

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

1. ARTIGOS

citation and similar papers at core.ac.uk

brought

provided by Biblioteca Digital Jurídica do Super

RENATO BRETZ PEREIRA

Promotor de justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem. 3. A revisão da rule 23 (1966). 3.1. Requisitos. 3.2. Espécies de *Class Action*. 3.2.1. *Class Action* baseada na incompatibilidade de conduta para a parte contrária (*Incompatible standards*). 3.2.2. *Limited Fund Class Action*. 3.2.3. *Rule 23(b)(2)*. 3.2.4. *Class action* em virtude de questões comuns. 3.3. Poderes do Órgão Julgador. 3.4. *Right to opt out*. 3.5. Renúncia ou transação. 3.6. Legitimação. 3.7. Limites subjetivos da coisa julgada. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A revolução industrial representa verdadeiro marco de transformação da sociedade. O principal efeito de tal fenômeno histórico é a criação das classes de trabalhadores e dos donos do capital. Via de conseqüência, a visão do homem individual passa a ser cada vez mais rara, sendo substituída aos poucos pela visão do indivíduo como mero integrante de grandes classes ou categorias. Tal transformação histórica é relatada com maestria por Mancuso (1997, p. 77):

Nessa sociedade de massa, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade; não há mais preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias e, como tais, normatizados.

A nova configuração social acima descrita tem conseqüências no modelo de processo até então adotado. A visão clássica de Ticio contra Caio (MANCUSO, 1997, p. 76) torna-se notoriamente insuficiente para resolver as intrincadas questões do processo coletivo. A premente necessidade de uma tutela coletiva de interesses que transpõem a esfera individual é devidamente ressaltada por Mendes (2002, p. 29):

Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos, ou certa quantidade de

indivíduos, que poderiam fazer valer seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, 'fruto' do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na 'qualidade' de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores, etc, decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.

Desta forma, o surgimento do processo coletivo toma por base não só o crescimento social desordenado como também algumas dificuldades não superadas pela tutela individual dos interesses dos jurisdicionados. Com efeito, se percebe a notória insuficiência do modelo clássico para solucionar questões em que o processo individual apresenta um custo financeiro injustificável se comparado com o eventual proveito que a parte vencedora retiraria da demanda. Tais inconveniências do processo individual para a tutela de interesses coletivos são corriqueiramente apontadas pela doutrina:

Em outras palavras, poderíamos entender a class action como artifício processual, mediante o qual demandas que não seriam apresentadas no judiciário, em especial por conter um número muito grande de titulares, ou ainda pelo inexpressivo valor econômico que cada demanda individualmente considerada apresenta, são aforados por um, ou alguns poucos litigantes, que representará (ão) a todos no processo.

No mesmo sentido, Mendes (2002, p. 30):

A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de bagatela, que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas. Por conseguinte, tendem a se beneficiar, ao invés de serem devidamente sancionados, os fabricantes de produtos defeituosos de reduzido valor, os entes públicos que cobram tributos indevidos ou não concedem os direitos funcionais cabíveis e os consumidores que realizam negócios abusivamente, apenas 'para' citar alguns exemplos.

Inegável ainda que a ação coletiva, pelo simples fato de versar sobre interesses atinentes a uma coletividade de sujeitos, é instrumento de economia processual, na medida em que substitui o ajuizamento de uma série de ações que versam sobre circunstâncias semelhantes pelo aforamento de uma única ação. Raciocínio análogo é apresentado por Mendes (2002, p. 33):

A questão não deixa de ser, também, lógica, pois, a priori, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto os litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário.

Nota-se ainda que, muitas vezes, o ajuizamento de uma ação individual causa um certo temor de represálias junto ao autor, o que não ocorreria caso a ação se instaurasse por iniciativa de uma coletividade devidamente representada. Outra deficiência do modelo individual de processo é atribuída à possibilidade de decisões contraditórias em processos que tratam de situações fáticas praticamente idênticas. Tais inconvenientes são superados pela adoção do processo coletivo. Desta forma, verifica-se que as ações coletivas, se bem estruturadas, podem representar não só um verdadeiro instrumento de acesso do cidadão à Justiça, como também um elemento de aperfeiçoamento do sistema jurisdicional.

