadamente, razão pela qual a parte contrária ao interesse defendido pelo representante também pode argüir o vício.

2.2 TIPOS DE AÇÃO (Alínea “b”)

As *class actions* admitem três modalidades ou hipóteses de cabimento, com requisitos específicos para cada uma, sendo elas a *Rule 23 (b) (1)*, *Rule 23 (b) (2)* e *Rule 23 (b) (3)*. A primeira ainda se subdivide em (b) (1) (A) e (b) (1) (B), a seguir melhor especificado:

Ações individuais por ou contra um grupo que poderia criar o risco de: (A) decisões inconsistentes ou conflitantes em face dos membros do grupo (incompatible standards class actions) ou (B) decisões em face dos membros individuais do grupo que poderiam prejudicar os interesses de outros que não participaram do processo individual ou impedir/diminuir a capacidade de proteção de seus interesses (prejudice class action).

Enquanto que a primeira (*incompatible standards*) procura ver sob o ponto de vista da parte contrária ao grupo, o segundo (*prejudice*) tem o foco naqueles que se encontram ausentes ao grupo.

Cássio Scarpinella Bueno⁸ dá como exemplo ao primeiro fenômeno a hipótese de diversos contribuintes voltados contra determinada exação fiscal. Não há como dar um tratamento diferenciado aos contribuintes do mesmo tributo, já que se encontram na mesma situação fática e jurídica.

Para o segundo fato, o professor traz como exemplo o caso de um acionista que pretende evitar a assembléia de uma dada sociedade anônima, circunstância que, uma vez ocorrida, prejudicaria os demais membros da classe, ainda que não façam parte da relação processual.

Porém, hipótese mais comum na prática é a da ação coletiva gerada pela limitação do fundo disponível (*limited fund class action*), na qual a quantia pretendida por determinado membro da classe pertence a um fundo comum. Para seu cabimento, entretanto, necessário demonstrar que a indenização que se quer individualmente é superior ao fundo disponível para seu pagamento, uma vez que a procedência

8 BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, ano 21, p.96, ab. jun.1996.

do pedido prejudicaria os créditos dos demais membros da classe que não fazem parte da relação processual, diante da ausência de recursos do fundo.

Ambas as ações visam a compelir o “litisconsórcio necessário” e, por suas naturezas, não permitem aos membros o direito de auto-exclusão do grupo (*right to opt out*).

- (2) *Quando a parte contrária agiu ou deixou de agir inadequadamente de maneira uniforme em face do grupo, requerendo-se uma decisão mandamental ou declaratória (injunctive class action).*

Esta hipótese só é aplicável aos casos em que se pretenda uma condenação de fazer ou não fazer ou uma sentença declaratória, não se prestando à obtenção de indenização exclusivamente pecuniária.

Este tipo de ação foi trazida pelo legislador de 1966 que se baseou nas *civil rights class actions*, como forma de deixar claro o cabimento da ação coletiva na defesa de direitos civis. Assim, como típico exemplo, temos a ação para inibir conduta discriminatória. Entretanto, sua aplicação não encontra limitada a este escopo, podendo ser usada para pretensões trabalhistas, ambientais e declaratórias de inconstitucionalidade.

Da mesma forma que ocorre no tipo (b) (1), a lei não permite que os membros possam optar pela exclusão do grupo (*right to opt out*), porquanto necessário que seja dado um tratamento uniforme ou indivisível à pretensão coletiva. Por tal razão, parte da jurisprudência entende ser prescindível a notificação de todos os membros. Vale, por fim, acrescentar que não é necessário nem que o grupo seja precisamente delineado ou delineável.

Fazendo-se um paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro, os incisos (b) (1) (A) e (B) e o (b) (2) corresponderiam as nossas ações em defesa de interesses difusos e coletivos.

- (3) *Quando as questões de fato e de direito comuns predominam sobre as questões individuais (predominance), sendo a ação coletiva superior ao processo individual para o justo e eficiente julgamento da controvérsia (superiority). Em decisão acerca da superioridade da tutela coletiva, o juiz levará em consideração: (A) interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a ação, (B) extensão e natureza do litígio, (C) a conveniência de concentrar a lide em um único juízo, (D) dificuldades a serem encontradas na administração da ação coletiva (class actions for damage).*

Esta hipótese é sempre a mais ressaltada pelos doutrinadores brasileiros, uma vez que serviu de modelo para as nossas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC).

