

---

# A CLASS ACTION NORTE-AMERICANA E O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

*THE NORTH-AMERICAN CLASS ACTION AND THE BRAZILIAN  
COLLECTIVE PROCESS*

---

*Ana Luiza Mendonça Soares  
Advogada da União, Especialista em Direito Processual Civil.*

*Naiara Rodrigues Rezende  
Procuradora Federal, Especialista em Direito Público.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Class Action Norte-Americana; 1.1 Breve Evolução do Instituto; 1.2 Os Tipos de Class Action; 1.3 Os Requisitos para a Certificação de uma ação como Class Action; 2 Contraponto com o Processo Coletivo Brasileiro; 2.1 O Processo Coletivo no Brasil; 2.2 Os Direitos Passíveis de Tutela Coletiva e os Meios de sua Realização; 2.3 A Legitimidade Ativa e as Questões dela Decorrentes; 2.4 A Notificação dos Interessados e a Coisa Julgada; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho destina-se ao estudo comparado da *class action* norte-americana e do processo coletivo brasileiro, tal como hoje regulado e tendo em vista o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, em trâmite no Congresso Nacional. Para tanto, buscou-se, em um primeiro momento, relatar a evolução da *class action* nos Estados Unidos, seus tipos e requisitos. A partir dessas informações e fixados os marcos legislativos do processo coletivo no Brasil, bem como os direitos passíveis de tutela coletiva e os meios de sua realização, foram analisadas algumas questões atinentes à legitimidade ativa, notificação dos interessados e coisa julgada.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Class Action*. Processo Coletivo brasileiro. Estudo comparado.

**ABSTRACT:** This paper intended for a comparative study of American class action and the collective process in Brazil, as now regulated, and in view of Bill nº 5.139, of 2009, now pending in Congress. To this end, was sought, at first, to report the evolution of class action in the United States, their types and requirements. From this information and after setting the legislative frameworks of the collective process in Brazil, as well as the rights capable of collective protection and means of its realization, we analyzed some issues related to the legitimacy active, notification of interested parties and *res judicata*.

**KEYWORDS:** Class Action. Brazilian Collective Process. Comparative study.

## INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos, por se tratar de um país submetido ao sistema do common law, no qual os precedentes judiciais podem criar o direito e estabelecer normas que vinculam os demais julgados, apresentam diferenças em relação ao direito brasileiro no histórico do direito coletivo e na sua evolução, conforme serão explicitados nos tópicos seguintes.

Algumas características são típicas daquele sistema e o distinguem do brasileiro até hoje. Como exemplo de dificuldades por eles enfrentadas, podemos citar a ampla margem de apreciação judicial e a linguagem bastante ampla das normas processuais, bem como a existência de sistema federal (direito processual e substantivo) e um sistema estadual com ampla autonomia. Além disso, as conseqüências sociais e econômicas dos julgados afetam a propositura de futuras ações, funcionando com caráter educacional e punitivo, desestimulando a ocorrência de novas práticas coletivas ilícitas.

A seguir serão abordadas as principais características do sistema coletivo norte-americano e brasileiro e as inovações da proposta em discussão atualmente em nosso Poder Legislativo.

### 1 A CLASS ACTION NORTE-AMERICANA

#### 1.1 BREVE EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A *class action* norte-americana tem raízes no direito inglês. A primeira norma federal que disciplinou o instituto nos Estados Unidos surgiu em 1842, com a *Equity Rule 48*, cuja etiologia é atribuída à teorização proposta por Joseph Story, juiz da Suprema Corte. Esta codificação previa a numerosidade de partes e a presença de membros suficientes na ação para representar os interesses de toda a classe, sendo que a sentença seria proferida sem prejuízo dos direitos e pretensões dos interessados ausentes<sup>1</sup>.

