

O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS ESTRANGEIRAS E A INFLUÊNCIA EXERCIDA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Revista dos Tribunais | vol. 940/2014 | p. 89 | Fev / 2014
DTR\2014\162

Marcos de Araújo Cavalcanti

Especialista em Direito Processual pela PUC-SP. Mestrando em Direito pela PUC-SP. Procurador do Distrito Federal. Advogado.

Área do Direito: Processual

Resumo: O texto analisa a evolução histórica e as características atuais das ações coletivas nos sistemas processuais da Inglaterra, Estados Unidos da América e Itália, procurando explicar a influência do direito estrangeiro no desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

Palavras-chave: Processo coletivo - Direito comparado - Evolução histórica - Ações populares - Direito romano - Ações por representação - Direito inglês - Ações de classe - Direito norte-americano - Direito italiano.

Abstract: The article examines the historical evolution and current characteristics of collective actions in procedural systems of England, United States and Italy, seeking to explain the influence of foreign law in the development of collective legal protection in Brazil.

Keywords: Collective procedure - Comparative Law - Historical development - Popular actions (actiones popularis) - Roman law - Representative actions - English Law - Class actions - American Law - Italian Law.

Sumário:

1.Considerações iniciais - 2.As ações populares (actiones popularis) do direito romano - 3.Inglaterra - 4.Estados Unidos da América - 5.Itália - 6.A influência das ações coletivas estrangeiras no direito processual civil coletivo brasileiro: notas conclusivas

1. Considerações iniciais

Os mecanismos coletivos de resolução de litígios de massa, dentre eles as ações coletivas, vêm ganhado importância no cenário processual nacional, tanto na doutrina quanto nos tribunais pátrios. Isso decorre em razão da enorme quantidade de processos judiciais de índole individual que assoberbam a justiça brasileira, prejudicando a entrega da prestação jurisdicional adequada.

Para compreender com profundidade o sistema processual coletivo brasileiro, necessário se faz estudar o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no direito comparado, especialmente porque as ações coletivas brasileiras surgiram no ordenamento jurídico nacional como derivação das *class actions* norte-americanas.

Na década de 70, processualistas italianos introduziram na Itália, país que adota o sistema jurídico do *civil law* (assim como o Brasil), a preocupação com o conceito e a necessidade de defesa dos direitos coletivos. Inauguraram, então, no âmbito doutrinário, um debate a respeito da tutela jurisdicional coletiva, passando a estudar as modernas *class actions* norte-americanas. Destacam-se, nessa época, os trabalhos científicos produzidos por Michele Taruffo,¹ Mauro Cappelletti,² Andrea Proto Pisani,³ Vittorio Denti,⁴ Vincenzo Vigoriti⁵ e Nicolò Trocker.⁶

Assim, embora as *class actions* tenham-se desenvolvido nos Estados Unidos da América, a processualística brasileira, historicamente influenciada pelos autores italianos, passou a estudar indiretamente as ações coletivas norte-americanas, a partir da observação de trabalhos desenvolvidos na Itália a respeito do tema. Congressos, artigos jurídicos e livros produzidos pelos estudiosos italianos entusiasmaram o surgimento da doutrina das ações coletivas brasileiras e, também, contribuíram para sistematizar e identificar demandas coletivas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas que não possuíam a qualificação e a sistematização de uma ação coletiva (por exemplo, ação popular), pela falta de cientificidade do tema no país naquela época.⁷

No Brasil, os primeiros e principais trabalhos publicados sobre o tema foram de autoria de José Carlos Barbosa Moreira,⁸ Waldemar Mariz de Oliveira Jr.⁹ e Ada Pellegrini Grinover.¹⁰ Esses estudos brasileiros deram início ao debate acerca da tutela jurisdicional coletiva, discutindo, em especial, a questão da legitimação para agir, com propostas teóricas que superaram os óbices rígidos do art. 6.^o do CPC (LGL\1973\5).

Portanto, as ações coletivas brasileiras derivam, em certa medida, das *class actions* norte-americanas, uma vez que o desenvolvimento intelectual e legislativo do direito processual civil coletivo brasileiro, em um primeiro momento, sofreu influência direta dos processualistas italianos, que estudaram e produziram trabalhos acerca das ações coletivas estadunidenses na década de 70.¹¹

Posteriormente, a partir dos anos 80, o Brasil passou a ter um ambiente adequado para a sistematização da tutela jurisdicional coletiva, visto que passava pela redemocratização e crescia a valorização da atividade do Ministério Público nas demandas cíveis.¹²

Desse modo, influenciado pelos estudos produzidos por processualistas brasileiros e italianos na década de 70, bem como pelo processo de redemocratização do país na década de 80, o Brasil criou condições favoráveis à aprovação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40).¹³

Todavia, em que pese a importância das ações coletivas norte-americanas para a evolução científica e legislativa no Brasil, a doutrina, salvo algumas exceções, não vem dando o tratamento merecido à evolução histórica das ações coletivas no direito comparado.

Normalmente, o desenvolvimento histórico da tutela jurisdicional coletiva no direito comparado é tratado quase que exclusivamente da ótica das *class actions* norte-americanas, esquecendo-se, por exemplo, que os primeiros registros históricos apontam as *actiones populares* do direito romano como o embrião das ações coletivas no cenário jurídico mundial.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, por exemplo, divide o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no direito comparado em três grandes marcos históricos: (a) o surgimento das ações coletivas na Inglaterra; (b) as *class actions* norte-americanas; e (c) a doutrina italiana.¹⁴

O presente trabalho ousa acrescentar mais um período à divisão histórica proposta por Mendes, com foco sobre as *actiones populares* do período romano, uma vez que essas demandas populares são praticamente esquecidas pela doutrina nacional e internacional, até mesmo pelos livros de direito romano.¹⁵

No intuito de contribuir com a mais completa compreensão do tema proposto, nas próximas linhas serão traçados alguns apontamentos sobre os três grandes marcos históricos da tutela jurisdicional coletiva, na forma proposta por Mendes, com a inclusão de um período antecedente sobre as ações populares do direito romano.

Além disso, serão estudadas adiante a evolução e a involução (em alguns momentos) das ações coletivas no direito comparado, assim como examinadas as características atuais dos sistemas processuais de tutela coletiva nesses três países (Inglaterra, Estados Unidos da América e Itália), que tanto contribuíram, ainda que indiretamente, para o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

2. As ações populares (*actiones populares*) do direito romano

A afirmação de que durante o Império Romano teria sido concebido o embrião que, no futuro, daria origem às ações coletivas modernas soa estranha pelo simples fato de que, naquela época, a noção de Estado não estava tão bem delineada como atualmente.

