

A importância das *class actions* para a evolução do processo coletivo brasileiro

The importance of class actions for the evolution of the brazilian collective procedure

Luciano Picoli Gagno

Doutor em Direito Processual pela USP, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor de Direito Processual Civil na UVV e na FESV.
luciano.gagno@uvv.br

Thiago Felipe Vargas Simões

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil na UVV.
thiago.vargas@uvv.br

Resumo: No presente artigo foi investigada a contribuição que a experiência norte-americana com as *class actions* poderia oferecer ao processo coletivo brasileiro e a ideia de coletivização de processos individuais. A partir dessa proposta, foram analisados institutos da *Rule 23* ligados aos requisitos de admissibilidade das *class actions*, aos tipos de *class actions* admissíveis e à *certification order*, que é a decisão judicial por meio da qual uma demanda é recebida como coletiva no sistema estadunidense. Todos esses institutos foram analisados de maneira comparativa e interativa em relação aos institutos do sistema brasileiro, com o objetivo de se buscar um aprimoramento do modelo de resolução de conflitos coletivos existente no Brasil.

Palavras-chave: Processo coletivo. Requisitos de admissibilidade. Tipos de ações coletivas. Decisão de admissão.

Abstract: In the present article, was investigated the contribution that the American experience with the class actions could offer to the Brazilian collective procedure and the idea of collectivization of individual lawsuits. Based on this proposal, were analyzed institutes of the Rule 23 related to the class action prerequisites, the types of class actions and the certification order, which is the judicial decision by which a claim is received as a collective in the US system. All these institutes were analyzed in a comparative and interactive way in relation to the institutes of the Brazilian system, in order to seek an improvement of the model of collective conflicts resolution existing in Brazil.

Keywords: Collective procedure. Prerequisites. Types of class actions. Certification order.

Introdução

O presente artigo tem como foco enfrentar a seguinte questão: como a experiência norte-americana com as ações coletivas (*class actions*) pode contribuir com a prática brasileira, dotando o nosso processo coletivo de maior efetividade e interação com o modelo individual?

Essa questão se justifica pela crescente importância que o processo coletivo vem ganhando no cenário jurídico mundial, em função dos novos formatos sociais e de relações jurídicas massificadas típicas do mundo moderno, compostas por múltiplos indivíduos ou baseadas numa origem similar, que permite um tratamento uniforme pelo Judiciário, a fim de se obter mais isonomia e celeridade.

Outrossim, os Estados Unidos da América são a nação que apresenta senão o maior, um dos maiores níveis de desenvolvimento no uso do processo coletivo, denominado de *class actions*, não somente pelo tempo de experiência que possuem nesse segmento, como também pela intensidade de demandas ajuizadas e julgadas nesse formato, produzindo resultados efetivos, com significativas transformações sociais ligadas aos *civil rights*, aos direitos do consumidor e de indenização por danos.

Dessa maneira, buscou-se nesta pesquisa uma análise de institutos fundamentais das *class actions* norte-americanas, tais como: os requisitos de admissibilidade das demandas coletivas (*prerequisites*), as espécies de direitos coletivos tutelados (*types of class actions*) e os requisitos da decisão que aceita a demanda como coletiva (*certification order*), por se entender que eles são determinantes para o eficaz funcionamento do sistema alienígena, podendo, portanto, contribuir com sistema pátrio.

No que tange aos requisitos de admissibilidade das *class actions*, a experiência norte-americana pode contribuir com a brasileira, quando elenca requisitos importantes que são praticamente ignorados pela nossa experiência, como, por exemplo, a numerosidade da classe, sendo certo

ainda, que a aplicação da representatividade adequada no cotidiano das demandas coletivas se baseia na experiência estrangeira.

Quando da análise dos tipos de *class actions* previstos na *rule 23* (norma que regula o procedimento das *class actions* em âmbito federal), foi destacada importante diferença no conteúdo do texto normativo estadunidense e o brasileiro, bem como a relevância que a identificação do tipo de direito coletivo tem para a legitimidade da decisão que admite uma demanda como coletiva.

Por fim, falou-se da *certification order*, que é a decisão que admite uma demanda como coletiva, ponto fundamental para a nossa pesquisa, já que nessa decisão deverão obrigatoriamente ser encarados alguns pontos, como, por exemplo: a numerosidade da classe, a representatividade adequada do autor, a espécie de direito coletivo objeto da demanda, a classe substituída, sua pretensão e seus fundamentos, pontos que podem receber matizes diferentes no nosso sistema, mas que serão fundamentais para a qualidade da atividade jurisdicional a ser desempenhada e para uma participação substancial dos litigantes.