*No julgamento do caso Smith v. Swormstedt, 57 U.S. (16 How.) 288 (1853), a Suprema Corte chegou ao entendimento de que a eficácia do julgado estender-se-ia também aos que não tivessem integrado a lide, mas que tivessem tido adequada representação no processo<sup>2</sup>. Assim, a Equity Rule 48 foi superada, sendo mais tarde substituída pela Equity Rule 38, de 1912, que estabeleceu que os julgamentos nas class actions poderiam vincular os sujeitos porventura*

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada* – Teoria Geral das Ações Coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

2 *Ibid.*, p. 33

*ausentes do pleito, desde que atendidos certos requisitos, a saber: adequação da representatividade daquele membro da classe que participa diretamente da relação processual e presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros da classe. A redação da regra de representação era simples e, sobre ela, abriu-se a possibilidade de interpretação judicial, bem como sobre o tratamento da extensão da coisa julgada a terceiros na class action*<sup>3</sup>.

*Em 1938, foram editadas as Federal Rules of Civil Procedure<sup>4</sup>, que, em sua Regra 23 disponibilizou a class action para legal e equitable proceeding. Esta regra trouxe três subtipos de class action: true, hybrid e spurious (autênticas, híbridas e espúrias). O primeiro subtipo versava sobre interesses comuns a todos os membros da classe; o segundo, sobre sujeitos com posições distintas e não ligadas entre si, mas cujo resultado afetaria todos, como no concurso de créditos; o terceiro, sobre sujeitos não ligados, mas circunstancialmente com posições individuais que se prendiam a um ponto de fato ou de direito comum a todos, recomendando-se a demanda coletiva, como um “convite a um litisconsórcio, já que o autor representava os demais que expressamente consentissem com essa representação (regra opt-in)”<sup>5</sup>. Somente no último caso, não haveria vinculação de toda a classe, apenas dos membros que participaram do processo. Esse modelo mostrou-se incerto e obscuro, já que para este último subtipo somente os participantes do processo sofreriam os efeitos da coisa julgada.*

*A Regra 23 foi revista e alterada em 1966, e novamente em 1998, 2003 e 2005, e está até hoje em vigor. Desde 1966, gerou grandes discussões, críticas e elogios, em razão do “poder político que o instrumento encerra, da sua ampla utilização no meio jurídico americano, da alteração de comportamentos sociais e das astronômicas somas em dinheiro que as ações coletivas movimentam”<sup>6</sup>.*

*A jurisdição federal é o fórum natural da class action nos Estados Unidos. Entretanto, em casos como Eisen, Snyder v. Harris e Zahn v. International Paper Co., a Suprema Corte decidiu que não se poderia agregar os danos de cada membro da classe para se atingir o requisito da alçada federal (U\$ 10.000,00), de forma que cada membro deveria ter sofrido dano suficiente para atender a esta alçada. Diante disso, cresceu a importância dos foros estaduais no julgamento*

---

3 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 152.

4 Que constituem um “conjunto de normas (rules) emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de delegação do Poder Legislativo americano”, operada por meio do Rules Enabling Act de 1934 (cfr. GIDI apud TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, janeiro/março, 2010).

5 LEAL, op. cit., p. 154.

6 Ibid., p. 154.

das ações coletivas no direito norte-americano. A grande maioria dos Estados, contudo, seguem regras semelhantes ou idênticas à Regra 23<sup>7</sup>.

Com o advento do *Class Action Fairness Act*, de 2005, o número de ações de classe estaduais foi reduzido, aumentando-se significativamente a competência federal. Esta lei, de caráter declaradamente restritivo, instituiu regras de limitação ao recebimento de honorários em determinados tipos de acordos (*coupon settlements*), de proteção contra perdas pelos membros da classe e contra discriminação em razão do Estado ou domicílio, além de exigir a notificação de autoridades estaduais e federais de qualquer acordo proposto<sup>8</sup>.

## 1.2 OS TIPOS DE CLASS ACTION

A Regra 23, superando a distinção entre *true*, *hibrid* e *spurious*, prevê atualmente uma só demanda coletiva com o conteúdo formado por interesses: (i) ligados ou comuns; (ii) em face da classe, tomando natureza declaratória; (iii) referentes a sujeitos coalizados entre si de maneira uniforme, em virtude de uma conduta da parte constante do pólo passivo<sup>9</sup>. *A ação pode ser coletiva tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo*<sup>10</sup>.