Portanto, causa perplexidade imaginar, nesse panorama inicial, a existência de um instrumento processual capaz de permitir a alguns cidadãos o ingresso em juízo para a defesa de um direito que não lhe pertencia diretamente, mas sim a toda coletividade.¹⁶

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a perplexidade inicial desvanece quando se considera que a relação existente entre o cidadão e a *res publica*, mesmo naqueles tempos, baseava-se no

sentimento de que esta última pertencia, de alguma forma, aos cidadãos romanos.¹⁷ A existência de uma ação de índole coletiva em um sistema predominantemente individualista deveu-se ao fato de a noção de Estado não estar bem definida. O Estado não possuía autonomia, de modo que a *res publica*, a coisa pública, os bens públicos, pertenciam a todos os cidadãos romanos, como uma espécie de comunhão indivisível.¹⁸ As demandas populares do direito romano, portanto, nada mais eram do que ações com que os cidadãos ingressavam para a defesa da coisa pública.¹⁹

Somente partindo dessa premissa é possível compreender o motivo pelo qual alguns cidadãos romanos tinham legitimação para ingressar em juízo em nome de toda a coletividade romana, na defesa de direitos que pertencessem à *res communes omnium*.²⁰

Em que pese a *actio romana* exigisse um interesse pessoal e direto exercido pelo titular do direito, as *actiones popularis* eram tidas como exceção a esse princípio, exatamente porque através das demandas populares o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais importantes para a coletividade.²¹

Assim, o direito romano admitia uma especial categoria de demanda, de caráter popular e coletivo, destinada à defesa do interesse público. O cidadão romano tinha legitimação para ingressar em juízo instaurando o processamento de uma demanda de índole privada, a fim de obter a condenação de qualquer pessoa que tivesse causado dano ao patrimônio público ou a interesses públicos.²² Ao assim agir, o cidadão romano defendia seu interesse pessoal e, ao mesmo tempo, o interesse de toda a coletividade.

José Afonso da Silva, fazendo uso das lições de Charles Maynz, explica que, com o tempo, o pretor alargou o conceito de interesse de agir para as demandas populares, permitindo o ajuizamento por autores que não tivessem qualquer interesse pessoal na lide, desde que o objeto da demanda fosse inerente a toda coletividade.²³

Na verdade, as demandas populares do direito romano eram um conjunto de ações cuja característica era permitir a alguns cidadãos o ingresso em juízo, ainda que não tivessem interesse pessoal direto sobre o objeto da demanda, para a defesa de interesses de todos.²⁴

Essas ações tinham a característica de tutelar direitos da coletividade, haja vista que o autor da demanda pleiteava provimento jurisdicional para a defesa de direitos de caráter indivisível e indissociável de toda sociedade. É o surgimento do conceito de legitimação por categoria, em que o autor postula o direito inerente a todo o grupo.²⁵

Destaque-se, todavia, que as *actiones popularis* tinham caráter marcadamente penal, em razão da origem concreta relacionada à circunstância de fato em que ocorreram delitos ou quase delitos.²⁶

Normalmente, o ajuizamento da demanda popular tinha como consequência uma decisão de caráter inibitório, visando a impedir ou a fazer cessar a conduta lesiva, inclusive com a aplicação de multa, que deveria ser suportada pela parte ré do processo. Considerando que a demanda popular proposta não tratava diretamente de direito individual do autor da ação, a aplicação de multa tinha caráter premial,²⁷ o que poderia até servir de incentivo para ajuizamento de demandas populares, visto que os cidadãos romanos, tomando conhecimento de transgressões ao patrimônio público, poderiam ajuizar ações com o objetivo de obter a reversão da pena pecuniária suportada pelo réu do processo, em vista do não cumprimento da medida inibitória.²⁸

Por meio dessas demandas, os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia de natureza jurisdicional, não como expressão de autoridade, mas em razão da movimentação do Poder Judiciário para condenar os transgressores dos direitos relacionados a segurança pública, moralidade administrativa, patrimônio público e, também, patrimônio daqueles que podiam ser prejudicados pelos que o administrassem em razão de alguma função pública, como, por exemplo, os tutores. Estes, por meio da *accusatio suspectitutoris*, podiam ser removidos, em defesa do menor e da ordem pública.²⁹

Destaquem-se, ainda, três importantes temas a respeito das *actiones popularis* no direito romano. (a) a legitimação para agir; (b) a coisa julgada; e (c) a representatividade adequada.

No direito romano, as mulheres, os escravos e os menores não podiam ingressar em juízo por meio da demanda popular, salvo, excepcionalmente, se tivessem interesse especial em jogo.³⁰ Ademais,

vale destacar que as ações populares não poderiam ser transmitidas a herdeiros, o que demonstra certo caráter personalíssimo da demanda, mesmo em se tratando de direitos pertencentes a toda coletividade.

Outro importante tema diz respeito à coisa julgada nas ações populares romanas. Segundo o que consta no Digesto de Justiniano (D. 47.23.2),³¹ no caso de determinada matéria já ter sido apreciada em ação popular anterior, não poderia o mesmo assunto ser, mais uma vez, examinado pelos julgadores, ainda que o autor da segunda ação popular proposta fosse diferente do da primeira demanda. Assim, identificando-se a coisa julgada entre demandas populares, ainda que propostas por autores legitimados diferentes, o réu do processo poderia alegar a preliminar de coisa julgada.³²

Por fim, o último tema sobre as *actiones popularis* que se destaca como relevante no presente resumo histórico refere-se à outra regra estabelecida no Digesto de Justiniano (D. 47.23.3).³³ Segundo o disposto no referido diploma, na hipótese de mais de uma pessoa ingressar em juízo com demandas populares tratando acerca do mesmo objeto, seria dada preferência à demanda que apresentasse melhores condições em termos de idoneidade e maior interesse pessoal no litígio.³⁴ Trata-se de regra que, de forma embrionária, estabelece uma concepção inicial do controle judicial da representatividade adequada, uma das principais regras e características das modernas *class actions* norte-americanas. Todavia, é importante esclarecer que a concepção de representatividade adequada no direito estadunidense foi desenvolvida sem influência direta do direito romano, de modo que os estudiosos do assunto afirmam que não se pode falar em uma evolução contínua das *actiones popularis* até as ações coletivas norte-americanas.³⁵

Com o fim do Império Romano, em meados do século 5 d.C, o caminho das ações populares restou incerto. O direito bárbaro não tinha nada semelhante a essas ações. Entraram em declínio as *actiones popularis*.

3. Inglaterra

A Inglaterra é apontada, por alguns, como o berço mundial das ações coletivas.³⁶ A obra de Stephen Yeazell divide a evolução histórica dos litígios coletivos na Inglaterra em três períodos (a) o medieval (do século 12 ao século 15); (b) o primitivo-moderno (do século 16 ao século 17); e o moderno e contemporâneo (do século 18 em diante).³⁷ A seguir, passa-se a estudar esses três períodos históricos.

3.1 Ações coletivas na Inglaterra medieval (do século 13 ao século 15)

Stephen Yeazell,³⁸ em sua obra sobre o desenvolvimento histórico das ações coletivas, cita três acontecimentos que seriam os precedentes históricos das ações coletivas na Inglaterra medieval.³⁹

Em 1199, o pároco Martin, de *Barkway*, ajuizou demanda perante a Corte Eclesiástica de *Cantebury*, discutindo o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de *Nuthmstyead*, povoado de *Hertfordshire*, considerando-os como um grupo (e não como indivíduos), para fins de legitimidade passiva, do qual apenas alguns integrantes compareceriam em juízo para a defesa dos interesses desse agrupamento.

