

O QUE PODEMOS APRENDER COM OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA *CLASS ACTION* NORTE-AMERICANA¹

WHAT WE CAN LEARN FROM THE ADMISSIBILITY REQUIREMENTS OF THE NORTH AMERICAN CLASS ACTION

Evie Nogueira e Malafaia²
Nélio Zattar de Mello Carneiro³

RESUMO

A *class action* americana foi importada do direito inglês, que possui este meio processual para tutelar direitos coletivos em seu ordenamento jurídico desde o Século XVII, tendo sofrido algumas alterações legislativas para adaptar a lei à evolução do tempo, bem como às especificidades do país.

Somente pelo tempo em que os EUA possuem ordenamento específico para tutelar os direitos coletivos já se denota que esta tutela é bastante madura naquele país, sendo certo que é possível extrair diversos ensinamentos e experiências das *class actions* para aprimorar o sistema de ações coletivas brasileiras.

Isto porque a proteção coletiva de direitos em nosso ordenamento jurídico é muito recente se comparada à *class action*, eis que, em que pese o nosso microssistema de proteção aos direitos coletivos datar inicialmente de 1965, tendo sido ampliada pela Lei de Ação Civil Pública em 1985, e, por fim, o CDC em 1990, o direito inglês e o americano já utilizavam-se deste meio processual há muito tempo.

É certo que as ações coletivas têm papel importante na defesa destes direitos em nosso país, contudo, por diversas vezes há exageros por parte dos legitimados a propor estas ações, devendo os magistrados analisarem com mais rigor os requisitos de admissibilidade destas ações para que elas não se desvirtuem de sua finalidade para cair em descrédito.

¹ Artigo submetido em 12-04-2020 e aprovado em 01-07-2020.

² Mestre e doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Diretora de Comunicação Social da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO); membro do Instituto brasileiro de Direito Processual (IBDP); membro do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB); Advogada. Endereço eletrônico: eviemalafaia@hotmail.com.

³ Advogado. Sócio da área Cível do Renault, Zattar, Da Gama e Rodrigues Pires Advogados. Mestrando em Processo Civil na PUC/SP. Endereço eletrônico: n.zattar@rplaw.com.br



Neste sentido, este estudo abordará breves notas comparativas entre os requisitos de admissibilidade entre a *class action* americana e as ações coletivas brasileiras, importando conceitos americanos para melhorar sobremaneira a utilização deste meio processual.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública. *Class Action*. Direitos Coletivos. Direito Comparado.

ABSTRACT

The American class action was imported from English law, which has this procedural means to protect collective rights in its legal system since the seventeenth century, but has undergone, however, some legislative changes to adapt the law to the evolution of time, as well as to the specificities of the country.

Only by the time when the United States of America has specific order to protect collective rights is it already denoted that this guardianship is already quite mature in that country, and it is certain that it is possible to extract several teachings and experiences from class actions to improve the Brazilian collective action system.

This is because the collective protection of rights in our legal system is very recent when compared to class action, this despite our microsystem of protection of collective rights initially dating back to 1965, with the approval of (Law No. 471765), having been expanded by the Law of Public Civil Action in 1985, and, finally, the Consumer Protection Code in 1990, English and American law had long been used in this procedural medium.

It is true that collective actions play an important role in the defense of these rights in our country, and it is undoubted, however, that several times there are exaggerations on the part of those legitimized to propose these actions, and the magistrates should more rigorously analyze the admissibility requirements of these actions so that they do not depart from their purpose to fall into disrepute.

In this sense, the present study will address brief comparative notes between the admissibility requirements between the American class action and the Brazilian collective actions, to conclude the importance of rigor in the analysis of the requirements for admission of Brazilian public civil actions, importing American concepts to greatly improve the use of this procedural means.

KEYWORDS: Class Action. Collective Rights. Public Civil Action. Comparative Law.

1. INTRODUÇÃO

Uma das maiores mazelas e reclamações da sociedade em face da justiça é, sem sombra de dúvidas, a demora na prestação jurisdicional do Estado aos conflitos de



interesses que lhes são apresentados, bem como a rotineira ineficácia das efetivações das decisões judiciais, acarretando na descrença de parte da população com a justiça pátria.