Trata-se de ação coletiva de natureza predominantemente indenizatória, distinguindo-se das demais diante de suas peculiaridades como a não obrigatoriedade da participação de todos os membros, admitindo-se, portanto, o *opt out*.

Dois são os pré-requisitos específicos deste tipo de ação: a *prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as questões individuais* e a *superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença*.

Quem bem discorre sobre o tema é a professora Ada Pellegrini Grinover, cujo entendimento é de que sem o primeiro “*haveria desintegração dos elementos individuais*”, enquanto que o segundo leva em conta “*a necessidade de se evitar o tratamento de ações de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentar as decisões*”⁹.

A professora, fazendo um paralelo dos requisitos trazidos pela *class action for damages* para os da tutela dos interesses individuais homogêneos, observa que, a partir do critério da *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual*, pode-se aferir se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos por sua origem comum. Em não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não será admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido. Nestes termos, conclui que:

*a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das class actions for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível.*¹⁰

No que tange ao requisito de *superioridade da tutela coletiva em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão*, a jurista o correlaciona com os fenômenos brasileiros *interesse de agir* e *efetividade do processo*:

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damage à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, ano 26, p.15, jan. mar. 2001.

10 Ibid., p.21-22.

Não é difícil, assim, estabelecer a correlação entre a exigência de *superioridade* da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria do *common law*), com o interesse-utilidade e o interesse-adequação da *civil law*. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto àquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção.¹¹

Entretanto, uma diferença é ressaltada no tocante à “superioridade”, uma vez que no sistema norte-americano se privilegia, mais do que no brasileiro, os aspectos individuais sobre os sociais. Assim, em uma situação de eficácia igual entre o processo coletivo e os processos individuais, nos Estados Unidos se daria preferência a estes, enquanto que no Brasil, a tendência é de que se enfatize cada vez mais o processo social ao invés do individual.

2.3 ALGUNS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

2.3.1 Da Certificação (*Certification*)

Nos termos da alínea (c) (1) (A), após a propositura da ação, quando uma pessoa aciona ou é acionada como representante do grupo, o juiz, preliminarmente, irá julgar se a ação será certificada como coletiva ou não (*certification*).

Nesta decisão são definidas quais as pessoas que irão compor o grupo, quais são suas exatas pretensões, ou melhor, o objeto da ação coletiva, além de definir quem será o advogado da classe (c) (1) (B), uma vez que o juiz não está adstrito à indicação feita pela parte interessada. Para a formação do seu juízo, o magistrado deve levar em conta os pré-requisitos da alínea (a) e (b), a depender do enquadramento em alguma de suas subespécies.

O requerimento para que o juiz decida sobre a ação coletiva (*motion for certification*) pode ser feito tanto pelo autor como pelo réu. Ainda que não haja requerimento, se a ação for originariamente proposta como coletiva, o juiz *ex officio* poderá certificar ou não, uma vez que cabe a ele também zelar os interesses dos membros ausentes.

Na *Rule 23*, consta que o juiz deve apreciar tal questão na fase inicial, podendo ser designada uma audiência preliminar para oitiva das

11 GRINOVER, 2001, p.22-23.

partes e coleta de provas, a fim de dirimir dúvidas sobre a presença ou não dos requisitos legais.

Observa-se da regra (c) (1) (C) que a decisão pode ser alterada ou emendada a qualquer tempo, desde que antes da sentença final.

Se a certificação for negada, o processo poderá seguir como uma ação individual. Há ainda a possibilidade de ser apenas uma parte da controvérsia certificada como coletiva, prosseguindo-se, então, as demais, como ação individual.

Como visto, a certificação é uma decisão de grande importância porque torna a ação proposta como coletiva, delimitando os limites da pretensão e as pessoas que nela irão participar. Por conseguinte, assegura a eficácia *erga omnes* à coisa julgada.

Não por isto que da decisão cabe o recurso interlocutório (*interlocutory appeal*), equivalente ao nosso agravo de instrumento, contrariando a regra geral do sistema processual norte americano que não admite a recorribilidade das decisões interlocutórias.

2.3.2 DA NOTIFICAÇÃO (*NOTICE*) E DO DIREITO DE AUTO-EXCLUSÃO (*RIGHT TO OPT OUT*)

A notificação é o instrumento utilizado para cientificar as pessoas ausentes da propositura da ação coletiva e, por conseguinte, oportunizar a estes o exercício do direito de auto-exclusão (*right to opt out*), nos casos em que for permitido.