1 A relevância do sistema norte americano de *class actions* para a ideia de coletivização de demandas individuais

Os Estados Unidos da América são hoje o país com o nível mais avançado no uso do processo coletivo, disciplinado pela *Rule 23 – Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), fato que é devido mais a fatores culturais do que apenas a condições legislativas.

Em termos legislativos, ou seja, de suficiência das normas existentes para proporcionar bons resultado práticos, deve-se pensar que o Brasil não fica devendo à legislação norte-americana, muito pelo contrário, a técnica prevista no Brasil possui diversas soluções diferentes das apresentadas na

regra americana e que, ao menos para a nossa realidade, devem se traduzir em resultados mais apropriados e convenientes.

Nada obstante, em termos práticos, as *class actions* estão a anos luz à frente das ações coletivas brasileiras, seja porque são muito mais utilizadas, seja porque o seu uso já apresentou e apresenta resultados efetivamente transformadores da realidade social, o que se pode asserir com base em exemplos como: o caso *Brown v Board of Education* (EUA, [200-?], *History of Brown V. Board of Education*), por meio do qual se combateu a segregação racial na escolas americanas; o caso de reforma estrutural cujo objeto era a melhoria das condições de hospitais públicos para tratamento de doentes mentais (PACE, [200-?], p. 09) ou; os casos envolvendo danos coletivos pelo uso de agente laranja, asbestos ou implantes de mama (PACE, [200-?], p. 14), por meio dos quais foram indenizadas milhares de vítimas.

No Brasil, por conta de questões culturais, típicas da cultura jurídica relativa ao *civil law*, não se tem ainda resultados práticos tão expressivos no âmbito da tutela coletiva, ficando os resultados mais importantes ligados as ações por improbidade e violações a direitos do consumidor ou a direitos sociais.

Ademais, é certo também, que a demora para se obter uma decisão sobre o mérito das ações coletivas é outro fator de prejuízo aos resultados esperados, o que também é muito diferente da realidade americana, onde muitas demandas coletivas são objeto de *settlements* logo após a sua certificação pela Corte (ALEXANDER, [200-?], p. 20) e, mesmo quando não há acordo, a demora processual não aparenta ser um problema tão sério como é para nós.

Nada obstante, pode-se dizer que o estudo da legislação norte americana sobre *class actions* é importante para a melhor compreensão e utilização do processo coletivo ao redor do mundo, seja pela importância prática que o uso da tutela coletiva tem nos EUA, o que, de um jeito ou de outro, também é resultado do avanço da legislação existente, seja pela longevidade de tal legislação, que já possui quase um século de existência, contando com as reformas havidas no século XX (PACE, [200-?], p. 2).

Importante salientar, que apenas uma legislação forte não gera todos os resultados esperados num ambiente cultural avesso às proposições contidas em tal lei, mas pouco adianta haver apenas um ambiente cultural propício ao desenvolvimento de um contexto jurídico sem a existência de norma que discipline tal conjuntura; com base em tal premissa, pressupõe-se a importância da *Rule 23* para o papel de destaque dos EUA no cenário do processo coletivo mundial, apesar dessa norma atuar em conjunto com um discernimento cultural muito mais propício a esse desenvolvimento.

Nesse contexto, a importância de uma análise e compreensão do sistema norte americano de *class actions*, disciplinado pela *Rule 23*, se deve ao fato de se acreditar que, por meio dessa experiência, conseguiremos construir boas justificativas para o estudo da tendência de coletivização de demandas individuais e encontrar boas respostas para os desafios que essa técnica enfrentaria.

Destarte, por se entender as *class actions* como um modelo eficiente de tutela dos direitos coletivo, buscou-se neste tópico o seu estudo, para que preceitos importados daquela seara contribuam com, por exemplo: o momento de o juiz analisar a admissibilidade da conversão de uma demanda individual em coletiva, a forma de se discernir e classificar a ação coletiva em concreto, e a forma de se decidir sobre a coletivização ou não.

O estudo dos *prerequisites* das *class actions* inegavelmente podem contribuir fornecendo bases para auxiliar no juízo de admissibilidade que o juiz brasileiro faz sobre as ações coletivas (mormente nas hipóteses em que ele tiver de converter uma ação individual em coletiva), discussão que no Brasil se resume muito em torno do instituto da legitimidade processual, ignorando outros importantíssimos como a numerosidade e a comunidade dos interesses, por exemplo.

Já o estudo dos tipos de *class actions*, ajuda muito na compreensão dos tipos de ações coletivas que podem se manejar no Brasil, onde também se tem uma dicotomia que desagua nas demandas versando sobre direitos

indivisíveis e nas demandas versando sobre direitos individuais homogêneos, apesar da profunda diferença na forma de previsão normativa.

