

AS CLASS ACTIONS NORTE-AMERICANAS E AS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS: PONTOS PARA UMA REFLEXÃO CONJUNTA *

Cassio Scarpinella Bueno

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. ‘Class Actions’: linhas gerais; 2.1. Pressupostos fáticos das ‘class actions’; 2.2. Representatividade adequada e coisa julgada; 2.2.1. Publicidade; 2.3. A certificação das ‘class actions’; 2.4. Execução: ‘fluid class recovery’; 2.5. Acordos e transações; 3. Pontos de reflexão e debate para o direito positivo brasileiro; 3.1. Constatações no cenário jurídico nacional: algumas palavras sobre o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade; 3.1.1. A representatividade adequada e a coisa julgada no mandado de segurança coletivo: análise de um caso julgado; 3.1.2. A representatividade adequada e a coisa julgada nas ações diretas de inconstitucionalidade; 3.2. As opções legislativas das ações coletivas brasileiras: considerações críticas; 3.2.1. A presunção da representatividade adequada ; 3.2.2. As hipóteses de cabimento das ações coletivas; 3.2.3. A transação nas ações coletivas do direito brasileiro; 3.2.4. O papel do juiz nas ações coletivas; 4. Considerações finais; Anexo (Rule 23) ; Bibliografia.

1. Introdução

O que se pretende nestas poucas linhas não é doutrinar o leitor a respeito do que sejam e para que servem as *class actions*. Muito menos pretende-se esgotar (ou, ao menos, aventar), todas as discussões que, sobre o tema, poderiam ser postas e, ao que consta, dominam a doutrina norte-americana.

A única pretensão - e, como toda pretensão, está sujeita à contrariedade de seus destinatários - é a de traçar as linhas mestras do sistema das ações coletivas americanas, tais como postas na *Federal Rule 23* com a redação mais atual e, a partir desta premissa, indicar alguns pontos de reflexão a respeito da sistemática das ações coletivas brasileiras, com especial destaque à Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985), às ações previstas no Código do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1991), ao mandado de segurança coletivo constitucionalmente assegurado, em especial, a figura do art. 5.º, inc. LXX, alin. *b*, da

*. Publicado originalmente na *Revista de Processo*, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92-151.

Constituição Federal, e à ação direta de inconstitucionalidade, com destaque à previsão do art. 103, inc. IX, da Lei Maior.

O grande norte deste trabalho pode ser colhido no gênio de Arruda Alvim, quando, firme nos escólios de Tullio Ascarelli, anota que a "*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*"¹.

Não será aqui, portanto, que o leitor encontrará vasto material de doutrina e jurisprudência para dissecar o direito processual americano. Tampouco será aqui o lugar de exposição do funcionamento das ações coletivas do sistema brasileiro. A preocupação destas linhas é apresentar uma proposta de sistematização para uma reflexão mais ampla sobre as ações coletivas do direito brasileiro, visando, precipuamente, à sua concreta efetividade no cotidiano forense.

2. 'Class actions': linhas gerais

2.1. Pressupostos fáticos das 'class actions'

A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado-juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. Há precedentes jurisprudenciais onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como *class action*².

Com efeito, em se tratando de *class action*, somente o autor (indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos) deve preencher os requisitos da competência jurisdicional.

As *class actions*, narra a doutrina norte-americana, têm sua origem no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, procedimento no qual era possível propor uma ação ou sofrer

¹ José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1990, p. 37.

² Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, St. Paul, West Publishing Co., 1985, p. 728, nota 16.

uma ação por intermédio de partes representativas (*representative parties*). Seus requisitos assemelhavam-se aos da atual *class action*, porquanto tinham cabida quando o número de pessoas envolvidas no litígio era muito grande, de forma a inibir sua reunião, quando os membros deste grupo compartilhavam entre si um interesse comum na questão a ser julgada e, finalmente, quando as partes nomeadas eram representantes adequadas dos interesses daqueles que não figuravam, pessoalmente, no processo. Reunidas, cumulativamente, todas estas exigências, o julgamento da ação seria obrigatório para todos os membros do grupo, tivessem, ou não, participado diretamente da relação processual³.

Narra Michele Taruffo que o próximo passo dado no ordenamento jurídico estadunidense para o desenvolvimento das *class actions* foi a *Federal Equity Rule* 38 de 1912, que forneceu a primeira definição normativa daquelas ações pela indicação de seus requisitos essenciais: inviabilidade da participação de todos os membros da classe no processo; adequada representatividade daquele membro da classe que participa diretamente da relação processual; presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros da classe, que, por seu turno, é formada, do ponto de vista substancial, por todos aqueles sujeitos aos quais a questão pode ser considerada comum⁴.

Passado aquele período, as *class actions* do direito norte-americano passaram a ser reguladas pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, editadas no ano de 1938⁵. A principal preocupação de então era descrever quando se verificava a hipótese de cabimento de uma *class action*. As ações eram classificadas com base em critério que levava em conta a natureza da afirmação de direito (*character of the right*). As categorias então vigentes são resumidas por Cound, Friedenthal, Miller e Sexton da seguinte forma: "A so-called 'true' class action was involved when the class members possessed joint and common interests in the subject matter of the action; a 'hybrid' class action was present when several claims to the same property were being litigated; and what was described as a 'spurious' class action existed when persons possessing independent interests joined together in the suit"⁶.

³ John J. Cound, Jack H. Friedenthal, Arthur R. Miller e John E. Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, St. Paul, West Publishing Co., 5ª. ed., 1989, p. 656. Ainda, cf. Vincenzo Vigoriti, *Interessi Collettivi e Processo - La Legittimazione ad Agire*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 261/262.

⁴ Michele Taruffo, "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 1, 1969, Padova, CEDAM, p. 619.

⁵ "Devido à autorização legal do Congresso em 1934, a Corte Suprema adaptou em 1938 as 'Regras Federais de Processo Civil', unificando o direito comum e a equidade, realizando o mais avançado e moderno sistema de prática em Códigos de Processo. O Código, conforme seu imediato sucesso, é ainda hoje o modelo de formas processuais" (...) "... o sistema codificado foi adotado por 32 Estados, bem como estão em vigor nas cortes federais as mencionadas regras federais de processo. Os Estados remanescentes foram classificados como tendo inclinações para o sistema codificado, ou, simplesmente, como continuando com o processo de direito comum" (Luiz Kubinszky, "A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress)", *Revista de Processo*, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 153/154.

⁶ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 657.

A classificação em uma ou outra espécie de *class action* era de relevo diante da diferenciação de seus respectivos regimes jurídicos, com destaque às diferentes espécies de provimento jurisdicional que poderiam ser solicitadas e às sentenças que teriam efeitos vinculantes para todos os membros da classe. Esta distinção foi equacionada por José Rogério Cruz e Tucci da seguinte forma: "*Antes da reforma de 1966, a Regra 23, como visto, ensejava uma tríplice distinção das class actions, dependendo do character of the right deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (binding effect) em cada uma das espécies então concebidas. 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: 'bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit'. Por outro lado, na hipótese de spurious class action - quando os direitos dos componentes eram distintos (several), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme -, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as class actions, a sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: 'bound only the parties before the court'*"⁷.

Considerando a dificuldade prática de aplicação daquelas ações coletivas nos moldes previstos na legislação federal dos Estados Unidos, tendo em vista, especificamente, que, "*in practice, the terms 'joint', 'common', etc. which were used as the basis of the Rule 23 classification proved obscure and uncertain. Nor did the Rule provide an adequate guide to the proper extent of the judgments in class actions. First, we find instances of the courts classifying actions as 'true' or intimating that the judgments would be decisive for the class where these results seemed appropriate but where reached by dint of depriving the word 'several' of coherent meaning. Second, we find cases classified by the courts as 'spurious' in which, on a realistic view, it would seem fitting for the judgments to extend class*"⁸, foi decidida a alteração daquele diploma. Atualmente o diploma legal - de cunho federal - que disciplina as *class actions* é a mesma *Rule 23* mas com a redação que lhe foi dada em 1966⁹.

⁷ '*Class Action*' e Mandado de Segurança Coletivo, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 26. V., também, Taruffo, "I limiti soggettivi del giudicato", cit., pp. 622/627.

⁸ "Notes on Amendments to Federal Rule 23 and Comparative State Provision", alínea *a*, em *Civil Procedure Supplement*, organizado por John J. Cound, Jack H. Friedenthal, Arthur R. Miller e John E. Sexton, St. Paul, West Publishing Co., 1990, pp. 70/71.

⁹ As dificuldades sentidas pela experiência jurídica norte-americana neste particular foram mencionadas por Ada Pellegrini Grinover, com base em pesquisa bastante ampla, realizada por Taruffo ("A 'Class Action' Brasileira" em *Livro de Estudos Jurídicos*, vol. 2, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, obra coletiva sob a coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, p. 23). O texto foi vertido para o espanhol por Francisco Mendes e publicado na *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, ano XXXIII, nº. 53, pp. 129/135.

As características principais deste diploma são as seguintes:

A classe tem de ser extensa o suficiente de modo a impossibilitar, ou, ao menos, não ser conveniente, a reunião de todos seus membros individualmente considerados em um só processo. As questões a serem postas perante a Corte têm que ser comuns, é dizer: deverão ser questões de direito ou de fato comuns para toda a classe. O autor (ou os autores) das *class actions* tem que demonstrar que é representante típico da classe. O objeto da ação ou da defesa - a *class* pode figurar, de acordo com o sistema norte-americano, também no pólo passivo da relação jurídica processual - tem que ser típico, característico, da classe.

A *Federal Rule 23*, com a redação mais recente, exige, ainda, que a situação fática cuja tutela se busca seja, cumulativamente, uma das hipóteses que arrola nos três itens de sua *subdivision* (b). Reunidas as condições que indica, a ação poderá ser recebida e processada como *class action*.

Portanto, além dos *prerequisites* que elenca na *subdivision* anterior (a) e anotados nos parágrafos precedentes, há necessidade, para uma primeira hipótese, de que as ações propostas pelos (ou em face dos) indivíduos considerados enquanto tais, possam dar ensejo a situações juridicamente indesejáveis. Assim, se diversas ações propostas individualmente pelos (ou em face dos) indivíduos, que poderiam ser reunidos e tratados como uma *class* para fins processuais, criarem o risco de decisões inconsistentes, dando ensejo à definição de padrões incompatíveis de conduta à parte oposta à da *class* ou, ainda, se a ação individual de um só dos membros pudesse causar prejuízos aos interesses de outros membros da classe não envolvidos em ações também individuais, terá lugar a promoção de uma *class action*.

Os exemplos que podem ser colhidos na doutrina para esta primeira hipótese de cabimento de *class action* (item (b)(1) da *Rule 23*) são os seguintes: para o casos *sub* (b)(1)(A), seja imaginada a hipótese de diversos contribuintes voltarem-se contra determinada exação fiscal. Alguns, entretanto, sustentam a tese da anulação integral do lançamento (entre nós, ilustrativamente, porque não foi obedecido o princípio da anterioridade), enquanto que, outros, defendem a idéia de que a antijuridicidade da exação decorre de seu valor elevado (alíquotas majoradas sem prévia permissão legal). Segundo a concepção americana, a diversidade destas situações fáticas dão margem ao Estado, em algumas ações individuais, a se ver obrigado a não lançar o imposto, enquanto que, em outros casos, o lançamento poder ser feito, desde que com o valor tido como correto (a menor). Como a Administração Pública deve se comportar diante de dois comandos completamente díspares? Para evitar a situação de incompatibilidade de condutas, é possível - desde que, concorrentemente, estejam preenchidos os requisitos apontados no item (a) da Lei americana em foco -, que a Corte entenda ser o caso de uma *class action*, dando tratamento idêntico a todos aqueles que estejam (ou que possam ser) postos na mesma situação fática e jurídica (item (a)(2) da precitada *Rule*), aqui, ser contribuinte daquele tributo. Por outras palavras, a partir da propositura de uma ação individual, ocorrentes os pressupostos exigidos pela lei, é possível que o juiz americano receba e determine o

prosseguimento daquela ação como ação coletiva, onde, analisados todos os argumentos que poderiam ser apresentados pela *class*, a decisão será vinculante para todos, positiva ou negativa. Este momento processual é analisado a parte pela doutrina norte-americana, pelo que, para seu tratamento, está reservado o item 2.3. abaixo.

Parece que pode ser afirmado, neste contexto, que o vetor da *igualdade* justifica este tratamento da ação como coletiva: com uma penada, estará definida qual a situação normativa que deve ser a prevalecente. Desde que preenchidas as condições do regular processamento da *class action*, todos aqueles que participem, direta ou indiretamente (por meio do *representative*), da relação processual serão afetados pelo quanto decidido. Como sustentar, sem receio de violar aquele verdadeiro pilar do Estado de Direito, que determinadas situações não estejam sujeitas ao pagamento de certo tributo, enquanto que outras - que não tragam em si qualquer fator de *discrimen* que justifique tratamento diverso¹⁰ - devam sujeitar-se àquela mesma exação, independentemente do montante monetário?

Exemplo para a hipótese consagrada no caso de *class actions* com base no dispositivo (b)(1)(B) da *Federal Rule 23*, remonta às questões levantadas por Liebman quando da análise das *ações concorrentes*, isto é, aqueles casos em que há pluralidade de partes para impugnação de um mesmo ato jurídico, sendo irrelevante a participação de todos para a validade (existência) da relação processual, porque a hipótese não reclama litisconsórcio definível como necessário¹¹. Imagine-se o caso de um acionista pretender evitar a realização de assembleia de uma dada sociedade anônima. Desde que sua pretensão não seja acolhida, os *efeitos* da sentença de rejeição serão sentidos por todos os demais acionistas, mesmo por aqueles que não se dirigiram ao Poder Judiciário. Defendia Liebman, em continuação, que a procedência da ação extinguiria todas as outras ações, com mesmo objeto, propostas pelos demais acionistas diante do exaurimento dos respectivos interesses (jurídico) de agir¹².

Para evitar o problema - e, ao menos entre aqueles países da *civil law*, as críticas sempre feitas à possibilidade de se ter a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*¹³ -, aquela ação do primeiro acionista poderia ser recebida como uma *class action*. Fosse assim e a decisão seria vinculante a todos aqueles que, individualmente, poderiam ter agido em juízo contra aquele mesmo ato. A doutrina norte-americana não deixa de apontar, entretanto, que o recebimento pela Corte desta ação como uma *class action* - o papel do juiz nestes casos é decisivo, como será visto adiante - obedece a razões de conveniência e a razões práticas.

¹⁰ A propósito do tema, imprescindível a consulta às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, Malheiros, 3ª. ed., 1993.

¹¹ Enrico Tullio Liebman, "Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato" em *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas para o direito vigente de Ada Pellegrini Grinover), Rio de Janeiro, Forense, 3ª. ed., 1984, pp. 229/237.

¹² Enrico Tullio Liebman, "Ações concorrentes" em op. cit., p. 225.

¹³ Cf., entre tantos, Vigoritti, op. cit., pp. 111/112 e notas respectivas. Ao que consta, inclusive, a reforma de 1966 não deixou de considerar a possibilidade, ou não, de inclusão, no regime das *class actions*, da coisa julgada *secundum eventum litis*. A notícia é dada por Vigoritti, op. cit., p. 282, nota 52.

A segunda situação fática que deve concorrer, além dos requisitos elencados na *Federal Rule 23(a)(1)(2)(3)(4)*, para que seja possível a instauração de uma *class action* relaciona-se com aquelas hipóteses em que a parte oposta à classe tenha atuado ou tenha se recusado a atuar de acordo com padrões geralmente aplicáveis para toda a classe. Relaciona-se a espécie com ações envolvendo os *civil rights*, pelo que o pedido a ser formulado deve ser cunho injuntivo ou seu respectivo declaratório, em benefício de toda a classe (*Rule 23, (b)(2)*). Este *injunctive relief* referido pela lei nada mais é que "*una sentenza che ordina al convenuto di compiere un certo atto o una serie di atti, o di astenersene, ed è distinta dalla condanna al risarcimento del danno*"¹⁴. E sua importância capital, que o distingue dos demais provimentos jurisdicionais tradicionalmente conhecidos, é que "*l' 'injunction assume la forma di un ordine rivolto personalmente al convenuto. Per questa ragione si dice talvolta che il provvedimento opera in personam. La conseguenza concreta è che la mancata esecuzione di un' 'injunction può essere sanzionata come contempt of court, civile o penale. Quindi, (...) il contenuto può essere condannato ad una sanzione pecuniaria o alla detenzione, al fine di indurlo ad eseguirlo, ed analogamente può essere punito per aver disobbedito alla corte*"¹⁵.

Exemplo típico do caso de cabimento desta *suit* é a ação movida para inibir alegada discriminação racial, religiosa ou sexual, poluição ambiental, etc., ainda que não limitada para estas hipóteses. De qualquer sorte, adverte a doutrina norte-americana, estas *class actions* não admitem a formulação de pedido de cunho patrimonial, ao menos enquanto seja esta a tutela principal solicitada. "*However, the mere fact that the complaint requests an award of damages in addition to injunctive or declaratory relief does not defeat a Rule 23(b)(2) class action, as long as the damages sought are viewed as incidental*"¹⁶.

Não se pode deixar de anotar que, ao contrário do que se verifica na experiência processual brasileira, estas ações podem ser movidas, enquanto ações de cunho tipicamente *mandamental*, e que envolvem, muitas das vezes, as clássicas liberdades públicas, contra particulares¹⁷ e não somente contra o Estado, como é o caso de nosso mandado de segurança (CF, art. 5º., inc. LXIX).

Entre nós, ainda que se possa imaginar, como propõe Kazuo Watanabe, a promoção de ações civis públicas para finalidades similares e que podem assumir certa dose de *mandamentalidade*¹⁸, a obtenção de decisão meritória final (em que pese a possibilidade de concessão de liminares antecipatórias à luz do art. 12 do diploma legislativo respectivo) só será possível após a realização do denominado processo plenário, ligado intrinsecamente à

¹⁴ Geoffrey C. Hazard e Michele Taruffo, *La Giustizia Civile Negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 184.

¹⁵ Hazard e Taruffo, op. cit., p. 187.

¹⁶ Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., p. 734.

¹⁷ "*L' 'injunction può essere emanata in molti casi diversi, ed anche in cause tra parti private*" (Hazard e Taruffo, op. cit., p. 184).

¹⁸ Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1ª. ed., 1991, pp. 524/526.

ordinariedade¹⁹. A introdução no sistema positivo brasileiro da tendência do cabimento de ações mandamentais de procedimento abreviado contra atos dos particulares foi vetada pelo Presidente da República sob o fundamento de sua inconstitucionalidade quando da promulgação do Código do Consumidor (art. 85)²⁰. Atendendo aos reclamos da doutrina (como, de resto, a evolução da efetividade do processo) a possibilidade da propositura de ações nestes moldes contra os particulares passou, válida a notícia, a incorporar o texto da Constituição Argentina, com a reforma empreendida em 1994 (art. 43)²¹⁻²².

A última hipótese de situação fática a dar ensejo ao cabimento de uma *class action* é a prevista na *Rule 23(b)(3)*. É, como dá notícia a doutrina americana, a hipótese mais comum destas ações coletivas, sendo certo que este é o modelo importado para os artigos 91 a 100 do nosso Código do Consumidor. Para esta ação, há necessidade de que, caso a caso, a Corte identifique questões comuns de fato ou de direito para todos os membros da classe. Tais questões devem ser predominantes sobre quaisquer outras referentes a meros interesses individuais, considerados isoladamente. Ainda, a ação será cabível se a Corte acreditar ser a ação coletiva a melhor forma disponível para que se dê um julgamento eficiente para a controvérsia, de forma a se sobrepor ao julgamento de ações individuais. Trata-se, não há dúvidas, de típica aplicação do princípio da eficiência e da economia processuais encampado e tão encarecido pela *Rule 23*²³.

Para que seja possível à Corte exercer o controle quanto ao cabimento desta última hipótese de *class action* - *the so-called common question or damage class action* -, em especial no que se refere à pesquisa em torno de ser a ação coletiva o melhor meio de tutela para o caso e se as questões comuns à *class* são as predominantes, o dispositivo legal precitado indica quatro fatores, *non-exhaustive*, que deverão ser considerados: (i) análise de qual é o interesse dos membros da classe em proporem ou se defenderem em ações individuais; (ii) a extensão e a natureza de litígios, já iniciados ou não, pelos sujeitos que poderiam dar ensejo à formação de uma *class*, ou em face dos mesmos; (iii) a conveniência de concentrar o litígio perante um só juízo, que seja apto para resolução da controvérsia, implicando que tal medida minimize a potencialidade de duplicação de esforços (economia processual) , bem como, a possibilidade de

¹⁹ Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. III. Porto Alegre, Fabris, 1993, p. 15 e ss.

²⁰ Sobre o tema, cf. Kazuo Watanabe, op. cit., pp. 530/532.

²¹ "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

²² Com efeito, a doutrina argentina já atentava à necessidade da extensão do uso da *acción de amparo* contra atos emanados dos particulares. Cf., por exemplo, Roberto O. Berizonce, "La Tutela Procesal de los Derechos en Argentina", em *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993 (obra coletiva sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira), p. 128.

²³ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., pp. 666/667.

decisões contraditórias (segurança jurídica)²⁴; (iv) as dificuldades de ser administrada ou gerenciada a ação na forma de *class action*. Como decidido pela Suprema Corte Americana, questões do tipo quantos membros poderão intervir no processo para participarem da ação, ou a onerosidade da *fair notice* exigida pela *Rule 23(c)(2)* não devem afetar esta decisão quanto ao gerenciamento da classe (cf. item 2.2.1., *infra*)²⁵.

Este terceiro caso em que a *class action* é possível (é conveniente), volta-se, assim, para aquelas hipóteses em que os valores envolvidos considerados individualmente não justificariam a propositura de ações individuais. Refere-se diretamente àquelas hipóteses de violação em massa de direitos, tão típicas da sociedade atual. Esta lição, aliás, é encontrada entre os doutrinadores brasileiros para introduzir as noções de ações de classe, em específico aquelas previstas no Código do Consumidor.

2.2. Representatividade adequada e coisa julgada

Vincenzo Vigoriti, ao analisar os riquíssimos problemas que a *Rule 23* coloca para o intérprete, asseverou que dois pontos são centrais na disciplina das *class actions* do direito norte-americano: "*quello dell'identificazione della class, a cui è diretta la c.d. defining function del giudice, e quello del controllo delle effettive capacità dei class representatives*"²⁶. Diante desta sua constatação, prossegue afirmando que "*si tratta di due problemi fra loro strettamente collegati perché la sentenza che pronuncia sull'azione di classe spiegherà i suoi effetti nei confronti di tutti i componenti di questa, così come questa risulta 'definita' da giudice; a sua volta l'adequacy of representation garantita all'interesse collettivo dai suoi portatori (class representatives) è condizione necessaria e sufficiente perché la sentenza possa vincolare tutti i componenti della class, indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio*"²⁷.

Diante desta observação, parece não só possível, mas necessário, que as questões envolvidas da legitimidade para agir e da coisa julgada, no caso particular destas ações coletivas concebidas pelo legislador estadunidense, sejam analisadas em conjunto.