De acordo com a *Rule 23* (c) (2) (B), nas *class actions* do tipo (b) (3) – *class action for damages*, a notificação dos membros é obrigatória e o juiz ordenará *a melhor notificação possível em face das circunstâncias, inclusive com a notificação individual de todos os membros que puderem ser identificados através de um esforço razoável*.

A notificação para estes casos é indispensável para que a sentença produza a coisa julgada *erga omnes*, sendo na *class action for damages* previsto o direito de exclusão do processo daqueles que não queiram ser submetidos aos efeitos da sentença, por meio de manifestação expressa ao juízo. Os que assim optarem, tem a faculdade de propor a sua ação individual.

Já nos casos relacionados aos tipos (b) (1) e (b) (2) – *mandatory class actions*, não há uma rigidez na notificação aos membros ausentes, dispensada, inclusive, a notificação individual, já que a presença de todos é compulsória, sendo uma espécie de “litisconsórcio necessário”. Nestas hipóteses, não se vislumbra a possibilidade dos membros em optar pelo auto-exclusão do grupo, razão pela qual também são conhecidas como *no opt out class action*.

No direito brasileiro, a notificação não possui o mesmo formalismo como o do direito processual norte americano e nem se presta aos mesmos objetivos. No nosso sistema pátrio, o instituto se encontra no art. 94 do CDC, em que é prevista tão somente a publicação de edital após a propositura da ação, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, a fim de que os interessados possam aderir à ação como litisconsortes.

A publicação é um requisito de menor relevância, nem mesmo sendo causa de nulidade absoluta do processo, uma vez que permanece a possibilidade de ação autônoma individual¹². No nosso sistema, há previsão de que os membros, em suas esferas individuais, não serão atingidos pela sentença desfavorável, ao contrário do direito americano em que, como visto, a decisão proferida na *class action* tem efeitos *erga omnes*, seja ela favorável ou não, salvo para os que tenham exercido o direito de exclusão.

2.3.3 DA COISA JULGADA (*BINDING EFFECT*)

Como já narrado no item anterior, a sentença proferida nas *class actions* tem efeitos *erga omnes*, salvo para os que fizerem uso do direito de exclusão (*right to opt out*). Caberá ao juiz declarar em sentença quem são os integrantes do grupo abrangido.

Segundo a alínea (c) (3), nas ações do tipo (b) (1) e (b) (2), cujo resultado seja favorável ou contrário ao grupo, o juiz descreverá na sentença quem ele considera como membro da classe e que, por conseguinte, será atingido pela coisa julgada. Isto não significa que deva ele nominar individualmente cada um, bastando estabelecer os critérios de pertinência ao grupo.

Já nas ações do tipo (b) (3), na sentença deverão ser especificados aqueles que foram notificados e os que exerceram o direito de exclusão. Estes não serão atingidos pela coisa julgada, bem como aqueles que não foram notificados adequadamente, ainda que a decisão seja favorável aos interesses da classe.

No sistema brasileiro, nos termos do art. 103 do CDC, os efeitos da decisão nas ações para a defesa de direitos difusos será *erga omnes*, e para os coletivos, *ultra partes*, podendo ser intentada nova ação quando for julgada improcedente por falta de prova (*secundum eventum probationes*).

12 Recurso Especial nº 205.481 - MG (1999/0017505-0). 2ª Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha. J. 19.04.05.

Nestas, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão direitos individuais eventualmente existentes, o que possibilita ao integrante propor uma ação individual caso improcedente o pedido (art. 103, § 1º do CDC). Ademais, sequer haverá litispendência entre a ação coletiva e a ação individual. De outro lado, os autores das ações individuais só serão beneficiados da ação coletiva se requerida a suspensão daquelas no prazo de trinta dias do ajuizamento da demanda coletiva (art. 104 do CDC).

No caso das ações que visam à proteção dos direitos individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada será *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido. Quando desfavorável a decisão, apenas os que figurarem no processo serão atingidos.

2.3.4 DO ACORDO (*SETTLEMENT*)

A cultura do acordo está bastante presente no sistema norte-americano, estimando-se que 90% (noventa por cento) das ações judiciais terminem desta forma¹³. Isto sem contar as inúmeras demandas que deixaram de ser propostas em vista das composições extrajudiciais, por meio de mediações e arbitragens.

O próprio sistema estimula estes tipos de acordo. A certificação de uma ação como coletiva representa uma pressão face ao réu, na medida em que ganham contornos o valor e a dimensão política dos interesses em jogo, o que induz a realização de uma auto composição.