Outrossim, a compreensão da *certification order* ou da decisão que julga se uma demanda pode prosseguir ou não como coletiva fatalmente pode proporcionar conhecimento útil ao aprimoramento da decisão judicial brasileira sobre a matéria (especialmente quando tal decisão for tomada convertendo ação individual em coletiva), ponto que também não é objeto de estudos mais detalhados em nosso sistema, pelo menor destaque que se dá a certificação aqui, que se identifica com o exame da petição inicial.

De todo o modo, a previsão norte-americana de que o juiz deverá definir a classe, os seus pedidos e fundamentos ou defesa, podendo isto ser alterado em qualquer momento antes da decisão final, indica a necessidade de uma especial atenção com esses pontos também na prática brasileira, quando da decisão liminar ou quando da conversão da demanda individual em coletiva.

Nos tópicos seguintes então, serão estudados alguns aspectos relevantes ligados ao uso da tutela coletiva, tais como: os requisitos de admissão, os tipos de *class actions* e a decisão que recebe tais demandas, com o fim de obtermos algum proveito comparativo de tal análise, para os objetivos desejados no presente trabalho, ligados a maior efetividade do processo coletivo, a necessidade de modificação do paradigma individualista atual e a possibilidade de se coletivizar demandas individuais.

2 Os requisitos de admissibilidade das *class actions* (*prerequisites*)

A *Rule 23* (a) (1 ao 4), estabelece algumas exigências para que uma demanda seja recebida como uma *class action*, sem as quais a demanda só poderá prosseguir individualmente, em proveito apenas do proponente (FLORES, 2012, p. 04).

Tais requisitos visam a impedir o uso desnecessário ou nocivo da tutela coletiva, que prejudique os seus genuínos fins ou a coletividade afetada pelas decisões que serão tomadas, e podem ser definidos pelas seguintes expressões: numerosidade, comunidade, tipicidade e representação adequada.

A numerosidade nada mais é que uma exigência para que a tutela coletiva não seja utilizada na hipótese de poucas partes envolvida, ou seja, desnecessariamente, já que, em tais situações se prefere permitir a participação individual nas demandas (DONELAN, 1969, p. 529-530).

Nem a lei nem os precedentes estabelecem um número exato para que a demanda seja admitida como coletiva, variando conforme as circunstâncias do caso concreto (DONELAN, 1969, p. 531). Em algumas situações, precedentes autorizam o uso de *class actions* com dezoito ou mais partes e, em outras, precedentes indicam a tutela coletiva para casos com 35 ou mais partes (DONELAN, 1969, p. 531), sendo importante para a decisão as características dos casos.

Na legislação brasileira não existe norma fixadora de número mínimo de partes para o uso de uma tutela coletiva, havendo apenas regras definidoras das hipóteses de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, às quais devem se subsumir os casos concretos para que a demanda coletiva seja visualizada como possível, todavia, parece salutar que a jurisprudência estabeleça algumas disciplinas que recusem a demanda coletiva quando houver poucas partes, pela sua desnecessidade.

A comunidade é relativa à identidade de questões fáticas ou jurídicas, que faz as partes compartilharem dos mesmos interesses, permitindo que haja um julgamento coletivo para todos os representados (DONELAN, 1969, p. 532).

Nos casos disciplinados pela *Rule 23 (b) (3)*, a comunidade de questões deve ser somada à predominância das questões comuns sobre as individuais e à superioridade da tutela coletiva sobre os mecanismos individuais, o que, segundo as letras (b) 3 (A) (B) (C) (D) da norma alie-nígena, será examinado levando-se em conta os seguintes aspectos do caso

concreto: a) o interesse dos membros da classe em controlar a demanda ou a defesa em processo separados; b) a extensão e natureza de cada litígio em relação a controvérsia já instaurada pela ou contra a classe; c) as vantagens e desvantagens de se concentrar todo o processo num único fórum; e d) as prováveis dificuldades no manuseio da *class action* (EUA, [200-?], *Rule 23 – Federal Rules of Civil Procedure*).

Essa análise costuma impor óbices ao uso das *class actions* nos casos de *mass torts*, ou seja, danos de massa (ALEXANDER, [200-?], p. 04-05), como por exemplo, os envolvendo malefícios à saúde causados pelo uso ou pela exposição a um produto nocivo.

Em tais casos, as particularidades de cada vítima influenciam muito a caracterização do nexo causal e a fixação do valor das indenizações, o que pode tornar a forma coletiva inapropriada para a resolução da lide, mormente se considerarmos que, pela *Rule 23*, as indenizações serão fixadas na sentença coletiva, para todas as classes ou subclasses que o juiz pode criar (ALEXANDER, [200-?], p. 07, 14 e 15), e não mediante liquidação individual de sentença coletiva genérica, como ocorre no Brasil. Por outro lado, a comunidade de questões também será dificilmente verificada nas demandas onde os membros da classe representada estão dispersos em Estados diferentes, disciplinados por legislações distintas (PACE, [200-?], p. 12).