A dificuldade da questão atinente ao preenchimento de quem é o ideal *representative* da classe incrementa-se quando se constata que o regime das *class actions* americanas não admite - ao contrário do que ocorre nas ações coletivas brasileiras - a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, é dizer: somente se cogita, entre nós, de coisa julgada nas ações coletivas naquelas hipóteses em que os membros ausentes da classe são beneficiados com a decisão judicial.

²⁴ Cf. Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., pp. 736/737.

²⁵ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 667.

²⁶ *La Legittimazione ad Agire*, cit., p. 266. No mesmo sentido, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1991, p. 144.

²⁷ Vigoriti, op. e loc. cit.

Outro ponto que encarece o exame da *adequacy of representation* é a circunstância de haver dúvida na doutrina norte-americana acerca da possibilidade de auto-exclusão (*right to opt out*) dos membros ausentes das *class actions* movidas *sub* (b)(1) e (b)(2), mesmo que notificados pessoalmente da existência da ação²⁸, não fosse pela literalidade do item 23(c)(2), pela impossibilidade de tratamento diferenciado para todas as situações que dão ensejo àquelas duas categorias de ações coletivas²⁹. Este direito, como será visto adiante, guarda relação com a possibilidade de o membro ausente, não participando da ação coletiva, não se sujeitar aos efeitos da decisão a ser proferida - benéficos ou não - e, mais, da imutabilidade destes efeitos, desde que assumida uma posição Liebmaniana da concepção da coisa julgada. Diz o item (3) da letra (c) da *Rule* em tela: "*The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class*". Já para as ações de classe mantidas sob a subdivisão (b)(3), o julgamento descreverá, não somente aqueles subsumíveis à classe, mas, também, aqueles que, notificados da propositura da ação, não requereram sua exclusão. Esta a função de definição que se vale o juiz americano, tal qual descrita por Vigoriti.

Diante deste breve quadro, pode ser dito, com tranquilidade, que a exigência constante da quinta (1791) e da décima quarta (1868) emendas à Constituição americana de que ninguém será privado de seus bens sem o *due process of law*³⁰ seria, *per se*, um fator bastante limitativo para o cabimento das ações de classe. Como admitir que alguém tenha regrada determinada relação jurídica sem que possa, direta e pessoalmente, exercer seu *right to be heard*?

O direito processual moderno, vale dizer, aquele voltado para a preocupação de seus escopos políticos e sociais, além dos exclusivamente jurídicos (há utilidade em alguma instituição de direito sem que se volte para a sociedade?), no entanto, tem pautado sua atuação

²⁸ Entretanto, diante do silêncio da *Rule* 23, há dúvidas na doutrina americana se o quesito da *fair notice*, exigido pelo devido processo legal constitucional, está preenchido mediante mera publicação de editais ou se é necessária a notificação pessoal (por carta) de cada um dos membros componentes da classe, que possam ser identificados mediante um esforço razoável (cf. Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., pp. 749/750). No sentido de nenhuma notificação ser necessária para a certificação das *class actions* *ex* (b)(1) e (b)(2) ou, quando muito, ser efetivada por mera publicação de editais, cf. Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 670.

²⁹ Cf. Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., pp. 751/752. Para estes casos de *class action*, os mesmos autores (op. cit., p. 751) defendem que o sistema de publicidade aplicável é aquele genericamente encampado na *Rule* 23 (d)(2).

³⁰ A quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos dispõe que "*ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande-Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante o serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade, ou bens sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização*". A décima quarta emenda, que estendeu a necessidade de observância desta garantia aos Estados-membros, por seu turno, dispõe, na parte que interessa o presente estudo, que "*Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis*".

em uma releitura (reelaboração) dos conceitos fundamentais do direito tradicional, centrado no indivíduo e nas lides exclusivamente privadas. A concepção do devido processo legal, do contraditório, da formação da coisa julgada exclusivamente *inter partes*, deve sofrer mitigações - ou o que é preferível, uma verdadeira revisitação - a partir das novas exigências criadas para o direito processual diante da mutação do direito material³¹. Tudo para que haja possibilidade de efetividade dos (novos) direitos garantidos por este último³².

Colacionáveis as palavras de Mauro Cappelletti a respeito do assunto: "*Even the most sacred principles of 'natural justice' must therefore be reconsidered in view of the changed needs of contemporary societies. Reconsideration, however, does not mean abandonment, but rather adaptation. The old schemes of a merely individualistic 'procedural guarantism' must be transformed in order to be adapted to the new meta-individual rights; in other terms, an individualistic 'procedural due process' should give way to, or be integrated with, a social or collective concept of due process, since this is the only possible way to assure judicial vindication of the new rights. Hence, the right to be heard must indeed be preserved and guaranteed - not necessarily, however, to all the individual members of the class, but to the ideological party*"³³.

A preocupação em torno da representatividade adequada, portanto, é um exemplo desta adequação (e não simples abandono) dos valores tradicionais do processo às implicações do processo no mundo contemporâneo. Desde que uma *class action* volta-se, por sua própria natureza, contra litígios de massa, passa a ser inerente à sua concepção o entendimento de que membros ausentes desta mesma classe sejam afetados por seus efeitos e pela impossibilidade de

³¹ Sobre a necessidade da relativização do binômio "direito/processo", cf., de José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo - influência do direito material sobre o processo*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 12/14 (revisitação do sistema processual), pp. 67/84 (a garantia constitucional do direito de ação) e pp. 93/96 (coisa julgada).

³² A respeito das relações existentes entre as exigências do direito material e do direito processual, cf. Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, cit., pp. 117/141.

³³ "Vindicating the public interest through the courts" em *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, p. 304. Ainda de Cappelletti, cf. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil" em *Revista de Processo*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 154/156 (tradução de Nelson Palaia). Entre nós, e com o mesmo sentido, já teve oportunidade de se manifestar Ada Pellegrini Grinover nos seguintes termos: "*Institutos como a legitimação e o interesse de agir, a representação e a substituição processual, a ciência bilateral dos atos processuais e o contraditório, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, os poderes do juiz e a função do MP, foram construídos para o processo clássico e continuam perfeitamente a reger as relações interindividuais ou as relações Estado-indivíduo, que sem dúvida ainda se revestem de grande importância na vida contemporânea. Mas não se adaptam, em sua configuração tradicional, às novas situações, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas*" (...) "*Novos esquemas processuais são ativados, revendo-se institutos como a legitimação, a representação e a substituição processual, os limites da coisa julgada, os poderes do juiz no processo e as garantias processuais das partes. Até mesmo os princípios da defesa e do contraditório, como são até hoje aplicados, demonstram-se insuficientes para as exigências da sociedade contemporânea. Essa insuficiência não indica, é claro, abandono, mas sim reestruturação de institutos que representam uma tão importante conquista da ciência processual. Nas palavras de Cappelletti, é preciso superar os esquemas de um garantismo processual de marca meramente individualista, para substituí-lo por um garantismo 'social' ou 'coletivo', que também sirva como salvaguarda dos novos grupos intermediários, aos quais há de assegurar-se o acesso à justiça para a tutela de seus interesses*". ("A tutela dos interesses difusos" em *Revista de Processo*, vols. 14/15, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pp. 31 e 35).

rediscussão da decisão (coisa julgada material). Senão, qual seria a vantagem do sistema se cada vez os mesmos indivíduos pudessem questionar o quanto já decidido anteriormente? Onde o princípio da economia processual? Onde a redução da atividade jurisdicional e dos custos processuais?

É por isto que, na doutrina que estuda as *class actions*, é comum a expressão de que, se todos estes membros ausentes foram devidamente representados, não há como questionar que tenham tido *their own day in court*, e, fique dito de pronto, não há qualquer necessidade de autorização prévia dos membros putativos de uma classe para que possam ser representados em juízo pelo autor da *class action*³⁴. A questão da representatividade adequada, destarte, passa a ser *questão prejudicial* para o recebimento e o processamento de uma *class actions* como tal (cf. item 2.3, *infra*), e, também, *questão preliminar* para a procedibilidade daquelas ações propostas por quem não litigou diretamente, a ser dirimida em casos futuros³⁵.

Com base nesta necessidade da adequação dos princípios do processo civil tradicional às novas exigências das sociedades de massa, Vigoriti analisa o item (a)(4) da *Rule 23* ("*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*") para concluir pela sua perfeita constitucionalidade, tendo como paradigma não só a Constituição americana acrescida das emendas referidas acima, mas, também, a italiana (art. 24)³⁶, de resto, como a brasileira de 1988, fortes no vetor do devido processo legal como inerente ao desenvolvimento da atividade estatal e, especificamente, a jurisdicional³⁷. São as seguintes as suas palavras: "*La disposizione ha un preciso fondamento costituzionale nel precetto del due process of law, alla luce del quale sarebbe costituzionalmente illegittimo un accertamento giurisdizionale reso al termine di un giudizio in cui gli interessati non hanno avuto una possibilità seria ed effettiva di difendersi. Il fatto che nelle class actions alcuni soggetti non avessero la possibilità di partecipare al giudizio, pur rimanendo vincolati ai risultati dello stesso, ha dato luogo,*

³⁴ "*The individual who wants to initiate a class action need not get the permission of potencial class members before moving for certification, and the consent of class members generally is not prerequisite for a court's certifying a suit as a class action*" (Cf. Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 662).

³⁵ Ainda que possa haver controvérsia sobre tratar-se a representatividade adequada *questão prejudicial* ou *preliminar*, da forma como lançado no texto, não é menos certo que deverão ser resolvidas logicamente antes do mérito. Consistem, destarte, em inegáveis *questões prévias*. Sobre a distinção entre questões prejudiciais e preliminares e a colocação das questões prévias como gênero do qual aquelas são espécies, cf., de Thereza Alvim, *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 11/25.

³⁶ "*Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento. São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição. A Lei determinará as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários*".

³⁷ Calmon de Passos tratou em conjunto e à luz da cláusula do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, com base na doutrina de Mauro Cappelletti, o art. 24 da Constituição Italiana e o art. 153, §4º., da Constituição Brasileira de 1969, ampliado no art. 5º., inc. XXXV, da Constituição vigente (cf. "Advocacia - O direito de recorrer à justiça" em *Revista de Processo*, vol. 10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, pp. 37/38). Sobre a cláusula do devido processo legal e o art. 24 da Constituição italiana a partir da reflexão do processo 'não tradicional', cf., ainda, Taruffo, "I Limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'", cit., p. 616.

soprattutto in epoca meno recente, a vari dubbi sulla costituzionalità dell'istituto stesso: superati i quali si è comunque sviluppata un'ampia casistica, e un'altrettanto vasta letteratura, sulle condizioni che debbono essere soddisfatte perché i portatori dell'interesse di classe possano essere considerati gli 'adequate representatives' della situazione dedotte in giudizio. Le oscillazioni e le incertezze che si riflettono in questi scritti testimoniano la difficoltà di tutti gli operatori di collocarsi in una prospettiva radicalmente diversa da quella a cui si è abituati, e di rinunciare, almeno parzialmente, all'applicazione di principi ritenuti fondamentali. L'orientamento adesso prevalente è comunque non solo decisamente nel senso che non esiste incompatibilità fra il precetto costituzionale e l'istituto della class action, ma soprattutto nel senso che non vi sia violazione del due process quando la disciplina positiva in concreto adottata 'fairly insures the protection of the interestes of absent parties who are to be bound by it'. Quello della adeguatezza della tutela che i portatori dell'interesse di classe sono in grado di assicurare è dunque un controllo da effettuare caso per caso, tenendo conto dei dati più vari - dal tipo di interesse coinvolto, all'oggetto della domanda, alle capacità finanziarie dei representatives, ecc. Ed è un controllo importante se si pensa che, con la riforma del 1966, la sentenza che chiude la class action, qualunque ne sia il contenuto, spiega i suoi effetti nei confronti di tutti i componenti della class, indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio"³⁸.

Portanto, o requisito da *fair representation* é inerente à concepção destas ações como veículos potencializados para a tutela de (afirmações de) direitos em uma típica sociedade de massa. Firmada a premissa de sua compatibilização com as exigências constitucionais, busca-se, de forma ficta, representatividade suficiente pela qual os membros ausentes passem a ter um seu *figurative day in court*. Desde que efetiva esta análise feita pela Corte, não há porque questionar a solução dada, por aquele ordenamento, à formação da coisa julgada, não restando espaço para deixar o julgado *vulnerable to collateral attack*³⁹⁻⁴⁰.

A doutrina elenca, para a verificação do que seja a *adequacy of representation*, a necessidade da concorrência de três elementos: os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse *jurídico* na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal?, concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquele da *class*. Neste particular, a Corte deverá

³⁸ Vigoriti, op. cit., pp. 272/273.

³⁹ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 664.

⁴⁰ "In certi casi si può impiegare un processo autonomo per contestare la validità di una precedente sentenza. Questo procedimento si chiama collateral attack, per indicare che la sentenza viene messa in discussione in un processo che è 'estraneo' o 'collateral' rispetto al processo originario" (Hazard e Taruffo, op. cit., p. 202). Em seguida, os mesmos autores dão a notícia que este recurso é pouco frequente tendo em vista que as sentenças no processo americano são tiradas "in modo abbastanza corretto" (idem, p. 222). Menção ao instituto é feito por Willis Santiago Guerra Filho em seu "Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico", quando distingue este instituto das 'moções', viabilizador do ataque à coisa julgada no interior do mesmo processo (*Revista de Processo*, vol. 58, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 247).

examinar sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações desta espécie. Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de *class action*. Nesta hipótese, como já teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, no caso *Eisen*⁴¹, a coisa julgada será incidente somente entre as pessoas componentes do grupo original, que não estejam incluídas nas novas subclasses.

Sobre este aspecto das *class actions*, manifestou-se Vigoriti: "*La Rule 23 (c) (4) afferma poi che, se necessario, una class action può essere iniziata e proseguita come tale solo per alcune delle domande originali, o che la class può essere divisa in più 'subclasses' dallo stesso giudice, quando egli discrezionalmente ritenga che tale partecipazione meglio rispecchi le differenze fra le situazioni sostanziali dedotte in giudizio. È, questo secondo, un aspetto di grande rilievo nella disciplina dell'istituto. Il giudice non solo compie un'analisi indipendente e autonoma del tipo e della dimensione degli interessi in gioco, ma interviene attivamente sulle scelte effettuate dalle parti che si sono presentate come portatrici dell'interesse di una certa classe, non semplicemente rigettando la domanda o rifiutando di far proseguire l'azione come una class action, ma addirittura escludendo che certi interessi possano essere tutelati dai class representatives. Una volta poi individuate le sottoclassi, il giudice, d'ufficio, può sollecitare interventi dei membri di tali sottoclasse per la tutela degli interessi che ad esse fanno capo, oppure può ordinare alle parti originarie di trovare esponenti della sottoclasse disposti ad intervenire, può infine nominare egli stesso un difensore alla sottoclasse*"⁴².

Há dois momentos em que a representação adequada pode ser constatada pela Corte. O primeiro é na propositura da ação, quando o juiz deverá certificar se se trata, de fato, de uma *class action*. Terá em mente, portanto, a concepção de que o autor da ação oferece condições suficientes para fornecer uma adequada representação para todos os membros (ausentes) da classe. Os elementos para tanto são os referidos acima. Depois, já finda a ação tida como coletiva, poderá haver a argüição por algum membro ausente da classe (alguém que não agiu diretamente no processo) se está, ou não, sujeito ao quanto decidido previamente. Desde que lançado este questionamento, terá cabimento a discussão em torno de saber se, de fato, a representação da *class action* foi adequada, como prescrito na *Rule 23*, em obediência ao vetor do devido processo legal. Negativa a pesquisa em torno da *adequacy of representation*, subentendem-se não estendidos os efeitos da sentença (e da coisa julgada) da ação anterior⁴³. A

⁴¹ Versão para o italiano desta famosa decisão da jurisprudência americana está em Vigoriti, op. cit., pp. 290/306, a cargo de Cristina Ravaglia, colaboradora do Instituto de Direito Comparado da *Facoltà di Giurisprudenza da Università di Firenze*.

⁴² Vigoriti, op. cit., p. 270.

⁴³ "*Implicit in the two prongs of Gonzales is the notion that adequacy of representation will be examined more than once: first by the court certifying the class, and second by the court called upon to evaluate the binding effect*

decisão pretérita da Corte, todavia, ao contrário do que se verifica no sistema da *civil law*, será um típico precedente, com a força de persuasão e as conseqüências jurídicas que lhe são inerentes, fazendo crer que a mesma solução venha a ser dada ao novo caso posto em julgamento⁴⁴⁻⁴⁵.

Colacionáveis, a respeito, as lições de Arruda Alvim ao asseverar que "*muitas vezes, senão sempre, alguém que foi tido como integrante de uma class action, se vier a mover a sua ação, agora individualmente, isto acarreta que, preliminarmente, nesse segundo processo, haver-se-á de estabelecer, se houve ou se não houve coisa julgada para esse, desde que tenha sido ausente. E isto se resolverá à luz da indagação, em relação ao primeiro processo (o da class action), consistente em saber, se, nesse primeiro, houve efetivo e pleno esforço na defesa deste, agora, litigante individual. Portanto, pode-se dizer que a admissão da ação individual - para nos utilizarmos de nossa linguagem - exige a solução da questão preliminar de ocorrência, ou não, da coisa julgada. Conforme seja a solução dada a essa questão - que, normalmente se constituirá em uma preliminar - a ação individual virá, ou não virá, a ser admitida*"⁴⁶.

Bastante interessante sobre o tema e útil para o esclarecimento das premissas de direito positivo, é o caso *Gonzales versus Cassidy*. Tratava-se de ação movida no interesse de todos os motoristas de taxi do Texas que, sem seguro, tiveram suas licenças cassadas quando envolvidos em acidentes de trânsito sem condições de pagar os danos causados. A decisão que encerrou a *class suit* foi de invalidade daquele comando administrativo, sendo certo que, somente para o autor da ação, foi determinada a retroatividade da decisão, com a liberação de sua licença. Para os demais membros da classe, a decisão poderia ser invocada somente para as suspensões de licença ocorridas após sua proclamação. Diante disto, uma nova ação foi proposta por um membro ausente da primeira ação (*non-named*), *Gonzales*, cuja licença tinha sido suspensa

of the first action. Ultimately, a final determination on the adequacy of representation in a class action can only be made through subsequent challenges to the res judicata effect of the suit - some of which may be collateral attacks" (Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 681).

⁴⁴ "*In molti casi la class action è solo formalmente diversa da altri tipi di azioni civile che mirano a disciplinare comportamenti. In particolare, una 'causa pilota' o un'azione civile proposta da un'amministrazione statale hanno spesso una funzione analoga a quella di una class action. La 'causa pilota' proposta da un soggetto che si trova in una situazione simile a quella di altri soggetti stabilisce un precedente che si applicherà anche agli altri soggetti che si trovano nella stessa situazione. Ad esempio, una causa proposta da un lavatore nella quale si stabilisce il diritto alla pensione crea un precedente che andrà a vantaggio degli altri lavoratori. L'obbligo del datore di lavoro di pagare quella certa somma a tutti i suoi dipendenti è sostanzialmente lo stesso che deriverebbe da una class action*" (Hazard e Taruffo, op. cit., p. 190, sem grifos). No mesmo sentido, e firmando que "*la différence*" entre o indivíduo invocar para si a decisão da *class action* ou, desde que a ação coletiva não tenha sido admitida, invocar o mero precedente "*est peu importante*", cf. Hein Kötz, "La protection en justice des interets collectifs. Tableau de droit compare", em *Accès a la Justice et Etat-Providence*, Paris, Economica, 1984, obra coletiva dirigida por Mauro Cappelletti, 1984, p. 104.

⁴⁵ Para uma análise da doutrina do *stare decisis* da *common law* e, especificamente, do direito norte-americano nos dias atuais, cf. o artigo homônimo da autoria de Edward D. Re veiculado na *Revista de Processo*, vol. 73, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 46/54 (traduzido por Ellen Gracie Northfleet).

⁴⁶ José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, pp. 352/353.

antes daquela decisão ser proferida e cuja extensão do benefício, portanto, havia sido negada. O debate que se travou foi no sentido da falta da *fair representation* naquela ação coletiva - e, como consequência, falta de extensão de seus efeitos e da coisa julgada - posto que seu autor, favorecido plenamente com a decisão, não recorreu em prol dos demais membros (ausentes) que se encontravam na mesma situação fática.

Enquanto que a situação - se examinada a partir das premissas do direito processual de cunho individual - conduziria à resposta de que eventual recurso do autor naqueles moldes não poderia ser conhecido diante da falta de uma de suas condições (o interesse em recorrer), a mesma resposta não prevaleceu para as *class actions* americanas. Com efeito, a *Court of Appeals* entendeu que, naquele caso, não houve adequada representação. O autor, como visto, deixou de recorrer daquele aspecto da decisão que não atendia às necessidades de membros ausentes, como Gonzales: sua retroatividade. Na mesma ocasião, a Corte rejeitou o argumento de defesa pelo qual, sabendo Gonzales, tão logo foi editada a sentença, que a mesma não lhe favorecia, deveria, em nome próprio (e no interesses dos demais membros ausentes), ter intervindo no processo para recorrer. Seu prevalecimento seria subversão dos princípios norteadores da aplicação das regras atinentes às ações de classe como concebidas entre os americanos. A resposta da Corte foi nos seguintes termos: "*The purpose of Rule 23 would be subverted by requiring a class member who learns of a pending suit involving a class of which he is a part to monitor that litigation to make certain his interests are being protected*"⁴⁷.

Por essas razões, Gonzales e todos os outros membros ausentes daquela primeira ação coletiva foram considerados não vinculados à primeira decisão pelo que poderiam propor suas próprias ações visando à satisfação de seus interesses individuais.

2.2.1. Publicidade

Relacionado de forma intrínseca com a questão da representatividade adequada, surge o problema da publicidade da ação de classe. A *Federal Rule 23(c)(2)* exige seja dada a melhor notícia (publicidade) possível que possa ser levada para todos os membros da *class*, de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso. Em que pese a literalidade do artigo, fazendo crer que a exigência da notificação só seja efetivada naquelas ações *sub 23(b)(3)*, isto é, as *damage class action*, a jurisprudência americana, atenta à necessidade da incidência do vetor do devido processo legal em todas as manifestações judiciais, tem estendido este ônus para as ações referidas em (b)(1) e (b)(2).