2. Origem

Verifica-se a existência dos primeiros registros de ações coletivas, na Inglaterra, por volta do ano de 1199, ocasião em que um pároco tentou valer-se da via coletiva para exigir oferendas dos paroquianos:

O primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamado, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responder por todos (MENDES, 2002, p. 44).

Não obstante à existência de casos isolados, doutrina aponta que os traços básicos da *class action* surgiram no direito inglês já no final do século XVII. O instituto que

delimitou algumas das características da *class action* era denominado *Bill of peace* e tomava por base juízos de equidade. Neste sentido, Guerra (2000, p. 17):

Assim, as origens da *class action* remontam ao instituto do Direito inglês denominado *Bill of peace*. Os tribunais da equidade, *chancery court*, tinham jurisdição para dirimir as lides processadas através do *Bill of peace*. Era esse o instrumento que possibilitava a agregação de várias pequenas demandas, quando as parte comungassem interesses comuns relacionados ao objeto da lide. Portanto, o *bill of peace* forneceu os lineamentos da *class action*.

O caso concreto que alcançou maior notoriedade – *Brown x Vermuden* – data de 1676 e envolveu um grupo de mineradores que se opuseram aos tributos impostos pela igreja. Nos Estados Unidos, a primeira regulamentação do instituto se deu pela *Equity Rule 48*, de 1842. Mendes (2002, p. 66) aponta tal dispositivo legal como “[...] a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos [...]”. Não obstante o seu caráter pioneiro, a *rule 48* não representava um avanço significativo, na medida em que não permitia que os efeitos do provimento atingissem terceiros que não fizessem parte do processo. Dentre as poucas vantagens do instituto, poderíamos apontar a possibilidade de dispensa do litisconsórcio necessário, quando o mesmo fosse inconveniente em virtude do número excessivo de demandantes, ocasião em que tal instituto era substituído pela ação coletiva.

Em 1912, a Suprema Corte Americana editou a regra 38, em substituição à regra 48. O novo dispositivo corrige a principal falha da regra 48, passando a permitir que os efeitos da sentença se estendam àqueles que não fizeram parte do processo. Todavia, as *class action* adquiriram importância com a regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, apontadas pela doutrina como o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. A regra 23 foi inicialmente proposta em 1938 e reformulada com seu perfil atual em 1966. Neste sentido, o posicionamento de Perin Júnior (1994, p. 49), em monografia sobre o tema:

A partir de 1938, com a *rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, este instrumento adquire uma função hoje considerada, conforme já mencionado, central e com contornos bem definidos no ordenamento dos Estados Unidos da América.

A *rule 23* (a) foi depois completamente reelaborada na emenda proposta e aprovada em 1966 pelo *Advisore Committee on Civil Rules*.

Registre-se que a regra 23, com seu perfil inicial de 1938, admitia três espécies de *class action*, a saber as autênticas (true class action), híbridas (hybrid) e espúrias (spurious). A classificação em questão tomava por base a natureza do interesse objeto da ação. A seguir, passaremos ao estudo da *rule 23*, já com as modificações de 1966, que lhe definiram o perfil atual.

3. A revisão da rule 23 (1966)

O diploma legal em questão regulamenta minuciosamente as *class actions* no direito americano. Desta forma, a *rule 23*, já com o perfil alterado pela emenda de 1966, trata de temas como os pressupostos do instituto em estudo, juízo de admissibilidade a respeito do processamento de uma ação sob a forma de *class action*, poderes do Tribunal na condução do processo, possibilidade de atos dispositivos das partes, legitimação, representação adequada, direito de exclusão do litigante individual e coisa julgada. Registre-se que o instituto, por seu aspecto inovador à época em que foi criado, não se viu livre de críticas contundentes. Neste sentido (DAM apud PERIN JUNIOR, 1994, p. 48):

Afirma ironicamente Dam que ‘para os defensores dos interesses dos consumidores, para os ambientalistas, para os maníacos por liberdade civil e para todos aqueles que gostariam de reformar a sociedade por meio dos Tribunais, a *rule 23* tornou-se uma nova carta constitucional’.