No Brasil, a análise da comunidade de questões se confunde com a própria análise das hipóteses de direitos coletivos, de modo que, havendo algum interesse difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, haverá a presença da comunidade de interesses, sendo importante também a predominância de questões comuns, ao menos para parcela respeitável da doutrina (GAGNO, 2008, p. 252), mas tudo sem exageros.

A tipicidade está relacionada com a legitimidade individual autorizada no sistema norte-americano, onde cada indivíduo está legitimado a propor uma demanda coletiva e a representar os substituídos, desde que pertença a classe defendida, ou seja, desde que tenha relação com os fatos

narrados e pretenda para si também os efeitos esperados com a procedência dos pedidos (DONELAN, 1969, p. 534), o que externa uma diferença muito grande em relação ao ordenamento pátrio, onde apenas se fala na legitimidade individual expressamente nos casos das ações populares, apesar das críticas merecidas por tal restrição (HOMBURGER, 1971, p. 610).

Nada obstante, a tipicidade tem relação com a representatividade adequada, pois o legislador americano partiu da premissa que o representante só agirá com toda a diligência possível, quando tiver interesse seu também em jogo (DONELAN, 1969, p. 534).

A razão seguida pela legislação americana é necessária e adequada, não gerando qualquer obstáculo ao acesso à justiça, mas sim uma maior segurança no uso da tutela coletiva, o que é uma grande preocupação para os nortes americanos, já que as *class actions* podem afetar a direitos individuais que não tenham sido excluídos por meio do *opt out*, meio pelo qual, apenas nas ações certificadas sob a *Rule 23 (b) (3)* (ALEXANDER, [200-?], p.08-09), os indivíduos pertencentes à classe podem optar por não serem afetados individualmente pela decisão coletiva, nem para se beneficiar nem para se prejudicar; nos demais casos, toda a classe será afetada não havendo a possibilidade de auto exclusão (PACE, [200-?], p. 10).

Caso se aceite ou se preveja a legitimação individual para ações coletivas no Brasil, o que foi almejado nos anteprojetos de Código de Processo Coletivo, também será necessário o atendimento a tipicidade (BRASIL, 2007), já que ela é um importante mecanismo para se tentar assegurar uma representatividade adequada.

Por fim, a representatividade adequada é um pressuposto muito mais relacionado aos predicados dos advogados que atuarão no feito, do que às características da parte substituta, conforme se percebe em precedente citado pelo autor norte-americano Donelan, que analisa essa questão ressaltando os seguintes adjetivos para a sua caracterização: competência, experiência e demais condições para conduzir uma demanda coletiva (DONELAN, 1969, p. 535).

A competência chega-se a dizer que deve ser presumida em favor de todo advogado habilitado, mas a experiência, por óbvio, dependerá de atuações pretéritas, e a sua capacidade econômica dependerá dos advogados terem recursos para arcar com todas as despesas processuais, até a realização de um *settlement* ou a obtenção de um julgamento favorável, quando serão ressarcidos pelas despesas e pelo trabalho; nos casos envolvendo *civil rights*, por exemplo, onde pode não haver resultado monetário, pode-se impor ao réu derrotado a obrigação pelos pagamentos dos honorários e demais despesas (ALEXANDER, [200-?], p. 10-11).

No Brasil, a representatividade adequada também foi prevista no anteprojeto de Código de Processo Coletivo (BRASIL, 2007), entretanto, temos receio de que uma norma com tal conteúdo seja manipulada para atender a fins reprováveis, de óbice ao acesso à justiça, mormente porque a ausência de recursos para prover as despesas processuais jamais poderia influenciar a admissibilidade de uma ação na perspectiva jurídica constitucional estabelecida em nosso sistema, onde a gratuidade de justiça é um instituto consagrado no plano constitucional e infraconstitucional.

Fazendo uma relação entre os *prerequisites*, a situação teórica e prática brasileira e a questão investigada neste trabalho, comparando o processo coletivo e a técnica de coletivização de demandas individuais nos sistemas brasileiro e estadunidense, parece forçoso concluirmos que antes de proceder a coletivização de uma demanda individual, o juiz competente necessariamente deveria identificar se está presente alguma modalidade de direito coletivo *lato sensu*, assim como deve ocorrer quando da análise de uma petição inicial de uma ação coletiva, devendo ainda decidir sobre a numerosidade da classe, que justifique o modelo coletivo de solução de crises, além da tipicidade e da representatividade adequada; a comunidade dos interesses se confunde com a análise da espécie de direito coletivo *lato sensu*.