O segundo acontecimento relevante tratado por Yeazell remonta ao século 13, quando três aldeões ingressaram em juízo em face das comunidades das cidades de *Donington* e de *Bykere*, requerendo provimento jurisdicional em benefício próprio e de toda a população de *Helpingham*, a fim de que os moradores daquelas cidades tivessem de prestar assistência na reconstrução de represas ali existentes.

Aluíso Gonçalves de Castro Mendes observa que, nesse segundo caso, não figuraram como partes as pessoas jurídicas, como, por exemplo, os municípios de *Donington* e de *Bykere*. Tampouco eram partes os moradores das cidades, individualmente considerados. A parte ativa da demanda eram apenas três aldeões, considerados como um grupo (e não como indivíduos isoladamente), na defesa do interesse de toda a coletividade. E a parte passiva eram as comunidades (e não os municípios) de *Donington* e de *Bykere*.⁴⁰

O terceiro e último caso tratado por Yeazell aconteceu no período de 1307 a 1326. Na época, *Emery Gegger* e *Robert Wawayn* ingressaram em juízo em face de *Roger Coress*, *John Hugh'sson*, *Warin Draper* e dos demais ricos burgueses de *Scarbotough*, em benefício próprio e de todos os demais

pobres e médios burgueses da cidade.

A partir dos séculos 14 e 15, as demandas de grupo tornaram-se mais frequentes. Os casos relatados por Yeazell são exemplificativos.⁴¹ Certamente, outros conflitos típicos da Inglaterra medieval entre párocos e paroquianos, servos e senhores feudais, burgueses pobres e ricos ocorreram outras diversas vezes, sem nenhum registro histórico. Isso porque a grande maioria dos litígios da época medieval era decidida pelas Cortes locais e senhoriais. As Cortes reais eram juízos de exceção. Assim, não existem muitos assentamentos históricos de processos coletivos no âmbito das Cortes locais e senhoriais. Apenas alguns registros da Corte de Westminster foram preservados.⁴²

De todo modo, analisando os registros fragmentários⁴³ dos três casos mencionados por Yeazell, observa-se que, naquela época, não havia qualquer discussão técnica a respeito da titularidade da demanda coletiva, da legitimação para alguns ingressarem em juízo em nome da coletividade, da coisa julgada etc. A discussão limitava-se ao mérito, enquanto a admissibilidade, pode-se dizer, era feita de modo inconsciente.⁴⁴

3.2 Ações coletivas no período primitivo-moderno (do século 16 ao século 17)

As ações coletivas no período primitivo-moderno, ou seja, durante os séculos 16 e 17, tiveram forte declínio na Inglaterra, em razão da mudança do contexto econômico-social do país.

O Estado inglês se fortaleceu e as relações comerciais e industriais aumentaram, dando origem a novos grupos não tão coesos, divididos, organizados e fáceis de identificação, como aqueles que existiam durante o feudalismo.

Com a decadência do sistema feudal, as ações de grupo, relativamente comuns na Inglaterra medieval, ficaram restritas à área rural, transformando-se em procedimento especial excepcional, concedido através do *bill of peace*.⁴⁵

O *bill of peace* nada mais era do que uma autorização para processamento coletivo de uma demanda individual, concedida quando o autor da demanda formulava requerimento expresso de provimento jurisdicional que incluísse os direitos de todos aqueles que, de alguma forma, estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme e, assim, evitando a multiplicidade de processos idênticos.⁴⁶

Percebeu-se, naquela ocasião, que um processo judicial com grande quantidade de pessoas dificultava o andamento do processo, trazendo insuperáveis inconvenientes ou, simplesmente, injustiça. A fim de cessar com essas dificuldades, admitiram-se exceções à regra geral e foi criada a *bill of peace*, que permitia processos por representação (*representative actions*), através dos quais um ou alguns membros do grupo podiam representar em juízo o interesse de toda a categoria.

O cabimento das *representative actions* era restrito aos casos em que o litisconsórcio de todos os interessados era impossível ou inexequível. Além disso, os membros do grupo deveriam ter interesses comuns na causa, e o autor da demanda coletiva deveria representar adequadamente os interesses dos demais membros ausentes. As decisões proferidas nas *representative actions* faziam coisa julgada *erga omnes* vinculativa aos demais membros do grupo. Essas primeiras ações coletivas do século 17 nasceram com o objetivo de contornar a regra do litisconsórcio necessário de todos os interessados.⁴⁷

No século 17, apareceram os primeiros questionamentos técnicos a respeito das demandas de grupo, principalmente no que diz respeito à legitimação. As ideias oriundas da Reforma, Renascimento e Humanismo, assim como da ascensão da burguesia e do individualismo, influenciaram as primeiras teorizações relativas aos litígios coletivos.⁴⁸

O surgimento dessas teorizações iniciais apenas nesse período fez com que alguns estudiosos do tema apontassem o *bill of peace* como a origem histórica das ações coletivas modernas no mundo. Zechariah Chafee,⁴⁹ por exemplo, chegou a afirmar que as *class actions* modernas seriam uma ramificação do *bill of peace* com partes múltiplas.⁵⁰

Yeazell contesta a afirmação de Chafee, declarando que essas considerações formam um retrato incompleto e enganoso do panorama histórico das ações coletivas. Explica que não apenas é enganoso sobre o que aconteceu no século 17, como também desrespeita estudos de história das ações

do direito medieval inglês, visto que as ações de grupo existem por pelo menos oito séculos.⁵¹

Na verdade, explica Márcio Flávio Mafra Leal, há de se fazer uma distinção entre as interpretações de Chafee e de Yeazell. Segundo o autor brasileiro, as ações da época medieval, defendidas por Yeazell como sendo a raiz das ações coletivas modernas, originaram (a) as ações do período moderno (do século 18 ao 19), em que o grupo era uma pessoa jurídica de fato, ou seja, sem personalidade jurídica; e (b) as demandas para a defesa dos direitos difusos, nas quais o problema era exatamente identificar quem poderia representar em juízo toda a coletividade in-determinável na defesa de direitos indivisíveis.

Por outro lado, conclui Márcio Flávio Mafra Leal, o *bill of peace* é o embrião das ações modernas norte-americanas que cuidam dos direitos individuais homogêneos, uma vez que seu objetivo maior era o de impedir a multiplicidade das demandas de massa. Por essa razão não é equivocado dizer que, em certa medida, as *class actions* modernas representam a evolução do *bill of peace* do século 17,⁵² para litígios referentes aos direitos individuais homogêneos.

O que esse período teve de diferente em relação aos demais foi que, influenciado pelo contexto econômico-social da Inglaterra, teorizações e discussões técnicas a respeito das demandas de grupo, em especial sobre a legitimação, começaram a surgir no campo doutrinário.