Passemos agora à análise do dispositivo legal americano.

3.1. Requisitos

O primeiro requisito para o processamento de uma demanda sob a forma de *class action* é a existência de uma classe identificável. Com efeito, a doutrina é bastante flexível no preenchimento de tal requisito. Desta forma, classe poderá ser delineada tão-somente por um conjunto de pessoas com um interesse comum. Basta pois que a definição de classe seja clara o bastante para que, ao proferir o provimento final, o Tribunal possa elencar com precisão os limites subjetivos do julgado. Não se exige a existência de uma relação jurídica base. Registre-se que o requisito acima transcrito é considerado como implícito, uma vez que não está contido expressamente no texto da regra 23.

No entanto, outros requisitos para o processamento de uma demanda sob a forma de *class action* são apontados de forma expressa pelo texto normativo. Com efeito, a regra 23 estabelece que a categoria ou classe deve ser numerosa a ponto de que a reunião de todos os seus membros torne inviável o litisconsórcio. Observa-se que não

é necessário que o litisconsórcio seja impossível, bastando que o mesmo apresente uma considerável dificuldade de processamento.

Justificando a existência do requisito em tela, Guerra (2000, p. 19) fornece exemplos em que a simples conferência do instrumento do mandato (procuração) torna inviável o ajuizamento de um litisconsórcio ativo multitudinário em substituição a uma demanda coletiva:

O litisconsórcio se verifica impraticável nos casos que envolvem lesões massivas, onde juntar em um único processo todos os interessados é tarefa bastante complexa. Por exemplo, cinco mil usuários de um serviço de transporte podem ter sofrido uma lesão comum e juntá-los no pólo ativo em um único processo traria dificuldades ao órgão jurisdicional na operacionalização processual. Uma primeira dificuldade estaria na simples conferência da procuração outorgada pelas partes a seus advogados. Ao magistrado cabe averiguar se aqueles que se encontram em um pólo da relação processual conferiram poderes específicos aos patronos da causa. Havendo um grande número de pessoas, só o tempo gasto na conferência da documentação é suficiente para acarretar a lentidão no processamento do feito.

Mendes (2002, p. 33) aponta ainda outros fatores diversos do número excessivo de demandantes que justificam o ajuizamento da *class action*:

Inúmeros fatores podem influenciar no sentido de tornar viável a reunião dos interessados. Dentre outros, podem ser apontados, e.g., a dispersão geográfica dos membros da classe, pois se estivessem espalhados por diversas regiões, será mais difícil, onerosa e inconveniente a reunião; o diminuto valor patrimonial da indenização ou do direito pretendido, individualmente considerado, tendo em vista que é da natureza humana confrontar os custos e benefícios para que decisões sejam tomadas, o que tornará mais improvável o ajuizamento de ações separadas, quando as pretensões representarem quantias pequenas ou irrisórias; a natureza e a complexidade das causas: determinadas lides estão relacionada com intrincadas questões técnicas, científicas ou jurídicas, desestimulando e encarecendo o ajuizamento de ações individuais, na medida em que profissionais qualificados e estudos prévios serão necessários; ou a própria mutabilidade dos integrantes do grupo. Portanto, o aspecto quantitativo deverá ser sempre sopesado em consonância com as demais circunstâncias do caso concreto, não sendo fundamental, deste modo, a estipulação arbitrária e isolada de limites numéricos.