A tipicidade se fará importante por se confundir com a necessária análise da legitimidade ordinária, supondo que o indivíduo seja aceito como autor, e se relacionar com a representatividade adequada, que deveria se

alinhar mais a uma análise da boa-fé das partes, do que da capacidade delas desempenharem um bom trabalho, tendo em vista o modelo social democrático de acesso à justiça típico do nosso modelo constitucional, que iguala o acesso para ricos e pobres, pressupondo a competência e a boa-fé de todos até se prove o contrário.

3 As hipóteses genéricas em que se admitem as *class actions* (*types of class actions*)

Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos as hipóteses de demandas coletivas possuem uma previsão muito mais voltada às situações práticas em que a tutela coletiva seria necessária ou útil, que a conceitos jurídicos por meio dos quais sejam definidos os tipos de direitos a serem protegido.

Ao invés do legislador norte-americano trabalhar com conceitos como direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, diferenciando cada um pela sua natureza e pelo vínculo que unirá a coletividade entre si e com a parte contrária, ele estabeleceu situações abstratas em que o uso da tutela coletiva será necessário por uma questão de isonomia, de se evitar conflitos entre decisões judiciais ou para se indenizar danos causados à coletividade, ou seja, no centro das hipóteses de *class actions* estão as ideias de: igualdade, coerência e reparação por danos.

A doutrina costuma dividir os tipos de *class actions* em dois grandes grupos: o primeiro, constituído pela *Rule 23 (b) (2)* e *Rule 23 (b) (1) (A)*, é utilizado nas hipóteses em que se pretendem medidas injuntivas ou declaratórias, com o fim de se obter reformas institucionais, mudanças nas políticas sociais ou a proteção dos *civil rights*; o segundo, constituído pela *Rule 23 (c) (3)* ou *Rule 23 (b) (1) (b)*, é utilizado principalmente com o objetivo de obter compensações financeiras, ligadas basicamente a pedidos de indenização (PACE, [200-?], p. 07).

Dessa maneira, uma hipótese de *class action*, prevista pela *Rule 23 (b) (2)*, é quando o demandado se recusa a proceder da mesma maneira com as diferentes partes com quem ele possua algum tipo de relação jurídica, o que justifica o uso de injunções tendentes a obrigar que o réu atue de maneira isonômica com os substituídos (EUA, [200-?], *Rule 23 – Federal Rules of Civil Procedure*).

Por meio dessa norma é que ações coletivas versando sobre direitos sociais, como a que garantiu a estudantes negros o fim da segregação racial nas escolas, foram certificadas, já que nesse caso, a causa de pedir era justamente a recusa do sistema de educação da cidade de *Topeka*, Estado do *Kansas*, em aceitar uma criança negra, sob a alegação de que os negros eram “separados mas iguais” (EUA, 1954, *Brown v. Board of Education*).

Na outra hipótese de *class actions*, prevista na *Rule 23 (b) (1) (A)*, tem-se os casos em que a tutela coletiva visa a impedir conflitos entre decisões judiciais relativas a indivíduos pertencentes à classe, que estabeleceriam condutas incompatíveis a serem observadas pela parte contrária (EUA, [200-?], *Rule 23 – Federal Rules of Civil Procedure*), fazendo com que o autor norte-americano Pace afirme que tais tipos de ações trazem também benefício ao réu (PACE, [200-?], p. 10).

A norma em foco possui uma sintonia muito parecida com a norma anterior, tanto é assim, que doutrinadores sustentam a similaridade entre elas, dizendo que muitas demandas poderiam ser certificadas por ambas (PACE, [200-?], p. 09-10).

Para se exemplificar casos certificados pela norma em questão, pode-se citar a demanda, por meio da qual, jogadores profissionais de futebol americano reivindicaram mudanças nas regras da liga (PACE, [200-?], p. 10).

Nesse sentido, Pace sustenta que os dois dispositivos acima estariam ligados a tutela de direitos indivisíveis, razão pela qual, como dito no tópico acima, não se exige a informação a todos os afetados nem se outorga a opção de *opt out*.

As duas normas acima referidas são amplamente utilizadas para a proteção dos *civil rights* e a obtenção de mudanças sociais, e de reformas institucionais em segmentos estatais ligados a funções que são prestadas de maneira patológica, merecendo a intervenção judicial para se adequar à lei e à Constituição, sendo que o foco da reforma da *Rule 23* em 1966 foi justamente o de aperfeiçoar a tutela de tais direitos (LIND, 2004, p. 758).

Por fim, a *Rule 23 (b) (3)* prevê o uso das *class actions*, na hipótese em que as questões de fato ou direito relativas à classe predominem sobre as questões individuais, constituindo a demanda coletiva um meio mais eficiente que os demais para resolver o respectivo conflito (EUA, [200-?], *Rule 23 – Federal Rules of Civil Procedure*), o que no Brasil corresponde à ação coletiva para tutela de direitos individuais que tenham uma origem comum, ou seja, os direitos individuais homogêneos.