Os processos em massa, que em quase sua ampla maioria são tratados individualmente e que quase sempre tratam do mesmo assunto, além da maneira de se portar do Estado - que o torna o maior litigante em nossos tribunais -, acarretam na exacerbação e acúmulo de trabalho que impedem que sejam julgados tantos processos quanto são distribuídos no ano. E, somam-se a estes processos, aqueles já pendentes de julgamento, tornando impossível um julgamento célere e uma efetiva entrega jurisdicional a contento à população.

Além de sermos uma população e um Estado litigantes, a grande defasagem dos profissionais contratados, seja de juízes, ou auxiliares da justiça, também são causas apontadas para uma demora na prestação jurisdicional.

Neste cenário, visando uma maior eficiência na prestação jurisdicional, bem como que esta prestação atinja o maior número de pessoas possíveis, as ações coletivas ganham cada vez mais destaque não só no Brasil, mas em todo o mundo.

O legislador pátrio, ao incrementar a ação civil pública com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor – artigos 91 a 100 -, importou, sem sombra de dúvidas, conceitos da *class action* americana, mormente após a edição da Rule 23 das Federal Rules de 1966, quando foi implementada nos Estados Unidos da América a *class action for damages*, aqui tratada como defesa dos direitos individuais homogêneos destinados à reparação dos danos individualmente sofridos.⁴

Até porque, as *class action* foram regulamentadas nos Estados Unidos da América inicialmente em 1938 e sofreu diversas alterações legislativas durante o tempo (1966, 1987, 1998, 2003 e 2007)⁵.

⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini. *In Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. -Rio de Janeiro: Revista Forense, 200 ; v. 352

⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2010 – (Temas atuais de direito processual civil ; v. 4)



Há, portanto, pontos que tangenciam os dois ordenamentos jurídicos sobre as ações civis públicas, porém, diante da utilização deste meio processual coletivo pelos americanos há muito mais tempo que o Brasil, há importantes lições que podemos extrair da aplicação da *class action* pelos Estados Unidos que podem permitir um emprego mais eficiente e efetivo em nosso país.

Cassio Scarpinella Bueno, citando ensinamentos de Arruda Alvim acerca da importância da utilização do direito comparado para a melhoria do conhecimento e formulações no direito pátrio, indica que

função teórica do Direito comparado tem a virtude de propiciar o conhecimento das constantes e das variações das regras de Direito e, pois, dos institutos jurídicos dos diversos sistemas". (...) "Fornece elementos para o conhecimento do próprio Direito pátrio, naqueles aspectos em que se revelam insuficientes, ainda, as formulações teóricas nacionais. Insuficientes os parâmetros teóricos, segue-se disso que serão discordantes e incertas as aplicações práticas e concretas do instituto.⁶

Conforme se demonstrará, há um sistema de controle da admissibilidade das *class action* muito mais rigoroso do que nas ações civis públicas, o que acarreta uma maior possibilidade na utilização destas em relação àquelas, mas também uma vulgarização e descrédito, pois os legitimados a propor as ações civis públicas por diversas vezes, aproveitado-se desta ausência de rigor, ajuizam ações totalmente descabidas, disvirtuando o instituto.

Assim, fundando-se nas linhas mestras dos requisitos de admissibilidade das *class action* este artigo proporá uma análise imediata mais rigorosa no deferimento da petição inicial pelo magistrado brasileiro, evitando prolongamento da ação civil pública no tempo sem que haja o preenchimento dos requisitos.

Tal proposição certamente trará benefícios aos jurisdicionados, seja pelo ângulo da diminuição de processos, seja pela maior credibilidade à ação civil pública.

⁶ In *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. <<http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>>, acessado em 15.10.2019 às 14>50.



2. CLASS ACTION

A *class action* americana passou a ser melhor regulada quando da aprovação, pelo Congresso Nacional⁷ da Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure, em 1938. Naquela oportunidade, a principal preocupação era descrever quando se verificava a hipótese de cabimento de uma *class action*.⁸

Nesta referida regra de 1938 encontra-se a

sistematização do grau de comunhão de interesses, da qual resulta uma classificação das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme a natureza dos direitos da controvérsia (*joint*, *comon* ou *secondary*, ou ainda *several*), com diversas consequências processuais.⁹

A primeira categoria *true*, ou ação de classe pura, era utilizada quando havia a natureza indivisível do direito, já a segunda, *hybrid* era utilizada quando havia a comunhão do interesse em relação a um bem jurídico. Por fim, a espúria era utilizada quando havia uma pluralidade de interesses originadas de uma questão comum de fato ou de direito.