*A alínea (b) da Regra 23 estabelece três requisitos para prosseguimento da class action, que podem ensejar três subtipos de ações*<sup>11</sup>:

1) Regra 23 (b) (1) - *Aplicável quando a propositura de ações individuais poderia criar o risco de: a) decisões contraditórias, como quando em relação a uma fábrica poluente várias ações peçam providências contraditórias, como o fechamento da fábrica, o atendimento de alguns padrões de emissão ou providências de outra natureza; b) afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe. Nesse caso, a determinação judicial positiva ou negativa pode afetar o cumprimento de obrigações relacionadas a outras pessoas, configurando, assim, caráter obrigatório para a ação coletiva. Pode-se citar, como exemplo, evitar que os recursos disponíveis sejam inteiramente direcionados para aqueles membros individuais da classe que obtiveram um julgamento favorável*<sup>12</sup>.

*Neste caso, não há possibilidade de opt out, isto é, de eximir-se dos efeitos do julgado. A vinculação dos membros de classe à decisão coletiva é*

7 LEAL, op. cit., p. 166.

8 BARROSO, op. cit., p. 151.

9 MANCUSO, op. cit., p. 37.

10 LEAL, op. cit., p. 155.

11 BARROSO, op. cit., p. 148/149.

12 SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions*: algumas premissas para comparação. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 174, p. 229, agosto, 2009.

*absoluta. A previsão tem origem em uma regra típica da equity denominada necessary parties e aproxima-se à figura do litisconsórcio unitário no direito brasileiro. O caso típico seria aquele em que o tribunal requer o litisconsórcio necessário, mas as partes são muito numerosas para figurarem todas no pólo da ação, de maneira que a solução é a fórmula representativa da ação coletiva, dispensando-se o consentimento dos que não fizerem parte formalmente do processo. A necessidade de coerência do julgamento é que demanda que a ação seja coletiva, e não a congruência de interesses dos membros da classe. O tribunal tem o poder de tornar o autor individual adequado representante. Na prática, poucos casos são processados nessa categoria*<sup>13</sup>.

2) Regra 23 (b) (2) - *Aplicável em situações nas quais alguém age ou deixa de agir de maneira adequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em uma obrigação de fazer ou não fazer (medidas de caráter mandamental ou declaratório)*<sup>14</sup>. Cita-se como exemplo casos relacionados com *civil rights* ou direitos constitucionais fundamentais, nos quais uma classe alega discriminação, como no caso de pedido de estabelecimento de quota de matrícula para uma minoria racial segregada.

Nesse subtipo de ação não cabe pedido indenizatório; a decisão judicial será uma declaração, proibição ou imposição de determinada conduta (*injunction* ou *declaratory relief*)<sup>15</sup>. *Ações dessa espécie decorrem de um direito difuso (transindividualidade material) ou de um direito individual tratado coletivamente (transindividualidade processual) e, portanto, indivisível, sendo que, necessariamente, a decisão judicial e a coisa julgada servirão para todos os membros da classe. Por isso, não se exige a notificação dos membros da classe para que exerçam o opt out, uma vez que este seria inócuo. São conhecidas como public law litigation ou social reform litigation, uma vez que são utilizadas para concretização de determinadas políticas públicas do tipo ação afirmativa*<sup>16</sup>.

3) Regra 23 (b) (3) - *Regula a chamada class action for damages, utilizada por classes com pedido condenatório por danos materiais individualmente sofridos com tratamento coletivo, fundamentado em responsabilidade civil*<sup>17</sup>. *É a mais comum no Direito Americano. Apropriada quando há conflito coletivo, mas dispersão de sujeitos, visando a evitar a pulverização de ações individuais.*

*É cabível quando as questões de direito ou de fato comum à classe predominam sobre as individuais e a class action for um método superior a*

13 LEAL, op. cit., p. 156.

14 SALLES, op. cit., p. 229.

15 LEAL, op. cit., p.157.

16 Ibid, p. 158.

17 Ibid., p. 159.

outros judiciais. Os requisitos são estabelecidos de forma genérica em termos de equidade e eficiência<sup>18</sup>.