Nesse caso, como visto acima, a regra dispõe que a admissibilidade de uma ação coletiva por danos fica subordinada à presença de mais dois requisitos, quais sejam: *predominance* ou predominância de questões comuns sobre as individuais, e *superiority*, que é a superioridade da via coletiva sobre a individual, ou seja, a ação coletiva tem que se apresentar como um meio mais viável do que o individual para a resolução dos conflitos agregados (ALEXANDER, [200-?], p. 05).

Essas regras em diversas situações restringem o uso da tutela coletiva nos casos de *mass torts*, sendo questionável para nós esse obstáculo, que talvez se mostre mais razoável nos E.U.A., onde, como visto, as sentenças coletivas fixam os valores da indenização num todo, sendo inviável a fixação de valores individuais, razão pela qual, muitas vezes, apenas a via individual consegue abranger as particularidades das ações indenizatórias ligadas principalmente às características das vítimas.

Nada obstante, deve-se registrar que a onda de restrição às ações coletivas nesses casos é variável, podendo-se dizer que foi intensa na década de setenta, aliviada na de oitenta, mas revivida de maneira ambivalente nos tempos atuais (LIND, 2004, p. 757), destacando-se também, que em mui-

tos casos a comoção social que há subjacente influência na decisão e cria uma vertente de precedentes que se esforçam por ampliar a admissão das ações coletivas por danos, inclusive criando teorias de responsabilidade civil que reduzam o ônus da prova para as vítimas ou o transfiram para o réu (ALEXANDER, [200-?], p. 22).

As ações coletivas certificadas pela norma em foco, geralmente pretendem uma compensação financeira para reparação de algum dano, contudo, ações coletivas visando à compensação financeira podem também ser certificadas sob a *Rufle 23 (b) (1) (B)*, que, todavia, é bem menos utilizado na prática, pois tem em sua redação o foco voltado para hipóteses em que não há suficiência de recursos para se adimplir todas as indenizações, hipótese que, na maioria dos casos é preterida pelas ações de falência (PACE, [200-?], p. 11 e 15).

Por fim, é interessante lembrar a existência das ações híbridas, que envolvem tanto a busca por medidas declaratórias ou injuntivas, como também pedidos indenizatórios, havendo, por vezes, numa mesma lide, subclasses que anseiam o alcance de medidas de equidade para estancar tratamentos desiguais ou risco de divergências, e outras que visam à reparação de danos (PACE, [200-?], p. 24-25).

Para a conversão de uma demanda individual em coletiva, o nosso juiz deverá se atentar sobre o tipo de direito coletivo *lato sensu* que é objeto da demanda, ou seja, se se trata de uma ação pseudo individual, convertida em coletiva por versar sobre um direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, ou se se trata de uma ação versando sobre um direito individual com origem comum a de outros direitos individuais, ou seja, um direito individual homogêneo, merecedor de ser coletivizado para se evitar milhares de demandas repetitivas que provavelmente surgiriam.

De maneira parecida com o sistema norte-americano, essa identificação se mostra fundamental, pelas diferenças existentes nos procedimentos ligados a cada categoria de direito, se indivisível ou divisível, principalmente no que tange a extensão da coisa julgada.

4 A decisão que certifica a ação como uma *class action* (*certification order*)

Na decisão por meio da qual se certifica uma *class action*, além de todos os aspectos acima mencionados, relativos aos requisitos de numerosidade, comunidade, tipicidade, representação adequada, predominância e superioridade da tutela coletiva nos casos envolvendo indenização, obviamente que a Corte deverá examinar também em qual tipo de ação coletiva o caso concreto se encaixa.

Caso a Corte verifique que se trata de uma *class actions for damages*, deverá haver a notificação de cada possível interessado, para exercer o direito de *opt out* caso não queira ser abrangido pela decisão judicial, comunicação que, para alguns autores, deveria ocorrer em todas as hipóteses, senão para permitir a auto exclusão, ao menos para permitir algum tipo de participação e acompanhamento (ALEXANDER, [200-?], p. 08).

A decisão sobre a certificação deverá ocorrer o quanto antes, ou no início do procedimento ou após a realização de um *pre-certification discovery*, muitas vezes necessário para que seja aferida a presença dos requisitos acima mencionados em concreto, quando a doutrina narra a ocorrência de uma antecipação do conhecimento de algumas questões de mérito, o que, em alguns casos acaba sendo útil posteriormente (ASHLEY, 2006, p. 15).

Ademais, a decisão que certifica uma ação como *class action* pode ser alterada ou emendada a qualquer tempo antes do julgamento final, caso a Corte se convença posteriormente pela presença, ausência ou perda dos requisitos que outrora foram identificados (GRAY; SEAGULL, 2004, p. 93).