A utilização excepcional das demandas de grupo e o enfraquecimento das Cortes locais e senhoriais durante o período primitivo-moderno fizeram com que o processamento e o julgamento dessas demandas fossem concentrados no Tribunal de Equidade. As ações de grupo, que antes eram apreciadas por várias Cortes locais e senhoriais, passaram a ser processadas e julgadas apenas pela *Court of Chancery*, Corte de equidade, reduzindo os custos e tornando mais conveniente e convincente o julgamento das demandas por um Tribunal acostumado com litígios coletivos.⁵³

O historiador Zechariah Chafee, nos seus ensaios, relaciona o caso *How v. Tenants of Bromsgrove*, do ano de 1681, como um dos primeiros a serem julgados pela *Court of Chancery*. Consoante explica o autor, o *Lord How*, que era senhor de Bromsgrove, ingressou em juízo com uma demanda em face dos *tenants*, arrendatários de sua propriedade, perante a Corte de equidade, pleiteando provimento jurisdicional que lhe assegurasse o reconhecimento do direito de privilégio na caça de pequenos animais em determinados locais de sua propriedade. Em contrapartida, os *tenants* (arrendatários) apresentaram defesa contestando o pedido de privilégio, sob o argumento de que, se julgado procedente o pedido, não haveria espaço suficiente para todos os arrendatários da propriedade do *Lord How*.⁵⁴

No processamento e julgamento desse caso, não houve qualquer inovação digna de nota em comparação aos processos da época da Inglaterra medieval, a não ser o fato de o julgamento ter sido realizado por uma Corte de equidade, a *Court of Chancery*, e não por uma Corte local ou senhorial.

O segundo caso colacionado por Chafee, *Brown v. Vermuden*, aconteceu no ano de 1676. O antecessor do Reverendo Brown, Carrier, no intuito de obter o reconhecimento ao direito de receber o dízimo sobre a exploração das minas, ingressou em juízo em face de uma paróquia, não fazendo referência, na peça exordial, aos representantes da coletividade demandada, os quais foram escolhidos pela paróquia para apresentação da defesa.⁵⁵ Essa possibilidade de escolher os representantes foi uma inovação para a época, passando essa prática a vigorar a partir de então.

No julgamento, o direito aos dízimos foi reconhecido pela Corte de equidade. Ocorre que, logo após esse resultado, Carrier, antecessor de Brown, ajuizou outra ação em face de *Vermuden*, proprietário de uma das minas localizadas na região da paróquia. O réu, nessa segunda demanda, apresentou defesa alegando que não estava vinculado à decisão proferida na primeira demanda. A *Court of Chancery* não acatou o argumento de *Vermuden* por entender, já naquela época, que a vinculação de todos os integrantes da coletividade à decisão proferida na primeira demanda de grupo é medida essencial para evitar a multiplicidade de demandas.

Durante o século 17, o desenvolvimento do *bill of peace* condicionou o processamento da demanda coletiva à presença de "interesses comuns" que envolvessem elevado número de pessoas, que ficariam vinculadas ao resultado da decisão por força dos efeitos da coisa julgada.

O crescimento comercial e industrial deu origem a novos grupos não tão coesos, divididos,

organizados e facilmente identificados como aqueles que existiam durante a Idade Média, fazendo com que a exigência da presença de "interesses comuns" viesse a substituir a necessidade de haver apenas um "agrupamento fechado" como critério para admissibilidade das ações de grupo.

Assim, no período primitivo-moderno, a necessária configuração de "interesses comuns" para admissão do processamento das demandas coletivas substituiu o denominador comum das ações coletivas da época medieval, que exigia, tão somente, a presença de um "agrupamento coeso".⁵⁶

3.3 Ações coletivas no período moderno e contemporâneo (do século 18 até o presente momento)

Os séculos 18 e 19 marcaram um novo declínio das demandas coletivas na Inglaterra.⁵⁷ A Revolução Industrial trouxe novas transformações econômico-sociais para o país, repercutindo diretamente nas demandas coletivas. Nasceram, naquela época revolucionária, as sociedades anônimas (*joint-stock companies*) e as sociedades de mútuo socorro ou beneficentes (*friendly societies*), as quais, no futuro próximo, iriam exercer importante papel no desenvolvimento da economia do Estado inglês.⁵⁸

O surgimento dessas corporações, após determinado tempo, fez com que a legitimação para ser parte fosse concedida apenas às pessoas físicas e às pessoas jurídicas (corporações), consideradas as únicas capazes de ir a juízo (*legal entity*), e não àquelas pessoas de existência jurídica duvidosa.⁵⁹

De todo modo, o reconhecimento formal da personalidade jurídica para algumas coletividades era tido como um privilégio concedido, excepcionalmente, pela Coroa inglesa,⁶⁰ especialmente quando esta possuía interesse em desenvolver determinado ramo da economia, como fez no caso da fundação da Companhia das Índias Ocidentais, criado com o objetivo de promover a exploração das colônias inglesas na Ásia.⁶¹ Os grupos que não obtinham a devida autorização da Coroa ficavam no limbo entre a marginalidade e o reconhecimento institucional para fins judiciais.⁶²

Com o passar do tempo, portanto, as medidas judiciais dos grupos passaram a ser tomadas por meio das corporações (pessoas jurídicas). Além disso, a interpretação do que seriam os "interesses comuns" como critério apto a permitir o ajuizamento de demanda coletiva tomou uma feição rígida e restritiva, fazendo com que a tutela jurisdicional coletiva entrasse em total desuso.

Todavia, mesmo em declínio, nos anos de 1873 a 1875, quando da edição dos *Supreme Court of Judicature Acts*, que unificou as jurisdições de equidade e *common Law*,⁶³ as *representative actions* foram expressamente previstas na *Rule 10* das *Rules of Procedure*.⁶⁴

Acontece que, embora houvesse a previsão expressa do cabimento das *representative actions*, elas praticamente desapareceram por um período longo, do final do século 19 ao início do século 20, muito por causa da interpretação restritiva adotada pelos Tribunais ingleses em relação ao termo "interesses comuns", requisito de presença necessária para sua admissibilidade.⁶⁵ Sobre esse período obscuro, a doutrina⁶⁶ aponta dois casos que bem demonstram o entendimento adotado pelas Cortes inglesas.

O primeiro caso, *Duke of Bedford v. Ellis*, ocorreu em 1901, quando um grupo de feirantes ingressou em juízo com uma demanda em nome próprio e de outros feirantes da região, requerendo o reconhecimento judicial do direito de preferência na ocupação de espaços no mercado público. Nesse caso, a Corte de julgamento entendeu que não havia interesse comum entre todos os integrantes da classe feirantes e não admitiu a *representative action*.