Outro requisito de admissibilidade da *class action* constante do texto da regra 23 é a existência de questões de direito e de fato comuns ao grupo de litigantes. O texto normativo é expresso ao exigir apenas a identidade de uma ou mais questões de direito e de fato, não sendo obrigatória a coincidência de todas as questões. Ponto relevante a ser ressaltado diz respeito à circunstância de que a questão de direito ou de fato comum, chamada de *commonality*, deve se referir a um ponto relevante da causa.

A regra 23 exige ainda que os pedidos ou defesas dos representantes da classe sejam idênticos aos pedidos ou defesas das partes representadas pelos mesmos. Tal condição é conhecida como *typicality*. Conforme se infere do próprio nome dado ao instituto, o mesmo visa a constatar se tanto o pedido quanto a defesa formulados são típicos da classe representada. Tal ausência de tipicidade poderá redundar tanto na extinção como na divisão da causa, conforme ressalta Mendes (2002, p. 77), no caso *La Mar v. H & B. Novelty & Loan Co.* :

A falta de tipicidade pode ensejar a inadmissibilidade ou a subdivisão da ação de classe. No caso *La Mar v. H&B. Novelty & Loan Co.*, por exemplo, numa ação versando sobre agiotagem, a Corte de Apelação do 9º. Circuito determinou a formação de subclasses, porque as partes representativas só poderiam efetuar a defesa das vítimas que tivessem sido enganadas pelo mesmo agiota.

O quarto e último requisito expresso pelo texto da regra 23 diz respeito à verificação da proteção adequada pelo representante dos interesses da classe. Desta forma, o risco de ajuizamento de ações contrárias ao interesse da classe por um membro desta mesma classe é superado pela regra 23 através de um juízo de adequação da representação – *adequacy of representation* – formulado pelo Tribunal. Verificado que o autor da *class action* não representa de forma satisfatória os seus pares, o Tribunal poderá determinar a troca do autor por um outro representante de classe. Nesse sentido, Tucci (1990, p. 21):

Ora, quando isto não ocorrer, ou seja, quando não se vislumbrar adequada representação, o tribunal poderá, por certo, à luz da regra insculpida na alínea c (2), determinar a intervenção de um outro integrante da classe mais idôneo, e assistido por advogado, a fim de que o pressuposto da *adequacy of representation* seja satisfatoriamente preenchido.

A relevância de um juízo correto de *adequacy of representation* se deve à circunstância de que o processo coletivo norte-americano possibilita a defesa de interesses de terceiros, independentemente de qualquer autorização deles. Destarte, devido à

própria ausência do titular do direito na demanda coletiva, é de curial importância a verificação do zelo do representante na proteção de interesses alheios. Gize-se que o requisito em questão se presta ainda a evitar conluios entre o representante da classe e a parte contrária. Os critérios a serem utilizados pelo julgador ao apreciar a *adequacy of representation* são devidamente elencados pela doutrina abalizada de Mendes (2002, p. 82):

Na apreciação do requisito, os tribunais costumam aferir vários fatores. Mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação, importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse.

Importante ainda observar que a *adequacy of representation* abrange não só as partes como também implica necessariamente verdadeira correção sobre a competência do advogado e de seu zelo para com a causa. Igual posicionamento é defendido por Wagner Junior (2003, p. 60):

É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquela da class. Neste particular, a Corte deverá examinar a sua bone fides e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações destas espécies.

A ausência de representação adequada pode ainda ser apontada pela própria parte contrária ao interesse defendido pelo representante. Tal assertiva, a princípio contraditória, pode ser explicada pelo fato de ter a parte contrária interesse em um pronunciamento de mérito sobre a improcedência do pedido, que vinculasse toda a classe. Com efeito, caso a inexistência da *adequacy of representation* só fosse verificada em momento posterior à prolação da sentença, esta última seria inócua em relação àqueles que não se viram representados de forma adequada. Desta forma, a parte contrária àquela que se viu representada de forma inadequada teria empreendido tempo e esforços em vão, uma vez que o julgado, mesmo que lhe fosse favorável, nenhum efeito produziria em relação àquele que foi representado de forma inadequada.