Sobre o tema, importante ensinamento de Rogério Cruz e Tucci:

Com efeito, na denominada *true class action* - quando o direito da categoria era *joint* ou *common* - a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia.¹⁰

No entanto, a prática desta distinção, segundo MENDES teria sido o maior dos problemas da Rule 23, que foi aprimorada, neste ponto, pela reforma desta regra em 1966:

A grande dificuldade em efetuar a distinção entre as categorias de ações de classe, a falta de vinculação nas *spurious class actions*, conhecida como “one way intervention”, e a ausência de exigências relacionadas com a aferição da predominância de questões supra-individuais sobre as peculiares, bem como o da superioridade e vantagem do processamento coletivo sobre o individual,

⁷ Aqui importante lição de como se dá a elaboração destas leis: O Congresso Americano promulgou uma lei que delegou à Suprema Corte a tarefa de elaborar normas processuais para regulamentar o processo. A Suprema Corte submeteu a proposta ao Congresso Nacional e, após aprová-la, entra em vigor.

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, Ob. cit.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, ob. Cit.

¹⁰ 'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 26.



passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação da Rule 23, como a redação de 1938.

Com o resultado do descontentamento, a Suprema Corte norte-americana alterou, substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas.¹¹

Conforme nos ensina Antonio Gidi, no direito americano não há a distinção entre direito difuso ou coletivo, inexistindo categorias abstratas de interesses ou direitos subjetivos:

Todavia, deve-se resistir ao impulso de efetuar um paralelo muito preciso entre as espécies de ações coletivas nos sistemas brasileiro e americano.

Ademais, registre-se que, em momento algum, a Rule 23 ou o direito americano sentiu a necessidade de criar espécies abstratas de interesses ou direitos subjetivos, como os nossos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A própria categoria do direito subjetivo, uma das bases da nossa teoria geral do direito, é inexistente no sistema americano e absolutamente irrelevante para o seu funcionamento.¹²

Acerca deste tema, referido doutrinador faz severas críticas sobre esta distinção do direito pátrio no que tange às categorias de interesses ou direitos subjetivos:

*Esta crítica pode também ser feita ao direito brasileiro, que criou com masteria intelectual, mas talvez inutilmente, as figuras jurídicas dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É inegável que a criação de tais figuras teóricas dá uma certa aparência de legitimidade ao instituto para o jurista de civil law, habituado a operar o direito através de instrumentos conceptuais, como o “direito subjetivo ou o “interesse legítimo”. Nesse ponto, o legislador não poderia ter sido mais preciso. Todavia, fazendo minha a crítica de Zechariah Chafee Jr, se no futuro, em face da evolução das relações sociais, aparecer uma quarta situação onde a tutela coletiva seja desejável, não haverá qualquer dispositivo legal que a autorize.*¹³

Portanto, já neste aspecto há importante lição que se pode extrair das *class actions* norte-americanas: a inexistência de figuras jurídicas que podem minimizar o âmbito de utilização das ações coletivas.

Repise-se, outrossim, que a Rule 23 já sofreu outras reformas ao longo do tempo (87, 1998, 2003, e 2007), sendo certo, contudo, que nossa legislação pátria não sofreu qualquer evolução significativa desde a entrada em vigor das leis que integram nosso microsistema de direito coletivo, eis que o Novo Código de Processo Civil não trouxe

¹¹ Ob. cit.

¹² In *A Class Action Como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: RT, 2007

¹³ In *A Class Action Como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: RT, 2007



qualquer alteração sobre este tema, e há dois projetos parados em nosso Congresso Nacional que têm importantes alterações para a melhoria das ações coletivas (Câmara Federal 5139/2009 e Senado 282/2012).

Basicamente, portanto, as *class actions* podem ser utilizadas nos Estados Unidos da América quando há o preenchimento dos requisitos a seguir demonstrados insculpidos na nova redação da Regra 23, sendo encontrada no direito norte-americano duas classes de *class action*, quais sejam, as *mandatorys* (obrigatória), e não obrigatórias (*not mandatorys*).