Os poderes do juiz na *class action* são muito mais amplos e flexíveis, tendo eles um importante papel no controle e na proteção dos membros ausente e representados, razão pela qual o acordo só é realizado após seu crivo. Por isto que na alínea (e) (C) da *Rule 23* consta que *o juiz aprovará acordo ou extinção voluntária que vincule membros do grupo somente após promover uma audiência e somente se considerar o acordo ou extinção voluntária justos, razoáveis e adequados*.

Ademais, será ordenada a notificação de todos os membros do grupo acerca da proposta de acordo, podendo, o indivíduo, nas ações do tipo (b) (3), solicitar a exclusão do grupo (*opt out*), caso não concorde com os seus termos.

No Brasil, a cultura do acordo ainda é incipiente e, nas ações coletivas, não há uma previsão idêntica ao instituto norte-americano. Algo que mais se aproxima se encontra no § 6º, do art. 5º, da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), introduzido pelo art. 113 do CDC, que trata do termo de ajustamento de conduta. Segundo reza, *os órgãos públicos*

13 GIDI. op cit. p.306-307

legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

3 DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS DA CLASS ACTION AMERICANA PELO ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Como referido no início do artigo, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos contém avanços significativos que, em certos aspectos, aproxima-se ainda mais do instituto da *class action* americana, como regulamentado pela *Rule 23*.

Tenta-se trazer, doravante, algumas dessas inovações, a partir do que já foi explicado sobre a *class action*.

3.1 A LEGITIMIDADE ATIVA DA PESSOA FÍSICA

De início, tem-se como inovadora a previsão da legitimidade de qualquer pessoa física ou membro do grupo, categoria ou classe para a ação coletiva (art. 20, I, do Anteprojeto)¹⁴.

De acordo com a nova regra, qualquer pessoa física é legitimada para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada, o que bem se assemelha ao instituto da *adequacy of representation* da *class action* (*Rule 23 (a) (4)*), já explanada no item 3.1 do presente trabalho.

O Anteprojeto traz expressamente as condições que o representante deve possuir para ser assim aceito, sendo eles: *a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.*

A legitimidade ativa de pessoa física na defesa de direitos difusos não é exatamente um fenômeno novo no nosso sistema processual coletivo, uma vez que a ação popular já permite que qualquer cidadão possa pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º da Lei nº 4.717/65).

Entretanto, a pretensão da ação popular se encontra adstrita a anular atos lesivos e não a pleitear indenizações, como se quer agora.

O Promotor de Justiça Eurico Ferraresi¹⁵ traz os seguintes argumentos contrários ao instituto: a) a possibilidade de utilização desse

¹⁴ Versão de janeiro de 2007.

¹⁵ FERRARESI, *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. op. cit., p.136-143.

instrumento como caráter político, exatamente como a experiência tem demonstrado com a ação popular; b) a possibilidade de um enorme número de demandas sem relevância, uma vez que o cidadão não estaria preparado para utilizar judicialmente tal instrumento; c) a sociedade não estaria esclarecida como a americana para utilizar essa ação, o que demandaria que os órgãos estatais ou “corpos intermediários” respondessem pelas demandas coletivas.

Por outro lado, o Promotor contra-argumenta as críticas afirmando não importar a motivação que leve alguém a propor a demanda judicial. Ademais, que qualquer ato humano pressupõe uma atitude política. Também não convence ao membro do *parquet* o argumento de que o brasileiro não estaria apto a utilizar o instrumento, já que o problema se concentraria mais no controle da legitimidade. Por fim, acredita que não justifica a alegação de que seja desnecessária a atribuição de legitimidade da ação coletiva só porque o indivíduo já a possui na ação popular, posto que a jurisprudência tem tolhido a iniciativa popular, sob o fundamento de que, no mais das vezes, a pretensão levada em juízo só poderia ser conduzida por ação civil pública, o que, com o novo instituto, acabaria de vez essa discussão.

Ao final, conclui ser positiva a nova previsão da legitimação da pessoa física para a demanda na defesa de interesses coletivos, porquanto a exigência atual de que somente as associações teriam este poder é contra o princípio constitucional de que *ninguém será compelido a associar-se ou permanecer associado* (art. 5º, XX, da CF/88).

Este tópico, entretanto, foi o causador de uma das maiores polêmicas nas discussões sobre o Anteprojeto e acabou sendo retirado no Projeto de Lei nº 5.139/09, sob o argumento de que tal inovação seria avançada demais para o atual estágio do nosso sistema Judiciário brasileiro.