De início, somente se admitia a ação decorrente de fato único (*single-event mass-disaster*). No entanto, a jurisprudência evoluiu para admitir também os *mass tort cases*, nos quais os fatos geradores da responsabilidade civil atingiram os indivíduos em grande escala em eventos ocorridos em datas e lugares diferentes. Pode-se citar como exemplos, os casos de danos causados pela exposição ao amianto (*asbestos*), danos causados à saúde das vítimas dos implantes de silicone em gel, danos por dependência em nicotina, etc.<sup>19</sup>

Neste tipo de ação, por se tratar de posições individuais divisíveis, a vinculação ao julgamento depende que tenha sido feita notificação aos membros da classe com “razoável esforço”, para que exerçam seu direito de *opt out*. Não há coisa julgada para aqueles que não tenham sido notificados (conforme julgado do caso *Appleton Elec. Co. vs. Advance United Expressways*)<sup>20</sup>. No caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, a regra da notificação individual foi ratificada pela Suprema Corte e entendeu-se inaceitável a notificação por amostragem de classe (anúncios em jornais e notificação de dois milhões de investidores em um universo de seis milhões)<sup>21</sup>. O único caso em que se admite contornar a necessidade de notificação de todos seria quando uma entidade pública é autora, oportunidade em que se presumiria a adequada representatividade do autor<sup>22</sup>.

### 1.3 OS REQUISITOS PARA A CERTIFICAÇÃO DE UMA AÇÃO COMO CLASS ACTION

A Regra 23 estabelece como pré-requisitos para o cabimento de qualquer *class action*<sup>23, 24</sup>:

- 1) Numerosidade e inviabilidade de litisconsórcio: a classe deve ser numerosa, sendo inviável a reunião de todos os seus membros. Não se exige a demonstração da impraticabilidade, mas somente a sua inconveniência ou extrema dificuldade;

18 SALLES, op. cit., p. 229.

19 LEAL, op. cit., p. 159/160.

20 MANCUSO, op. cit., p. 40.

21 LEAL, op. cit., p. 161.

22 Ibid., p. 161.

23 BARROSO, op. cit., p. 151.

24 MANCUSO, op. cit., p. 37.

- 2) Existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe. Deve ser conjugada com a predominância das questões comuns e superioridade da defesa coletiva sobre a individual;
- 3) Identidade de pretensões ou defesas: as teses jurídicas defendidas devem ser típicas aos interesses de toda a classe;
- 4) Representatividade adequada e justa por parte dos representantes da classe em relação aos interesses desta. Pressupõe-se que o membro da classe, por possuir interesse pessoal e direto na ação, estará apto a empreender esforços para obter os objetivos do grupo. A falta deste ponto pode ensejar a inadmissibilidade da ação ou a sua subdivisão, como ocorreu no caso *La Mar v. H & B. Novelty & Loan Co*;
- 5) O membro representativo da classe deve integrá-la, delinear os contornos da classe e fornecer elementos, de modo que o juiz possa verificar se determinados indivíduos podem ou não ser considerados membros da classe<sup>25</sup>.

Além desses requisitos gerais, em uma *class action for damages* deve haver<sup>26</sup>:

- 6) Predominância das questões comuns: as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros deverão predominar sobre as questões que afetam os membros apenas individualmente;
- 7) Superioridade da tutela por ação de classe: a ação de classe deve ser mais adequada que outros mecanismos disponíveis, para o julgamento justo e eficiente da controvérsia.

Todos estes requisitos são tidos como de “certificação” (*certification*), o pode ser entendido como o momento processual no qual o juiz analisará, após o início da ação, se a classe deve ser mantida, ou seja, se o processo deve continuar como *class action*. Caso se entenda que não se trata de ação de classe, a ação poderá continuar apenas pelos representantes presentes, a título individual<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 37

<sup>26</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 149.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 150.

## 2 CONTRAPONTO COM O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

### 2.1 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

No Brasil, o processo coletivo ganha contornos mais nítidos a partir da década de 70, sob a influência da doutrina italiana<sup>28</sup>, cuja inspiração teria partido do estudo das class actions norte-americanas.

Dentre os atos legislativos que mais contribuíram para o desenvolvimento e evolução do tema entre nós, cumpre-nos referir à Lei de Ação Civil Pública - LACP (Lei nº 7.347, de 1985) e ao Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078, de 1990), que, juntos, compõem o que a doutrina convencionou chamar de “microsistema de processos coletivos”.