Caso não haja certificação, a parte poderá prosseguir com sua pretensão individual, bem como recorrer à instância superior mediante uma apelação interlocutória, cabível após alterações legislativas que tiveram este escopo (WEIL; KINT, 2012, p. 01).

Apesar da decisão sobre a certificação não ser uma decisão final sobre o caso, ela pode representar uma barreira intransponível, nas hipóteses em

que não há interesse financeiro no prosseguimento individual, já que muitas dessas ações envolvem quantias que, se analisadas individualmente, se mostram ínfimas (WEIL; KINT, 2012, p. 02).

Obviamente, o contraditório prévio é fundamental para que seja certificada uma decisão e, em grande parte dos casos, após a certificação o requerido realiza ou ao menos propõe a realização de um *settlement*, ou seja, um acordo, a fim de evitar uma dupla perda, quais sejam, uma condenação aliada aos custos altíssimos de condução de uma *class action*, realidade que, diga-se de passagem, estimulou o ajuizamento de ações temerárias (ALEXANDER, [200-?], p. 20).

Certificada uma demanda como *class action*, caberá a Corte definir a classe, suas reivindicações, questões ou defesas, o que é fundamental para o possível exercício do direito de apelar da decisão (GRAY; SEAGULL, 2004, p. 93), e apontar o conselho de classe, que, composto pelos advogados dos representantes da classe, será responsável pela adequada representação das partes ausentes, motivo pelo qual a Corte deverá considerar: a) o trabalho previamente realizado na identificação ou investigação dos direitos reivindicados, b) a experiência em demandas coletivas, em casos complexos ou em casos de direitos similares, c) o conhecimento da lei a ser aplicada, e d) os recursos para conduzir a demanda coletiva (GRAY; SEAGULL, 2004, p. 93).

No Brasil, para a admissão de uma demanda coletiva, caberá ao juiz, principalmente, examinar se o caso em concreto se enquadra nas hipóteses de direitos coletivos *lato sensu* previstas no CDC, além da questão da legitimidade que, apesar de prevista em lei, não dispensa o juiz da análise da representatividade adequada (COSTA, 2006, p. 390-391).

Nesse sentido, o STJ vem reconhecendo a necessidade de satisfação da legitimidade e da representatividade adequada, inspirando-se no modelo norte-americano, como se extrai do REsp 1213614 / RJ, motivo pelo qual associações demasiadamente genéricas vem sendo tidas por ilegítimas, não se verificando a pertinência temática nesses casos (BRASIL, 2015), o que

merece uma análise crítica em outra oportunidade, já que poderia restringir o acesso à justiça numa ordem jurídica e num contexto social diferente do norte-americano, mas, ainda assim, demonstra a relevância e a pertinência da temática.

Nada obstante e traçando uma relação com os objetivos ambicionados neste estudo, deve-se registrar que na decisão que converta uma ação individual em coletiva ou que admita uma demanda coletiva, se mostra fundamental que o juiz também, ao justificar a sua providência, defina a classe relativa ao direito visualizado, a pretensão almejada pela classe e os fundamentos dessa pretensão (o que vai depender da identificação do tipo de direito coletivo objeto da ação), além dos demais requisitos que já foram falados acima, tais como: a legitimidade, o tipo de direito coletivo e a necessidade da coletivização pela numerosidade da classe.

O dever de fundamentação judicial ora discutido tem a múltipla função de permitir aos tribunais um melhor ofício nos casos em concreto, à sociedade mais transparência e sensação de legitimidade (TARUFFO, 1988, p. 38), e às partes o direito substancial de participar e interferir no processo, principalmente recorrendo contra o julgado.

Conclusão

Conforme se pode perceber pela análise apresentada, a experiência norte-americana com as *class actions* pode contribuir com a prática brasileira ligada ao processo coletivo e à coletivização de demandas individuais, tanto quando disciplina os *prerequisites* para a admissão de uma demanda coletiva, como quando trata das hipóteses que poderiam ser objeto de demandas coletivas (*types of class action*) ou da decisão que certifica uma demanda como coletiva (*certification order*).