Neste particular, apesar da mitigação que os princípios do processo civil devem sofrer em se tratando do processo civil coletivo, típico das sociedades de massa, com base naquele mesmo princípio constitucional (*due process of law*) e naquele mesmo dispositivo legal (a

⁴⁷ Extraído do voto citado por Steven Emanuel, *Civil Procedure*, Emanuel Law Outlines, Inc., 10ª. ed., 1990, p. 255.

exigência da publicidade da ação), há necessidade, diz a jurisprudência americana mais atual, de que seja dada notícia individual e pessoal para todos os membros da classe que possam ser identificados e encontrados com um esforço razoável, mesmo que a classe seja formada por milhões de pessoas. Em caso célebre da jurisprudência da Suprema Corte Americana (*Eisen versus Carlisle & Jacquelin* de 1974), diante da inércia do autor coletivo em promover a cientificação da existência da *class action* tal qual determinada pela Corte, e que lhe custaria alguns milhares de dólares, a ação foi julgada extinta (sem julgamento de mérito). O argumento decisivo da Corte bem mostra como se interpenetram as idéias de *fair representation* e de *fair notice*: "*Petitioner further contends that adequate representation, rather than notice, is the touchstone of the due process in a class action and therefore satisfies Rule 23. We think this view has little to commend it. To begin with, Rule 23 speaks to notice as well as to adequacy of representation and requires that both be provided. Moreover, petitioner's argument proves too much, for it quickly leads to conclusion that no notice at all, published or otherwise, would be required in the present case. This cannot be so, for quite apart from what due process might require, the command of Rule 23 is clearly to the contrary. We therefore conclude that Rule 23(c)(2) requires that individual notice be sent to all class members who can be identified by reasonable effort*"⁴⁸.

A Corte refutou, ainda, o argumento de que a única *ratio* para a notificação pessoal fosse a do exercício do *right to opt out* e, conseqüentemente, possibilitar aos interessados desejosos de promoverem, individualmente, suas próprias ações com o mesmo objeto. No caso então posto em pauta, como buscou evidenciar o recorrente esta possibilidade deveria ser descartada diante dos baixos valores envolvidos desde que considerados individualmente. A estes argumentos, anotou a Corte Suprema dos Estados Unidos que "*the short answer to these arguments is that individual notice to identifiable class members is not a discretionary consideration to be waived in a particular case. It is, rather, an unambiguous requirement of Rule 23. There is nothing in Rule 23 to suggest that the notice requirements can be tailored to fit the pocketbooks of particular plaintiffs*"⁴⁹.

Vigoriti critica esta decisão veementemente. Tem-na como um contrasenso absoluto, verdadeira contradição à idéia mais comezinha que se deve ter das *class actions*. Para o autor peninsular, não pode prevalecer a interpretação dos princípios do processo civil na forma mais tradicional. Necessário se faz, como defende ao longo de sua obra e evidenciado nas linhas precedentes, que os vetores norteadores do processo tradicional, egoisticamente centrados no indivíduo e nas lides privadas, sejam revistos para seu necessário redimensionamento a partir das sociedades de massa. Por isto, escreve aquele autor, "*nelle controversie che concernono interessi a dimensione superindividuale il problema centrale non è quello dell'informazione dei cointeressati assenti, ma quello dell'adeguatezza dei portatori dell'interesse collettivo: se il giudice accerta che i class representatives offrono garanzie di saper efficacemente tutelare*

⁴⁸ Citado por Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., pp. 683/684.

⁴⁹ Extraído de Emanuel, *Civil Procedure*, cit., p. 267. Vertido para o italiano em Vigoriti, op. cit., p. 301.

l'insieme delle singole posizioni di vantaggio non c'è motivo di imporre a chi agisce nell'interesse di tutti l'onere di informare capillarmente i cointeressati assenti"⁵⁰. Posta esta observação, aponta qual, segundo seu sentir, deva ser a nova concepção que a cientificação da existência do processo deve ter nos dias atuais: *"Ecco allora che l'obbligo generale 'to give notice' va inteso non tanto come garanzia dei membri della class di essere informati per poter magari direttamente intervenire in giudizio, quanto piuttosto come uno strumento attraverso il quale sollecitare dai membri della class estranei al processo informazioni che siano al giudice contezza delle differenze di interesse all'interno del grupo, e che gli consentano quindi di esercitare con cognizione i poteri connessi alla c.d. defining function*"⁵¹.

A par das questões elencadas pelo jurista italiano, não se pode deixar de lado uma circunstância fática que marcou aquele julgamento e, ao que consta, pode ter levado a Suprema Corte americana àquela decisão. Sem pretender adentrar nos meandros do sistema processual daquele país e cometer, desavisadamente, algum erro, um ponto de destaque que levou àquela decisão foi a ocorrência de um quase pré-julgamento de mérito da questão para se verificar quem é que suportaria os custos da decisão, com o julgamento final da ação. Creu o juiz da instância inferior que seria possível repartir os custos daquela notificação entre as partes, porquanto tudo indicava que a ação seria, ao final, julgada procedente. Diante disto, quando do julgamento, a Suprema Corte Americana acabou por entender que *"courts may not make a preliminary inquiry into the merits of the underlying substantive claim in considering whether to certify a class action"*⁵².

Os custos da notícia da tramitação do processo deverão ser suportados pelo autor da ação e, somente se vitorioso, poderão ser cobrados de toda a classe, na proporção que cada integrante faça jus ao benefício alcançado. São exigências para que se verifique a adequada publicidade da propositura de uma ação coletiva que deverão constar da notificação: (i) a possibilidade de cada membro pretender sua auto-exclusão, até a data indicada, dos efeitos de eventual decisão de mérito, não se sujeitando, destarte, à coisa julgada (*right to opt out*); (ii) que o julgamento, favorável ou desfavorável, afetará todo aquele membro que não requerer sua exclusão na forma da lei (não existe no regime jurídico das *class actions* a possibilidade de formação da coisa julgada *secundum eventum litis*), sendo certo que o que se excluiu não poderá alegar em ação posterior o *collateral estoppel*⁵³ e, por fim, (iii) que, querendo, poderá o membro participar diretamente da ação, desde que se faça representar por advogado.

⁵⁰ Op. cit., pp. 279/280.

⁵¹ Idem, p. 280.

⁵² Este trecho consta de Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 667

⁵³ Aqui cabe a advertência feita por Elício de Cresci Sobrinho no ensaio que escreveu a partir das reflexões do Prof. Willi Santiago Guerra Filho referidas na nota 40. Diz o douto advogado que, *"com aproximação, collateral estoppel pode definir-se como a eficácia que a sentença de mérito pode ter num sucessivo processo, diverso quanto ao objeto daquele que se concluiu com tal sentença, mas não se resume nisto. Separam os teóricos os efeitos do curioso instituto daqueles da res judicata; há certa tendência em se considerar o collateral estoppel como res judicata parcial, ou como um caso particular de res judicata"* ("Coisa julgada" em *Revista de Processo*,

2.3. A certificação das 'class actions'

Da leitura das poucas linhas trazidas acerca das hipóteses de cabimento das *class actions*, pode-se constatar que é o Tribunal, examinando cada caso concreto, que decide, valendo-se de ampla discricionariedade (termo que se vale a doutrina sobre o tema), se aquela pretensão pode, ou não, assumir a forma de ação coletiva.

Evidentemente, não há qualquer óbice para que determinado indivíduo, entendendo ser o caso de tutela coletiva de uma dada afirmação de direito, busque, em sua investida judicial, convencer o juiz de que os quesitos exigidos pela legislação específica estão reunidos, como asseveram Cound, Friedenthal, Miller e Sexton nos seguintes termos: "*Although Rule 23 expressly gives courts power to issue certification orders sua sponte, they normally are issued in response to a motion made by the litigant who ultimately will be class representative. Frequently, that litigant's initial complaint contains both individual and class allegations, and the motion for certification is filled concurrently with initial complaint; it is not uncommon, however, for a litigant to move for class certification substantially after the initial filing, following an ammendment of the complaint to include class allegations*"⁵⁴.

Entretanto, a decisão acerca de ser aquela hipótese concreta hábil a ensejar o tratamento de ação coletiva, é, como não poderia deixar de ser, exclusiva do juiz. O que se busca quando da propositura da ação, como visto no item 2.2 *supra*, é a aferição de que aquela pessoa que se apresenta perante a Corte pode ser tida como um representante adequado de toda a classe, isto é, defender da melhor maneira possível os direitos de toda a classe e não somente os seus próprios interesses. Só assim a coisa julgada material poderá ser vinculante para toda a classe tenha, ou não, agido diretamente no processo.

Com efeito, dispõe a *Rule 23(c)(1)* que "*as soon as practible after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained*". Assim, compete à Corte atestar (*certify*) a classe, desde que entenda que a *class action* é apropriada para a espécie. Esta declaração aplica-se para todas os casos em que seja possível uma ação coletiva nestes moldes (*subdivision* (b), números 1, 2, e 3). Na hipótese de negativa de certificação da classe, a ação poderá prosseguir por seu autor (ou autores) como

vol. 65, São Paulo, Revsita dos Tribunais, 1992, p. 245). Também refere-se ao *collateral estoppel* nestes termos, Tânia Lis Tizzoni Nogueira ("Limites subjetivos da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 11, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 50/51. Ciente de que "*devemos ter muito cuidado ao tratar daquilo que nos EUA se chama res judicata, evitando-se uma inútil e fácil, temerária identificação terminológica com a coisa julgada entre nós legislada*" (Cresci Sobrinho, op. cit., p. 247), as aproximações lançadas ao longo do presente texto têm como único objetivo facilitar alguns pontos de reflexão para fomentar o debate com o leitor; nunca dar por encerrada, com ânimo de definitividade, a pesquisa ou as críticas que a ela podem ser dirigidas agora e sempre.

⁵⁴ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 662.

ação individual (mesmo que litisconsorciados), isto é, sem a possibilidade de extensão da *res judicata* para aqueles que não agirem diretamente (membros ausentes).

Com base na doutrina americana podem ser colhidas sete condições que, satisfeitas, darão ensejo à declaração de se tratar de uma *class action*. Na verdade, estes sete itens - o *seven-part certification process*⁵⁵ - acaba por dar ensejo a uma breve recapitulação de tudo quanto dito anteriormente, o que justifica ser aqui sua colocação no texto.

Duas destas sete condições são indicadas pela jurisprudência e são as seguintes⁵⁶: (i) antes de tudo, deve haver uma classe. Em que pese a obviedade desta exigência, o que se quer é que aquele que se pretende adequado representante deve fornecer argumentação suficiente de que há uma classe sujeita a determinada violação de direito (ou, desde que a classe esteja no pólo passivo da relação processual, que esteja violando direitos). A literalidade do termo, na verdade, é propiciadora de uma abrangência de significados impressionante. No item 3.1.2., buscou-se dar uma pincelada a mais sobre o assunto à luz do art. 103, inc. IX, da Constituição brasileira.

Necessariamente, (ii) aquele que se pretende adequado representante deve ser membro (atual) da classe, o que, segundo revela a doutrina, parte da premissa de que "*if they have a personal stake in the outcome of the litigation, the representatives are likely to undertake a full prosecution or defense*"⁵⁷. A doutrina, ainda, chama a atenção ao fato de que esta questão é, essencialmente, relacionada com a pesquisa em torno da legitimidade *ad causam*⁵⁸. Seriam os representantes adequados substitutos processuais? Seriam legitimados ordinários ou extraordinários? Será que os padrões de legitimação centrados no processo civil tradicional são suficientes para justificar (ou classificar) qual espécie de legitimação que se tem nestas ações coletivas? A doutrina norte-americana até onde pesquisado, não se importa com estas classificações⁵⁹.

⁵⁵ Em Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 674.

⁵⁶ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., pp. 663/667.

⁵⁷ Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., p. 727.

⁵⁸ Cf. Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., p. 727 e Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., pp. 664.

⁵⁹ Antônio Herman Benjamin ao analisar as *citizen action* do direito norte-americano (segundo anota, as ações americanas potencializadas contra as agressões ao meio ambiente), assevera que "*a doutrina americana, pragmática por excelência, não investiga a natureza jurídica dessa legitimação excepcional. A discussão, existente no direito brasileiro, acerca do caráter de substituição processual ou de simples legitimação ordinária na ação popular, é de todo desconhecida no sistema do common law*" ("*A citizen action* norte-americana e a tutela ambiental" em *Revista de Processo*, vol. 62, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 71). Silente a doutrina americana sobre o tema, a doutrina estrangeira não deixou de dar atenção ao tema. Assim, há um autor italiano que defende a hipótese ser muito próxima da substituição processual (Eduardo Grasso, "Gli interessi della collettività e l'azione collettiva" em *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 1, Padova, CEDAM, 1983, p. 49, nota 72). Vigoriti, por seu turno, sustenta o caso ser de legitimação ordinária *sui generis*, com traços de substituição processual (op. cit., p. 285). A solução de Vigoriti, que não deixa de mencionar que o termo *representative* é utilizado na *Rule 23* em sentido técnico (op. cit., pp. 271/272, nota 28) é encampada na doutrina brasileira por Rodolfo de Camargo de Mancuso, *Interesses Difusos*, cit., p. 147. Falando em substituição processual, entre nós, também é o entendimento

Outros quatro requisitos para que seja uma ação *certified* como *class action* podem ser colhidos, como aventado anteriormente, na própria *Rule 23*: (iii) a classe deve ser tão numerosa que a reunião de todos seus membros demonstra-se impraticável. Ao mesmo tempo em que a doutrina aponta para um número de vinte e cinco a quarenta pessoas para dar ensejo à formação de uma classe, naquelas hipóteses em que o risco individual (considerado individualmente) dos membros é razoavelmente grande, sua reunião em uma *class action* é plausível, independentemente do número de pessoas envolvidas. Para ser possível a obtenção deste atestado (iv), as questões que dão ensejo ao litígio, sejam as de fato ou as de direito, devem ser comuns. Basta uma mera questão em comum para que estes requisito esteja preenchido. De outra parte, a *Federal Rule 23(a)(3)* exige que (v) as pretensões deduzidas pela "parte ideológica" sejam típicas da classe. A doutrina adverte que não há maiores considerações a respeito deste pressuposto já que tende a ser cumprido diante das condições da comunhão de pontos de fato e de direito e pela adequação da representatividade.

O último pressuposto expressamente designado pela Lei federal para que seja lançada a certificação de que se trata de uma *class action* (vi) é atinente à efetividade (e não mera potencialidade) da representação adequada dos interesses de toda a classe pelo indivíduo presente na relação processual. Sua concepção mais correta, como visto, guarda relação não somente com a falta de qualquer conflito entre os membros presentes na relação processual e aqueles ausentes, como, também, a presença de advogado especializado que tenha condições de lidar com a complexidade de questões que podem se apresentar no desenvolvimento do processo.

O sétimo requisito exigido para que seja conferida a certificação é (vii) o exame de a hipótese amoldar-se em uma das hipóteses previstas em abstrato na *Rule 23(b)*, ou seja, se se trata do risco de se ter regras individuais de conduta incompatíveis entre si, se se busca uma injunção a favor ou contra a classe para que sejam respeitados os *civil rights* ou, por fim, se é conveniente, por questões de economia processual e segurança jurídica, a junção das centenas, milhares ou milhões de lides individuais (*multiple litigation*) para uma decisão (vinculante, salvo a hipótese de auto exclusão) conjunta e uniforme.

Portanto, a decisão que atesta ou declara a existência de uma *class action*, ainda que precária, podendo ser emendada a qualquer momento antes do julgamento de mérito da ação⁶⁰, deixa assente as seguintes questões: aprova uma determinada descrição da classe, definindo quais sejam as pessoas que nela estão incluídas ou, como já visto, indica quais as pessoas que podem ser incluídas em tantas subclasses quantas se demonstrem viáveis (e necessárias). A decisão em tela, ainda, define qual será o objeto da ação coletiva, dando margem para se pensar,

de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, ainda que anote que "... não se infere da *Rule 23* ter sido sua preocupação optar quanto à natureza processual do litigante da *class action*: representante (no sentido técnico do instituto da representação) ou substituto processual" ("Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor" em *Revista de Processo*, vol. 71, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 143).

⁶⁰ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit.,p. 667.

em termos de ordenamento jurídico brasileiro, em uma prévia definição dos limites objetivos da coisa julgada. Por fim, *the certification order* identifica e aponta quem será o representante da classe, uma vez que o juiz não está vinculado às alegações feitas pelos interessados quanto à pessoa que melhor possa conduzir o processo. Esta identificação de quem será o *class representative* ganha ainda maior destaque, por razões óbvias, naquelas hipóteses em que a *class* integra o pólo passivo da relação processual.

A importância da *certification* é, como não existe qualquer dificuldade para se perceber, crucial para o regime das ações coletivas no direito norte-americano. Afinal, "*the fundamental characteristic of the class action device is that the class representative serves as a proxy for the absent class members, thus making it possible to adjudicate claims of the entire class by evaluating the claims of the class representative. A proxy is appropriate because the class-certification decision ensures congruity between the injuries and the interests of the class representative and those of the absent class members. Whether the class representative can serve as a complete proxy for the absent class members, however, depends on the nature of the underlying cause of action*"⁶¹.

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*).

Algumas Cortes, entretanto, passaram a aceitar a possibilidade do recurso desta decisão, tão logo fosse proferida, diante da constatação de que o espírito motivador das *class actions* é, precisamente, a possibilidade da litigação conjunta, seja porque muitas vezes os valores envolvidos, de tão pequenos, não são interessantes se considerados para cada um dos prejudicados individualmente, seja pela dificuldade, receio, temor, ignorância, da propositura das ações individuais: "*Modern society seems increasingly to expose men to group injuries for which individually they are in a poor position to seek legal redress, either because they do not know enough or because such redress is disproportionately expensive. If each is left to assert his rights alone if and when he can, there will at best be a random and fragmentary enforcement, if there is any at all. This result is not only unfortunate in the particular case, but it will operate seriously to impair the deterrent effect of the sanctions which underlie much contemporary law. The problem of fashioning an effective and inclusive group remedy is thus a major one*"⁶²⁻⁶³.

⁶¹ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 671.

⁶² Kalvin e Rosenfield, *Function of a Class Suit*, citados em Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 657.

A doutrina defensora da recorribilidade da decisão certificatória, chamada de *Death Knell* (invocando, ao que tudo indica, os sons dos sinos que anunciariam a morte da *lawsuit*, sem condições de prosseguir senão sob o manto da *class action*) foi derrubada quando do julgamento do caso *Coopers & Lybrand versus Livesay* pela Suprema Corte Americana no ano de 1978. Pelo sistema recursal norte-americano, não vige a regra, como entre nós, da recorribilidade em separado das interlocutórias⁶⁴. Nos casos excepcionais, taxativamente previstos em lei, não se obteve êxito em amoldar a decisão ora em comento⁶⁵.

2.4. Execução: 'fluid class recovery'

Para alguns casos de *class action*, especificamente aqueles que seguem a hipótese encartada na *Rule 23(b)(2)* - que reclamam *injunctive relief*, portanto -, não há maiores dificuldades para individualização de aspectos da classe necessários para possibilitar o atendimento e conseqüente realização prática do pedido. Com efeito, inibir qualquer comportamento discriminatório para a promoção em um emprego, por exemplo, envolve a mesma prova para uma ou mais pessoas, sejam ações individuais ou coletivas, respectivamente. O implemento da providência judicial, por seu turno, não oferece qualquer problema particular, embora tenha sido outorgada em ação de cunho coletivo.

Naqueles pedidos que envolvem questões de quantificação de danos (especificamente nas *class actions* (b)(3), portanto) a realidade processual transforma-se por completo daquela experimentada no cotidiano das ações individuais, dando margem para que surjam problemas até então inusitados quando o assunto refere-se ao denominado processo tradicional.

Nestes casos, os Tribunais podem assumir três diferentes tarefas tendo em vista o acolhimento do pedido formulado. Devem resolver sobre a responsabilidade do réu, calcular o montante de danos sofridos à (ou pela) classe litigante, e, por fim, distribuir aos (ou cobrar dos) membros da classe, enquanto indivíduos que são, sua proporção exata na quantificação do dano. Para tanto, é bastante comum que, para a consecução de uma ou de outra destas etapas, haja necessidade da fragmentação ou individualização da classe.

As Cortes desenvolveram diferentes mecanismos para tanto. Um deles é a utilização de um simples julgamento para determinar se existe responsabilidade do réu e, se positiva a

⁶³ "Todavia, já se observou que, possivelmente esse sistema (o das *class actions*) seria o único apto a realizar e a conduzir, economicamente, para uma realização da Justiça (cf. Harold Koch, *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß* (Die *class action* des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme), Frankfurt am Main, 1976, Introdução, p. 9)" (citado por José Manoel de Arruda Alvim Netto, "Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material" em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, sem data, p. 91, nota 10).

⁶⁴ Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., p. 579.

⁶⁵ Esta conclusão e a análise dos casos excepcionais de recorribilidade das interlocutórias podem ser encontrados em Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, cit., p. 587/590.

pesquisa, para quantificação dos danos. Este julgamento toma como base a pretensão individual do representante da classe. Por vezes, há necessidade de complementação do julgamento pela elaboração de estatísticas e de perícia. Uma vez fixadas a responsabilidade e a quantificação dos danos, a Corte determina como deverá ser efetivada sua distribuição (ou, inversamente, sua cobrança) entre os membros da classe.

Uma outra fórmula para individualização do julgamento envolve uma bifurcação deste ato. A primeira trata somente da questão da existência da responsabilidade, no qual são usadas as mesmas técnicas do julgamento tradicional. A segunda - que tem cabida somente diante da declaração da responsabilidade -, destina-se à quantificação dos danos, seja envolvendo "mini julgamentos" para apuração de danos individuais, que bem se amolda à opção legislativa nacional, ou um procedimento genérico destinado a calcular os danos referentes à classe como um todo.

É neste contexto que surge a figura do *fluid class recovery*. Nos casos em que os custos para a identificação dos danos suplantarem a quantia a ser recebida individualmente ou, de outra parte, naquelas hipóteses em que o pagamento de todos os danos individualmente sofridos não esgotar a responsabilidade do devedor nos termos de como ficou decidido, há possibilidade de a Corte valer-se daquele mecanismo. Tudo a partir da preocupação assentada de início neste item e referente aos problemas típicos que surgem no momento da liquidação do dano nas ações coletivas (maior parte delas), problema, de resto, não ocorrente, ao menos nestes contornos, nos casos ditos tradicionais do processo civil. A utilização do *fluid class recovery* serve mais para fornecer um benefício geral para toda a classe do que para compensar cada um dos indivíduos que a formam. Caso típico de sua utilização colhe-se naqueles casos envolvendo a formação de cartéis, onde, dada a extrema dificuldade (senão impossibilidade) de serem identificadas todas as pessoas afetadas individualmente pelas práticas abusivas, os responsáveis são condenados a minorar seus preços durante um determinado período.

Outrossim, considerando que o problema da quantificação do dano não esgota o assunto, por deixar em aberto, ainda, outro óbice, atinente à fórmula de distribuição do valor da condenação e, ainda, que sempre poderá haver aqueles membros da classe que, sequer, tenham conhecimento da ação e que, todavia, não teriam ação individual para haver o quanto declarado na sentença (a coisa julgada foi formada para estes membros também, como visto precedentemente), o *fluid class recovery* é, freqüentemente, empregado para assegurar que, nestes casos, a indenização beneficie todos os membros da classe presentes ou ausentes, sem exceção.