A par desses dois diplomas, de se registrar a existência do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, elaborado com vistas à readequação e modernização da tutela coletiva, projeto hoje em trâmite na Câmara dos Deputados.

### 2.2 OS DIREITOS PASSÍVEIS DE TUTELA COLETIVA E OS MEIOS DE SUA REALIZAÇÃO

No Brasil, assume especial relevo a distinção dos direitos passíveis de tutela coletiva, empreendida pelo parágrafo único do art. 81 do CDC. Por esse regramento, a tutela coletiva pode se prestar à defesa de direitos:

- 1) Difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- 2) Coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e
- 3) Individuais Homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

De se notar que, por vezes, uma única conduta pode violar mais de um tipo de direito, como na hipótese de realização de uma publicidade enganosa ou de um dano ambiental, que repercute na população ribeirinha.

---

<sup>28</sup> TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, janeiro/março, 2010.

Observe-se, ainda, que a tutela coletiva pode ser dar por meio de diferentes mecanismos: controle abstrato de constitucionalidade (que, embora não se destine de forma imediata à proteção de direitos subjetivos, a ela se presta mediatamente), representação prevista no art. 5º, XXI da Constituição, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública, também referida como ação coletiva<sup>29</sup>.

Nos itens que se seguem, partindo do regramento da *class action* no direito norte-americano, analisaremos alguns aspectos da ação coletiva<sup>30</sup>, na forma como hoje regulada, bem como na prevista no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009.

Ante disso, porem, cumpre-nos referir à nova definição de direitos individuais homogêneos, trazida pelo art. 2º, III do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, segundo o qual devem ser eles entendidos como “aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio”.

A regra projetada parece querer positivar o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, desenvolvido a partir do estudo comparado da ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos e da *class action for damages* norte-americana, que lhe serviu de inspiração<sup>31</sup>.

De acordo com a professora, tal qual ocorre no direito norte-americano, a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos só seria cabível quando presentes os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos, a saber: a) a origem comum, cuja caracterização prescinde de uma unidade factual e temporal, e que pode ser de fato ou de direito, próxima ou remota (hipótese em que será improvável a presença do segundo requisito<sup>32</sup>); b) a homogeneidade,

---

29 BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 136/141.

30 O termo “ação coletiva” aqui é utilizado em termo lato, para abranger tanto a ação civil pública disciplinada pela LACP, quanto a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 91 e seguintes do CDC.

31 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 101, p. 11, janeiro, 2001.

32 Conforme GRINOVER (*op. cit.*), “a origem comum – sobretudo a remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente”.

aferida pela predominância das questões comuns sobre as individuais; e c) a utilidade/adequação da tutela coletiva no caso concreto.

Quanto a esse último requisito, que, ao mesmo em parte, parece ter norteado a regra em comento, dignos de nota os seguintes escólios da eminente processualista:

[...] mesmo no Brasil, não se poderá dar preferência aos processos coletivos se estes não se revestirem de eficácia, no mínimo, igual à que pode ser alcançada por processos individuais. Se uma sentença coletiva não servir para facilitar o acesso à justiça, se os indivíduos forem obrigados a exercer, num processo de liquidação, as mesmas atividades processuais que teriam que desenvolver numa ação condenatória de caráter individual, o provimento jurisdicional terá sido inútil e ineficaz, não representando qualquer ganho para o povo.

Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. [...] admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente úteis, só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores de justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário<sup>33</sup>.

Com a devida vênia, mesmo nesses casos, o provimento jurisdicional nos parece útil e eficaz. Com efeito, o tratamento molecular do litígio realiza o princípio da isonomia material, evitando decisões contraditórias, estas sim causadoras do desprestígio do Poder Judiciário.

### 2.3 A LEGITIMIDADE ATIVA E AS QUESTÕES DELA DECORRENTES

Os Estados Unidos adotam um modelo jurisdicional que pode ser caracterizado como privado, uma vez que baseado na iniciativa individual do interessado<sup>34</sup>. *Naquele sistema, a ação é proposta por uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas que atuam em juízo na qualidade de representantes de um grupo maior, em razão de compartilharem um interesse comum*<sup>35</sup>.