Em outro caso, em 1910, *Mark & Co. Ltd. V. Knight Steamship Co. Ltd.*, dois comerciantes ajuizaram demanda em face de uma transportadora requerendo indenização em favor de todos comerciantes atingidos pela perda da carga transportada no mar. Dois foram os motivos para a não admissão da *representative action*: (a) não havia interesse comum; e (b) o pedido de indenização foi considerado como direito pessoal que necessitaria de dilação probatória.

Em 1965, o Regimento da Suprema Corte foi revisado e previu regras que admitiam as *representative actions* quando houvesse grande número de pessoas com interesses comuns em alguma causa. De acordo com a *Order 15, Rule 12*, das *Rules of the Supreme Court* quando uma grande quantidade de pessoas tivesse interesses comuns no resultado de qualquer questão jurídica, o processo coletivo poderia ser iniciado pela propositura da demandas por ou contra um ou mais de

um dos interessados, que passariam a representar os demais integrantes da coletividade, salvo se o Tribunal determinasse de forma contrária.⁶⁷

Na década de 70, o processo coletivo voltou a ganhar força na Inglaterra. No ano de 1976, *Cobbold* ajuizou uma demanda, em nome de todos os assinantes da revista *Time*, em face da *Time Canada Ltd.*, a qual teve o seu processamento admitido, uma vez que o juízo competente entendeu haver afinidades de questões, muito embora a responsabilidade contratual e a pretensão indenizatória tivessem caráter juridicamente individual.⁶⁸

Em 1979, o caso *Prudential Assurance Co., Ltd. v. Newman Industries, Ltd.* é tido como importante precedente, por ter dividido o procedimento das *representative actions* em duas etapas: na primeira, de natureza declaratória, a atividade jurisdicional procuraria reconhecer a existência ou não da obrigação de indenizar; na segunda, os indivíduos representados buscariam estabelecer a condenação específica, com a fase de liquidação e de execução da decisão.⁶⁹

Vale destacar que a divisão do procedimento das *representative actions* em duas fases nem sempre foi observado pela prática judicial inglesa. Por exemplo, em 1981, no caso *EMI Records Ltd. v. Riley*, embora a pretensão tivesse caráter também indenizatório, o Tribunal entendeu que a avaliação dos danos sofridos deveria ser feita de forma uniforme e global, uma vez que o caso careceria de maiores especificidades.⁷⁰

Durante os anos seguintes, a jurisprudência inglesa, deparando-se com litígios massificados de grande repercussão, passou a discutir a necessidade de se efetivar um aperfeiçoamento da tutela jurisdicional coletiva. Dois casos são emblemáticos: (a) o caso *Daves (Joseph Owen) v. Eli Lilly*, de 1987, também conhecido como o "Caso *Opren Litigation*", que versou sobre pretensões indenizatórias em razão de danos sofridos por mais de 1.500 pessoas, decorrentes do uso do medicamento *Opren*; e (b) o caso *Hogson v. Imperial Tobacco Ltd.*, do ano de 1999, que discutiu o direito de indenização pelo diagnóstico de doenças oriundas da utilização contínua do tabaco.⁷¹

Na verdade, como explica José Carlos Barbosa Moreira,⁷² os anseios reformistas ingleses vinham-se manifestando, com intensidade crescente, ao longo dessas últimas décadas. Uma nova regulamentação da matéria era, pois, necessária.⁷³ Em 1994, foi dado um passo decisivo quando o então *Lord Chancellor* encarregou o eminente magistrado, *Lord Woolf*, Presidente da Seção Civil da *Court of Appeal*, com o objetivo de elaborar uma pesquisa relativa ao sistema judicial inglês e de apresentar sugestões para a melhoria da Justiça, que vinha tendo o seu desempenho criticado, especialmente pelos seguintes motivos: excessiva lentidão, custo exorbitante, desnecessária complexidade e consequentes incertezas.⁷⁴

Os estudos perpetrados por *Lord Woolf* encontrou apoio em dois relatórios sobre o acesso à Justiça, o *Interim Report* de 1995 e o *Final Report* de 1996. As conclusões do Relatório *Woolf* empreenderam reações diversas, de apoio e de rejeição. Entretanto, o *Civil Procedure Act* do ano de 1997 anunciou o advento de um código unificador e a mudança do governo, com a ascensão dos trabalhistas ao poder, a qual manteve as pretensões reformistas do sistema judicial inglês. Assim, o *Sir. Peter Middleton*, designado para reexaminar o assunto, elaborou um novo relatório, publicado ainda em 1997, através do qual recomendou, com algumas modificações, a adoção das sugestões propostas por *Lord Woolf*.⁷⁵

O Capítulo 17 do Relatório *Woolf*, denominado de *Access to Justice – Final Report*, tratou especificamente sobre os litígios coletivos. De acordo com o relatório, o tratamento dado à tutela jurisdicional coletiva na Inglaterra vinha, até aquele momento, causando enormes problemas para o sistema de Justiça civil inglês. O referido relatório verificou que, ao contrário da posição adotada por outros países que seguem o sistema do *common law* (por exemplo, os Estados Unidos da América), não existiam, no sistema judicial inglês, regras que regulamentavam, satisfatoriamente, a tutela jurisdicional dos conflitos coletivos. Além disso, alertou que os processos coletivos tinham custos altíssimos, o que, certamente, dificultaria o amplo acesso à Justiça.⁷⁶

Com base nessas premissas, o Relatório *Woolf* sugeriu a criação de novos mecanismos processuais, os quais deveriam alcançar os seguintes objetivos: (a) viabilizar o amplo acesso à Justiça quando um grande número de pessoas foram afetadas pela conduta de outrem, mas que, pelo valor individualmente considerado, a propositura de uma ação individual torna-se economicamente inviável; (b) permitir a resolução ágil, eficaz e proporcional dos casos que envolvam danos individuais abrangentes o suficiente para justificar o ajuizamento de ações individuais, mas que não podem ser

satisfatoriamente tratadas nos moldes do procedimento tradicional, em razão do número de autores e da natureza das questões envolvidas; e (c) alcançar o equilíbrio entre os direitos dos autores e dos réus, que devem ter assegurado o direito de litigarem individualmente ou defenderem seus direitos coletivamente, de uma maneira eficaz.⁷⁷

Como fruto desses anseios reformistas,⁷⁸ no final do século 20, mais precisamente em 26.04.1999, foi aprovado para a Inglaterra e o País de Gales o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (*Civil Procedure Rules – CPR*). Este substituiu a disciplina anterior, que era fragmentária e não regulava a matéria sistematicamente. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) inglês "vem sendo apregoado como a maior transformação legislativa, nesse terreno, há mais de século".⁷⁹

Desse modo, refletindo às preocupações do Relatório *Woolf*, as novas *CPR* expressamente estabeleceram regras sobre mecanismos de resolução coletiva de litígios coletivos, as quais ficaram agrupadas em sua *Part 19 (Parties and Group Litigation)*, dividida nas Seções I (*Addition and Substitution of Parties*), II (*Representative parties*) e III (*Group litigation*).