3.2. Espécies de *Class Action*

3.2.1. *Class Action* baseada na incompatibilidade de conduta para a parte contrária (*Incompatible standards*)

Alguns conflitos de interesses necessariamente devem ser julgados pelo mesmo órgão jurisdicional, sob pena de que as decisões conflitantes se tornem praticamente impossíveis de serem cumpridas. Com efeito, não se afigura razoável que duas ações ajuizadas por vizinhos e que versem, v.g., sobre a perturbação da tranqüilidade causada pela ruidosa atividade de uma fábrica, em área de intensa concentração urbana, sejam decididas por órgãos jurisdicionais diversos. No caso em tela, há sério risco de que as sentenças sejam contraditórias a ponto de que uma determine o fechamento do empreendimento enquanto a outra julgue improcedente o pedido, por entender que a fábrica em questão não exerce qualquer atividade ruidosa.

3.2.2. *Limited Fund Class Action*

A segunda espécie de *class action* diz respeito àquelas ações em que o julgamento proferido em benefício de determinados membros da classe pode prejudicar os outros integrantes desta mesma classe que não integrem o processo coletivo. Dentre os exemplos fornecidos pela doutrina, podemos destacar a hipótese em que a quantia pretendida por determinados membros da classe pertence a um fundo comum, cujo montante será exaurido em hipótese de procedência do pedido, circunstância que prejudicaria os membros da classe que não fazem parte da relação processual, mesmo porque, o crédito deles não seria viabilizado devido à ausência de recursos do fundo.

3.2.3. *Rule 23(b)(2)*

A regra 23(b)(2) estabelece uma nova modalidade de *class action* para os casos em que a parte contrária à classe pratica atos ou se abstém de praticá-los de forma lesiva à classe. Ressalta-se, todavia, que a presente modalidade de *class action* só é aplicável aos casos em que se pretenda uma condenação de fazer ou não fazer ou uma sentença declaratória, não se podendo afirmar que a categoria em questão se preste à obtenção de indenizações exclusivamente pecuniárias. Mendes (2002, p. 88) observa que tal modalidade de *class action* se presta, na maioria das vezes, para a defesa de direitos civis e fundamentais:

A maioria dos processos instaurados nesta categoria refere-se a litígios relacionados com direitos civis (civil rights) ou com base em outros direitos fundamentais de natureza constitucional, embora o tipo não seja cabível apenas nestas hipóteses.

3.2.4. *Class action* em virtude de questões comuns

Conforme enuncia o próprio título deste tópico, a presente espécie de ação de classe será admitida quando as questões de direito e de fato comuns aos integrantes da classe forem predominantes se comparadas às questões individuais. Trata-se de um juízo de conveniência que visa a constatar se o ajuizamento da ação coletiva se apresenta como a forma mais adequada à justa composição do conflito.

A avaliação do cabimento de tal espécie de *class action* deverá levar em conta os interesses dos integrantes do grupo em controlar e acompanhar individualmente o desenrolar do procedimento, a extensão e natureza do litígio, a conveniência da concentração da demanda em um único órgão jurisdicional e as dificuldades de processamento da ação de classe.

No que diz respeito aos critérios acima mencionados para a admissibilidade da espécie de *class action* em comento, a hipótese mais polêmica é a da possibilidade de processamento sob a forma de *class action* nos casos de responsabilidade civil por danos causados a um número massivo de pessoas. Tais casos são conhecidos como *mass torts*. Inicialmente, a jurisprudência norte-americana entendeu pela inadmissibilidade de tais ações de classe, sob o argumento de que questões significativas como o montante de cada indenização, responsabilidade no que diz respeito a cada um dos ofendidos e até mesmo as defesas apresentadas, tendem a ser diversas. No entanto, a partir da década de 80, tal posicionamento vem se alterando a ponto de Mendes (2002, p. 93) apontar sucessivas decisões em que houve o julgamento de procedência do pedido das chamadas *mass torts actions*, dentre as quais se destaca a ação ajuizada coletivamente por combatentes atingidos pelo agente *orange* no Vietnam:

Nos tribunais, podem ser mencionados, como ilustrativos da nova posição, os casos *Jenkins v. Raymark Industries*, versando sobre danos pessoais causados pelo amianto (asbesto); In re 'Agent Orange' Product Liability Litigation, no qual ex-combatentes no Vietnam, bem como suas esposas, pais e filhos, pediam indenizações pelos prejuízos decorrentes da exposição ao agente esfoliante, tendo o governo americano alegado que estaria imune à responsabilidade, na medida em que a arregimentação ocorrera em razão da atividade militar, o que acabou sendo uma questão comum central; *Biechele v. Norfolk and Western Railway Company*, por danos causados pela poluição proveniente de poeira de carvão aos habitantes de região próxima à mina.

Observa-se que, no caso do agente *Orange*, embora admitida o processamento inicial da lide sob a forma de *class action*, a quantificação do dano causada a cada um dos

ex-combatentes foi detalhada em ações individuais, respeitando-se as peculiaridades de cada caso. Para Tucci (1990, p. 30):

A Suprema Corte dos Estados Unidos, a despeito de ter deferido o processamento da demanda em forma de *class* no tocante à existência e à natureza dos danos resultantes daquele elemento tóxico, que consubstanciava na questão comum, rejeitou o pedido em relação à quantificação do (eventual) dano, com base no permissivo da alínea c (4) (A) da Regra 23, entendendo que essa parte da lide deveria constituir objeto de demandas individualizadas.

3.3. Poderes do Órgão Julgador

Prevê ainda a regra 23 que, após o ajuizamento, o Tribunal deverá decidir se a demanda poderá ser processada sob a forma de *class action*. Igual entendimento é esposado por Guerra (2000, p. 25): “O magistrado tem o poder legal para verificar, no caso concreto, se a *class action* é o instrumento processual mais adequado para viabilizar a solução da lide coletiva”.

Interessante observar que a decisão que admite o processamento de uma ação sob a forma de *class action* é revogável a qualquer tempo, não fornecendo a Regra 23 qualquer critério objetivo para eventual alteração da decisão em questão. Ainda por ocasião da análise da admissibilidade da *class action*, o Tribunal poderá não só traçar os limites da demanda, como também cindi-la. No mesmo sentido Tucci (1990, p. 22): “Poderá, outrossim, a teor da alínea c (4) (A) e (B), delimitar o objeto da demanda, ou mesmo cindi-la em mais de uma *class action*”. De igual forma caberá ao Tribunal autorizar a prática de atos dispositivos, tais como a transação e renúncia.

Insere-se ainda na esfera de poderes do Tribunal determinar a notificação dos integrantes da classe que não integrem a demanda. Devido a dificuldades ligadas ao número excessivo de integrantes da classe, em determinados casos, é dispensada a exigência de notificação pessoal dos integrantes da classe. A doutrina enumera o seguinte exemplo, em que a notificação se estendeu apenas a parte dos integrantes (*fair notice*):

No precedente *Richland v. Cheatham*, por outro lado, em razão do elevadíssimo número de integrantes da categoria, a corte permitiu que a notificação fosse feita pelo correio, sobretudo para conceder-lhes uma ‘chance to avoid being bound by the judgement’.

Já no caso *Booth v. General Dynamics Corp.*, no qual o demandante demonstrou a desproporcional despesa que seria

necessária com as notificações de todos os contribuintes que estavam na mesma situação, autorizou-se a feitura destas por edital, uma vez que a corte entendeu constituir mais do que razoável esforço a identificação pessoal de todos os interessados. (TUCCI, 1990, p. 25).

Campos (1995, p. 88) manifesta-se não só sobre a possibilidade de notificação pessoal de apenas alguns dos integrantes do grupo, como também pela viabilidade de se determinar o pagamento das custas da notificação em tela pelo demandado:

Diante deste aspecto, ou seja, a citação individual representar um obstáculo, surgiu a tendência dos Tribunais de, se muito dispendiosa esta citação, aceitar que a mesma se fizesse através de jornais, ou ainda determinar que o demandado pagasse parte destas despesas.