3.2 DA AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ

Em nosso sistema processual atual, especialmente voltado à defesa dos interesses individuais e de cunho patrimonial, o juiz assumiu um papel passivo, dentro da rígida separação dos poderes, reduzido a julgar a causa a partir do que tenha sido apresentado pelas partes.

Esta rigidez das funções do magistrado se relaciona diretamente com o formalismo do sistema processual, que vem sendo flexibilizado, especialmente, a partir da nova sistemática apresentada pelas ações coletivas. Já no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o juiz deixa, explicitamente, seu papel de mero julgador imparcial para

assumir uma postura de protetor do bem jurídico coletivo, tornando-se um gerenciador da demanda em busca da efetividade da tutela jurisdicional¹⁶, como já acontece na *class action* norte americana.

Sob esse prisma, as principais mudanças trazidas pelo Anteprojeto concentram-se, principalmente, no controle da legitimação da pessoa física, por meio da avaliação da representatividade adequada; na condução do procedimento, adequando-se as fases e atos processuais às especificidades do conflito; na certificação da ação coletiva (*certification*); na instrução do processo, seja distribuindo a responsabilidade pela produção das provas quanto determinando de ofício a produção destas; e na formação de sua convicção, submetendo a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas.

Quanto ao controle da legitimação da pessoa física e a representatividade adequada, o tema já foi abordado no item anterior.

No que tange à condução do procedimento, veja que na linha do Anteprojeto, o Projeto de Lei nº 5.139/09 prevê que, “*até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa*” (art. 10, § 1º).

Já na audiência preliminar, o juiz tentará a conciliação e, caso não obtida, decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva (uma espécie de *certification* da *class action* americana), podendo *separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo* (art. 20, I e II).

Após a fixação dos pontos controvertidos, será determinada a produção de provas, a partir da distribuição da responsabilidade de cada um, levando-se em conta *os conhecimentos técnicos ou informações específicas ou a facilidade em sua demonstração*. Ou ainda, *segundo os critérios ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas*, podendo o critério desta distribuição ser revisto a qualquer tempo (art. 20, IV, V e VI).

Neste momento, também será esclarecida a distribuição do ônus da prova e, caso o magistrado entenda necessário, poderá determinar de ofício a produção de alguma prova específica (art. 20, VII e VIII).

A qualquer tempo e para fins de formação de sua convicção, o juiz ou mesmo o Tribunal têm a faculdade de submeter a questão controversa

16 Vide Paulo Henrique dos Santos Lucon e Daniela Monteiro Gabbay. *Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz*. Op. cit. p.79-95.

a audiências públicas, com vistas a ouvir especialistas e a sociedade (art.22), uma vez que o que se pretende é a efetividade da tutela do bem jurídico coletivo.

Por fim, interessante ver que a partir do que pensado no Anteprojeto e também no Projeto de Lei, não mais há uma demanda estabilizada até o momento da prolação da sentença, podendo o juiz permitir a *alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu* (art. 16). Independentemente de pedido do autor, o magistrado ainda tem o poder de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, a partir da relevância do fundamento da demanda e verificado justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 17).

3.3 DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Em que pese não acolhido pelo Projeto de Lei nº 5.139/09, o Anteprojeto prevê a divisão da ação coletiva em ativa e passiva, trazendo a possibilidade de que a demanda seja dirigida a um grupo, categoria ou classe, nos moldes da *class action* americana (*defendant class action*).

Independentemente da existência de legislação expressa neste sentido, parece que o Poder Judiciário já vinha acolhendo a tese da *defendant class action* a exemplo da admissão do Movimento dos Sem Terra - MST como parte legítima para figurar no pólo passivo, bem como as torcidas organizadas paulistas, entidades condenadas em ações ajuizadas pelo Ministério Público paulista¹⁷.

Para a admissibilidade da ação coletiva passiva, o Anteprojeto trouxe como requisito fundamental a representatividade adequada, além do revestimento do interesse social.

O principal problema, entretanto, reside na extensão dos limites da coisa julgada material, especialmente o aproveitamento do julgado a quem não foi parte. José Marcelo Menezes Vigliar¹⁸ defende a tese de

17 Como bem observou Rafael Caselli Pereira que trouxe os seguintes julgados com relação a admissão do MST como parte legítima para figurar no pólo passivo: Apelação Cível nº 70025682154, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, julgado em 11.12.2008, Agravo de Instrumento nº 70005527601, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, julgado em 11.02.2003, Agravo de Instrumento nº 70.000.186.833, 4ª Câmara Cível, relator Desembargador Araken de Assis, julgado em 29.12.1999. A tutela coletiva passiva do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro*. Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan. mar. 2011.