Já no Brasil, a legitimação individual não foi admitida. Com efeito, preferiu o legislador brasileiro adotar um esquema de legitimação estatal/organizacional, por meio do qual são considerados legitimados

33 GRINOVER, op. cit..

34 SALLES, op. cit., p. 222.

35 BARROSO, op. cit., p. 148.

à propositura de uma ação coletiva o Ministério Público, entidades estatais e organizações não governamentais<sup>36</sup>, *mecanismo mantido no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, que apenas amplia o rol de legitimados, para abarcar a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive suas seções e subseções, as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, quando da defesa de direitos ligados à categoria, e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito da demanda.*

*Nos Estados Unidos, como visto, cabe ao juiz definir se o processo deve prosseguir como uma class action, por meio da chamada class certification, que averiguará, dentre outros pontos, a representatividade adequada (adequacy of representation) do autor ou réu coletivos<sup>37</sup>.*

*No Brasil, costuma-se dizer que a representatividade adequada foi verificada previamente pelo legislador (ope legis). Recentemente, contudo, uma parcela da doutrina passou a defender a instituição ou mesmo a existência lógica e pressuposta no sistema do controle judicial da atuação adequada (controle ope iudicis)<sup>38</sup>.*

*O fundamento para esse controle judicial residiria no princípio do devido processo legal, expressamente previsto no art. 5º, LIV da Constituição de 1988. Com efeito, a má atuação de um substituto processual violaria a garantia da coletividade de manifestar-se adequadamente no processo por meio do substituto<sup>39</sup>. A contrapartida dessa tese seria a de que, no sistema hoje em vigor, nenhum prejuízo pode advir àqueles indivíduos que não participaram, diretamente, da relação processual (v. art. 103, §§ 1º e 2º do CDC)<sup>40</sup>, razão pela qual não haveria que se falar em desrespeito ao princípio do devido processo legal.*

*A legislação projetada não resolve esta celeuma. Embora traga inovações no regime da coisa julgada, como se verá mais adiante, ela se omite quanto à possibilidade de controle da atuação adequada ope iudicis.*

*Talvez por esse mesmo motivo, ela também se omite quanto à admissibilidade da ação coletiva passiva, que, sem embargo, vez por outra tem sido admitida pelo Poder Judiciário brasileiro, como no caso da ação movida pelo Ministério Público paulistano em face de torcidas organizadas.*

36 SALLES, op. cit., p. 233.

37 Recorde-se que o sistema norte-americano expressamente admite a chamada *defendant class action* (ação coletiva passiva).

38 CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, abril/junho, 2009.

39 Ibid.

40 BUENO, Cássio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para um reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 82, p. 92, abril, 1996.

*Uma inovação trazida pelo Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, provavelmente por inspiração do sistema norte-americano, é a possibilidade de uma ação ser dividida em subclasses (v. art. 7º, § 3º).*

## 2.4 A NOTIFICAÇÃO DOS INTERESSADOS E A COISA JULGADA

No sistema norte-americano, após a certificação de uma ação como class action, deve o juízo proceder à notificação dos membros da classe, que, quando se tratar de ação intentada com base na Regra 23(b)(3) (class action for damages), deve ser realizada individualmente a todos os interessados, pelo correio e às expensas dos autores da ação<sup>41</sup>. Nesse caso, a notificação deve prever, entre outros elementos, a possibilidade de o interessado exercer o direito de exclusão da demanda (opt out), sob pena de, não o fazendo, restar vinculado ao quanto decidido, independentemente do resultado da ação.

De se notar, entretanto, que, nos Estados Unidos, mesmo havendo a chamada fair notice, a decisão não valerá para o interessado que não for adequadamente representado, como no caso em que o representante não defende da melhor maneira possível os interesses de toda a classe, mas somente os seus<sup>42</sup>.

No Brasil, a notificação dos interessados só é exigida na ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, e, ainda assim, se realiza por simples publicação de edital em órgão oficial (art. 94 do CDC), o que, nas palavras de Barroso, “simplifica o procedimento, mas transforma a efetiva tutela ciência dos potenciais interessados em uma relativa ficção”<sup>43</sup>.