A respeito do tema, importante a lembrança das lições de Geoffrey Hazard e Michele Taruffo. Após deixarem assentado que as *class actions ex (b)(2)* dão ensejo às *injunctons* tratadas precedentemente e que, portanto, os problemas de sua efetivação são os comuns àquela modalidade de provimento jurisdicional (seja proferida em ações individuais ou coletivas), anotam que "*Quando arriva alla sentenza una class action di risarcimento dei danni, la corte*

*deve controllare che il denaro pagato dal convenuto venga adeguatamente ripartito tra i membri della class. In qualche caso si giunge ad accertare i guadagni illeciti del convenuto ma non a stabilire l'identità di tutte le vittime dell'illecito, come accade ad es. quando la sentenza dispone la restituzione di somme illecitamente percepite in violazione delle norme relative alla vendita di determinati prodotti. In casi come questi la corte può ugualmente pronunciare la sentenza, e distribuire le relative somme tra un gruppo di soggetti che corrisponde approssimativamente alle effettive vittime dell'illecito, con un meccanismo denominato fluid class recovery. La corte deve anche stabilire gli onorari che spettano al difensore della class. Un controllo analogo viene esercitato anche sulle conciliazioni e transazioni relative alle class actions"*⁶⁶.

2.5. Acordos e transações

Qualquer proposta de acordo visando ao encerramento das ações coletivas deve ser submetido, conforme o sistema das ações coletivas estadunidenses, à apreciação da Corte. A proposta somente poderá produzir efeitos se e enquanto aprovada pela mesma. Esta regra, ainda que vá de encontro com o princípio geral pelo qual os litigantes podem dispor de seus direitos, tem, como propósito, assegurar que os interesses dos membros ausentes de cada classe sejam adequadamente protegidos. De acordo com a *Rule 23(e)*, naquelas hipóteses em que a classe já tenha sido *certified*, deverá ser efetivada uma *fair notice* da proposta de acordo, garantindo-se, assim, a representatividade adequada.

A proposta de acordo, diante da razão de ser das *class actions*, deverá ser acompanhada da demonstração de que sua finalidade atinge da melhor maneira possível os interesses dos indivíduos que estariam sujeitos aos efeitos de eventual decisão. Interessante aspecto da conclusão dos acordos é que eles poderão ser efetivados mesmo sem a anuência dos representantes ou de algum membro da classe até então ausente da relação processual, e que tenha atendido à notícia de sua realização⁶⁷.

Problema que divide a opinião dos juristas americanos atine à possibilidade de realização do acordo *antes* de a ação ter sido atestada como *class action*, já que o direito posto resolve a questão somente após esta decisão. De um lado, corre o entendimento de que não é possível que a Corte realize o acordo antes da certificação pela falta de informações suficientes para aferição da representatividade adequada (se existem, ou não, conflitos internos no interior da classe, por exemplo). Outra corrente, no lado oposto, defende a idéia de que o sistema judicial tende a favorecer o acordo em qualquer momento que possa ocorrer. Diante da dificuldade do *seven-part certification process* que pode levar *years to resolve*⁶⁸, a melhor

⁶⁶ *La Giustizia Civile Negli Stati Uniti*, cit., p. 189.

⁶⁷ Cf. Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 673.

⁶⁸ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 674.

solução é realizar o acordo proposto, sem, evidentemente, retirar do juiz a possibilidade de exame da razoabilidade da proposta lançada e do exame de que o acordo não poderá prejudicar os membros putativos da classe.

No caso *Shelton* (1978), ficou decidida a desnecessidade de intimação pessoal dos membros putativos da classe para a realização do acordo porque, sem a prévia constatação de se tratar de ação coletiva, não poderia haver qualquer prejuízo para os membros ausentes⁶⁹. O raciocínio então desenvolvido para chegar à conclusão evidencia-se naqueles Estados americanos - as *Federal Rule of Civil Procedure* têm caráter geral, não inibindo o poder legislativo de cada Estado-membro⁷⁰ - em que nenhum indivíduo é tratado como membro da classe, enquanto não ter sido notificado da existência da *class action* e desde que tenha optado em participar daquela relação processual e de seus efeitos consequentes. Trata-se do denominado *right to opt in*⁷¹.

Entretanto, naquelas hipóteses em que a lide trazida perante a Corte é unitária, isto é, que não pode ser resolvida de formas diversas para cada interessado, poderiam surgir alguns problemas. Uma coisa é fazer acordo para a devolução de uma certa quantia de dinheiro devida pela aquisição de um bem com defeito de fabricação: os valores podem ser diferentes entre si e uma média pode ser obtida para satisfação geral. A outra é fazer acordo, por exemplo, para que seja cessada a poluição sonora em um determinado logradouro público. Se certos padrões podem ser suportados por aqueles que, individualmente, participaram do acordo e se deram por satisfeitos, será que os demais (os membros ausentes da classe) terão que suportar a poluição, já adequada aos padrões legais, mas, ainda em graus mais elevados, do que podem pretender aqueles que não participaram da relação processual? Não consta que este problema tenha sido enfrentado pela doutrina ou pela jurisprudência americanas.

Outro vetor que já foi considerado para a aprovação de acordos em *class actions* foi a observação da condição econômica do réu, como no caso *Grunin versus International House of Pancakes* (1975), em que, fosse outra situação, o acordo seria negado por ter sido considerado como economicamente pouco atraente⁷².

3. Pontos para reflexão e debate no direito positivo brasileiro

⁶⁹ Emanuel, *Civil Procedure*, cit., p. 264.

⁷⁰ "Les règles de procédure civile peuvent varier entre les juridictions des différents Etats qu'au sein des tribunaux fédéraux car elles sont propres à chaque juridiction. Toutefois, en 1937-38 la Cour Suprême devait adopter un code fédéral de procédure civile employées par les tribunaux étatiques. Ces derniers calquèrent en grande partie leur propre réglementation sur le modèle du code fédéral" (Alain A. Levasseur, *Droit des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2^e. ed., 1994, p. 104).

⁷¹ Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., pp. 662/663.

⁷² Emanuel, *Civil Procedure*, cit., p. 264.

Os três pontos de toque que exigem maior reflexão por parte da doutrina atual do processo civil, no que se refere ao estudo e compreensão das ações coletivas, são a legitimidade para agir, o contraditório e a coisa julgada. Mesmo para as *class actions*, não é outra a realidade descrita pela doutrina estadunidense⁷³. Isto porque a razão de ser destas chamadas ações de classe encontra seu fundamento na possibilidade de, com a atuação de um ou alguns membros de uma determinada classe, todos os demais, que não agiram diretamente, serem afetados pelos efeitos daquela decisão, inclusive no que se refere à imutabilidade do quanto decidido, isto é, no tangente à formação da coisa julgada.

A partir das estreitas linhas escritas precedentemente respeitantes às *class actions* do direito norte-americano, interessante colocar algumas questões a partir da opção político/legislativa do direito positivo brasileiro sobre o tema e buscar, senão respostas definitivas, ao menos, alguns pontos que possam ou, mesmo, devam merecer maiores debates por parte da comunidade jurídica especializada.

Cada um dos temas, ainda que intrinsecamente unidos, vem posto em item diverso, permitindo uma sistematização mais adequada das questões levantadas.

3.1. Constatações no cenário jurídico nacional: algumas palavras sobre o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade

3.1.1 A representatividade adequada e a coisa julgada no mandado de segurança coletivo: análise de um caso julgado

A discussão em torno do mandado de segurança coletivo a partir do exame das *class actions* do direito norte-americano teve dedicada de José Rogério Cruz e Tucci obra própria. Em seu "*Class action e Mandado de Segurança Coletivo*", após a descrição do funcionamento do sistema daquelas ações no ordenamento jurídico americano e canadense, expõe, sistematicamente, sobre o nosso mandado de segurança coletivo, tal qual previsto no inciso LXX do art. 5º. da Constituição Federal de 1988. Como anota, ressalvadas as "*inequívocas discrepâncias existentes entre o sistema processual norte-americano da common law e o nosso*", (...) "*várias daquelas regras atinentes às class actions podem ser, por exemplo, invocadas, como método de trabalho, na tentativa de solucionar problemas práticos que decorrem do denominado mandado de segurança coletivo (rectius: mandado de segurança atinente a interesse coletivo)*"⁷⁴. E a partir do exame da *Rule 23* toma alguns posicionamentos acerca daquele instituto processual.

⁷³ Cf. Cound, Friedenthal, Miller e Sexton, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cit., p. 658.

⁷⁴ Op. cit., p. 35.

Também lembra a experiência norte-americana como possível ponto de partida para reflexões sobre o mandado de segurança coletivo, Rodolfo de Camargo Mancuso, que menciona, ainda, as lições de José de Moura Rocha e Alfredo Buzaid neste sentido⁷⁵.

A necessidade de um estudo comparativo entre o sistema norte-americano das ações coletivas e o mandado de segurança coletivo brasileiro - especificamente aquele previsto na alínea *b* do dispositivo constitucional precitado - foi mencionado, também, em voto proferido pela E. Juíza do E. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região Lúcia Valle Figueiredo quando do julgamento da AMS nº. 18.502/SP em 27 de novembro de 1991.

O caso posto em pauta naquela oportunidade dizia respeito às circunstâncias em que era ocorrente a legitimidade para que sindicatos, na qualidade de substitutos processuais, impetrassem ação de segurança coletiva em prol de seus associados. Por votação unânime, inclinando-se para o entendimento jurisprudencial predominante nos Tribunais brasileiros, bem como para a tese prevalecente na doutrina⁷⁶, foi negada a possibilidade do sindicato da indústria de artigos e equipamentos odontológicos médicos e hospitalares do Estado de São Paulo requerer segurança naqueles moldes traçados pela alínea *b* do inciso LXX do art. 5º. da Constituição, pelo extravasamento verificado entre o objeto da ação (recolhimento do PIS) e suas finalidades institucionais (estudo, coordenação, proteção e representação legal da categoria econômica de artigos e equipamentos odontológicos, médicos e hospitalares na base territorial do Estado de São Paulo).

Como constou na decisão monocrática de carência da ação encampada pelo Tribunal, "*A matéria posta em debate, constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88 que alteraram a legislação pertinente sobre o Programa de Integração Social - PIS, transcende os limites dos interesses específicos da categoria econômica representada e que se convencionou denominar de princípio da especialidade. O assunto, por sua generalidade, desborda dos interesses específicos da sua coletividade, razão pela qual não tem o Sindicato impetrante direito de discutir a contribuição PIS/PASEP, não restrita aos interesses gerais da categoria ou individuais de seus sindicalizados, certo que não são relativos apenas à atividade ou profissão exercida por seus associados*".

Declarou voto a Juíza Lúcia Valle cujas lições doutrinárias⁷⁷ haviam sido mencionadas ao longo da peça recursal. Não se deixou convencer, entretanto, que o mandado de segurança coletivo fosse prestante para a tutela de outros direitos que não os coletivos em sentido estrito,

⁷⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, "Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais", em *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 1994, pp. 49/50 (obra coletiva sob a coordenação de Luiz Guilherme Marinoni).

⁷⁶ Cf., do autor, *Apontamentos sobre a Legitimidade Extraordinária na Constituição de 1988*, monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no 2º semestre de 1994, pp. 21/48.

⁷⁷ *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pp. 15/21 e *Interesses Difusos e Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pp. 38/39.

isto é, firmou posicionamento no sentido de que não reconheceria legitimidade para o impetrante da segurança coletiva naqueles casos em que o objeto tutelado dizia respeito a direitos difusos ou individuais homogêneos. Consta da conclusão de seu voto:

"Li o artigo da Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, aqui citado, quando a ilustre autora fala dos direitos individuais homogêneos. Parece-me que esses direitos devam ser defendidos pela ação civil pública e, não tenho dúvida de seu cabimento, mas não pelo mandado de segurança, pela própria natureza deste instituto.

"Então, realmente, até agora não tenho condições, para ser absolutamente honesta, de mudar o ponto de vista que, apressadamente, no momento da promulgação da Constituição (mal tinha acabado de sair) tive de formular quando escrevi aqueles dois opúsculos - 'Direitos Difusos e Coletivos' e 'Mandado de Segurança Coletivo'.

"Tenho repensado, creio que até haja possibilidade em determinados casos, de, realmente, associação ou sindicato interpirem mandado de segurança coletivo, ou, principalmente, ação coletiva para defesa de direitos individuais, mas, ainda não estou segura. Porém, certo é, quanto a esta hipótese em discussão, não parece seja caso de mandado de segurança coletivo.

"Preciso rever toda a parte das ações de classe, as 'class actions' do direito americano. Pode ser aí que siga as pegadas da ilustre Prof^a. Ada Grinover, mas, por enquanto, realmente acompanho a relatora por entender, também como ela, haver ilegitimidade"⁷⁸.

Após as premissas que se colocou sobre as ações coletivas do direito norte-americano, não parece que subsistiriam outras razões para que a ilustre Professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo mudasse seu posicionamento acerca do tema, em se entendendo o mandado de segurança previsto no art. 5º., inc. LXX, alín. b, da CF, verdadeira ação coletiva⁷⁹.

Com efeito, em sendo o mandado de segurança idealizado pelo constituinte brasileiro mais atual no art. 5º., inc. LXX, alín b, da Constituição ação com foros de coletiva, parece assertado, a partir da análise do sistema das ações coletivas no direito comparado estadunidense, não haver espaço para que lá sejam veiculados por um sindicato ou associação de classe outras

⁷⁸ Com base nas premissas que traça das *class actions* do direito norte-americano, Cruz e Tucci deixa entrever que não admite a impetração do mandado de segurança coletivo para a tutela de outros bens ou direitos que não os estritamente coletivos em sentido estrito (op. cit., pp. 40/41).

⁷⁹ Consta de julgado mais recente que a Juíza Lúcia Valle acabou por reconhecer legitimidade a sindicato impetrante da segurança coletiva para questionar portaria reguladora do IPI (AMS 14.298, j. 3.3.93, DOE 2.8.93, pp. 319/320) porquanto, *"O IPI é tributo diretamente referido à atividade do impetrante. O preço da mercadoria será substancialmente afetado pelas decisões, que se pretendem impugnar.* No entanto, o que se pôs em pauta naquela oportunidade não vai contra o entendimento esposado pela ilustre Professora no acórdão mencionado no texto. Pelo contrário. Coerentemente com seu pensamento inicial, a legitimidade somente foi reconhecida diante da verificação do vínculo existente entre o recolhimento do IPI e os objetivos institucionais (vínculo associativo, portanto: peculiar interesse, interesse núcleo) do sindicato da indústria de artigos e equipamentos odontológicos.

afirmações de direito que não sejam aquelas que tipificam a classe enquanto tal, isto é, verdadeiros direitos coletivos em sentido estrito⁸⁰. Assim, no caso então posto em julgamento, por não ser a classe dos industriais de artigos e equipamentos odontológicos médicos e hospitalares do Estado de São Paulo a única que está sujeita ao recolhimento do PIS com as alterações introduzidas pela legislação precitada, e, mais, não ser o fato do recolhimento desta exação tipificador da atividade desempenhada pelos filiados daquele sindicato, não se pode enxergar em seu respectivo sindicato um representante adequado dos interesses daqueles que restariam ausentes da relação processual. Em uma sentença: a exigência do recolhimento daquela exação, por não ser exclusiva ou própria dos membros daquele sindicato, não qualifica a classe que a organização sindical pretende fazer representar em juízo. Por isto, não poder ser visto nele representante adequado para aquela finalidade. Ao revés, pelo sistema americano, quer parecer que seria possível que uma *pessoa* qualquer (mas não um sindicato), que estivesse sujeita à cobrança daquele tributo, é que poderia propor a ação em seu próprio benefício e no de todos os outros membros ausentes da relação processual que se amoldassem na mesma situação fática⁸¹.

De outro lado, é viável mitigar os efeitos da legitimidade para agir em se tratando do mandado de segurança previsto no dispositivo precitado, a partir do exame do espectro subjetivo da coisa julgada. O grande problema que se põe, a partir da solução oferecida pelo sistema norte-americano é que a atuação do *fair representative* beneficiará, ou não, toda a classe com uma só penada, vinculando toda ela à imutabilidade do comando daquela decisão. Sendo imaginada a hipótese de que, para o caso do PIS fosse proposta uma *class action ex (b)(1)(A)*, todos aqueles que pudessem ser subsumidos naquela situação fática padrão restariam vinculados àquela decisão. Esta é, como visto, a *ratio* do instituto.

⁸⁰ "Os direitos que podem ser objeto do mandado de segurança coletivo, são os direitos (individuais) comuns a uma coletividade de legitimados. A índole do mandado de segurança não permite que se vá além disso. A norma constitucional que instituiu o mandado de segurança coletivo não pode sobrepor-se aos cânones hermenêuticos próprios do instituto processual a que a mesma pertence. Qualquer interpretação isolada da norma constitucional constante do art. 5º, LXX, 'b', da CF seria equivocada e ilegítima" (Ovídio Baptista da Silva, "Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos?" em *Revista de Processo*, vol. 60, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 144). Para uma indicação bibliográfica mais extensa sobre a possibilidade de o mandado de segurança veicular outros direitos que não os estritamente coletivos, cf. a nota 5 do artigo "O processo civil no Código do Consumidor", de Carlos Roberto Barbosa Moreira, veiculado na *Revista de Processo*, vol. 63, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 145.

⁸¹ "Este tipo de 'interesse legítimo' de toda a comunidade de consumidores lesados com a compra da mercadoria, é atendido, no direito norte-americano, pelo instituto da class action. Esta espécie de 'interesse legítimo' por ser partilhável, em quotas-partes, entre todos os prejudicados, não poderia ser incluído na outra classe de 'interesses supra-individual' onde se situa o interesse difuso" (Ovídio Baptista da Silva, "Mandado de Segurança", cit., p. 140). Também se colhe em Calmon de Passos a lição pela qual "Proposta a ação pelo interessado ou por alguns interessados (litisconsórcio) e percebendo o juiz a existência dos pressupostos da similitude do interesse, da unidade do devedor e da possível extensão da eficácia de seu julgamento, ele, magistrado, decidindo a respeito, torna coletiva esta ação individual, mediante a devida publicidade". ("Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena pensar de novo?" em *Livro de Estudos Jurídicos*, vol. 6, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, obra coletiva sob a coordenação de James Tubenclak e Ricardo Silva Bustamante, p. 278).

Preocupado com estas questões, James Marins, ilustre Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, escreve sobre o absurdo do prevailecimento da tese da coisa julgada no mandado de segurança coletivo ser, nos termos da legislação infraconstitucional, sempre assimilável *erga omnes* (LACP, arts. 16 e 21, e CDC, art. 103, inc III). O precitado autor exemplifica suas considerações cogitando de impetração de mandado de segurança coletivo com base no mesmo permissivo da Constituição Federal contra determinada exação fiscal. A tese do impetrante, ademais, toma como causa de pedir a inconstitucionalidade do tributo. Se, como anota, o sistema da coisa julgada das ações coletivas só permite sua formação *secundum eventum litis* e para beneficiar aqueles que não agem em juízo e, em se tratando de direitos individuais homogêneos, *erga omnes*, a competência reservada, com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal para expurgar determinada norma porque contrária à Constituição (CF, art. 102, inc. I, alín. a), restaria deliberadamente usurpada por quaisquer juízes de primeiro grau, quando do exercício do controle difuso da constitucionalidade.

*"Dentro desse regime, então qualquer mandado de segurança coletivo, impetrado, por exemplo, por uma associação, digamos, hipoteticamente com apenas três associados, que contestasse, por exemplo, a incidência do PIS, poderia resultar, absurdamente, em uma decisão com eficácia erga omnes, para todos os contribuintes do Brasil, em efeito prático idêntico ao de um julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, uma simples liminar deferida no bojo da ação movida pela pequena associação produziria efeito tal, como dito, absurdo, que todos os contribuintes do Brasil, poderiam deixar de recolher o tributo denominado PIS, como no exemplo usado, ante o reconhecimento liminar e incidenter tantum, com eficácia erga omnes, da inconstitucionalidade do tributo"*⁸².

À esta constatação atribui o autor, a pecha de inconstitucionalidade. Visando ao resguardo do acesso individual à justiça e do sistema de controle concentrado da constitucionalidade outorgado, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, anota que *"a solução encontra-se na declaração incidental (até mesmo ex officio) pelo Magistrado da inconstitucionalidade do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública e do art. 103, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que concerne à atribuição de efeitos erga omnes à decisão do mandado de segurança coletivo tributário (interesses individuais homogêneos) quando este contemplar reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de norma jurídica. A inconstitucionalidade desses dispositivos se dá pelo conflito do resultado prático desta decisão com a competência do Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado da constitucionalidade"*⁸³.

A dificuldade que poderia ser posta para aceitar esta solução, ainda com os olhos na Constituição Federal é que, a exemplo do que se colhe na experiência americana, todos os que

⁸² "Ações coletivas em matéria tributária" em *Revista de Processo*, vol. 76, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 101/102.

⁸³ Op. cit., p. 103.

estivessem sujeitos àquela mesma situação fática (hipótese de incidência do recolhimento da precitada contribuição social, como decidiu o Supremo Tribunal Federal⁸⁴), deveriam ser atingidos não somente pela eficácia da sentença, mas, também pela qualidade de imutabilidade de seu comando emergente. Como bem posto no acórdão colacionado, não eram só os associados do sindicato impetrante que estavam sujeitos àquela exação fiscal. Do reconhecimento da legitimidade do sindicato impetrante e da não extensão da coisa julgada para todos que se encontrassem na mesma situação fática, poderia se pensar na criação de padrões de conduta incompatíveis para o Fisco Federal, pelo que o vetor da isonomia e da igualdade (CF, art. 5º., inc. II, art. 37, *caput* e art. 150, inc. II), que norteia a atuação do Estado-Poder brasileiro, estaria irremediavelmente violado.

Mas se se for buscar, no interior do ordenamento jurídico, aquele que seria o representante adequado para expurgar, com graus *erga omnes* de definitividade, aquelas normas que instituíram o PIS, preservando a competência do Supremo Tribunal Federal, a única possibilidade seria a ação promovida por um dos indicados no rol do art. 103 da Constituição. O óbice para esta hipótese em exame, entretanto, é que não se pode cogitar, de acordo com a jurisprudência daquele Tribunal de ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos anteriores à promulgação da Constituição vigente. O caso, vai dizer o entendimento majoritário naquela Corte, não é de inconstitucionalidade, mas de direito intertemporal, passível de controle somente em cada caso concreto⁸⁵. Para estes fins, destarte, só existiriam representantes adequados para os atos normativos editados sob o pálio da ordem constitucional vigente.

Postos os pontos desta forma, chega-se a um verdadeiro impasse de nível constitucional: deve prevalecer a igualdade das pessoas perante a Constituição (todos pagam ou não pagam determinada exação) ou o respeito à competência do Supremo Tribunal Federal para expurgar, com efeitos *erga omnes*, as normas tidas como inconstitucionais? Entre nós, a realidade inclina-se para a segunda opção.

Com efeito, pelas peculiaridades que o nosso sistema de ações coletivas e do nosso controle de constitucionalidade apresentam, pode ser sustentada, com tranqüilidade, a tese de que a decisão do mandado de segurança coletivo somente pode afetar aquelas pessoas que estejam vinculadas diretamente ao impetrante, isto é, aquelas pessoas que possam ser subsumidas à coletividade em sentido estrito. Se a solução significa, em termos práticos, que, onde houver um juiz poderá haver uma decisão, inclusive de mérito, diversa, é questão que não sensibilizou grande parte da comunidade jurídica e que terá foros de contradição lógica, mas não jurídica.