18 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos*. Op. cit. p.309-320.

que, havendo uma representação adequada, deveria ocorrer a extensão da coisa julgada a todos os integrantes da coletividade considerada.

A versão do Anteprojeto de janeiro de 2007 previu, em seu art. 39, que a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, ressalvando a aplicação inversa do art. 12 quanto aos interesses transindividuais.

Segundo explica Diogo Campos Medina Maia¹⁹, se na ação coletiva ativa qualquer legitimado poderá intentar a mesma ação em caso de improcedência do pedido por falta de prova, então, na ação coletiva passiva, “*se o pedido for julgado procedente, não pela prova produzida, mas pela aplicação da teoria do ônus da prova, a ação pode ser renovada, valendo-se de nova prova*”. Isto significa que a coisa julgada só será formada se o ônus da prova for integralmente suportado pelo autor.

Chama atenção ainda que, nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 12, é possível afastar a coisa julgada das sentenças procedentes ou improcedentes, fundada nas provas dos autos, se ajuizada a mesma ação, no prazo de dois anos da descoberta de prova que seja capaz, por si só, de mudar o resultado do julgamento, desde que não tenha sido possível sua produção no primeiro processo.

Por fim, na minuta do Anteprojeto encontra-se vedada a inclusão do Ministério Público e dos órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa como representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais (parágrafo único do art.38).

4 CONCLUSÃO

Embora o Projeto de Lei nº 5.139/09, que atualmente tramita no Congresso Nacional e que disciplinará o novo regramento das ações civis públicas para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não tenha acolhido grande parte dos avanços trazidos pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, a reforma do sistema processual coletivo brasileiro já se fazia urgente.

Atualmente a tutela dos direitos coletivos encontra-se em diversas leis esparsas, dentre as quais, a Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A inspiração para as ações coletivas vem, especialmente, da *class action* americana, com adaptações feitas para nosso sistema da *civil law*. Entretanto, como demonstrado pelo teor do Anteprojeto de

19 MAIA, Diogo Campos Medina. *A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente*. Op. cit. p.321-343.

Código Brasileiro de Processos Coletivos, novamente nos voltamos ao sistema americano para tentar solucionar as dificuldades e lacunas do nosso sistema processual. Como observado por José Marcelo Menezes Vigliar, “as distâncias entre as práticas processuais de famílias jurídicas distintas (*common law* vs. *Civil law*) não são tão “abismais” como se imagina, a ponto de não nos socorrermos daquela realidade (mais uma vez) para o nosso próprio processo de aperfeiçoamento”²⁰.

A ampliação dos poderes do magistrado na condução do processo coletivo (que permanece no Projeto de Lei nº 5.139/09) é de suma importância em busca da real efetividade do direito coletivo. Neste processo, o magistrado deve deixar de lado a rigidez das suas funções para perseguir, de qualquer forma, uma decisão mais justa. O princípio da imparcialidade deixa de ser absoluto em prol da proteção do bem jurídico coletivo, posto ser de natureza social e indisponível.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos também traz novos instrumentos considerados avançados demais para o nosso atual sistema Judiciário, como a legitimidade da pessoa física para propor ações em defesa dos interesses ou direitos difusos. Venceu os argumentos contrários no sentido de que o instituto acarretaria um “inchaço” do Poder Judiciário, a partir de um significativo aumento do número de demandas, sendo muitas delas utilizadas com caráter meramente político.

Por fim, a ação coletiva passiva, também de inspiração da *class action*, foi ao final rechaçada, perdendo-se a oportunidade de regulamentação acerca do tema, transferindo-se, mais uma vez, a responsabilidade da definição da questão para a jurisprudência.

REFERÊNCIAS:

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, ano 21, abril-junho, 1996.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

20 VIGLIAR, op. cit. p.311.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damage à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, ano 26, jan./mar. 2001.

HIGA, Flávio da Costa. Breves Apontamentos sobre as Class Actions for Damages. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXII, nº 264, junho, 2011.

PEREIRA, Rafael Caselli. A tutela coletiva passiva do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro*. Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011.

PEREIRA, Renato Bretz. *ClassAction*. De jure. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 9, jul./dez. 2007.

TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 18, n. 69, jan./mar. 2010.