O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 também exige a notificação dos interessados apenas na ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, mas inova o sistema atual ao prever expressamente que o objetivo dessa notificação é facultar o exercício do direito de exclusão da demanda, e não apenas a intervenção no processo como litisconsortes. E mais: prevê a regra projetada (art. 13, p. único) que a comunicação dos interessados

poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados

41 BARROSO, op. cit., p. 151.

42 BUENO, op. cit..

43 BARROSO, op. cit., p. 14-5.

interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Como se pode observar, o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 aproxima ainda mais o processo coletivo brasileiro do sistema norte-americano, com vistas, sobretudo, à alteração do regime da coisa julgada hoje existente.

Com efeito, em razão da mencionada ficção de notificação que a simples publicação de edital representa, e para assegurar o devido processo legal, a legislação brasileira atual confere um tratamento singular aos efeitos subjetivos da coisa julgada na ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos<sup>44</sup>.

Deveras, nos termos do art. 103, III do CDC, nesse tipo de ação, a coisa julgada terá efeitos erga omnes apenas na hipótese em que o pedido for julgado procedente (coisa julgada secundum eventum litis). Em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação individual (art. 103, § 2º do CDC), não sendo alcançados pelos efeitos da coisa julgada.

No que toca às ações coletivas para a defesa de direitos difusos e coletivos, estabeleceu o legislador o regime da coisa julgada secundum eventus probationis, pelo qual, nos casos em que o pedido é julgado improcedente por insuficiência de provas, admite-se a propositura de outra ação por qualquer legitimado, com base em prova nova (art. 16 da LACP c/c art. 103, I e II, in fine do CDC).

Observe-se, contudo, que mesmo nesses dois tipos de ação, os efeitos da coisa julgada não prejudicam os direitos individuais eventualmente existentes (v. art. 103, § 1º do CDC). Por outro lado, na hipótese de procedência do pedido, admite-se chamado transporte in utilibus da coisa julgada (art. 103, § 3º do CDC), desde que os autores individuais requeiram a suspensão de seus processos, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 do CDC). Assim é que, e.g., acolhido, em ação coletiva, o pedido de paralisação de certa indústria, cujos dejetos estavam contaminando um rio, poderão os prejudicados se valer desta decisão incontinenti (sem necessidade de nova sentença condenatória).

Pois bem. O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 propõe o seguinte regramento da coisa julgada nas ações coletivas:

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

<sup>44</sup> Ibid., p. 145/147.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Manutenção do regime da coisa julgada *secundum eventos probationis*)

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela. (Aparente manutenção do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, excepcionado, entretanto, pelas regras a seguir)

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados. § 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no caput e no § 6º do art. 37 (a ação será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo).

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

[...]

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido. (Manutenção do regime da coisa julgada *in utilibus*) (*Grifos e Comentários nossos*)

Embora a regra do art. 34, § 3º supra represente nítida tentativa de aproximação do sistema norte-americano (no qual a *fair notice* e

o exercício do direito de exclusão têm fundamental importância para a definição do regime da coisa julgada), preferiram os autores do Projeto de Lei nº 5.139 não adotar a chamada coisa julgada *pro et contra* existente naquele sistema, prevendo um intrincado regime pelo qual, nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes* a depender não apenas do acolhimento ou não do pedido, mas também da natureza causa de pedir discutida nos autos.

Com efeito, provavelmente por não terem previsto o controle da atuação adequada do autor coletivo, os idealizadores do Projeto de Lei nº 5.139 fizeram a opção de ficar no meio do caminho entre o sistema brasileiro atual e o norte-americano. Mas seria essa realmente a melhor opção?

A solução desse questionamento passa pela definição de qual instituto é “menos oneroso ao processo e, de outro lado, mais benéfico à efetividade da tutela coletiva”<sup>45</sup>.