Segundo GRINOVER quando não há ajuizamento da *class action* quando trata-se de ações obrigatórias, há certas consequências:

o inciso (b)(1)(A), significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inciso b-1-B indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez, o n° 2 contempla ,também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigações de fazer ou não fazer (injunction) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que coreesponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos ou coletivos.¹⁴

Imperioso destacar desde já que, tanto lá, como aqui, há uma maior celeridade na tramitação dos processos individuais, havendo, inclusive, preferência no prosseguimento da ação de forma individual à coletiva, já que esta última também é muito mais custosa e as indenizações fixadas são inferiores às alcançadas individualmente.

Saliente-se, outrossim, que não há legitimados para propor as *class action* no direito norte-americano, podendo ser ajuizado por um cidadão individual, que, em caso de certificação da *class action*, representará todo o grupo, ao contrário de nosso ordenamento, que indica em rol taxativo aqueles que são os legitimados para propor a ação civil pública.

Ademais, lá, diferente daqui, não basta o ajuizamento da ação nomeando-a como *class action* para que ela assim tramite, eis que o magistrado é que a certificará ou não como tal.

¹⁴ Ob. cit.



Portanto, para que uma ação se torne coletiva no direito norte-americano, a parte que o requerer tem o ônus de comprovar o preenchimento dos requisitos legais dipostos na Rule 23, o que será observado pelo juiz, que certificará a ação como coletiva ou determinará o prosseguimento da ação meramente como individual.

Segundo SCARPINELLA, há divergência quanto à possibilidade de interposição de recurso imediato em face da decisão que não certificar a ação como coletiva, havendo predominância pelo entendimento de sua irrecorribilidade:

A maior parte da doutrina americana e, sobretudo, o entendimento majoritário da Suprema Corte Americana, caminha no sentido da irrecorribilidade da decisão que reconheça ou não a possibilidade da ação prosseguir como uma *class action*, patente que é seu indisfarçável conteúdo interlocutório, é dizer, não terminativo ou extintivo da ação, já que uma ação não certificada, prosseguirá como ação individual, ainda que movida por ou em face de um litisconsórcio. De acordo com esta corrente predominante, sua reforma somente poderá ser pleiteada quando do recurso final da decisão que encerrar a ação (*appeal*).¹⁵

Há, ainda, a possibilidade de o juiz certificar parcialmente a ação coletiva tão somente quanto a um dos pedidos formulados na ação, determinando a tramitação de outros na forma individual, ou, ainda, criar diversas sub-divisões de categorias dentro da ação coletiva para que, especificamente, haja uma representação adequada para cada uma das situações que serão tratadas naquela demanda.

Assim, *v.g.*, caso haja parte da demanda que preencha todos os requisitos para que ela seja processada como *class action*, neste ponto, ela assim tramitará, podendo ser subdivida em algumas categorias específicas para uma análise concreta e vertical da situação jurídica a ser julgada.

É importante esclarecer, ainda, que a decisão que certifica a ação como *class action* não preclui, ou seja, havendo a perda superveniente do preenchimento de um dos requisitos, o juiz poderá determinar que a ação tramite na forma individual, o que pode acontecer até a prolação da sentença.

Feitas estas breves considerações acerca de algumas das características das *class action* americanas que são distintas de nossas ações coletivas, passa-se a abordar os

¹⁵ Ob. cit.



requisitos que devem ser preenchidos para que o magistrado certifique a ação como *class action*.

2.1 Requisitos

Para que o magistrado certifique uma *class action* é necessário o concorrente preenchimento de 04 (quatro) requisitos dispostos na Rule 23, sendo certo que a ausência de qualquer um deles impedirá que a ação tramite de forma coletiva no direito norte-americano, são eles: **(a)** impraticabilidade do litisconsórcio; **(b)** questões de fato ou de direito comuns aos membros do grupo; **(c)** tipicidade; e **(d)** representação adequada.