Fica encarecido, com isto, que o mandado de segurança coletivo previsto no permissivo da letra *b*, somente pode ser impetrado para tutela daqueles direitos próprios de cada

⁸⁴ Cf. *RTJ* 120/1.190.

⁸⁵ Paulo Brossard, "Constituição e leis a ela anteriores", *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 30.

coletividade, única hipótese de ser reconhecido o representante adequado exigido pela Constituição Federal e, com isto, não se pretender a extensão *erga omnes* do julgado. A relação entre a legitimidade para agir e a coisa julgada, uma vez mais, fica evidente.

Chegando a este ponto da exposição, não seria possível sustentar que o mandado de segurança coletivo previsto no art. 5º, inc. LXX, alín. *b* da CF, nada mais é que hipótese, constitucionalmente prevista, de substituição processual? A própria redação dada pelo constituinte, ao exigir que a impetração se dê "*em defesa dos interesses de seus membros ou associados*" não estaria sugerindo a vinculação dos interesses do substituto e dos substituídos a serem levados perante o Estado-juíz? E, sendo caso de substituição processual como dá a entender o próprio texto constitucional, o mandado de segurança coletivo reclama para si o sistema da coisa julgada das ações coletivas - e os problemas daí decorrentes - ou aquele traçado no Código de Processo Civil?

José Carlos Barbosa Moreira, em palestra que proferiu na Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro em 11 de setembro de 1989, tem para si que é possível a identificação de uma ação como coletiva com olhos voltados "*... não à estruturação subjetiva do processo, mas ao próprio litígio que vai ser objeto da apreciação pelo Juiz; e até diria que um dos traços característicos dessas chamadas ações coletivas consiste, precisamente, na possibilidade que em geral se assegura, de que a lide seja posta sob a cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica, pouco importa*"⁸⁶. Propõe um enfoque subjetivo-objetivo, baseado na titularidade ativa e no objeto da ação, para que se classifique uma ação na qualidade de coletiva, Hugo Nigro Mazzilli⁸⁷. Outros autores vão se referir às ações coletivas como "*... o direito de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional em nome de uma coletividade, determinada ou não*"⁸⁸.

Entendendo, que sejam estes os traços denotadores de ações coletivas (a reclamar, destarte o regime da coisa julgada traçado pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo menos até que diploma específico sobre o tema venha a ser editado), qual a distinção que pode ser traçada entre estas hipóteses e aquelas clássicas de substituição processual ou, ao menos de representação, encontradas na doutrina como da Ordem dos Advogados do Brasil, dos sindicatos e das associações⁸⁹, que sempre reclamaram para si - e sempre tiveram bem aceitas - o regime da coisa julgada do Código de Processo Civil, é dizer, das ações individuais?

⁸⁶ "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988" em *Revista de Processo*, vol. 61, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 187.

⁸⁷ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª. ed., 1994, p. 35.

⁸⁸ Carlos Eduardo Faraco Braga, "Ações coletivas" em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 86.

⁸⁹ Cf. Ephraim de Campos Jr., *Substituição Processual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, pp. 48/50 e pp. 57/58.

As questões que se põe são de relevo, porque, adotando-se o posicionamento de que a referida previsão constitucional do mandado de segurança diz respeito a uma ação coletiva, vai tender a doutrina à aplicação do regime da coisa julgada reservado pelo Código do Consumidor (art. 103), ao menos antes da edição de lei própria. Esta a posição de Nelson Nery Jr.⁹⁰ e de Ada Pellegrini Grinover⁹¹. Com isto, sendo ação coletiva, em que pesem as críticas mencionadas precedentemente (de resto, sempre são lembradas ao redor do mundo)⁹² ao sistema pelo qual optou o legislador brasileiro, a coisa julgada somente será cogitável naqueles casos de favorecimento, de acolhimento da pretensão, deixando, portanto, sempre abertas as portas do acesso à justiça àqueles que não participaram diretamente do processo, em que pesasse o reconhecimento da legitimidade ativa do impetrante (representante adequado para todos os fins). Isto sem fazer menção às críticas que poderiam ser dirigidas à extensão *erga omnes* do julgado, como visto nas linhas anteriores.

De outra parte, tratando-se, como aventado, de substituição processual decorrente da Constituição e, portanto, não sendo novidade totalmente estranha ao nosso ordenamento jurídico - mas, antes, de necessária e possível readaptação de conhecido instituto -, não estaria melhor alocada a problemática com a aplicação do regime da coisa julgada traçada pelo Código de Processo Civil, que, neste particular, acaba por coincidir com a opção adotada pela *Rule 23(c)(3)*, ao não admitir sua formação *secundum eventum litis*?⁹³ Fosse assim, julgada a ação de segurança a coisa julgada vincularia todos os 'substituídos' (mas somente eles), vale dizer, todos aqueles que não atuaram diretamente no processo, independentemente do teor da decisão.

O interessante acerca do tema ventilado no parágrafo precedente é que os autores em sede doutrinária debatem ferrenhamente acerca da natureza jurídica da legitimação para agir em se tratando de mandado de segurança coletivo: se se trata de hipótese de substituição processual, se se trata de caso de representação, ou, ainda, como aponta Nelson Nery Jr., dependendo do objeto do *mandamus* coletivo, é que poderá ser verificado se o impetrante age a título de substituição processual, ou se age a título de legitimado ordinário ou, desde que o regime

⁹⁰ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, cit., p. 663.

⁹¹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, cit., p. 585.

⁹² Ada Grinover relembra as críticas quanto à coisa julgada *secundum eventum litis* nos seguintes termos: "Denti afirma que a solução do julgado *secundum eventum litis* seria consentânea com as técnicas do ordenamento italiano, mas inadequada às ações coletivas (Aspetti processuali, cit., p. 66). No mesmo sentido, Luiso, Principio del contraddittorio, cit., p. 210, nota 319. Vigoriti observa que a não oponibilidade a terceiros da coisa julgada negativa não só frustra a necessidade de uniformidade da cognição a respeito do interesse coletivo, mas ainda impõe ônus excessivo ao réu, obrigado a repetir sua defesa, sem poder opor a eficácia de um julgado favorável (Interessi Collettivi cit., p. 112). Contra a fórmula da coisa julgada *erga omnes*, só in utilibus, v. no Brasil, entre todos, Barbosa Moreira, A ação popular, cit., pp. 122/123, apontando a falha denunciada por Schwab, e que pode levar a coisas julgadas contraditórias (a primeira, negativa para um co-legitimado; a segunda, se procedente a ação, com eficácia *erga omnes*, abrangendo também o primeiro, que perdeu a demanda". ("As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" em Revista de Processo, vol. 43, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 29, nota 47).

⁹³ Tendo como aplicável ao mandado de segurança coletivo o sistema da coisa julgada do Código de Processo Civil, ainda que admita a possibilidade de auto-exclusão dos membros dissidentes, a exemplo do que se colhe na experiência jurídica norte-americana, cf. Cruz e Tucci, op. cit., pp. 47/49.

jurídico que seu agir está vinculado não pode se prender às categorias individualísticas do processo, a título de legitimado autônomo para condução do processo⁹⁴.

Mas, ao lado da importância que estas classificações e que novas propostas de classificação devam merecer, não é menos certo que, podendo identificar, como anotado de início, efetividade nos institutos tradicionais do direito processual civil, no caso, ao conceito de substituição processual, por que buscar solução para a problemática respeitante à coisa julgada no sistema das ações coletivas? Se Nelson Nery Jr. e Ada Grinover não negam a possibilidade de o impetrante do mandado de segurança coletivo, em certos casos, agir a título de substituto processual, por que reservar para estes casos o regime totalmente estranho ao instituto e à tradição de nosso Direito?

Ficam lançadas as questões à espera de momento mais oportuno para que sejam lançadas respostas com algum ânimo de definitividade.

Por ora, basta a menção ao pensamento de que o que se tem no referido artigo da Constituição brasileira é hipótese nítida de substituição processual, pelo que o único regime de coisa julgada que pode ser aplicado é aquele constante do Código de Processo Civil. Por se tratar de substituição processual, demonstra-se imprescindível e inafastável que o objeto da ação somente possa guardar nexos de vinculação com aquilo que justifica a existência do ente escolhido pelo constituinte. Ainda que não se possa esconder que há outros fatores que poderiam levar a casos de substituição processual - as obras de José Carlos Barbosa Moreira⁹⁵ e de Donald Armelin⁹⁶ são insuperáveis neste ponto -, não é menos certo, que, na hipótese concreta em exame, a conclusão, como não poderia deixar de ser, toma como base o direito positivo, e o referido dispositivo, claramente, exige que a impetração do mandado de segurança coletivo seja para a defesa dos interesses dos associados ou componentes do impetrante.

Colacionável a respeito a idéia que Barbosa Moreira lança a respeito do assunto. Ao analisar as alíneas *a* e *b* do art. 5º., inc. LXX, da Constituição, anota que "... *há uma assimetria entre a letra 'a' e a letra 'b'. Porque na letra 'b' se diz expressamente qual a finalidade do*

⁹⁴ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 222, nota 14. Em sentido semelhante, cf. Ada Pellegrini Grinover, que não cuida, todavia, da legitimação autônoma para condução do processo, falando, somente, em casos de legitimação ordinária ou extraordinária consoante seja a pretensão deduzida ("Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" em *Revista de Processo*, vol. 58, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 77). Na verdade, o que parece que deve ser posto para a experiência processual brasileira é que, a par da importância da classificação destes novos institutos que vêm surgindo para viabilizar a grande meta do efetivo acesso à justiça, há necessidade de que este "*relaxamento das regras de legitimação ad causam*", para utilizar de expressão que se vale Herman Benjamin (op. cit., p. 74) seja acompanhado de efetiva aplicação dos novos institutos. Talvez seja este o objetivo do pragmatismo da doutrina americana que este mesmo autor, como já anotado, acentua (...).

⁹⁵ "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária" em *Revista dos Tribunais*, vol. 404, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 17/18.

⁹⁶ *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pp. 121/130.

*Mandado de Segurança Coletivo: 'em defesa dos interesses de seus membros ou associados'. Então, o Sindicato, a entidade de classe, a associação só poderão impetrar Mandado de Segurança Coletivo visando à proteção de membros ou associados, não de quaisquer pessoas"*⁹⁷.

Ainda com relação ao mandado de segurança previsto no artigo constitucional em tela, poderia ter cabida alguma consideração acerca da exigência de o impetrante demonstrar ata de assembléia em que se decidiu pelo ingresso da ação, na forma, como exigem alguns julgados, do art. 5º., inc. XXI, da Constituição⁹⁸. Tal exigência, se examinada a partir das premissas das *class actions* do direito americano não poderá conduzir à conclusão da necessidade de autorização expressa para agir em juízo. Como foi dito acima, não se pode cogitar de qualquer autorização para que o *class representative* ingresse com a ação. A possibilidade de sua atuação em juízo naquela qualidade será equacionada pelo juiz, no exame de cada caso que se apresente.

No entanto, eventual ata de assembléia terá o condão de possibilitar para o juiz o exame da coletividade que poderá ser afetada com a impetração, a exemplo, aqui sim, do que ocorre no sistema estadunidense. E, com base nesta descrição, oferecer dados mais concretos para verificação da representatividade adequada pela demonstração mais palpável do vínculo associativo ou institucional à luz do art. 5º., inc. LXX, alín. b, da CF. "*Perchè una class possa ritenersi correttamente individuata non importa tanto che i portatori degli interessi di classe precisino rigorosamente i confini della stessa, ma importa che vengano date indicazioni sufficienti ad identificarne i membri*"⁹⁹. Se for o caso, na ata poderá ser deixado consignado o desinteresse deste ou daquele associado em não participar da ação coletiva, pelo que o mesmo não poderia restar vinculado à sua decisão, positiva ou negativa¹⁰⁰.

Tal exigência, destarte, atenderá, também, a questões de ordem práticas, não exclusivamente as jurídicas.

3.1.2. A representatividade adequada e a coisa julgada nas ações diretas de inconstitucionalidade

Outro ponto em que a questão atinente à representatividade adequada tem, explicitamente, ocupado destaque especial é com relação às ações diretas de inconstitucionalidade que, em número sempre crescente, dão entrada diária no Supremo

⁹⁷ "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988", cit., p. 197.

⁹⁸ Cf., do autor, *Apontamentos sobre a Legitimidade Extraordinária na Constituição Federal de 1988*, cit., pp. 8/21.

⁹⁹ Vigoriti, op. cit., p. 269.

¹⁰⁰ Embora entendendo que a autorização nestes casos é, por assim dizer, pressuposto de admissibilidade do *writ* coletivo, esta espécie de *right to opt out* preventivo é defendido por Vicente Greco Filho (*Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 169) e, já proposta a ação, por Cruz e Tucci (cf. nota 93, *supra*).

Tribunal Federal. Até o mês de junho de 1995, a cifra já ultrapassava a casa das mil e trezentas ações nestes moldes.

Talvez motivados pela extensa ampliação do rol dos legitimados para a propositura desta ação de controle abstrato da constitucionalidade, no sistema constitucional anterior franqueada apenas ao Procurador-Geral da República (CF/69, art. 119, inc. I, alín *l*), os Ministros do Supremo Tribunal Federal desenvolveram ao longo dos quase sete anos de vigência da carta atual dois conceitos principais de exame da representatividade adequada e, portanto, de reconhecimento de legitimidade para agir aos entes enumerados nos nove incisos do art. 103 da Constituição.

Certamente por seu caráter privado, são as pessoas referidas pelo inciso IX do referido permissivo constitucional (as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional) que têm despertado maior atenção (receio) por parte dos componentes da mais Alta Corte brasileira.

Assim, foi desenvolvido um duplo enfoque a título de preliminar para que seja atestado se tratar de legitimado para o controle abstrato da constitucionalidade. A exemplo do que se verifica no direito norte-americano para as *class actions*, é corrente, para as ações diretas de inconstitucionalidade, a realização de um *two-part certification process*.

Em um primeiro momento, vão se perguntar os Ministros do Supremo Tribunal Federal se aquele que pretende ver declarado dado ato normativo pela via concentrada corresponde a uma das figuras eleitas, em abstrato, pelo Constituinte de 1988. Trata-se de confederação sindical? Trata-se de entidade de classe de âmbito nacional? Uma vez respondidas estas perguntas, que dão margem aos mais intensos debates, tem lugar uma segunda série de considerações: a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional é legitimada de acordo com o denominado *requisito da pertinência temática*. É dizer: há pertinência entre o objeto da norma impugnada e as finalidades institucionais daquele ente que se apresenta como representante adequado para a contencioso constitucional abstrato? Pode-se notar, assim, que a expressão que se valeu o legislador constituinte no inciso IX do art. 103, em que pese sua literalidade, não é tão unívoca como poderiam pensar alguns¹⁰¹.

Desta constatação confirma-se o quanto dito precedentemente no sentido de que não se pode buscar resolver a questão da legitimidade para agir, ao menos em se tratando, das ações coletivas, tais quais positivadas no direito brasileiro, somente a partir do exame daqueles que, em abstrato, são elencados pelo sistema processual pátrio. Necessariamente, por força dos vetores constitucionais incidentes na espécie, terão cabida considerações de outra ordem. Se há casos onde esta etapa não oferece qualquer dificuldade (o que é o Ministério Público para os fins de uma ação coletiva prevista no Código do Consumidor?), o mesmo não ocorre, por

¹⁰¹ Sobre o assunto, ver, mais amplamente, do autor, "A legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade: a jurisprudência do STF sobre o art. 103, inc. IX, da Constituição Federal", itens 2 e 3 em *Direito*, nº. 2, São Paulo, Max Limonad, 1995 (no prelo).

exemplo, quando a indagação a ser enfrentada é a seguinte: o que deve ser entendido por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional para os fins da ação direta de inconstitucionalidade? Mesmo que se chegue a um consenso nesta etapa haverá, em todos os casos, outra questão a se responder: em que hipóteses fáticas aquele legitimado em abstrato pela norma de direito positivo pode agir? E para estes casos não faltarão dúvidas também para entender a ocorrência de situação legitimante para o Ministério Público. Basta, para comprovar a afirmação, passar os olhos nas riquíssimas discussões em torno da possibilidade do *parquet* questionar em juízo contratos firmados entre escolas e pais de alunos¹⁰².

Estas considerações, quando voltadas para a ação direta de inconstitucionalidade, têm sido enfrentadas cotidianamente pelos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal e seu exame, em que pesem algumas divergências entre os julgadores, tem se baseado, primordialmente, na necessidade de só reconhecer possibilidade de agir àqueles que demonstrem ser representantes adequados, o que só se dá pelo preenchimento dos requisitos já elencados.

Ademais, o grande norte evidenciado em diversos julgamentos do Supremo sobre esta questão prévia é a coisa julgada. Na hipótese da ação direta ser julgada procedente, sua eficácia será, necessariamente, *erga omnes* vinculando todos aqueles que estão sob sua jurisdição (todos aqueles que estão em território brasileiro). No caso de improcedência, inversamente, estará declarada a constitucionalidade com a mesma abrangência subjetiva.

Há um acórdão do Supremo Tribunal Federal relatado pelo Ministro Celso de Mello, que bem retrata esta situação. Interessante transcrever o trecho que equaciona o choque entre os vetores do acesso coletivo à justiça e a necessidade e inafastabilidade da representatividade adequada para viabilizá-lo, no melhor estilo da Suprema Corte Americana:

"Não fora assim, e não se teria como aferir - enquanto elemento imprescindível à exteriorização da idéia de entidade de classe - a fórmula da adequacy of representation. O que se revela essencial no tema, sob esse aspecto, é a questão concernente àquilo que a doutrina denomina, nos processos coletivos, de 'representatividade adequada', que constitui, consoante observa Ada Pellegrini Grinover (Novas Tendências do Direito Processual, p. 152, 1990, Forense Universitária), com fundamento no magistério, por ela própria invocado, de Mauro Cappelletti (Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi, p. 200 e s., 1976, Padova, Cedam) e V. Vigoriti (Interessi Collettivi e Processo, p. 245, 1979, Milano), 'importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas'. É preciso acentuar que o legislador constituinte, ao ampliar a esfera subjetiva do poder de ação no plano de controle concentrado de constitucionalidade, pretendeu, com a atribuição às entidades de classe da qualidade para agir, concretizar aquilo que Piero Calamandrei (apud Nicolo

¹⁰² Nelson Nery Jr. relata um pouco desta discussão nos comentários que tece aos artigos do Código do Consumidor (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., pp. 624/628).

Trocker, Processo Civile e Costituzione, p. 206, 1974, Milano, Giuffrè Edit.) denominava, em relação a determinados núcleos sociais ou profissionais, legittimazione per categoria"¹⁰³.

Neste ponto da exposição cabe uma breve distinção entre o quanto foi dito para o mandado de segurança coletivo e aquilo que se acabou de dizer. Com efeito, o mandado de segurança previsto no art. 5º., inc. LXX, alín. *b*, da Constituição Federal nada mais é que uma forma constitucionalmente prevista de substituição processual canalizada e, precisamente por esta razão, não é possível que nele se veiculem outras afirmações de direito que não aquelas qualificadoras dos objetivos institucionais dos entes legitimados à impetração. Esta mesma necessidade de vinculação entre os objetos (o institucional e o da pretensão deduzida em juízo) tem sido exigida pelo Supremo Tribunal nos casos das ações diretas de inconstitucionalidade.

No entanto, ao contrário do que se verifica para o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade é, por definição, ação sem partes, o que equivale a dizer que é ação objetiva, sem qualquer direito subjetivado de quem quer que seja. A necessidade de demonstração da pertinência temática exigida pelo Supremo Tribunal Federal nada mais é o de que uma criação exclusivamente jurisprudencial para que aquela Corte possa atestar, com alguma margem de segurança, tratar-se o autor previsto em abstrato no inciso IX do art. 103 da Constituição representante adequado da lide constitucional. Ao contrário do que ocorre com o mandado de segurança coletivo previsto no inciso LXX, alínea *b* do art. 5º. da Constituição, onde o requisito da pertinência temática refere-se ao caso de substituição processual e, mais, aos interesses subjetivados dos componentes da classe enquanto tal, circunstância inadmissível para o controle em sede concentrada de constitucionalidade, como concebido no Brasil.

Outrossim, o regime da coisa julgada, em um e em outro caso, tende a ser diverso, em termos jurídicos: em se tratando de mandado de segurança coletivo tirado a partir da alínea *b* do permissivo precitado, o regime da coisa julgada será típico daquele da coisa julgada previsto e regulado pelo Código de Processo Civil¹⁰⁴. Acaba por vincular - com graus de definitividade - todos os membros daquela coletividade (entendida em sentido estrito) enquanto tais. Na ação direta de inconstitucionalidade, no entanto, a coisa julgada deverá, necessariamente, ser experimentada por todos aqueles que estão em território nacional, estejam ou não vinculados à entidade privada, autora da ação, nos termos do dispositivo constitucional elencado.

¹⁰³ Do voto do Ministro Celso de Mello na ADIn. 79 (acórdão integral veiculado em *RTJ* 147/3, *RDA* 188/148 e *RT* 687/205).

¹⁰⁴ Mesmo que se entenda aplicável, ao mandado de segurança coletivo, o regime da coisa julgada que lhe reserva o Código de Defesa do Consumidor, não se pode deixar de observar que seus efeitos só podem ser sentidos, de acordo com a letra da Constituição, entre as partes vinculadas àquela associação. Colacionáveis a respeito da distinção entre o espectro subjetivo da coisa julgada no estatuto do consumidor as palavras de Kazuo Watanabe: "... no art. 103, I, II e III, do CDC, conferiu limites subjetivos mais amplos à coisa julgada nas demandas coletivas, erga omnes na ação em defesa de interesses ou direitos difusos e de interesses ou direitos individuais homogêneos, e ultra partes, limitadamente ao grupo, categoria ou classe, na ação que tenha por objeto interesses ou direitos coletivos" ("Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" em *Revista de Processo*, vol. 67, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 19).

Exemplo desta situação pode ser colhido em recente decisão do Supremo Tribunal Federal. Suspensa a eficácia do art. 7º., §2º., da Lei nº. 8.906/94, por força de medida liminar deferida nos autos de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira dos Magistrados, ninguém poderá invocar em seu proveito, seja ou não seu membro, a imunidade penal do crime de injúria lá tipificado. Neste sentido, já decidiu o E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em decisão encimada da seguinte ementa: "*Desacato provocado por advogado - Imunidade profissional - Pendência de decisão do Col. Supremo Tribunal Federal - Embora a Lei nº. 8.906/94 conceda ao advogado imunidade profissional, descrevendo em seu texto legal a isenção prevista a título de crime de injúria a quaisquer manifestações no exercício de sua atividade há que se salientar, entretanto, que tal imunidade penal não pode ser confirmada, até que sobrevenha decisão definitiva sobre o meritum causae da mais Alta Corte de Justiça do Brasil. Ordem denegada*"¹⁰⁵.