Assim, atualmente na Inglaterra e no País de Gales, os litígios coletivos podem ser discutidos em juízo por meio de dois principais mecanismos processuais: (a) as *representative actions* (processos por representação); e (b) as *group litigation orders – GLO* (ordens de litígio em grupo).⁸⁰

O primeiro mecanismo processual mencionado para a discussão de litígios coletivos na Inglaterra, as *representative actions*, está previsto na *Rule 19:6* do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) Inglês, que praticamente reproduz outra regra já existente desde 1873.⁸¹

Conforme estabelece a *Rule 19:6*, (1) quando mais de uma pessoa tiver o mesmo interesse em uma causa: (a) a ação pode ter início; ou (b) o Tribunal pode ordenar que a ação prossiga em conjunto com ou contra mais pessoas que tenham os mesmos interesses, no papel de representantes de quaisquer outras pessoas que compartilhem tal interesse. No caso de se entender que não há interesse comum na causa, (2) o Tribunal pode determinar que a pessoa não atue como representante do grupo. (3) Qualquer parte pode requerer ao Tribunal que outra pessoa não seja aceita como representante do grupo. (4) Salvo se o Tribunal determinar o contrário, qualquer juízo ou mandado referente à ação em que uma parte esteja agindo como representante sob a regra (a) acima está ligada a todas as pessoas representadas na ação; porém na situação da regra (b) acima, podem ser respaldadas apenas por ou contra uma pessoa que não seja parte na ação, com a autorização do Tribunal.⁸²

Como se observa, a parte autora ajuíza uma ação representando a si própria e, ao mesmo tempo, a classe que tem interesse comum na demanda. O autor é a única parte da demanda. Os membros da classe representada não fazem parte do processo. Todavia, esses demais integrantes da categoria estarão automaticamente sujeitos aos efeitos da decisão transitada em julgado, salvo se fizerem requerimento de autoexclusão, optando pelo sistema de *opt-out*.⁸³

Um dos grandes problemas históricos relacionados às *representative actions*, que as tornaram pouco utilizadas na Inglaterra, diz respeito ao fato de o termo "interesses comuns" ter sido interpretado restritivamente, frustrando a utilidade da regra para resolver os litígios coletivos.⁸⁴ Na Inglaterra, acredita-se que o processo representativo não pode ser utilizado para o fim de obter uma proteção do tipo ressarcitória, pois a disciplina legal exige que todos os interessados tenham "interesses comuns", o que não existiria nessas ocasiões visto que, na pretensão indenizatória, cada vítima tem interesse distinto na obtenção do montante individual a que lhe cabe.⁸⁵

Outra razão pela qual esses processos são exceções na Inglaterra é o risco de custo pessoal do autor da demanda uma vez que, mesmo na hipótese de procedência do pedido, pode não conseguir recuperar as despesas dos membros da classe. Ademais, se na hipótese de procedência do pedido o risco de custo já é assustador, pior é na situação de improcedência do pedido, quando, então, o autor se torna responsável pessoal pelas custas dos opositores. Por todos esses motivos, as *representative actions* são relativamente incomuns na Inglaterra.⁸⁶

A segunda e mais importante técnica processual para a tutela jurisdicional de direitos coletivos na Inglaterra são as *group litigation orders (GLO)*, previstas nas *Rules 19:10 até 19:15* e na *Practice Direction 19B* das *CPR*. Impende dizer que as *GLO* não são propriamente ações coletivas, mas verdadeiras técnicas processuais incidentais de resolução coletiva de litígios de massa.

De acordo com essas regras, o Tribunal, quando identificar a real ou a potencial multiplicidade de demandas, de ofício ou a requerimento da parte, deve conceder uma ordem de litígio em grupo, determinando a coletivização do processamento e do julgamento de ações individuais que apresentem questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito.

O objeto das ações que podem ser atingidas pela ordem judicial de litígio em grupo é bastante amplo, não havendo restrição quanto à matéria discutida. Qualquer forma de litígio pode ser considerada questão passível de sofrer uma ordem de processamento coletivo, desde que demonstrada a existência de questões comuns ou relacionadas, de fato e de direito.⁸⁷

Uma característica importante das *GLO* é que o julgamento coletivo envolve a necessidade de requerimento do interessado (*opt-in*).⁸⁸ Em outros termos: para que as partes de uma demanda individual possam participar do julgamento na sua forma coletivizada, o autor e/ou o réu devem optar expressamente requerendo sua inclusão no cadastro do grupo.⁸⁹

Exatamente o contrário ocorre com as *representative actions* inglesas e com as *class actions* norte-americanas, nas quais impera a regra do *opt-out*.⁹⁰ Nessa hipótese, os membros da coletividade serão automaticamente atingidos pelos efeitos da decisão transitada em julgado, proferida nos autos do processo coletivo. Todavia, para não sofrerem esses efeitos, devem optar expressa e negativamente por não serem representados pelo autor da demanda com a qual possui interesse comum.

No caso das *GLO* é exatamente o contrário. Cada interessado deverá optar positivamente (*opt-in*) por participar do julgamento coletivizado das demandas atingidas pela ordem de litígio coletivo. Se já ultrapassado o prazo para opção, não haverá prejuízo ao indivíduo, que pode ajuizar demanda individual fora do sistema das *GLO*.⁹¹

4. Estados Unidos da América

Para entender as demandas coletivas norte-americanas, é preciso ter em mente que, assim como outros países do sistema do *common law*, os Estados Unidos da América são uma República federativa composta de 50 Estados, o Distrito de Columbia e territórios. O aparelhamento judicial estadunidense é um sistema dualista (*two-tier*), composto de um sistema federal e mais outros cinquenta independentes sistemas estaduais. O sistema federal é regulamentado pelas *Federal Rules of Civil Procedures* e cada um dos 50 Estados possui legislações estaduais próprias, que, muitas vezes, diferem da legislação federal.⁹²

No sistema federal norte-americano, a principal regra sobre as *class actions* está prevista na *Federal Rule of Civil Procedure 23*. De outro lado, todos os Estados, com exceção de apenas dois deles, possuem regras próprias sobre as ações coletivas. Muitos desses Estados têm comandos normativos diferentes na forma, conteúdo, escopo e efeito, em comparação com a regra federal das *class actions*.⁹³

Em suma: as ações coletivas nos Estados Unidos da América possuem uma considerável variedade de procedimentos. Muito embora haja essa enorme diversidade, todos os sistemas (o federal e os estaduais) têm regras que permitem o ajuizamento de demandas coletivas.⁹⁴

Tendo em vista essa grande variedade de procedimentos previstos nos sistema judicial dos Estados Unidos da América a respeito das *class actions*, considerando, em especial, a volumosa quantidade de legislações independentes dos Estados da federação estadunidense, o presente estudo terá sua discussão convergida para a regra federal das *class actions*, a *Federal Rule of Civil Procedure n. 23*.