*Para tanto, necessário seria um levantamento comparativo dos custos e da eficácia da tutela coletiva nos sistemas brasileiro e estadunidense, o que ultrapassa em muito os objetivos desse trabalho.*

*De se registrar apenas a dificuldade de verificação da efetividade do processo coletivo nos Estados Unidos, onde a maioria das demandas não chega ao trial, sendo resolvidas por acordos, muitas vezes fomentados pelos altos custos do processo judicial, já que no sistema norte-americano não existe regra semelhante à do sistema brasileiro, no qual não se exige o adiantamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem há possibilidade de condenação da parte autora em honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má fé (v. art. 18 da LACP e art. 87 do CDC).*

*Em relação aos acordos celebrados no bojo de uma class action, tem-se, atualmente, a necessidade de sua submissão à prévia apreciação da Corte. De acordo com a Regra 23(e) da Federal Rules of Civil Procedure, nas hipóteses em que a classe já tenha sido certificada, deverá ser efetivada uma fair notice da proposta de acordo. Caso ainda não tenha havido a certificação da classe, ainda assim será possível o acordo, que, no entanto, valerá apenas para os interessados que ingressaram no feito (aplicação da regra do right to opt in)<sup>46</sup>.*

*Nos casos em que não celebrado acordo, deve a Corte especificar a classe ou os seus membros afetados pela coisa julgada.*

45 CERQUEIRA, op. cit.

46 BUENO, op. cit.

### 3 CONCLUSÃO

Do quanto sobredito, conclui-se pela crescente influência do direito norte-americano no desenvolvimento do processo coletivo brasileiro. Institutos próprios da class action, como a adequacy of representation e a fair notice, têm sido progressivamente incorporados ao nosso sistema, por meio de incansável trabalho dos processualistas pátrios, que têm como bandeira atual a aprovação de um Código de Processos Coletivos, que aperfeiçoe ainda mais a tutela coletiva de direitos.

A par disso, não podemos deixar de reverenciar nossa legislação atual, que se destaca entre os países de civil law e desponta na garantia do acesso à justiça por meio do processo coletivo.

### REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class action Norte-Americana*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 101, n. 381, p. 103-120, setembro/outubro, 2005.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para um reflexão conjunta*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 82, p. 92, abril, 1996.
- CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *O controle judicial da atuação adequado no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, abril/junho, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 101, p. 11, janeiro, 2001.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 174, p. 215-237, agosto, 2009.

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

## **ANEXO (REGRA 23 DO FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE<sup>47</sup>)**

### Rule 23. Class Actions

#### **(A) PREREQUISITES**

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,
- (2) there are questions of law or fact common to the class,
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

#### **(B) TYPES OF CLASS ACTIONS**

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
  - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
  - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

---

<sup>47</sup> Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 04/10/2011.

- (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
- (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
- (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
- (D) the likely difficulties in managing a class action.

**(C) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.**

**(1) CERTIFICATION ORDER**

- (A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.
- (B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).
- (C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

**(2) NOTICE**

- (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.
- (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:
  - (i) the nature of the action;
  - (ii) the definition of the class certified;
  - (iii) the class claims, issues, or defenses;
  - (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
  - (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
  - (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
  - (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

**(3) JUDGMENT**

Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

- (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and
- (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

**(4) PARTICULAR ISSUES**

When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

**(5) SUBCLASSES.**

When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

**(D) CONDUCTING THE ACTION****(1) IN GENERAL**

In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

- (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;
- (B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of:
  - (i) any step in the action;
  - (ii) the proposed extent of the judgment; or
  - (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;
- (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;
- (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or
- (E) deal with similar procedural matters.

**(2) COMBINING AND AMENDING ORDERS**

An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

## **(E) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE**

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

- (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.*
- (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.*
- (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.*
- (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.*
- (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

## **(F) APPEALS**

A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

## **(G) CLASS COUNSEL**

### **(1) APPOINTING CLASS COUNSEL**

Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

- (A) must consider:
  - (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;
  - (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;
  - (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and
  - (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

- (B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;
- (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;
- (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and
- (E) may make further orders in connection with the appointment.

## **(2) STANDARD FOR APPOINTING CLASS COUNSEL**

When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

## **(3) INTERIM COUNSEL**

The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

## **(4) DUTY OF CLASS COUNSEL**

Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

## **(H) ATTORNEY'S FEES AND NONTAXABLE COSTS**

In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

- (1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.
- (2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.
- (3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).
- (4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).