Após serem destacadas as peculiaridades de cada um dos requisitos, verificar-se-á que eles sempre se entrelaçam e, quase sempre a ausência do preenchimento de um dos requisitos acarreta também na ausência de preenchimento de outro. É o que nos ensina, novamente, Antonio Gidi:

Assim, em que pese o fato de serem conceitos logicamente diferentes e servirem a finalidades distintas, existe uma substancial sobreposição entre a esfera de atuação desses requisitos. Muito frequentemente, a ausência de um dos requisitos é um provável indício de ausência de outro e a presença de um é um forte indício da presença de outro. Por exemplo, não pode haver tipicidade da lide do representante se inexistem questões comuns entre os membros do grupo. Da mesma forma, se há tipicidade, é porque, evidentemente, também há uma questão comum unindo o grupo. Igualmente, segundo os valores individualísticos da cultura americana, não pode haver adequada representação se não houver tipicidade do representante.¹⁶

Ademais, a *class action for damages (not madatory)* possuem ainda dois requisitos adicionais. São eles: **(a)** prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fatos individuais; **(b)** superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença.

Acerca destes dois requisitos adicionais, GRINOVER leciona a razão destes existirem, demonstrando a sua natureza e finalidade:

O espírito geral da regra está informada pelo princípio do acesso à justiça, que no direito norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais.

¹⁶ Ob. Cit. p. 71



E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões.

O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões.¹⁷

Primeiro requisito a ser destacado no presente estudo refere-se à impraticabilidade do litisconsórcio que, o próprio nome já destaca a sua função, qual seja, a impossibilidade de reunião de todos os membros do grupo afetados pela questão comum de fato ou de direito haja vista a número de pessoas desta classe.

Esta numerosidade de membros da classe atingidas não tem qualquer parâmetro estabelecido, havendo indicações na doutrina de que um grupo formado por menos de 20 autores já foi considerado como suficiente para satisfazer este requisito, enquanto um grupo de mais de 200 pessoas não¹⁸.

Outrossim, ainda neste requisito estariam abarcados outros fatores além da literal numerosidade da classe atingida, tal como a dispersão geográfica dos membros da classe; o diminuto valor patrimonial da indenização; a natureza e complexidade das causas; mutabilidade dos interesses do grupo.¹⁹

Portanto, para a certificação da *class action* deve aquele que a requerer comprovar algumas especificidades como o número de pessoas a serem atingidas por aquela questão de fato ou de direito que as ligam, além de peculiaridades casuísticas que poderão convencer ao magistrado que a melhor forma a processada aquela demanda é pelo rito das ações coletivas, trazendo maior economia processual aos jurisdicionados, além de uma tutela adequada e efetiva.

Segundo MENDES estas são as duas finalidades deste requisito:

¹⁷ Ob. cit. p

¹⁸ GIDI. Ob. Cit. p 75

¹⁹ MEDES. Ob. Cit. p 72



Estas devem representar, por um lado, uma medida de economia judicial e processual e, por outro, propiciar o acesso à prestação jurisdicional daqueles que, de outro modo, não lograriam receber a tutela dos seus direitos.²⁰

Outro requisito que deve ser preenchido para a certificação de uma *class action* refere-se à existência de questões comuns de fato ou de direito.

Tal requisito não é desconhecido de nosso ordenamento jurídico, eis que aqui também deve haver uma situação que posicione um grupo de pessoas em uma mesma classe para que seja possível que uma só ação defenda seus direitos e possibilite uma efetiva prestação jurisdicional.

Imperioso destacar que referido requisito certamente é o mais importante para a análise da possibilidade de certificação da *class action*, já que, inexistindo um grupo identificável que seja atingido por uma questão comum de fato ou de direito, inexistente coletividade atingida, devendo, desengadamente, a ação tramitar pelo rito individual.

A doutrina indica, todavia, algumas peculiaridades desta comunhão de fatos e de direito que permite um melhor estudo sobre a questão. Sendo MENDES

não se exige, obviamente, a identidade absoluta de todas as questões apreciáveis no feito. Todavia, a “commonality”, como é chamada, deve incidir sobre ponto relevante para a causa e deve ser, inclusive, conjugada e avaliada em conformidade com a exigência, contida na Rule 23 (b)(3), de predominância das questões comuns e de superioridade da defesa coletiva sobre a individual.²¹

Não é possível abordar a questão das consequências da ausência integral da questão comum sem sem colacionar a pomenorizada lição de GIDI sobre o que o juiz poderá realizar nestes casos:

- (a) redefinir o grupo (*class redefinition*), restringindo-o aos membros ligados por uma questão comum – Rule 23 (c)(1)(C);
- (b) limitar a lide coletiva àquela parcela da controvérsia atingida pela questão comum, deixando as questões individualizadas para serem apuradas posteriormente em ações individuais – ação coletiva parcial (*issue class action*) – Rule 23 (c)(4)(A);
- (c) dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos (*subclasses*), eventualmente normando outros membros e advogados para representar cada subgrupo, se necessário – Rule 23 (c)(4)(B);

²⁰ p. 72

²¹ p. 73



(d) negar a possibilidade de prosseguimento da ação coletiva, não a certificando por falta do requisito da questão comum: a ação poderá prosseguir somente na forma individual²²

Interessante destacar, outrossim, que não há conceito de questão comum sedimentado na jurisprudência, ficando a cargo da discricionariedade do juiz saber reconhecê-la²³.

A tipicidade como requisito de certificação da *class action* é preenchida quando o membro da classe possuir efetivo interesse pessoal no direito da lide, já que, somente com esse interesse pessoal é que ele engendraria todos os seus esforços para se sair vencedor da demanda.

Como no direito norte-americano um autor pode ajuizar uma ação individual e, em seu bojo, requerer que ela seja certificada como ação coletiva, ele deverá comprovar desde já sua legitimidade e interesse na propositura desta demanda, sob pena de inadmissibilidade.

Isto porque, repise-se, há o entendimento que somente àquele que possui interesse direito na solução da demanda é que colocaria todos os esforços possíveis para defender o grupo e vencer a ação.

Portanto, diferente de nosso ordenamento, em que alguns legitimados para propositura de ação civil pública podem não ter interesse pessoal na demanda, no direito norte-americano este é um requisito fundamental que deve ser comprovado ao magistrado para que seja possível a certificação de uma *class action*.

Imperioso destacar, ainda, que caso haja diversas questões de fato ou de direito que criem alguns grupos distintos que se entrelaçam por alguma questão, o magistrado poderá subdividir a ação em diversos grupos, sendo necessária o preenchimento da tipicidade em cada um deles para a possibilidade de certificar a ação como coletiva.

Desta forma, para o preenchimento deste requisito o representante deve comprovar sua legitimidade e interesse quando da propositura da ação ou quando do

²² p. 88

²³ GIDI, p. 81



requerimento de certificação da *class action*, seja ela em sua integralidade, seja em alguma subdivisão possivelmente criada por ausência de verificação de questão de fato ou de direito comum a todo o grupo atingido.

Por fim, o último requisito que deve ser preenchido para possibilitar a certificação de uma *class action* é o da representação adequada que, em que pese ser muito entrelaçado com o requisito da tipicidade, é um dos requisitos mais importantes na análise do magistrado.

Este requisito possui origem no devido processo legal, havendo o controle deste requisito pelo magistrado não somente pela representatividade das partes, mas também a representatividade dos advogados que atuarão na *class action*.

Sobre a representatividade da parte, esta é necessária porque segundo GIDI, como a *class action* seria uma ação representativa daqueles que participam do processo, mas que também atingem a parcela do grupo que não estiver no processo, esta representação deve ser adequada à melhor interesse de todos àqueles ligados pela questão comum de fato ou de direito:

A *class action* é uma “ação representativa”. A sua fundamentação histórica e filosófica é que uma parcela do grupo vai lutar pelos interesses de todos os demais integrantes, como se todos estivessem presentes no processo.

Os membros ausentes são considerados partes no processo na exata medida em que estão sendo adequadamente representados em juízo.²⁴

Já a representatividade do advogado, este deve comprovar ao juiz que possui ampla experiência em litígios coletivos, podendo o magistrado nomear outro advogado para representar as partes, substituindo o advogado inicial da causa caso este não comprove que tenha a expertise necessária para atuar em demandas coletivas.

Neste ponto, interessante destacar que os grandes escritórios de advocacia norte-americano arcam com os enormes custos das *class action* para possibilitar o trâmite de ações que atinjam muitas pessoas, já que escritórios de pequeno porte não possuem condições econômicas para pagar estes custos, sendo costumeiro haver uma parceria entre

²⁴ Ob. P 101



eles para atuarem em conjunto possibilitando, além do preenchimento do requisito da representatividade adequada, ser viável economicamente a certificação da *class action*.