A versão original da *Federal Rule of Civil Procedure 23* foi editada pelo Congresso norte-americano em 1938. As *class actions*, portanto, existem nos Estados Unidos da América há mais de setenta anos. Em 1966, a Regra 23 foi amplamente revisada, dando formato às *class actions* de hoje.⁹⁵

Uma das principais características das *class actions* norte-americanas é que elas são processos por representação, ou seja, as demandas coletivas do direito estadunidense nada mais são do que um procedimento em que uma única pessoa ou um pequeno grupo de pessoas representam em juízo um grupo maior ou uma classe de pessoas, desde que tenham entre si interesses comuns de fato ou de direito. O cabimento das *class actions*, portanto, é restrito às hipóteses de potencial litisconsórcio multitudinário, em que a reunião de um enorme grupo de pessoas em um único processo causaria

dificuldades insuperáveis no que diz respeito a jurisdição e competência.⁹⁶ Em outros termos: o cabimento das *class actions* no direito norte-americano só é admissível nas situações em que a reunião de todos os indivíduos lesados em um único processo, formando um litisconsórcio multitudinário, não é recomendável por acarretar obstáculos invencíveis com relação ao trâmite processual.

Nas próximas linhas, será traçado breve resumo histórico sobre a evolução das *class actions* no direito estadunidense e, em seguida, far-se-á uma apresentação acerca da estrutura da *Federal Rule of Civil Procedure 23*, assim como dos pré-requisitos exigidos para o ajuizamento da demanda, das categorias e hipóteses de cabimento das *class actions* e dos principais aspectos procedimentais.

4.1 Evolução histórica

A maioria da doutrina⁹⁷ relata que as *class actions* norte-americanas têm suas raízes no *bill of peace* do direito inglês do século 17, procedimento através do qual era autorizado propor uma demanda ou, até mesmo, respondê-la por meio de partes representativas (*representatives parties*) de todo o grupo.⁹⁸

Os primeiros relatos históricos da existência de ações coletivas nos Estados Unidos da América são do início do século 19, quando o direito norte-americano sofria forte influência do sistema *common law* inglês.⁹⁹ Aos poucos, o número de demandas coletivas foi diminuindo na Inglaterra, enquanto nos Estados Unidos da América aumentava em ritmo exponencial.¹⁰⁰

O jurista estadunidense Joseph Story,¹⁰¹ que integrou a *Supreme Court* entre 1811 e 1845, foi o primeiro a confeccionar estudos sobre as demandas coletivas nos Estados Unidos da América, tomando como ponto de partida a análise do caso *West v. Randall*, ocorrido no ano de 1820, presidido por ele, na qualidade de membro itinerante da Corte de Apelações.¹⁰² Esse primeiro caso se destacou não pelas suas características peculiares ou pelas decisões tomadas no processo, mas pelo fato de ter despertado em Story o interesse pelo estudo em torno das demandas coletivas.¹⁰³

O caso *West v. Randall* aconteceu em 1820, quando um morador de Massachusetts, Estado natal de Story, ingressou com uma demanda sob o argumento de que seu patrimônio havia sido dilapidado pelo demandado, um *trustee* (semelhante ao atual gestor de negócios). A demanda tramitava na Justiça federal, uma vez que não havia em *Rhode Island* um Tribunal de equidade, a quem competia o julgamento desse tipo de demanda. Story julgou a ação inepta, mas, destaque-se, em *obiter dictum*, rendeu diversas páginas de seu voto tratando das ações coletivas. Segundo o jurista estadunidense, tecnicamente, todos os residentes de *Rhode Island* teriam de ser partes no referido processo, no caso de o processo ser admitido, por lhes faltarem a jurisdição de equidade (*equity*) no local. O jurista tomou como base um dos fundamentos históricos da ação coletiva, que é a impossibilidade prática de todos os interessados serem parte de um processo.¹⁰⁴ Destacou, com base em precedentes ingleses, que a existência de interesses de outras pessoas na causa nem sempre daria ensejo ao litisconsórcio necessário, podendo ser dispensada a reunião desse número de pessoas quando houvesse a possibilidade de prejuízo ao julgamento da demanda.¹⁰⁵

Nove anos depois, em 1829, outro importante caso, *Beatty v. Kurtz*, foi submetido à *Supreme Court*, com relatoria de Story. No episódio, admitiu-se que um grupo de luteranos demandasse um herdeiro que ameaçava o grupo de lhe retirar a posse de um barraco, local em que fazia suas pregações, e de um cemitério, onde enterrava seus mortos. O julgado não apresentou qualquer dificuldade a respeito da possibilidade do litígio em grupo, tendo em vista que o próprio agrupamento decidiu quem deveria representá-lo em juízo. Ademais, não foi analisada a questão da (in)existência de interesses comuns entre os membros do grupo.¹⁰⁶

No ano de 1836, Story publicou o tratado *Commentaries on Equity Jurisprudence*, onde aprofundou seus estudos acerca das ações coletivas e demonstrou que havia adquirido grande conhecimento sobre o tema. No referido estudo, Story concentrou seus esforços no *bill of peace* dos Tribunais de equidade ingleses. De acordo com o trabalho, as *representative actions*, no primeiro momento, tinham o objetivo de prevenir a multiplicidade de litígios coletivos, buscando a economia processual. Além disso, buscavam levar a juízo litígios que, em tese, não seriam demandados isoladamente pelo baixo valor envolvido, permitindo, assim, o mais amplo acesso à Justiça.¹⁰⁷

Passados dois anos, Story publicou, em 1838, a obra *Commentaries of Equity Pleadings*,¹⁰⁸ na qual passou a estudar e a se preocupar com a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada proferida

no âmbito de um processo coletivo. Defendeu a não vinculação da decisão aos demais integrantes do grupo, ausentes do processo, uma vez que, segundo alegou, esses direitos de quem não participou do processo não poderiam ser atingidos ou afetados.

Influenciada pelos trabalhos de Story, a Suprema Corte norte-americana deu importante passo para o desenvolvimento das *class actions*, editando um conjunto de regras processuais de equidade, a *Federal Equity Rule 48*¹⁰⁹ de 1842, tida como a primeira regulamentação escrita das *class actions* norte-americanas, aplicada apenas aos procedimentos por equidade.¹¹⁰

A *Equity Rule 48* estabeleceu que um litígio envolvendo uma grande quantidade de pessoas pode ser processado por meio de representação sem a necessidade da presença individual de todos os interessados no processo. Por outro lado, a regra deixou transparente que a decisão proferida na esfera de um processo coletivo não pode prejudicar o direito daqueles que não compareceram ao processo.¹¹¹

Como se observa, a *Supreme Court* acolheu a posição restritiva adotada por Story, em sua obra *Commentaries of Equity Pleadings*, no que diz respeito à extensão subjetiva da coisa julgada às pessoas interessadas, embora ausentes do processo, não permitindo que fossem atingidas pelos efeitos da *res judicata*.¹¹²

Trata-se de posição restritiva que descaracterizava o processo coletivo, uma vez que apenas os interessados presentes estariam vinculados aos efeitos da coisa julgada, não ocorrendo, destarte, qualquer alteração substancial com relação ao instituto processual do litisconsórcio.¹¹³