Feita essa asserção genérica, serão pontuadas algumas conclusões específicas, que demonstram com mais detalhes as contribuições mencionadas:

- 1 – Quanto aos requisitos exigidos pela legislação estadunidense para a admissão de uma *class action*, quais sejam: numerosidade, comunidade, tipicidade e representatividade adequada, além de predominância de questões comuns e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual nos casos de *class actions of damages*, pode-se afirmar que o processo coletivo brasileiro evoluiria, se nas decisões fossem observados aspectos ligados à numerosidade e à comunidade, que na nossa ótica se confunde com a identificação da espécie de direito coletivo *lato sensu* objeto da demanda, ponto fundamental para a condução consciente do procedimento e das suas consequências.
- 2 – Além disso, fora observado que a tipicidade é importante num sistema que legitime o indivíduo para o ajuizamento de demandas coletivas, o que se relaciona com a legitimidade ordinária – pois se avalia se o indivíduo participa de alguma relação jurídica material com a parte contrária, e com a qualidade da atuação da parte, traduzida na exigência de representatividade adequada, que no Brasil não deve envolver aspectos financeiros, mas tão somente a ideia de boa-fé, não devendo haver excessos nessa seara, para que não se criem óbices indesejados ao acesso à justiça.
- 3 – No campo das *types of class action*, foi visto que diferentemente do corpo normativo brasileiro, a regra americana trata dos tipos de demandas coletivas voltando-se a situações hipotéticas em que se mostra necessário ou útil o modelo coletivo de resolução de conflitos, não se preocupando com a definição abstrata das espécies de direitos coletivo existentes, podendo contribuir com a prática brasileira pela experiência existente sobre questões de admissibilidade de ações coletiva, especialmente nos casos envolvendo direitos individuais homogêneos decorrentes de danos de massa (*mass torts*), onde se percebe uma importante preocupação com o acesso à justiça de vítimas dos danos.
- 4 – Por fim, em termos de justificação da coletivização ou da admissão da demanda coletiva, foi visto que a experiência com as *class actions*

pode contribuir com a experiência processual coletiva brasileira quando ensina que a *certification order* deve indicar o tipo de direito coletivo em litígio, a classe ou grupo de pessoas que será atingido, a sua pretensão e fundamentação, para que o processo se desenvolva adequadamente, com a participação substancial das partes, essencial à legitimação do resultado.

Referências

- ALEXANDER, Janet Cooper. An introduction to Class Actions Procedure in the United States. [200-?]. Disponível em: <<http://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>>, p. 1-25. Acesso em: 20 abr. 2018.
- ASHLEY, Marc D. The scope and timing of discovery in antitrust class action litigation. *The Antitrust Practitioner*, v. 5, December 2006.
- BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1213614 / RJ. RECURSO ESPECIAL 2010/0169344-0. Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento: 01/10/2015. Data da Publicação/Fonte DJe: 26/10/2015, RMDPCPC v. 69 p. 95.
- COSTA, Susana Henriques da. In: _____ (Coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DONELAN, Charles. Prerequisites to a Class Action Under New Rule 23. *10 B.C.L. Rev.* 527 (1969), Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol10/iss3/6>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- EUA. Brown v. Board of Education. 1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- EUA. History of Brown V. Board of Education. [200-?]. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/federal-court-activities/brown-board-education-re-enactment/history.aspx>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- EUA. Rule 23 – Federal Rule of Civil Procedure (FRCP). [200-?]. Disponível em: <www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FLORES, Charles R. (2012) *Appealing Class Action Certification Decisions Under Federal Rule Of Civil Procedure 23(F)*. *Setton Hall Circuit Review*: v. 4: Iss. 1, Article 2. Disponível em: <http://erepository.law.shu.edu/circuit_review/vol4/iss1/2>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GAGNO, Luciano P. Direito individual homogêneo: em busca de uma interpretação mais coerente com o direito fundamental de acesso à justiça. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/12_619.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GRAY, Joshua B.; SEAGULL, Michelle H.. Class Action Reaction: Amended Rule 23 Enhances Judicial Supervision in Class Litigation. *Antitrust*, v. 18, n. 2, p. 91-96, Spring 2004.

HOMBURGER, Adolf. State class actions and the federal rule. *Columbia Law Review*, Vol. 71, n. 4 (april., 1971), p. 609-659. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1121248>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

LIND, JoEllen. "Procedural Swift": Complex Litigation Reform, State Tort Law, and Democratic Values, 2004. Disponível em: <<http://www.classactionlitigation.com/library/lind374.pdf>>, p. 717-788. Acesso em: 20 abr. 2018.

PACE, Nicholas M.. Class Actions in the United States of America: an overview of the process and the empirical literature. [200-?]. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf>, p. 1-99. Acesso em: 20 abr. 2018.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-50, 1988.

WEIL, Jeffrey G.; KINT, Brian. Rule 23(f) Class Certification Appeals: Boon or Bust? *The Legal Intelligencer*. ALM Media Properties, LLC, 2012. Disponível em: <<http://www.law.com/jsp/pa/PubArticleFriendlyPA.jsp?id=1202548299218>>, p. 01-04. Acesso em: 20 abr. 2018.

▼ Para referenciar este texto:

GAGNO, L. P.; SIMÕES, T. F. V. A importância das *class actions* para a evolução do processo coletivo brasileiro. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 117-136, 2018.