Por fim, segundo a regra 23, caberá ainda ao Tribunal evitar dilações indevidas, tanto no que diz respeito à produção de provas desnecessárias, como no tocante ao abuso do direito de defesa. Salienta-se que é justamente com base neste poder/dever do Tribunal, expressamente previsto na regra 23, que a jurisprudência norte-americana entende cabível a notificação de alguns integrantes da classe por outras maneiras que não a pessoal.

3.4. *Right to opt out*

Uma vez admitido o processamento sob a forma de *class action*, aqueles integrantes da classe que não façam parte da ação coletiva deverão ser notificados sobre o andamento desta última. Tão logo cientificados, os litigantes individuais poderão optar por requerer a exclusão do processo, exercendo seu *right to opt out*. Caso não formulem pedido de exclusão, fica franqueada aos integrantes da classe a possibilidade de intervirem no processo. Registre-se que aqueles que não exercerem o *right to opt out* encontram-se vinculados aos efeitos da sentença, bem como pelos abrangidos pelos limites subjetivos da coisa julgada. No mesmo sentido o pensamento esposado por Guerra (2000, p. 18):

A class action é uma ação exercida por um ou mais membros de um grande grupo. Se a corte admitir a ação de classe, todos os membros devem ter ciência da ação assim como devem ter garantida a oportunidade para requerer exclusão do feito, se for esta a sua vontade. A decisão alcançará todos os membros da classe que não tiverem requerido a exclusão, mesmo que esta seja desfavorável.

Cumprir observar que, de início, parte da doutrina entendeu ter havido ofensa ao princípio do devido processo legal, com a formação de coisa julgada extensiva a integrantes da classe que não fizessem parte da relação processual. Todavia, em uma segunda análise, a doutrina passou a entender que o direito de ser informado do andamento da demanda propiciava ao integrante da parte um amplo controle da atuação de seu representante na *class action*, o que eliminava a possibilidade de ofensa ao *due process of law*:

E é bem de ver, ainda, que, por força do disposto na alínea c (2), os integrantes do grupo têm o direito de ser informados (notice) do ajuizamento da *class action*: a notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias.

Essa exigência legal, que não vinha prevista na redação original da Regra 23, foi inserida porque o Comitê Consultivo das Normas Civis invocou expressamente o precedente *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, no qual se decidiu cientificar todos os integrantes da classe para satisfazer a garantia do *due process*.

Propicia-se, então, oportunidade de amplo controle à atuação dos litigantes-representativos, podendo, inclusive, haver intervenção de um integrante de classe, desde que o tribunal entenda que o interveniente possa trazer subsídios para a perfeita delimitação do interesse do grupo (TUCCI, 1990, p. 24).

Some-se a isso que, não obstante à existência da obrigatoriedade da notificação (não necessariamente pessoal), restava ainda ao integrante da classe não representado no processo o exercício do direito em comento (*right to opt out*), o qual impedia que os efeitos do julgado o alcançassem. Destarte, não há que se falar em ofensa ao Devido Processo legal.

3.5. Renúncia ou transação

Devido à natureza dos interesses em conflito, a regra 23 dispõe que qualquer ato dispositivo só poderá ser realizado com autorização do Tribunal. Determina ainda o dispositivo legal em questão que, havendo renúncia ou transação, o Tribunal deverá dispor sobre a notificação dos membros da classe a respeito de tais fatos. Cabe ao magistrado, ao homologar os acordos, preservar os interesses dos membros de classe ausentes. Igual posicionamento é sustentado por Leonel (2002, p. 77):

O juiz pode aprovar ou não o acordo, procurando preservar a melhor solução para a demanda, mais adequada aos interesses

dos membros da classe. Deverá inclusive assegurar a notice aos membros ausentes, para que se manifestem a respeito da transação ou possam exercer o opt out, para não ficarem vinculados ao acordo (binding effect).