Estes são os 04 (quatro) requisitos que devem ser preenchidos para a certificação da *class action* em todas ações coletivas possíveis do direito americano (*mandatory or not mandatory*), existindo, todavia, outros 02 (dois) requisitos nas *class action for damages*.

Nas *class action for damages*, conforme já abordado acima, os dois requisitos complementares referem-se à prevalência do direito coletivo sobre o individual e a superioridade da tutela coletiva sobre a individual.

Estes dois últimos requisitos estão ligados aos parâmetros de justiça e de eficácia da decisão, devendo restar demonstrado que a mitigação da individualidade está sendo realizada em decorrência de um bem maior, qual seja, uma prevalência dos aspectos comuns aos individuais e uma superioridade da coletividade à individual.

O preenchimento de tais requisitos é bastante discutido, havendo enormes peculiaridades casuísticas que são analisadas pelo magistrado. Segundo GRINOVER²⁵

a análise das decisões judiciais, no campo das *class action for damages*, demonstra que a existência dos requisitos da prevalência e da superioridade tem sido reconhecida, até com facilidade, em campos em que não são os dos danos provocados por vício do produto: em matéria de desastres ambientais, de acidentes aéreos, de desmoronamento de obras (...).

Acerca do preenchimento destes requisitos, novamente GRINOVER²⁶ indicando que foi eles foram afastados pois as variações da causa teriam afetado a prevalência e a superioridade, já que no caso Castano “*tribunal assentou que, após o processo coletivo, a causalidade ainda deveria ser demonstrada em processos individuais. A questão comum era apenas uma parte menor do julgamento.*”²⁷

Portanto, caso não haja a demonstração efetiva de que é melhor que a ação tramite como *class action* o juiz não deverá certifi-cá-la, já que sempre o direito individual no

²⁵ p. 6

²⁶ p. 7

²⁷ Dianne Castano *et alli* v. The American Tobacco Company *et alli*, 84 F.3d 734- (5th Cir. 1996), 5º Circuito, nº 85-30725, julgado aos 23.5.96



sistema norte-americano deve prevalecer ao direito coletivo, salvo se, repise-se, haja demonstração cabal de que o direito será melhor tutelado quando, ocorrendo esta mitigação, a sociedade for melhor representada na demanda e se o bem tutelado coletivo é superior ao individual.

Os diversos requisitos norte-americanos para a certificação de uma *class action* certamente traz uma aparente e efetivo controle deste meio processual, evitando sua banalização, dando total credibilidade a este instituto quando há a certificação pelo magistrado.

Destarte, a importação destes requisitos pode auxiliar a evolução de nosso direito coletivo para que seja afastada esta má visão de que os operadores do direito possuem sobre as ações coletivas em decorrência de sua incorreta e imprecisa utilização pelos operadores do direito.

3. CONCLUSÃO

Ainda que de forma breve e sem adentrar mais profundamente em todas as hipóteses, exceções e forma de interpretação dos requisitos de necessário preenchimento para a certificação de uma *class action*, é possível extrair informação necessária acerca da distância enorme entre a ação civil pública brasileira e a *class action* americana, ainda que esta tenha influenciado aquela quando da elaboração, nesta parte, do Código de Defesa do Consumidor.

Enquanto no direito americano qualquer cidadão poderá em sua demanda individual requerer a certificação para que tramite como *class action*, comprovando especificamente o preenchimento de todos os requisitos necessários para tanto, aqui no Brasil os legitimados a propor esta ação são indicados previamente por disposição legal.



Esta diferença certamente traz profunda consequência que acarreta, como ensina BUENO²⁸, na grande parte de extinção das ações civis públicas sem o julgamento do mérito, diante da ilegitimidade ativa da parte por ausência de pertinência temática.

Aliás, este é talvez o único requisito da ação civil pública brasileira que se assemelhe ao requisito da representação adequada da *class action*. Ainda que haja importante vozes que sustentam a desnecessidade da pertinência temática para que se considere legítima a parte Autora para a propositura da ação civil pública, a jurisprudência vêm adotando este requisito para impedir a utilização deste meio processual por terceiros totalmente estranhos ao objeto material da lide.

Não é necessário muito esmero para encontrar situações em que associações sem qualquer representatividade são criadas às pressas para ajuizar ações civis públicas para judicializar uma única questão, inexistindo qualquer real representação da sociedade naquela instituição.