3.2. As opções legislativas das ações coletivas brasileiras: considerações críticas

3.2.1. A presunção da representatividade adequada

O Professor Arruda Alvim, a título de conclusão do quadro comparativo que faz entre as ações coletivas tais como regidas e disciplinadas no Brasil e o sistema das *class action* do sistema norte-americano, anota que não devem ser consideradas ocorrentes no nosso ordenamento jurídico duas ordens de problemas que se apresentam no cotidiano forense dos Estados Unidos: aqui, escreve o ilustre Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, não há lugar para preocupações em torno da representatividade adequada e o caráter vinculante da coisa julgada somente naqueles casos em que os membros ausentes foram bem representados. Estas suas palavras acerca do tema, referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor: "... de um lado, os representantes agem ex lege e são inequívoca e taxativamente os indicados no art. 82; b) de outra parte, no que diz respeito à extensão da eficácia negativa da sentença e respectiva autoridade da coisa julgada suscetível de se formar no plano de ação coletiva, não virá essa afetar a esfera individual (art. 103, §1º., referente aos incisos I e II, do mesmo art. 103, §2º., deste mesmo art. 103, referente à hipótese do art. 103, inciso III); nesta última hipótese, no entanto, só haverá coisa julgada se o 'interessado' tiver sido efetivamente parte, nos termos do art. 94, ou seja, trata-se de coisa julgada formada entre este, que terá ingressado como 'litisconsorte', como diz a lei e o réu"¹⁰⁶.

No entanto, ainda que não se possa olvidar a correção da lição do precitado autor, parece ser possível que o mesmo problema seja analisado a partir de outro prisma que não seja somente o exclusivamente legal, com vistas à adequação da Constituição Federal com a solução apresentada pelo legislador brasileiro de apontar, taxativamente, os entes legitimados para

¹⁰⁵ *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, nº. 1890, março/95.

¹⁰⁶ Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 354.

proporem ações coletivas e os casos em que a coisa julgada pode, ou não, afetar *terceiros* ao processo.

Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei. Que a lei possa (e deva) indicar soluções, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitido ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo *adequadamente* cumpridos. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva.

A possibilidade de o juiz confrontar em cada caso a constitucionalidade das leis é, como bem anota José Renato Nalini, um dos desafios que deve iluminar a atuação do Magistrado voltado para o efetivo acesso à justiça. Escreve o E. Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, após tecer suas considerações sobre o princípio da presunção da constitucionalidade dos atos legislativos: "*Nada irremovível submete o juiz a resignar-se ante raciocínio tal. Se de um lado o princípio assim enunciado representa posição cômoda e sempre solucionadora de qualquer conflito, de outro pode trazer desconforto a uma consciência mais aguda e instigante. O juiz inquieto - assim compreendido o que não se conforma com a observância burocrática de seus deveres, mas nutre o ideal de se aproximar da verdadeira Justiça - pode então mergulhar no árduo mister de questionar a constitucionalidade dos atos normativos com os quais se defronta, amparando-se na lógica jurídica da razão*"¹⁰⁷. Em conclusão, após expor acerca da função social do juiz no Estado moderno, anota que "... só é legítimo o comando que não contrarie, oblíqua e frontalmente, ditame constitucional. E para aferir essa compatibilidade, não há receituário ou esquemas rígidos. É a consciência do julgador que elegerá o parâmetro mais racional. Mas a operação de cotejo é irrecusável e integra a atuação de ofício de cada juiz alçado, sob tal concepção, à qualificação de juiz constitucional, seja qual for a sua prestação especializada"¹⁰⁸.

Aqui não há lugar para quaisquer preocupações acerca de qual seja a forma do raciocínio que deve se valer o julgador para expurgar do ordenamento jurídico norma que entenda inconstitucional, ou seja, contrária aos valores prestigiados pela Lei Suprema. O que se pretende nestas linhas é encarecer a circunstância de que a figura presumida da representatividade adequada criada para o sistema das ações coletivas brasileiras pode ser posto em xeque diante

¹⁰⁷ *O Juiz e o Acesso à Justiça*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

¹⁰⁸ Op. cit., pp. 29/30.

de um enfoque constitucional sério e pautado, como não poderia deixar de ser à luz de seu art. 5º., incs. LIV e LV, no vetor do devido processo legal. Destarte, toda a vez que o juiz entender que aquele que se apresenta portador de uma pretensão coletiva (melhor: pretensão coletivamente deduzida) não tem condições para bem representar a classe ou a coletividade ou o grupo respectivo, não deverá escudar-se atrás da letra da lei para deferir seguimento àquela ação coletiva.

Mauro Cappelletti, indubitavelmente um dos maiores defensores da necessidade de criação de mecanismos de acesso (coletivo) à justiça e também do desenvolvimento e aprimoramento das mais variadas formas para efetivar os novos direitos decorrentes da sociedade de massa atual, não deixa de reconhecer que o incremento do número e do impacto das *ideological parties* não se faz sem riscos e sem o perigo de serem verificados abusos e, mesmo, tiranias. Anota aquele autor que qualquer tipo de associação em sentido amplo pode tornar-se, ela mesma, centros de medo e opressão seja em face de seus próprios membros, ou perante terceiros. Não esconde que o único interesse que pode levar uma associação de consumidores a juízo pode ser egoístico e contrário aos interesses dos grupos pelos quais, abstratamente, a lei viabiliza sua atuação. Lembra, inclusive, a circunstância de as *class actions* do direito norte-americano poderem servir como *tools of blackmail*.

Diante desta constatação, encarece a necessidade de que se lancem mão dos mais variados sistemas de *public checks and controls*. Lembra, a respeito, o papel do *attorney-general* nas *relator action* do direito inglês, do *ministère public* na ação de consumidores prevista no ordenamento jurídico francês e, como visto com mais vagar nas linhas precedentes, o papel decisivo do juiz nas *class actions* do direito norte-americano¹⁰⁹.

No Brasil, entretanto, não há lugar para que se verifique se aquele que se apresenta perante o Estado-juiz, *pautado na letra da lei*, como adequado representante de determinada lide que diga respeito a diversas pessoas, seja pessoa apta, efetivamente, para exercer aquele *munus*. O sistema da representatividade adequada no Brasil, seja o estabelecido na Constituição Federal, seja o estabelecido no ordenamento infraconstitucional, é presumido: todos aqueles que preenchem os requisitos previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva.

Mas a solução dada pelo ordenamento jurídico brasileiro deve ser posta em debate já que não se verifica, pelo exame da lei, qualquer possibilidade para o juiz de recusar aquele representante, quando inadequado. Ainda que o Ministério Público, quando não for parte, deverá atuar nas ações coletivas do nosso sistema como fiscal da lei (Lei 7.347/85, art. 5º., §1º., e Lei 8.078/90, art. 92), não lhe sobra espaço, da mesma forma, para questionar a adequada representatividade do autor por meio do texto da lei.

¹⁰⁹ "Vindicating the public interest through the courts", cit., pp. 297/298.

Uma análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros, todavia, faz revelar que grande parte das ações coletivas que dão entrada no foro acabam sendo rejeitadas diante do reconhecimento da ilegitimidade de parte. Será que, sem possibilidade de flexibilização no exame de ser aquele que se apresenta perante o Estado-juiz, um representante adequado e determinar, na negativa, seja a situação suprida de alguma forma, os decretos de carência da ação são a única medida que o juiz pode encontrar para a solução do problema? Dito ao revés: será que o exame da representatividade adequada entre nós é feito, veladamente, sob o manto da extinção da ação?

As linhas que se seguem têm como objetivo analisar, ainda que timidamente, esta constatação e, parelhamente, como não poderia deixar de ser, buscar fundamentos que possam servir para embasá-la ou refutá-la. Senão aqui, alhures.

Se este problema da presunção da representatividade adequada tende a ser colocado com mais dificuldade para todas as pessoas públicas que estejam legitimadas para agir coletivamente - em especial para o Ministério Público -, desde que ocorrentes em concreto as hipóteses legais que justificam [o dever de] sua atuação não parece possível que a mesma presunção legal possa ser estendida com os mesmos fins e com a mesma tranqüilidade para as associações privadas.

Neste particular, a solução que, parece, seria a mais adequada para o sistema brasileiro, é aquela imaginada originalmente quando da elaboração do primeiro Anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública. Ada Pellegrini Grinover, após mencionar o sistema encampado na Lei 7.347/85, anota que "*mais longe ia o Projeto 3.034/84 (de autoria de Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e da autora destas linhas) e do qual se originou a nova lei: combinando critérios próprios da civil law e da common law, confiávamos ao juiz o exame da adequação e da capacidade das associações, sendo a constituição prévia e os objetivos institucionais simples dados a serem tomadas na devida consideração*"^{110,111}.

Destarte, a pré-constituição da sociedade e a afinidade do objeto da ação com as finalidades institucionais do ente privado que batia às portas do Estado-juiz nada mais eram que indicadores, de cunho nitidamente didático para a experiência jurídica nacional de então (não se pode esconder esta circunstância), para que o juiz, *caso a caso*, constatasse a ocorrência da inafastável representatividade adequada. Se ocorrentes aqueles pressupostos e entendesse o juiz

¹¹⁰ "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas", cit., p. 30, nota 61. Para um histórico da tramitação da Lei da Ação Civil Pública desde seus primórdios, cf. Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, cit., pp. 73/77.

¹¹¹ "No projeto Bierrenbach, o requisito da representatividade adequada também tinha sido disciplinado de forma mais sistemática que na Lei n. 7.347/85, cujo art. 4º., caput, assim sugeria: 'A ação civil poderá ser proposta pelo Ministério Público ou por associação, nas condições do art. 2º. desta lei. Poderá ser proposta pela União, Estados e Municípios e, atendido o requisito do art. 2º., II, desta lei, por suas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista'. Por sua vez, o art. 2º. do referido projeto atribuía ao juiz aferir se a associação demonstrava representatividade adequada, revelada por dados como: I - estar constituída há seis meses, nos termos da lei civil; II - incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos" (Hugo Nigro Mazzilli, op. cit., p. 168).

que os membros ausentes estariam bem representados em juízo, a ação deveria prosseguir como coletiva. Caso contrário, se impossível a tutela do bem pela associação, deveria ser extinta a ação diante da ilegitimidade *ad causam (ad processum)* sem julgamento de seu mérito¹¹².

Somente desta maneira é que pode ser equacionada, com segurança, a incidência dos valores prestigiados pela Constituição em cada caso concreto.

No entanto, como se tem frisado desde o início deste tópico, o que acabou por prevalecer seja no sistema da Lei da Ação Civil Pública, seja no sistema do Código do Consumidor é uma presunção absoluta¹¹³ de que, preenchendo aqueles mesmos indicadores, ora tidos como suficientes, será o caso de ação coletiva inaugurada por um representante adequado¹¹⁴. Daí a observação encontrada na doutrina de que "*Vale ressaltar também que, ao contrário do que estabelece o Common Law, inexistente em nosso sistema o controle da adequacy of representation, feito pelo órgão jurisdicional*" (...) "*No sistema brasileiro, a lei não admite a propositura da ação coletiva por intermédio de qualquer membro da coletividade. Ela estabelece, a priori, o rol dos legitimados a atuar em Juízo, em nome próprio, tutelando os interesses da coletividade, não cabendo ao juiz senão analisar se o autor encontra ou não sua legitimidade extraordinária prevista no ordenamento jurídico, atendendo ao disposto no art. 6º., fine, do CPC*"¹¹⁵.

A contrapartida desta tese é, para alguns, a constatação de que o sistema positivo brasileiro não admite que a eficácia natural da sentença e a imutabilidade de seu comando (coisa julgada) possam prejudicar aqueles que, ausentes do processo, não intervieram na qualidade de litisconsortes, para nos valermos da letra da lei, na ação coletiva¹¹⁶. Portanto, vão dizer, não há

¹¹² A importância do exame do caso concreto para que seja possível a descoberta da representatividade adequada (e, portanto, resguardo das garantias constitucionais do processo), foi bem exposta por Michele Taruffo ("I limiti soggettivi del giudicato", cit., p. 622 e p. 630, nota 105).

¹¹³ Neste sentido, cf. Antônio Herman Benjamin ao se manifestar sobre o sistema brasileiro em contraposição ao sistema das *citizen action*. Ao referir-se ao direito americano, anota que "*no entanto, algumas poucas decisões têm exigido prova do injury in fact, especialmente quando se trata de ação proposta com base na 'Lei das Águas Puras'. Segundo esses julgados, o autor, se for uma associação ambiental deve demonstrar que pelo menos um de seus associados foi afetado adversamente pela atividade do réu. Como se sabe, o sistema brasileiro da Lei 7.347/85, nos passos da legislação francesa, presume o injury in fact sempre que a associação, entre seus objetivos estatutários, inclua a proteção genérica do meio ambiente. Neste caso, não cabe qualquer indagação sobre eventual dano pessoal a um dos seus membros individualizado*" (op. cit., p. 71).

¹¹⁴ Vittorio Denti, analisando a legislação francesa do consumidor de 1973, a lei italiana que instituiu o *Ministero dell'ambiente* e a lei da ação civil pública brasileira de 1985, já teve oportunidade de se manifestar que o sistema adotado entre nós é a tendência mundial ("*Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*") em *Participação e Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, obra coletiva sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, pp. 18/19).

¹¹⁵ Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, "Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor" em *Revista de Processo*, vol. 71, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 143.

¹¹⁶ Esta contrapartida faz-se evidenciar em artigo da autoria de Rodolfo de Camargo Mancuso onde se lê que o sistema das ações coletivas no Brasil tomou "*inspiração no sistema das class actions do direito norte-americano, mas com certos temperamentos, ante a preocupação do legislador com os reflexos que se fariam sentir na coisa julgada material*" ("*Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais*" em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 2, cit., p. 149).

qualquer inconstitucionalidade com o sistema eleito pelo legislador brasileiro, porque não é possível, por definição, qualquer prejuízo àqueles indivíduos que não participaram, diretamente, da relação processual. A coisa julgada material só será formada nos casos de procedência.

Em que pese ser esta a solução encampada pelo Direito positivo brasileiro - pela qual as ações coletivas são sempre um *plus* em prol do indivíduo, porquanto não há exclusão da possibilidade da tutela na forma individual, desde que o indivíduo não se associe à ação coletiva pendente¹¹⁷ -, parece que ainda permanecem de pé as críticas que a ela podem ser dirigidas enfocando o problema do ponto de vista constitucional. A questão não pode receber tratamento somente por um dos lados da relação processual, ou seja, somente pela impossibilidade de prejuízo para os virtuais autores da ação.

Assim, imperioso seu exame com a incidência do vetor do devido processo legal no direito de defesa do réu. Afinal, firmada a premissa de que, no sistema brasileiro, só é possível que se cogite de ações coletivas no pólo ativo da relação jurídico processual¹¹⁸, o réu tem o direito subjetivo público de se ver acionar mediante todas as garantias processuais, vale dizer, a Constituição somente permite que alguém seja acionado coletivamente por aquelas pessoas que representem adequadamente os membros ausentes da ação. Isto porque não pode o réu estar sujeito à contingência da formação da coisa julgada que favoreça toda a classe por alguém que não tenha o mínimo de representatividade daqueles por quem alega agir em juízo, restando franqueada a possibilidade da repositura da *mesma* ação, sob forma individual, com o não acolhimento da pretensão.

Neste passo, necessária a lembrança das palavras do Professor José Ignácio Botelho de Mesquita ao criticar o sistema adotado pelo Código do Consumidor para a formação da coisa julgada: "*Ora, como qualquer um sabe, a verdadeira justiça consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Isto supõe, no entanto, medida; é o que falta, neste ponto, senão em outros, ao Código. Naturalmente, esta falta de medida não poderia deixar de afrontar as garantias estabelecidas pela Constituição da República. Esta, ao garantir a igualdade de todos diante da lei, confere igualmente a todos o direito à imutabilidade e à indiscutibilidade das sentenças emanadas do Poder Judiciário, cuja atividade não pode ser por lei, lançada no rol das banalidades inúteis*"¹¹⁹.

Estas observações não podem ser abaladas com a constatação de que o sistema processual brasileiro já admitia a coisa julgada *secundum eventum litis*, como se verifica do art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965). É que as situações não se assemelham, donde não poderem conduzir a uma mesma conclusão. Em se tratando da coisa julgada daquelas ações previstas no art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código do

¹¹⁷ Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 355.

¹¹⁸ Cf. Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, cit., pp. 345/346.

¹¹⁹ "Na ação do Consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor" em *Revista do Advogado*, n.º. 33, 1990, p. 81. O trecho citado foi colacionado por Rodolfo de Camargo Mancuso, op. ult. cit., pp. 153/154.

Consumidor, a coisa julgada só se formará no caso de procedência da ação. Qualquer motivo que leve o juiz a negar a existência do direito que lhe é pleiteado, seja, ou não, por insuficiência de provas, não poderá prejudicar aqueles que não agiram na ação.

Uma vez mais, colacionáveis as lições do Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "*A linha adotada pelo Código neste passo, anote-se, não se limita a contrariar a Constituição. Ela desserve os fins generosos a cuja tutela o Código se propôs. Em lugar de estimular a participação das vítimas no processo, dando a este maior eficácia na apuração da verdade, incentiva ao contrário a esperteza e estimula a abstenção*¹²⁰, em desfavor do melhor rendimento da atividade processual e da autoridade do Poder Judiciário. Não faz justiça ao elevado grau a que já atingiu, no País, a ciência processual"¹²¹.

Ligada de forma intrínseca, a este problema é a inexistência entre nós de dispositivo de lei que exija uma concreta e efetiva notificação pessoal daquelas pessoas que são as destinatárias do provimento jurisdicional pretendido. Se haverá casos em que esta exigência seria impossível de ser cumprida - evidentemente, não se pretende que para uma ação civil pública promovida para fins ambientais sejam cientificados todos que podem se favorecer daquela decisão -, haverá aquelas outras hipóteses em que a publicação do edital referido pelo art. 94 do Código do Consumidor não será apto o suficiente para a efetivação do objetivo constitucional da ciência adequada das ações coletivas, diante da possibilidade da cientificação pessoal de cada um dos membros sujeitos à ação.

Mas, e este é o ponto que se pretende chegar, dada a solução encampada para a coisa julgada das ações coletivas no nosso sistema - de nunca poder prejudicar os indivíduos enquanto tais, salvo aqueles que participaram pessoalmente do contraditório - qual o interesse que existe em fazer amplas divulgações da propositura daquela ação?

Portanto, é necessário refletir sobre o sistema da coisa julgada das ações coletivas no direito brasileiro também a partir do ponto de vista do réu da ação. Ele terá, como direito subjetivo público (CF, art. 5º., inc. XXXVI), possibilidade de invocar a coisa julgada (decisão de *improcedência* da ação, portanto) que se formou em processo validamente instaurado (e, assim sendo, movido por representante adequado) em processo que seja, pelo mesmo objeto posteriormente inaugurado, ainda que qualificado individualmente. Neste ponto, em que pesem as diversidades jurídicas e culturais, não parece que haja solução mais apropriada (e mais justa

¹²⁰ Esta conclusão é encampada pelo Professor Arruda Alvim nos seguintes termos: "*O que se constata, portanto, é a existência de um tratamento discriminatório, entre os que foram litisconsortes e os que não foram. Os que foram, ficarão sujeitos à coisa julgada 'inter partes', pois litigaram contra o réu, em relação ao qual não mais podem vir a litigar, se o resultado da demanda tiver sido o de improcedência. Diferentemente, se passa com quem não foi litisconsorte. É evidente que este tratamento, ao menos, 'desanima' ao ingresso, na ação coletiva, com base no art. 94" (Código do Consumidor Comentado, cit., pp. 469/470).*

¹²¹ Op. cit., p. 82. Esta conclusão é reiterada em estudo mais recente do mesmo autor publicado em coletânea comemorativa dos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil ("*A Coisa Julgada no Código do Consumidor*", p. 150), publicada pela Saraiva sob a coordenação de José Rogério Cruz e Tucci.

para todos os envolvidos em uma dada relação processual) que aquela valorada e feita direito positivo pelo legislador americano.

Ademais, como conciliar a razão de ser da canalização do acesso coletivo à justiça - suas razões econômicas, culturais e sociais - com a opção encampada pelo legislador brasileiro? De que adianta o acesso à justiça restar franqueado ao indivíduo diante do insucesso de ação coletiva se esta, precisamente, era o único meio hábil para que sua afirmação de direito fosse, eficazmente, levada ao Estado-juiz?

Ainda no que se refere à possibilidade de representação adequada para as ações coletivas restariam duas outras considerações a serem feitas. São elas: no sistema das ações coletivas que traçou o Código do Consumidor é possível que, a exemplo do que ocorre no sistema da *Federal Rule 23* norte-americana, o indivíduo, em propondo sua própria ação individual, requerer ou tê-la transformada em ação coletiva para todos aqueles que podem ser subsumidos à mesma situação fática que descreve? Outra questão que se põe a respeito do tema é se o ordenamento jurídico brasileiro encampa esta possibilidade em algum outro diploma legislativo.

Edson Bortolai, em sua tese de doutorado, sustentou com tranquilidade que o sistema do Código do Consumidor, com sua redação original, permitia que o indivíduo *uti singuli* propusesse ação coletiva em nome próprio. Baseado em caso concreto - em que o indivíduo pretendia, em nome próprio, ver reparado problema de medidores de água de determinada rua e indenizados todos os que foram cobrados a maior pela água não consumida -, ainda que rejeitada em primeiro e segundo grau de jurisdição, constatou o acolhimento daquela pretensão, por unanimidade de votos, perante a 1ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça com a determinação de que a ação proposta fosse recebida (e processada) como coletiva pelas razões que, desde o início, foram elencadas. A remissão do art. 91 do referido estatuto ao art. 81 - este o ponto fulcral da tese -, não poderia ser interpretado como erro de grafia ou de remissão, como queria toda a doutrina que se manifestou sobre o tema¹²², mas como vontade legislativa efetiva, de forma a possibilitar a ação proposta pelo indivíduo para tutela de direitos individuais homogêneos¹²³.

De outro lado, ainda que aquele entendimento não possa ser mais sustentado diante da Medida Provisória 735, de 30 de novembro de 1994, cujas sucessivas reedições acabaram por ser encampadas na Lei 9.008/95, que alterou (corrigiu?) a remissão legislativa feita pelo art. 91 do Código do Consumidor, restou, em nosso ordenamento, a Lei 8.884/94, diploma que, entre outros assuntos, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. O art. 29 deste diploma, textualmente, dá margem à mesmíssima interpretação, é dizer: o

¹²² A título de ilustração, cf. Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 417, e Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, cit., pp. 544/546, que já traz a remissão tida como correta.

¹²³ Edson Cosac Bortolai, *Da Defesa do Consumidor em Juízo*, tese, São Paulo, 1994, pp. 59/93, com transcrição integral do acórdão mencionado no texto proferido pelo STJ no julgamento do REsp. 33.653-7/SP (j. 25.10.93).

indivíduo, pelo sistema processual que traça, pode pleitear em nome próprio tutela daqueles bens individuais homogêneos (os bens individuais que se repetem no interior de uma dada coletividade)¹²⁴.