3.6. Legitimação

O direito norte-americano é extremamente flexível no que diz respeito à legitimação para agir na *class action*. Ao contrário do ordenamento legal brasileiro a respeito da ação civil pública, o qual enumera taxativamente quais os legitimados para propositura da demanda, a regra 23 concede a qualquer membro da classe legitimidade para propositura da *class action*. A parte autora sequer necessita da autorização dos demais membros da classe para ajuizar o pedido.

Gize-se a semelhança da legitimação ativa da *class action* e da ação popular, uma vez que, em ambas as hipóteses, o autor defende interesses próprios e alheios, de forma simultânea. Tal flexibilidade, no que diz respeito à legitimação ativa da *class action*, é evidenciada pela doutrina:

Assim, a legitimação ativa ou passiva para defender em juízo os integrantes da categoria é outorgada a qualquer integrante, desde que titular de uma posição juridicamente idêntica aos demais (TUCCI, 1990, p. 21).

3.7. Limites subjetivos da coisa julgada

A sentença proferida em uma *class action* produzirá efeitos perante todos os integrantes da classe, à exceção daqueles que fizerem uso de seu direito de exclusão (*right to opt out*), instituto já comentado ao longo deste trabalho. Caberá, no entanto, ao Tribunal declarar, no ato da sentença, quais são os integrantes do grupo abrangidos pelos efeitos de sua decisão.

Reitera-se a inexistência de qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal, em virtude da formação de coisa julgada perante aqueles integrantes da classe que não compuseram a lide. Conforme já ressaltado, a notificação do integrante da classe permite ao mesmo tempo acompanhar a demanda e verificar a adequação da representação, como também, se preferir, exercer o seu direito de exclusão. Registre-se, por fim, que, ao contrário do que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, não há o fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*, de acordo com o qual não haveria *coisa julgada* em ações coletivas julgadas improcedentes por insuficiência de provas.

4. Conclusão

Percebe-se, pelo exame das disposições supra, que a *class action* apresenta alguns traços peculiares que propiciam uma correta definição e compreensão do instituto em apreço. O primeiro traço distintivo das *class actions* pode ser representado por sua legitimidade ativa, a qual é outorgada a qualquer membro da classe, independentemente da existência de uma relação jurídica base formalizada.

Ainda no que diz respeito à legitimidade, chama atenção a total desnecessidade de outorga de procuração a esse membro da classe ou grupo para litigar em nome alheio. Conforme já salientado, tal circunstância não afrontaria o Princípio do Devido Processo Legal, uma vez que ao integrante da classe é garantido o direito de ser notificado a respeito do andamento processual, ocasião em que tanto pode requerer sua exclusão, como acompanhar o patrocínio da causa pelo representante.

Outro tópico a ser ressaltado diz respeito aos amplos poderes conferidos ao órgão jurisdicional, ao qual compete não só homologar ou não os atos dispositivos, como também verificar o zelo com que o representante da classe desempenha sua função, podendo até mesmo substituí-lo, se verificada a inexistência da *adequacy of representation*.

Peculiaridade que também merece ser ressaltada diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada, os quais serão definidos somente por ocasião da prolação de sentença. Na oportunidade, o Tribunal discriminará quem são os integrantes da classe e, via de consequência, quem será atingido pelos efeitos do julgado.

Por fim, representa ainda traço distintivo do instituto em apreço o chamado *right to opt out*, prerrogativa que permite ao integrante devidamente notificado o exercício de seu direito de não ser atingido pelos efeitos do julgado na ação coletiva.

5. Referências bibliográficas

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

GUERRA, Isabela Franco. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos Relevantes da Tutela Coletiva do Consumidor no Direito Italiano em face do Direito Comunitário Eutorpeu. Class Actions Norte-Americanas e a Experiência Brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.10, n. 38. p. 49-50, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class Action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. Saraiva: São Paulo, 1990.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A Ação Civil Pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.