Ademais, existindo diversas associações que visam defender o mesmo grupo ou classe, há uma multiplicação de ações civis públicas para tratar do mesmo tema, em diversos estados do país, trazendo insegurança jurídica e violando os princípios da economia processual e duração razoável do processo.

Outrossim, a distinção da questão fática ou de direito em diversas categorias no direito brasileiro (coletivo, difuso e individuais homogêneos) também dificulta a utilização deste meio processual para defender direitos coletivos *latu sensu*, pois esta distinção reduz o escopo das ações coletivas, conforme destacado por GIDI em tópico acima.

Basta, portanto, que haja uma questão comum de fato e de direito, sem que se analise a natureza do direito para que seja possível a tutela coletiva.

Acerca desta questão, em inteligentíssima comparação, BUENO²⁹ fazendo um paralelo com a Rule de 1938, indica que o Brasil, na aplicação de seu microsistema de

²⁸ p. 49

²⁹ p. 49



direito coletivo, está cometendo o mesmo equívoco que o direito norte-americano cometia até a alteração da Rule em 1966, trazendo confusão de conceitos, enquanto a legislação poderia facilitar esta questão.

Portanto, o requisito da tipicidade pode ser também muito útil ao direito pátrio, já que somente àquele que comprar especificamente que está dentro do grupo de lesados em decorrência de um ilícito é que poderia representar os demais ausentes na demanda.

Imperioso destacar que a necessidade de preenchimento de importantes e básicos requisitos para que se tramite da melhor forma uma ação civil pública não mitigará de forma alguma o acesso à justiça. Muito pelo contrário, pois trará aos jurisdicionados um acesso à justiça adequado, por legitimados que tenham interesses democráticos na melhor solução da demanda e que possuam total *know-how* para defender os interesses daquele grupo alvo de ilícitos.

É certo, outrossim, que a maturidade de nossos legisladores não permitem, ainda, uma maior amplitude dos legitimados a utilizar a ação civil pública para a defesa de direitos coletivos, já que, pela amplitude e magnitude destas ações, o Estado seria Réu em diversos processos que atrapalharia sobremaneira a governabilidade com o orçamento já bastante prejudicado pelas severas e contínuas crises pelas quais o Brasil vem atravessando ao longo dos últimos anos.

Em nosso ordenamento, certamente é mais interessante a tramitação de uma ação coletiva para pacificar alguma questão que atinja parcela significativa da sociedade do que a prevalência da ação individual.

Todavia, quanto melhor regulada para se atinja o fim destinado deste instrumento processual para que se dê eficiência e efetividade aos processos judiciais, extinguindo liminarmente ações sem qualquer representatividade ou abrangência necessária de afetados por questão comum, trará tão somente benefícios ao direito pátrio.

Logo, ainda que não haja interesse em nossos legisladores em atualizar nosso sistema de processos coletivos, o direito comparado pode trazer luzes ao Congresso Nacional para que nossa legislação possa dar a resposta necessária à necessidade de



redução de processos individuais para soluções massificadas em uma quantidade menor de processos judiciais.

REFERÊNCIAS

BEJAMIN, Antônio Herman V. “*A citizen action norte-americana e a tutela ambiental*”. Revista de Processo, vol. 62, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp.61/78

CRUZ E TUCCI, Rogério. *'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2010 – (Temas atuais de direito processual civil ; v. 4)

GIDI, Antonio. *A Class Action Como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: RT, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. - Rio de Janeiro: Revista Forense, 2000 ; v. 352

_____. *Cultural Dimensions of Group Litigation (Brazilian National Report)*. – São Paulo: Revista de Processo, 2012; b. 217

_____. “*A class action brasileira*”. Livros de Estudos Jurídicos, vol 2. Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, pp. 22/29 (obra coletiva sob a coordenação de James Tubenclak e Ricardo Silva Bustamante).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “*Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais*”. Revista de Direito do Consumidor, vol. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, sem data, pp. 148/156.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1991.



SCARPINELLA BUENO, Cassio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta.*
<<http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>>

WATANABE, Kazuo. “**Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**”. Revista de processo, vol. 67, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15/25.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.
Volume XIII, número 1, julho de 2020 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>