Destarte, ao se ler naquele dispositivo que "*os prejudicados, por si ou pelos legitimados do artigo 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação*", e em que pese a remissão ao artigo 82 ao Código do Consumidor, o texto, por não exigir que cada legitimado aja na esfera *respectiva* disciplinada naquele estatuto, pode dar margem à seguinte discussão: o indivíduo poderá pleitear, enquanto tal, direitos individuais homogêneos?

Qualquer resposta por ora seria prematura, evidentemente, e desbordaria das premissas fixadas de início.

3.2.2. As hipóteses de cabimento das ações coletivas

Em que pesassem os argumentos que levaram à revisão da *Rule 23* de 1938 para a redação atual - "*a reforma das Federal Rules of Civil Procedure' de 1966, todavia, reescrevendo uma velha regra, procurou ser funcional e não conceitual*"¹²⁵-, o nosso Código do Consumidor, ao que consta, acabou por encampar uma classificação muito próxima daquela que, originalmente, foi encampada pelo legislador norte-americano, ao indicar possível a tutela em juízo quando ocorrentes interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos tais como definidos nos incisos I, II e III, do parágrafo único de seu art. 81¹²⁶.

Considerando que a grande parte dos casos de ações coletivas que hoje dão entrada nos nossos Tribunais acabam sendo extintas sem julgamento de mérito pela identificação da ilegitimidade do autor coletivo e, mais, que esta pesquisa é realizada a partir do exame do objeto posto em causa (não se trata de bem coletivo, trata-se de direitos individuais

¹²⁴ Na Itália, como dá notícia Marco Cresti, está em estudo a modificação do art. 24 da Constituição, transcrito acima, já aprovado no Senado e remetido à Câmara, para que passe a vigorar de forma mais ampla, permitindo a propositura de ações coletivas pelo indivíduo nos seguintes termos: "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interesse legittimi e, secondo condizioni e modalità stabilite dalla legge, per la tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*" (*Contributo Allo Studio Della Tutela Degli Interessi Diffusi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 76).

¹²⁵ Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, cit., p. 131.

¹²⁶ A redação do dispositivo é cristalina neste sentido: Após firmar a premissa de que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo, o parágrafo único do art. 81 do CDC anota que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos ou interesses ou direitos individuais homogêneos.

homogêneos, etc.)¹²⁷, fica em aberto a questão: será que a opção do legislador tropical não dará ensejo (melhor: já não está dando) às mesmas dificuldades de operação prática com os conceitos que levou o legislador americano a modificar sua proposta de 1938?

A resposta a esta consideração faz, necessariamente, remontar o quanto dito acerca da ocorrência da legitimidade para agir para as ações coletivas. As ações diretas de inconstitucionalidade, os mandados de segurança coletivo e as ações civis públicas (estas, mormente quando propostas pelo Ministério Público), dão ensejo, na maior parte das vezes, a decretos de extinção da ação sem julgamento de mérito, diante, precisamente, do reconhecimento da ilegitimidade ativa. Via de regra, estas decisões terminativas têm como fundamento não se tratar, no caso, daquele interesse ou (afirmação de) direito que permitiria a propositura da ação. Por esta razão, a construção pretoriana da *pertinência temática*, do *princípio da vinculação* ou da *especialidade*, que, com adaptações, é aplicado, indisfarçavelmente, também para o Ministério Público.

Assim, como se acabou de ver nos casos de mandado de segurança coletivo, um dos grandes problemas que aflige a doutrina e a jurisprudência pátrias diz respeito à possibilidade de aquela ação veicular pretensões que não sejam coletivas em sentido estrito, *i.e.*, pretensões difusas ou individuais homogêneas, até porque a abrangência do espectro subjetivo da coisa julgada altera-se profundamente em um e em outro caso. Se, analisado o problema por este ângulo, não se vislumbra qual a dificuldade que a questão põe ao intérprete e ao aplicador da lei, basta reformulá-lo ao revés: Quando se pode impetrar o mandado de segurança coletivo? Quando uma afirmação de direito deixa de ser coletiva em sentido estrito para se tornar difusa ou individual homogênea e reciprocamente restando vedado seu exame, por hipótese, pela via do *writ* coletivo?

Diante da divergência dos autores sobre o alcance destes conceitos nas mais variadas situações fáticas do cotidiano, os decretos terminativos avolumam-se. Realmente, neste tema é

¹²⁷ "Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas ou individuais. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro recentemente, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que tem interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., p. 623). Também Kazuo Watanabe reclama para a identificação de uma ação coletiva seja indicada qual 'espécie' de direito que se visa a proteger. As seguintes as suas palavras: "Nessa análise dos elementos objetivos da ação, é, particularmente importante saber com que fundamento e em que termos é postulada a tutela jurisdicional, pois tal seja a colocação feita pelo autor, podemos estar diante de autêntica demanda coletiva para tutela de interesses ou direitos 'difusos', ou coletivos, de natureza transindividual e indivisível, ou senão a hipótese poderá ser de tutela de interesses individuais, com a incorreta denominação de 'demanda coletiva' (eventualmente, poderá tratar-se de tutela coletiva de interesses individuais homogêneos)". (...) "Em suma, a natureza verdadeiramente coletiva da demanda depende não somente da legitimação ativa para a ação e da natureza dos interesses ou direitos nela veiculados, como também da causa de pedir invocada e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado, e ainda da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação *ad causam passiva*" ("Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense, cit., pp. 20 e 23).

difícil não estar imerso naquela grande zona de incerteza onde nenhum dos conceitos, entre nós com foros de positividade (CDC, art. 81, parágrafo único, incs. I, II e III), apresente-se em seu campo de atuação e aplicação próprio¹²⁸.

Não se pode deixar de reconhecer, sem laborar em manifesto equívoco, que "*o aumento de utilização dos chamados conceitos vagos, ou carecidos de uma valoração plena*" sejam "*imprescindíveis a esta tarefa de solução dos problemas aportados com esta modificação estrutural da sociedade*"¹²⁹. O que se pretende é, tão somente, colocar em debate se não haveria outros meios de encampar o uso das ações coletivas na realidade brasileira que não o constante do Código do Consumidor, do ponto de vista da facilitação mesma do acesso à justiça.

Se é certo, como visto, que um mesmo fato pode dar ensejo a formulações de pedidos de tutela jurisdicional que tipificarão ações para tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, fica lançada a questão: qual o critério hábil para distinguir uma e outra situação? A importância e a praticidade das respostas que possam ser dadas à indagação remontam às hipóteses de cabimento do mandado de segurança coletivo, notadamente da figura que se ocupou no texto, das pessoas legitimadas para propositura destas ou daquelas ações coletivas e, como não poderia deixar de ser, ao regime da coisa julgada reservado para cada uma das 'espécies' destes direitos ou interesses.

Parece ter sido algo muito semelhante o que se verificou na experiência jurídica norte-americana. Havia, na redação da *Rule 23* de 1938, situações onde, objetivamente, não era possível averiguar se o caso exigia uma *true class action*, se não seria a hipótese de uma *hybrid class action* ou, de outra parte, diante da conveniência da junção dos litígios individuais pela similaridade das questões comuns de fato ou de direito, se não se tratava de hipótese ensejadora de uma *spurious class action*. Ainda, como analisado acima, o problema não residia somente em uma questão teórica ou acadêmica, mas ganhava foros de praticidade diante da diversidade de regimes jurídicos de uma e de outra espécie de *class action*, notadamente no ponto referente à abrangência subjetiva da coisa julgada.

Colacionáveis, a respeito do tema, as precisas palavras de Michele Taruffo: "*È stato osservato, anzitutto, che i criteri relativi al character of the right appoiono allo stesso tempo troppo ristretti e troppo generici: troppo ristretti, perchè termini come joint, common e several acquistano un significato sicuro e specifico soltanto in tema di diritti reali; troppo generici perchè, fuori da tale contesto, i termini in questione non assumono una portata precisa, e si*

¹²⁸ Ainda que se referindo à problemática atinente ao binômio interesses/direitos, anota Arruda Alvim que: "*Quando nos referimos a indeterminação conceitual nítida, não se pretende significar que inexistam opiniões e definições a respeito, a começar pela posição da lei brasileira. No entanto, o que inexiste é convergência de pontos de vista, que seja aceitável, para se poder concluir que existe uma maturação de opiniões, com denominadores comuns nítidos e convergentes*" (*Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 365, nota 47, destaque no original).

¹²⁹ Cf. Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, cit., p. 113.

*prestano ad interpretazioni contrastanti. Discende da ciò, come diretta conseguenza, la difficoltà di ricondurre con certezza la singola azione ad una delle tre categorie, e si aggravano le ambiguità in sede di determinazione degli effetti della sentenza, appunto perchè l'esistenza e l'estensione soggettiva della claim preclusion dipendono dal tipo di class action che viene proposto*¹³⁰.

Prossegue o precitado autor o elenco daqueles problemas que afligiam o meio jurídico americano, dando ênfase às dificuldades específicas suscitadas pelas *spurious class actions*: "*Per quanto riguarda poi le c.d. spurious class actions, si aggiungono altri motivi di incertezza: anzitutto, si presentano gravi difficoltà quando si tratta di stabilire la natura della 'comune questione di fatto o di diritto', e quindi di individuare i soggetti che appartengono alla class, in virtù della relazione che la presenza della 'questione comune' instaura tra le rispettive posizioni giuridiche; in secondo luogo, e su un piano più generale, è quanto meno dubbio che le ipotesi ricondotte a questa categoria siano effettivamente casi di class actions*"¹³¹.

A reforma empreendida em 1966 teve como objetivo expurgar estas dificuldades - onde a zona de incerteza prevalecia quase que absolutamente sobre a zona de certeza (fosse positiva: 'é caso de *class action*', fosse negativa: 'não é caso de *class action*')¹³² - do sistema norte-americano e fornecer, àqueles que militavam com estas necessidades jurídicas das sociedades de massa, padrões mais seguros, mais objetivos e mais palpáveis para uma efetividade dos instrumentos processuais.

Hoje, como visto, na segunda parte deste trabalho, o sistema estadunidense fornece parâmetros de situações fáticas que levam, ou melhor, justificam a conveniência e/ou a necessidade do ingresso e processamento de ações como coletivas. Não se oculta que a incidência da coisa julgada para todos, pauta-se em conceito não menos amplo, qual seja, o da representatividade adequada, e que reclama, por isto, necessária maturação doutrinária e jurisprudencial. Todavia, é certo que à vista de determinada situação fática concreta, por exemplo, aumentos nas mensalidades escolares, e do entendimento de que houve violação às regras aplicáveis à espécie e dos rumores que centenas, milhares e milhões de ações individuais serão propostas pelos interessados, verifica-se uma situação, senão indiscutível, sem dúvida, o mais objetivamente palpável possível onde uma destas ações - o sistema é o da *Rule 23* -, pode ser recebida como ação de classe. Resolvida a tese jurídica apresentada, porque as situações

¹³⁰ "I limiti soggettivi del giudicato", cit., p. 628.

¹³¹ Idem, ibidem. Taruffo, escrevendo em 1969, apenas três anos depois da edição da *Rule 23* com a redação vigente até hoje, anotava que alguns pontos de dificuldade ainda permaneciam no novo sistema, Referia-se o autor ao critério utilizado pelo legislador americano mais recente de 'questões comuns de fato ou de direito' (*Rule 23(a)(2)*), que já justificavam, antes da reforma, a propositura da *spurious class actions* (op. cit., p. 630).

¹³² Ainda que se negue a existência de uma verdadeira discricionariedade judicial, ao menos no contencioso civil (cf. Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, cit., pp. 76/77), não se pode olvidar a inerência destas zonas de certeza e incerteza também, senão precipuamente, nos denominados conceitos vagos e indeterminados. A distinção e a limitação entre um e outro conceito foram expostas pelo mesmo autor em outra obra de sua autoria. Cf. *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 14/21.

fáticas e jurídicas são assimiláveis, a decisão lá proferida estender-se-á para todas as outras situações individuais, qualquer que seja seu resultado. A litigiosidade contida não tem mais razão de ser.

Mesmo que não se pretenda a possibilidade de uma ação meramente individual ser recebida como coletiva no sistema brasileiro - ao menos após a edição da Lei nº. 9.008/95 que alterou (corrigiu?) o Código de Defesa do Consumidor - não se pode deixar de observar que a jurisprudência brasileira e a doutrina têm demonstrado muita dificuldade em saber, para ficar no exemplo dado, se os direitos postos em pauta são difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a justificar, por exemplo, a propositura da ação pelo Ministério Público.

Embora a hipótese fática, pela sensibilidade jurídica, pudesse conduzir à *necessidade* de uma solução uniforme para todos os integrantes daquela situação, mediante uma só ação vinculante, ao menos, para todo o grupo - aqui o binômio economia processual/uniformidade das decisões¹³³ faz-se presente com toda a força -, visto que o motivo ensejador da ação coletiva não é esta situação fática considerada em si, mas sua correspondência a critérios abstratos taxativamente previstos na lei (e eles sim difusos), fica em aberto a possibilidade de defesa daqueles mesmos direitos o que, em uma sociedade de massa, é medida inadmissível. A litigiosidade contida é patente, o que não é desejável.

Superado que fosse este óbice, outras questões desafiariam respostas. Sendo a ação proposta por determinada associação, somente seus associados poderiam se beneficiar da coisa julgada, por ser *ultra partes*, nos termos do inciso II do art. 103 do Código do Consumidor? Ou, inversamente, aquela decisão poderá ser invocada em execução por todas as pessoas que estejam na mesma situação fática, nos termos do inciso III do mesmo dispositivo? O entendimento do juiz da condenação de que o direito pleiteado era coletivo em sentido estrito ou que era individual homogêneo, vincula a resposta às questões apontadas, a serem dirimidas em execução de sentença?

Portanto, que a experiência do direito comparado e, de grande relevo, a nossa própria experiência jurídica nestes anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor possam criar condições de maior certeza e segurança para aplicação destes diplomas legais. Imperioso, portanto, o desenvolvimento de critérios de legitimação e de situações legitimantes que possam ser cada vez mais objetivamente verificados e objetivamente considerados, sob pena de serem traídas as premissas do acesso coletivo à justiça.

3.2.3. A transação nas ações coletivas do direito brasileiro

¹³³ A construção deste binômio foi colhida em Michele Taruffo, "I limiti soggettivi del giudicato", cit., p. 627.

Outro ponto que pode servir de debate a partir de uma reflexão sobre o sistema das ações coletivas da *Rule 23* do direito americano é aquele tocante às transações ou acordos visando ao encerramento das ações coletivas no direito brasileiro.

Se a legislação norte-americana é clara sobre a possibilidade de realização de acordos nas *class actions*, desde que autorizados expressamente pelo tribunal (*Rule 23(e)*), o mesmo não se verifica no ordenamento jurídico nacional. Resta, então, uma de duas alternativas: ou se veda a possibilidade de acordos nas ações coletivas ou, se realizados, não se pode cogitar de seu caráter vinculante, ao menos para aqueles membros ausentes que discordarem dos termos da convenção.

A promulgação do Código do Consumidor trouxe um indicativo para o debate ao acrescentar o §5º. ao art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública, passando a ser facultado somente aos órgãos públicos, entretanto, tomarem 'compromissos de ajustamento às exigências legais', com eficácia de título executivo extrajudicial.

Diante deste comando, escreve Hugo Nigro Mazzilli sobre a possibilidade da realização de acordos visando ao fechamento das ações coletivas, mesmo naquelas hipóteses em que promovidas pelo Ministério Público. Não deixa de anotar, todavia, que sua consecução poderá ser inibida por qualquer assistente litisconsorcial que tenha intervindo naquela relação processual, bem como, pelo *parquet* naqueles casos em que não seja ele o promovente da ação, mas os outros órgãos públicos¹³⁴. No entanto, dada a relevância do objeto posto em questão e não deixando de notar que a possibilidade de disposição do 'direito material' é medida de exceção, mormente nestes casos, o ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo desenvolve a tese do que chama de *garantia mínima do compromisso de acerto* a que se refere o dispositivo legal posto em destaque. As seguintes as suas palavras:

*"Esse compromisso tem o valor de garantia mínima em prol do grupo, classe ou categoria de pessoas atingidas, não pode ser garantia máxima de responsabilidade do causador do dano, sob pena de admitirmos que lesados fiquem sem acesso jurisdicional. Entender-se o contrário seria dar ao compromisso extrajudicial que versa interesses difusos ou coletivos a mesma concepção privatista que tem a transação no direito civil, campo em que a disponibilidade é a característica principal. Graves prejuízos decorreriam para a defesa social, a admitir esse entendimento. Não sendo os órgãos públicos referidos no dispositivo os verdadeiros titulares do interesse material lesado, o compromisso de ajustamento que tomam passa a ter o valor de determinação de responsabilidade mínima; não constitui limite máximo para a reparação de uma lesão ao meio ambiente ou a qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo"*¹³⁵.

¹³⁴ A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, cit., pp. 244/246.

¹³⁵ A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, cit., p. 247.

Sendo assim, a questão posta no início deste tópico resta parcialmente respondida, ao menos para os legitimados públicos para promoção das ações coletivas brasileiras. A transação efetivada não pode, por definição, excluir a possibilidade de seu contraste por eventual pessoa que se sinta, ainda, lesada em seu direito. Daí a elucidativa *garantia mínima* referida por Mazzilli. Mas, de qualquer forma, fica aberta, ainda, a mesma indagação aventada quando se tratou das ações coletivas no direito americano. Vedada que é, para nosso sistema, a possibilidade de o indivíduo pleitear afirmações de direito difuso, coletivo ou, mesmo, individual homogêneo, pode-se admitir acordos em que se garanta, tão somente a *garantia mínima*? Será que o §6º. do artigo em foco, ao exigir que o compromisso de ajustamento de conduta às *exigências legais*, encampa a possibilidade de renúncia a qualquer parcela do 'direito material'?

Para que possa o juiz, caso a caso, tomar uma decisão sobre estas questões, imprescindível a convocação e a consulta de pessoas (indivíduos) que serão atingidas pela transação. Só assim será viável a colheita de material para constatar se aquela proposta atende às exigências legais e, de forma adequada, aos interesses daqueles que não agem diretamente em juízo. Garante-se, da mesma forma, o correto equacionamento da efetiva vontade dos 'assistentes litisconsorciais' - prejudicial para a realização da transação -, como ressalvado por Hugo Mazzilli no trecho destacada acima.

Diante da falta de autorização expressa da lei, entretanto, resta outro problema a ser enfrentado: podem os sujeitos *privados* legitimados para propositura de ações coletivas tentarem a realização de acordo para encerramento da lide?

Um dos vetores que deve, necessariamente, nortear a pesquisa em busca de uma resposta satisfatória, não pode deixar de ser o da ocorrência da representatividade adequada, mormente em se tratando de legitimados privados e, portanto, despidos, por completo, das presunções de legalidade ampla que emanam dos atos das pessoas regidas pelo Direito Público. Para tanto, a solução americana apontada nas linhas precedentes pode ser bem recebida. Necessário, assim, que seja ampliado, ou, ao menos, encarecido, o *dever* do Magistrado verificar se, em cada caso concreto, onde a solução se apresenta mediante acordo - desde que sua possibilidade seja admitida, - há adequada representação dos membros ausentes. A intimação de componentes da classe que possam ser identificados para que se manifestem sobre aquela proposta poderá ser útil para a preservação das garantias constitucionais. O papel do Ministério Público nestas hipóteses, já que deverá atuar como fiscal da lei senão promoveu a ação, é decisivo. Cabe-lhe fornecer material suficiente para que se verifique, em cada caso, se, ocorrendo a representação reclamada pelo princípio do devido processo legal, é aquela a melhor solução para a lide. "A *nosso ver, como forma eficaz de se distribuir a Justiça, estando o Ministério Público (como fiscal da lei, se não for parte) de acordo e a critério do Juiz a verificação das vantagens que a transação pode trazer, é perfeitamente aceitável a transação. O que se busca na ação é a*

*reparação de um direito lesado e se, comprovadamente, a transação reparar tal direito, não há porque não admitir a transação"*¹³⁶

Na negativa da *adequacy of representation*, à evidência que não se pode pretender, ao menos, que aquele acordo vincule toda uma coletividade (ainda que individualmente aferível, como nos casos dos direitos individuais homogêneos), porque, se possível, estaria aberto caminho para o que poderia ser denominado de 'falcatruas multitudinárias'. Bastaria que uma associação qualquer - que pode, até, ter dispensado o requisito de sua prévia constituição (!) -, ingressasse com ação coletiva e propusesse, em determinado momento, acordo interessante (aos seus próprios 'fins institucionais') para que, diante do benefício experimentado pelos seus membros, não fosse mais possível seu ingresso à justiça a qualquer título.

Por estas e pelas razões já expostas é que se deve insistir na questão da representação adequada, também no sistema brasileiro, em que pese a literalidade do regime que lhe reservou o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública.

3.2.4. O papel do juiz nas ações coletivas

Por fim, tem cabida o questionamento acerca de qual o papel que o juiz brasileiro pode assumir na busca de respostas a todas as indagações lançadas nos itens anteriores, é dizer: qual a liberdade para atuação do juiz na interpretação do direito positivo brasileiro visando ao preenchimento de todas estas condições impostas pelo devido processo legal às ações coletivas? Qual seu papel diante dos conceitos vaguíssimos selecionados pela lei e criadores das situações legitimantes?

Não parece que o juiz das novas linhas que têm sido traçadas para o processo civil contemporâneo possa deixar de atentar à necessidade de sua participação no desenvolvimento da relação processual. Se é certo que o incremento de sua função no processo não é suficiente *per se* para promover irrestrito acesso à justiça¹³⁷, não se pode mais entender seu papel como aquele ente que, produzidas todas as provas, declara qual é o direito aplicável à espécie. Antes, o juiz deve ter participação ativa para garantir os princípios constitucionais, como posto em relevo no item 3.2.1., e a efetiva tutela jurisdicional que dele se espera. E esta consideração tem razão de ser seja nos sistemas da *common law*, seja como, no nosso caso, da chamada *civil law*: "*O certo é que o juiz, justamente porque a sentença terá eficácia ultra partes, deverá ter em*

¹³⁶ Carlos Eduardo Faraco Braga, op. cit., p. 98.

¹³⁷ Cf. Arruda Alvim, "Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - Sua evolução ao lado do direito material", cit., p. 83.

mãos poderes nunca antes conferidos ao órgão judicial, sendo-lhe outorgada uma série de previsões que, normal e tradicionalmente, não possui"¹³⁸.

Em que pese a afirmação generalizada de que o juiz americano é a figura mais passiva do direito processual do sistema vigente nos Estados Unidos ou, mesmo da Inglaterra, certamente por força do *adversary system* lá reinante¹³⁹, o papel do Magistrado em se tratando das *class actions*, é, como não infirma a *Rule 23*, extremamente ativo e, portanto, excepcional. É o juiz, como anota Vigoriti, o principal protagonista desta ação. É dele que se aguarda que uma ação possa, processando-se como *class action*, vir entabulada das maiores garantias para as partes ausentes da relação processual.

Esta deve ser a realidade e a regra do papel do juiz no processo civil contemporâneo. Não se pode mais suportar qualquer atuação passiva ou omissiva do Magistrado em uma sociedade como a contemporânea, porquanto, dentre outros pontos, a sociedade de hoje já não pode tomar como ponto de partida a igualdade substancial dos litigantes. Com efeito, parelha à transformação da sociedade, sente o Estado a necessidade de alterar seu modo de atuação perante o corpo social. Se de acordo com a concepção clássica do Estado de Direito, a igualdade era o ponto de partida da atuação estatal, no Estado dos dias de hoje, o Estado Social, o Estado de Bem Estar, o *Welfare State*, tem de ter como meta, como objetivo, como ponto de chegada, a nivelção das patentes desigualdades entre os indivíduos e fazer efetivo o clássico princípio da igualdade¹⁴⁰. Nesta concepção, também o papel do juiz deve ser alterado: "*Quem visualiza o contraditório a partir da ótica do liberalismo do século XIX, despreverá o princípio como uma garantia de conteúdo formal. Entretanto, como esta perspectiva está superada e enterrada pela nossa própria Constituição, e é necessário que o direito se ajuste aos anseios da justiça social, é lógico e bem mais do que evidente que o princípio do contraditório não pode mais ser focalizado a partir da idéia de igualdade formal. Com efeito, na atualidade, o princípio do contraditório deve ser desempenhado com base no princípio da igualdade substancial, o qual reflete os valores do Estado Social*"¹⁴¹.

Por esta razão, "*essa enorme transformação no papel das partes no processo forçosamente há de encontrar correspondência em um incremento acentuado dos poderes do juiz, cujo papel há de ser tanto mais ativo quanto menos 'duelístico' for o processo. À*

¹³⁸ Waldemar Mariz de Oliveira Jr., "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos" em *Revista de Processo*, vol. 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 24. Ver, ainda, Mauro Cappelletti, "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil", cit., pp. 151/154.

¹³⁹ As perspectivas do *adversary system* no direito inglês mais atual são a principal preocupação de J. A. Jolowicz em artigo veiculado na *Revista de Processo* vol. 75, 1994, pp. 64/75, intitulado "A reforma do processo civil inglês: Uma derrogação ao 'Adversary System'", traduzido por José Carlos Barbosa Moreira. O autor, no estudo, após rememoradas as modificações sofridas no direito inglês desde o século passado, conclui pela remota sobrevivência daquele sistema face ao fortalecimento do papel do juiz, sendo reconhecida, até mesmo, a possibilidade de sua atuação de ofício na colheita da prova.

¹⁴⁰ Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, cit., pp. 114/117 e Augustín Gordillo, *Princípios Gerais de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 73/74 (tradução de Marco Aurélio Greco).

¹⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 161.

*delibitação do princípio dispositivo há de somar-se o correlato acréscimo de inquisitorialidade. Claro está, a dosagem dos meios de reequilíbrio entre litigantes desiguais tem de ser criteriosamente arbitrada e administrada, pois o que se objetiva é suprimir a desigualdade e não invertê-la" (...) "Mas nenhuma utilidade terá na solução dos confrontos emanados de relações jurídicas onde a própria garantia constitucional do contraditório só pode encontrar guarida efetiva se a balança for previamente expurgada do contrapeso ou tara com que vêm originalmente viciada"*¹⁴².

*"Nesse movimento de renovação do processo civil, não seria suficiente apenas a abertura de novas vias de acesso do cidadão à prestação jurisdicional, sem que, paralelamente, se redesenhasse o papel do juiz. Para um processo de massa' não se busca um juiz preocupado somente com as repercussões 'individuais' dos conflitos. Como já mencionamos em outra feita, 'o novo papel do juiz não decorre apenas de sua adaptação à nova realidade da 'conflituosidade massificada'. Sua participação ativa no processo vem em socorro principalmente daqueles titulares de parcela do direito ou interesse deduzido em juízo, os quais, exatamente pelo caráter de massa do conflito, estão incapacitados de adentrar ao tribunal e acompanhar in personam o desenrolar da disputa"*¹⁴³.

Este espírito tem dominado o legislador brasileiro. Com base na experiência jurídica fornecida por recentes diplomas legislativos brasileiros, verifica-se, de modo otimista, o incremento dos deveres do juiz na condução do processo e da efetividade das decisões judiciais.

Com efeito, como se vê incorporado ao sistema jurídico brasileiro desde a Lei da Ação Civil Pública de 1985, do juiz é esperado um papel decisivo, participativo e de criador de condições de verdadeira eficácia de suas decisões. O Código do Consumidor inovou ainda mais esta realidade normativa permitindo ao juiz, por exemplo, *ex art. 84*, persecução de execução *in natura* da obrigação assumida pelo particular, até ontem, verdadeiro dogma contratual, insuprimível por qualquer Estado de Direito, a liberdade contratual. A regra restrita às relações de consumo é, hoje, regra genérica aplicável a todo Processo Civil Brasileiro, como se lê na nova redação do art. 461 e respectivos parágrafos do estatuto processual.

À luz do quanto dito, não se pode conceber que sejam válidas aqui no Brasil aquelas críticas lançadas por Vincenzo Vigoriti para o juiz italiano¹⁴⁴, e sua generalização para a atuação dos magistrados do sistema da *civil law*. Se ainda poderiam ser válidas as críticas em território italiano (será que ainda as são após a reforma empreendida no *Codice de Procedura Civile* em 1990?)¹⁴⁵, as mesmas não têm cabida em território brasileiro.

¹⁴² Adroaldo Furtado Fabrício, "As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz" em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 32/ 33.

¹⁴³ Antônio Herman Benjamin, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 286.

¹⁴⁵ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, "Diretrizes do novo processo civil italiano" em *Revista de Processo*, vol. 69, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.113/121.

Ciente da necessidade da maior participação e integração do juiz no processo civil brasileiro - a ciência processual que não se volta a atuação judicial é totalmente ineficaz, porque é nos Tribunais que o Direito toma corpo - é que os pontos de reflexão lançados acima, a partir da experiência estadunidense do tema, puderam ser lançados.

Não pode, portanto, o legislador pretender criar, com foros de definitividade, padrões de legitimação - seja a que título for - sendo sempre possível ao juiz, em cada caso concreto, contrastar o comando abstrato da norma com os vetores do devido processo legal constitucionalmente assegurado antes de determinar o processamento de determinada ação como coletiva. Não condiz com o espírito da Constituição a presunção legislativa de representantes adequados a título de portadores de afirmações de direitos dos membros ausentes da relação processual.

O juiz deve ter, ainda, participação ativa na averiguação de se tratar a hipótese fática trazida à sua presença um daqueles casos previstos - de forma infeliz - pelo nosso legislador para justificar a propositura de ação coletiva. Deverá exigir seja descrita a coletividade, deverá, se entender necessário, convocar e ouvir membros desta coletividade, deverá verificar, ainda, quais os interesses que prevalecem no interior destas mesmas coletividades. Realizada esta tarefa, estarão superados muitos dos óbices que poderiam ser postos para a solução brasileira da coisa julgada.

4. Considerações finais

Não parece que possam ter alguma utilidade as críticas veementes que os velhos padrões do processo civil tradicional têm recebido, seguidas, no mais das vezes, de seu completo abandono. Se é verdade que os institutos já consagrados, por terem sido elaborados para uma afirmação de direito entre dois ou pouco mais sujeitos - e suficientes para *confirmar* o processo como ciência jurídica autônoma e pertencente ao Direito Público e não ao Direito Privado -, não é menos verdade que é possível sua *adaptação* para as novas necessidades emergentes. Por isto que é preferível que se valha do termo *releitura* destes 'velhos' institutos ao seu mero abandono que, em nada, pode acrescentar à sua efetividade.

Não é outra a lição de Cappelletti anotada precedentemente: os institutos de direito processual civil clássico devem ser *reconsiderados*, o que não significa abandono. Antes, necessária (re)adaptação¹⁴⁶.

Exemplo da valia dos institutos tradicionais relidos para as exigências mais recentes não deixa de ser dado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, firme na lição de Monteleone, ao analisar a extensão subjetiva do julgado e a cláusula da representatividade adequada nas *class actions*: "A parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando

¹⁴⁶ Cf. o texto a que se refere a nota 33, *supra*.

*concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias de defesa e do contraditório asseguradas ao representante. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgador não atuaria propriamente ultra partes, nem significaria real exceção ao princípio subjetivo do julgador, mas configuraria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderente às novas exigências da sociedade"*¹⁴⁷.

Imperioso dizer, após a reflexão que o trecho transcrito sugere, que o efeito retórico que traz esta releitura dos institutos já tradicionais é bem mais palpável que a proposta de descarte de toda a ciência processual que se formou até o momento em nome de um *novo* processo civil, isolado de suas raízes. A revitalização, a (re)adaptação e a canalização dos institutos já consagrados para as finalidades emergentes do cotidiano dão a necessária margem de segurança e previsibilidade para o julgador (que está habituado a tratar com aqueles termos) executar sua função. Tal não se consegue, entretanto, ao menos em curto ou médio prazo, com a construção de estruturas totalmente novas, divorciadas de tudo e de todos, sem qualquer possibilidade de sua efetividade concreta. As decisões terminativas da jurisprudência estão aí como testemunho.

A título de conclusão, vale o destaque das considerações lançadas por James Marins na palestra tantas vezes mencionada. Após salientar seus cálculos de que pelo menos oitocentas mil ações 'com referibilidade a questões tributárias' tramitavam somente nas seções judiciárias de São Paulo, Curitiba e perante os Tribunais Regionais Federais da 3ª. e da 4ª. Regiões, anota que "*há premente necessidade de se facilitar o uso das ações coletivas em matéria tributária. Esta facilitação se pode dar de lege ferenda, com a adoção de novas normas específicas para o assunto que solucionem de modo definitivo os diversos problemas como os acima apontados, mas deve se operar, principalmente, de modo imediato, através da aplicação pelos juízes e Tribunais, nos casos concretos, de soluções como as que apresentamos para o uso do mandado de segurança coletivo em matéria tributária, ao invés de diante da dificuldade, relegá-lo simplesmente ao plano de uma excessivamente perigosa e portanto inútil preciosidade de direito processual constitucional"*¹⁴⁸.

Parece à facilitação do uso das ações coletivas, necessário, como se buscou acentuar ao longo da exposição, que sua instrumentalização concreta requeira mais do intérprete que a análise dos textos normativos isolados pode fornecer. Daí o encerramento com a lição de Calmon de Passos. Ainda que tivesse em mente o art. 8º., inc. III, da Constituição Federal, não é desacertado pretender maior extensão às suas considerações para todos os problemas que se pretendeu aventar.

¹⁴⁷ "Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor" em *As Garantias do Cidadão na Justiça*, cit., p. 301.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 103.

Diz o jurista: "*Retirar de um único dispositivo e de sua literalidade tamanhas aberrações só será possível se, correlativamente, for utilizada uma forma aberrante e monstruosa de interpretar o texto constitucional. Para que tanto não ocorra, forçoso abandonar-se a interpretação literal. Abandoná-la significa procurar limites à literalidade e eles só serão encontrados se perquirirmos o conjunto normativo que é a Constituição Federal de 1988. Assim sendo feito, resultará dito, pelo inciso III do art. 8º., muito menos do que, de forma tão condenável, teoricamente, e tão desastrosa, praticamente, se tem tentado dizer*"¹⁴⁹.

ANEXO

A tradução da *Rule 23* a seguir transcrita, com a redação de 28 de fevereiro de 1966 e vigente desde 1º. de julho daquele mesmo ano, foi realizada por José Rogério Cruz e Tucci e consta de sua obra intitulada "*Class action*" e *Mandado de Segurança Coletivo*" (pp. 14/17). Sua inclusão no presente trabalho tem como objetivo facilitar a reflexão sobre as questões propostas nos itens 3 e 4 *supra* a partir do exame do direito positivo norte-americano. A obra precitada do Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo traz, ainda, a íntegra do texto da lei em inglês. Uma versão para o italiano pode ser encontrada, acompanhada do texto original, na obra de Vigoriti tantas vezes citada (pp. 306/308), com as anotações do comitê responsável pelas alterações da Regra em 1966.

(a) Pressupostos da 'class action'

Um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se

- (1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os demandados, como representantes, se torne impraticável;
- (2) houver questões de direito e de fato comuns ao grupo;
- (3) os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e,
- (4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe.

(b) Pressupostos de desenvolvimento da 'class action'

¹⁴⁹ "Substituição processual", cit., p. 281.

Uma ação pode desenvolver-se como *class action* desde que satisfeitos os pressupostos da alínea a, e, ainda, se:

(1) o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membros do grupo faça surgir risco de que:

(A) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litigante contrário à classe comportamento antagônico; ou que

(B) tais sentenças prejudiquem, ou tornem extremamente difícil, a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento; ou se

(2) o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um final *injunctive relief* ou um *declaratory relief* em relação à classe globalmente considerada; ou se

(3) o tribunal entende que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter estritamente individual, e que a *class action* constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o correto e eficaz deslinde da controvérsia. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá considerar:

(A) o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente;

(B) a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo;

(C) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal;

(D) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de *class action*.

(c) Pronunciamentos sobre a possibilidade de processamento na forma de 'class action': notificação, sentença, demandas parcialmente conduzidas como 'class action'

(1) Na primeira oportunidade, logo após o ajuizamento de uma *class action*, o tribunal deverá determinar se a demanda pode desenvolver-se como *class action*. Tal decisão pode ser condicional e pode ser alterada ou revogada antes da sentença de mérito.

(2) Em qualquer *class action*, fundada na alínea b(3), o tribunal deverá ordenar sejam notificados da existência da demanda todos os componentes do grupo. A notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias. Pela notificação, os componentes do grupo deverão ser informados de que

(A) podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe;

(B) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requereram sua exclusão;

(C) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado.

(3) A sentença proferida em uma *class action* fundada na alínea *b*(1) ou *b*(2), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe. A sentença proferida em uma *class action* fundada na alínea *b*(3), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe, bem como àqueles que foram notificados na forma da alínea *c*(2), e não requereram a sua exclusão.

(4) Se for entendido oportuno

(A) uma demanda pode ser ajuizada e processada como *class action* apenas para certas questões; ou

(B) uma classe pode ser dividida em subclasses, e cada uma destas será tratada como autônoma, aplicando-se as normas desta lei.

(d) Pronunciamentos sobre a condução da demanda

Durante o procedimento das demandas reguladas por esta lei, o tribunal pode:

(1) disciplinar o curso do processo ou adotar medidas para evitar inúteis repetições ou delongas na apresentação da defesa e das provas;

(2) dispor, para a tutela dos membros do grupo ou, ainda, para o correto desenvolvimento do processo, que todos ou apenas alguns componentes sejam informados, mediante notificação, do estado da demanda, ou da extensão dos efeitos da sentença, ou para saber se consideram a representação adequada e correta, para intervirem formulando pedido ou deduzindo defesa, ou, ainda, para participarem da demanda;

(3) impor condições aos representantes e intervenientes;

(4) dispor que dos autos sejam excluídas alegações referentes à tutela de membros ausentes do processo, e que a ação prossiga de conformidade com os termos da lei;

(5) regular todas as questões procedimentais. Tais determinações devem ser tomadas em consonância com a Regra 16, e podem ser modificadas ou revogadas conforma exija o caso sob exame.

(e) *Renúncia e transação*

Os litigantes não podem renunciar ou transigir no âmbito da *class action* sem autorização do tribunal, que disporá sobre a notificação na forma em que determinar, do conteúdo da renúncia ou da transação a todos os membros do grupo.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A Argüição de Relevância no Recurso Extraordinário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

_____ "Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material". *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, sem data, pp. 76/99.

_____ *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1995 (em colaboração).

_____ *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª. ed., refundida, do vol. I do 'Código de Processo Civil Comentado', 1990.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo*, São Paulo, Malheiros, 1995.

BENJAMIN, 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.

BERIZONCE, Roberto O. "La tutela procesal de los derechos en Argentina". *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 123/138 (obra coletiva sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira).

BORTOLAI, Edson Cosac. *Da Defesa do Consumidor em Juízo* (tese), São Paulo, 1994.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. "Ações Coletivas". *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 85/100.

BROSSARD, Paulo. "Constituição e leis a ela anteriores". *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 15/30.

- CAMPOS Jr., Ephraim de. *Substituição Processual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil". *Revista de Processo*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 128/159 (tradução de Nelson Palaia).
- _____ "Vindicating the public interest through the courts". *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 268/308
- Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires, Astrea, 2ª. ed., 1994.
- Constituição dos Estados Unidos da América*. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1986.
- Constituição da República Italiana*. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1986.
- COUND, John J., FRIEDENTHAL, Jack H., MILLER, Arthur R. e SEXTON, John E.. *Civil Procedure - Cases and Materials*, St. Paul, West Publishing Co., 5ª. ed., 1989.
- _____ *1990 Civil Procedure Supplement*, St. Paul, West Publishing Co., 1990.
- CRESTI, Marco. *Contributo allo Studio della Tutela degli Interessi Diffusi*, Milano, Giuffrè, 1992.
- DENTI, Vittorio. "Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti". *Participação e Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 11/23 (obra coletiva sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe).
- EMANUEL, Steven. *Civil Procedure*, Emanuel Law Outlines Inc., 10ª. ed., 1990.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz" em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 30/36.
- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. "Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo*, vol. 71, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 139/153.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos Difusos e Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- _____ *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- FRIEDENTHAL, Jack H., COUND, John J., MILLER, Arthur R. e SEXTON, John E.. *Civil Procedure - Cases and Materials*, St. Paul, West Publishnig Co., 5ª. ed., 1989.
- _____ *1990 Civil Procedure Supplement*, St. Paul, West Publishing Co., 1990.

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Athur R.. *Civil Procedure*, St. Paul, West Publishnig Co., 1985.

GORDILLO, Augistín. *Princípios Gerais do Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977 (tradução de Marco Aurélio Greco).

GRASSO, Eduardo. "Gli interessi della collettività e l'azione collettiva". *Rivista di Diritto Processuale*, n.º. 1, Padova, CEDAM, 1983, pp. 24/56.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor". *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 293/307 (obra coletiva sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira).

_____ "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 Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante).

_____ "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas". *Revista de Processo*, vol. 43, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, pp. 19/30.

_____ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1ª. ed., 1991 (em colaboração).

_____ "Medios de tutela de los intereses colectivos: la acción de clase brasileña". *Separata de la Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, La Plata, sem edição ou data, n.º. 53, pp. 129/135 (tradução de Francisco Mendes).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico". *Revista de Processo*, vol. 58, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 244/249.

HAZARD, Geoffrey C. e TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 1993.

JOLOWICZ, J. A. "A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao *adversary sistem*". *Revista de Processo*, vol. 75, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 64/75 (tradução de José Carlos Barbosa Moreira).

KANE, Mary Kay, FRIEDENTHAL, Jack H. e MILLER, Athur R.. *Civil Procedure*, St. Paul, West Publishnig Co., 1985.

KÖTZ, Hein. "La protection en justice des interets collectifs - Tableau de droit compare". *Accès a la Justice et Etat-Providence*, Economica, Paris, 1984, pp. 93/121 (obra coletiva sob a direção de Mauro Cappelletti).

KUBINSZKY, "A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o direito de processo civil e penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress)". *Revista de Processo*, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 140/165.

LEVASSEUR, Alain A. (org.). *Droit des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2ª. ed., 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. "Ações concorrentes". *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 3ª. ed., 1984, pp. 217/228 (tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas para o direito vigente de Ada Pellegrini Grinover).

_____ "Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato". *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 3ª. ed., 1984, pp. 229/237 (tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas para o direito vigente de Ada Pellegrini Grinover).

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.

_____ *Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1991.

_____ "Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais". *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 1994, pp. 42/70 (obra coletiva sob a coordenação de Luiz Guilherme Marinoni).

MARINS, James. "Ações coletivas em matéria tributária". *Revista de Processo*, vol. 76, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 97/103.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª. ed., 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, Malheiros, 3ª. ed., 1993.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A Coisa Julgada no Código do Consumidor". *Processo Civil - Evolução, 20 anos de vigência*. São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 141/152 (obra coletiva sob a coordenação de José Rogério Cruz e Tucci).

_____ "Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor". *Revista do Advogado*, nº. 33, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, sem data, pp. 80/82.

MILLER, Arthur R., COUND, John J., FRIEDENTHAL Jack H. e SEXTON, John E.. *Civil Procedure - Cases and Materials*, St. Paul, West Publishnig Co., 5ª. ed., 1989.

_____ *1990 Civil Procedure Supplement*, St. Paul, West Publishing Co., 1990.

MILLER, Arthur R., FRIEDENTHAL, Jack H. e KANE, Mary Kay. *Civil Procedure*, St. Paul, West Publishnig Co., 1985.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. "O processo civil no Código do Consumidor". *Revista de Processo*, vol. 63, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 138/146.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista de Processo*, vol. 61, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187/200.

_____ "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". *Revista dos Tribunais*, vol. 404, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 9/18.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

NERY Jr., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1ª. ed., 1991 (em colaboração).

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. "Limites subjetivos da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 11, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 44/56.

OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos". *Revista de Processo*, vol. 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 7/25.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Advocacia - o direito de recorrer à justiça". *Revista de Processo*, vol. 10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, pp. 33/ 46.

_____ "Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena pensar de novo?". *Livro de Estudos Jurídicos*, vol. 6, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, pp. 267/283 (obra coletiva sob a coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante).

RE, Edward D. "*Stare decisis*". *Revista de Processo*, vol. 73, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 47/54 (tradução de Ellen Gracie Northfleet).

SCARPINELLA BUENO, Cassio. "Apontamentos sobre a legitimidade extraordinária na Constituição Federal de 1988", monografia apresentada no 2º. semestre/94 no curso de Pós-

Graduação em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cadeira Direito Processual Civil I, sob a orientação da Profa. Thereza Alvim.

_____ "A legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade: a jurisprudência do STF sobre o art. 103, inc. IX, da Constituição Federal". *Direito*, nº. 2, São Paulo, Max Limonad, 1995 (no prelo).

SEXTON, John E., COUND, John J., FRIEDENTHAL, Jack H. e MILLER, Arthur R.. *Civil Procedure - Cases and Materials*, St. Paul, West Publishnig Co., 5ª. ed., 1989.

_____ *1990 Civil Procedure Supplement*, St. Paul, West Publishing Co., 1990.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____ "Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos?". *Revista de Processo*, vol. 60, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 131/145.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. "Coisa Julgada". *Revista de Processo*, vol. 65, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pp. 235/252.

TARUFFO, Michele. "I limiti soggettivi del giudicato e le class action". *Rivista di Diritto Processuale*, nº. 1, Padova, CEDAM, 1969, pp. 609/636.

TARUFFO, Michele e HAZARD, Geoffrey C.. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo - La Legittimazione ad Agire*, Milano, Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1ª. ed., 1991 (em colaboração).

_____ "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense". *Revista de Processo*, vol. 67, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15/25.