Em 1853, no julgamento do caso *Smith v. Swormstedt*,¹¹⁴ a Suprema Corte norte-americana superou o óbice da parte final da *Equity Rule 48*. Na ocasião, pregadores itinerantes da Igreja Metodista criaram uma associação, com a qual colaboraram com parte do produto obtido por meio da venda de instrumentos religiosos. O resultado do fundo seria utilizado para custear a aposentadoria dos pregadores idosos e seus dependentes. A responsabilidade pelo fundo foi confiada aos administradores da cidade de Cincinnati. Com a eclosão da Guerra da Secessão, entre os anos de 1861 e 1865, houve a cisão da Igreja Metodista, e os administradores do fundo de pensão resolveram suspender a remessa de valores aos pregadores localizados ao sul do país. Em consequência, foi ajuizada uma demanda, por um representante, em benefício de todos os pregadores do sul, contra os administradores do fundo e de todos os pregadores localizados no norte do país.¹¹⁵

A *Supreme Court* considerou adequada a representação de ambos os polos da demanda, afirmando, com base nas lições de Story, que seria inviável exigir que milhares de interessados comparecessem ao processo, o que conduziria a uma verdadeira denegação da lide.¹¹⁶

Ademais, sobre esse período em que estava vigente a *Equity Rule 48*, vale fazer registro do caso *American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*,¹¹⁷ julgado no ano de 1898, em Ohio. A empresa *American Steel & Wire Co.* havia empregado o Padre Paulowski, conhecido por não aderir a movimentos grevistas. Durante o andamento de certa greve, os manifestantes impediram que o padre ingressasse na fábrica para exercer seu ofício. Tomando conhecimento do fato, a empresa propôs uma ação em face dos membros grevistas como um grupo, requerendo, todavia, apenas a citação dos líderes do movimento paredista, na qualidade de representantes da categoria (*representative parties*), e a obtenção de decisão judicial que impedisse os grevistas de barrarem a entrada do Padre Paulowski na empresa. Embora o Tribunal tenha destacado a falta de precedentes para o caso, considerou que os líderes do movimento poderiam ser citados como representantes para defender os interesses da categoria em greve. A Corte expressamente manifestou seu entendimento no sentido de que a capacidade para representar o interesse do grupo não se encontra apenas em autorizações formais e oficiais, mas, ao contrário, deveria ser regulada e decidida pela Corte, no caso concreto, observando-se as circunstâncias do caso, a fim de aferir se esses representantes poderiam defender com lealdade os interesses dos demais.¹¹⁸

Posteriormente, em 1912, a *Supreme Court* revisou amplamente as *Equity Rules*, decidindo por revogar a *Equity Rule 48*, que foi substituída pela *Equity Rule 38*.¹¹⁹ Uma das mais importantes mudanças introduzidas pela *Equity Rule 38* foi a eliminação da restrição constante da parte final da *Equity Rule 48*, que impedia a extensão subjetiva da coisa julgada aos interessados ausentes do processo judicial.¹²⁰

A supressão da restrição da *Equity Rule 48* não levou os Tribunais norte-americanos a tratar de modo uniforme a matéria. Ao contrário do que se imaginava, a divergência sobre o tema continuou a imperar nos Tribunais.

Todavia, alguns julgados foram muito importantes para a evolução da matéria, dentre os quais se destaca a decisão proferida no caso *Tribe of Ben-Hur v. Cauble*.¹²¹

A *Tribe of Ben-Hur* era uma entidade beneficente (*friendly society*) de Indiana que atravessava uma crise econômica, assim como outras sociedades semelhantes da época. Com o intuito de evitar sua falência, a entidade entendeu por cortar algumas vantagens originariamente concedidas aos seus membros. Assim, um grupo insatisfeito, composto de moradores de Kentucky, ingressou em juízo contra a entidade beneficente, questionando os cortes feitos em razão do plano de reorganização. A demanda foi proposta perante a Justiça federal sob o argumento de diversidade de jurisdição e o pedido foi julgado improcedente.

Cinco anos mais tarde, outra demanda com o mesmo objeto foi proposta à Corte estadual por um grupo de moradores de Indiana, representados por *Amelia Cauble*. A entidade beneficente, desse modo, requereu na Corte federal um provimento mandamental (*injunctive relief*) para obter a extinção do processo em curso na Justiça de Indiana, por entender que os autores dessa segunda demanda estavam vinculados à decisão de improcedência da primeira demanda proposta.

A *Supreme Court*, ao apreciar esse segundo processo, considerou a recente alteração trazida pela *Equity 38*, que eliminou a restrição quanto à extensão subjetiva da coisa julgada e entendeu que *Amelia Cauble* foi adequadamente representada no primeiro processo. Por essa razão, deveria ficar vinculada à decisão ali proferida.

Durante a década de 30, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas continuaram vacilando sobre uma justificativa clara para a ação coletiva nos Estados Unidos da América, principalmente sobre uma teoria substantiva que permitisse a representação de interesses, sem recorrer ao instituto do litisconsórcio.¹²²

No ano de 1938, foram aprovadas nos Estados Unidos da América as *Federal Rules of Civil Procedure*, o primeiro Código de Processo Civil (LGL\1973\5) na esfera federal do direito estadunidense. Por meio do referido diploma foi realizada a fusão dos sistemas do *common law* e do *equity law* no âmbito da Justiça federal norte-americana. Assim, a partir de 1938, as *class actions* puderam tutelar os direitos reconhecidos por ambos os sistemas, agora unificados, como, por exemplo, as ações indenizatórias que, tradicionalmente, não poderiam ser objeto de discussão nas Cortes de equidade.¹²³

Apenas com a edição das *Federal Rules of Procedure*, as ações coletivas com pretensão indenizatória foram permitidas pelo direito estadunidense. Antes eram admitidas tão somente ações coletivas para a defesa de direitos reconhecidos pelo sistema da *equity law* e não pelo sistema da *common law*, ou seja, apenas eram permitidas ações coletivas com pretensões injuntivas e declaratórias.¹²⁴

Portanto, as *Federal Rules of Civil Procedure* vieram a substituir as então vigentes *Equity Rules*. Na ocasião, o Comitê Consultivo para as Normas de Processo Civil Federal da Suprema Corte acolheu a proposta do Jurista James William Moore, que dividia as *class actions* em três categorias diversas, mutuamente excludentes, com hipóteses de cabimento distintas, procedimentos próprios e disciplinas diversas sobre a coisa julgada.¹²⁵

A Regra 23 do novo diploma, destinada à regulamentação das *class actions*, previu, em sua redação original, três categorias diversas de ações coletivas, quais sejam: (a) as puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas (*true*); (b) as híbridas (*hybrid*); e c) as espúrias (*spurious*). Contudo, Robert Klonoff observa que essa classificação gerou muitas dificuldades em sua aplicação prática.¹²⁶

A categoria das ações coletivas verdadeiras (*true class actions*) é o tipo de ação coletiva em que a unidade de interesses (*unity interest*) era absoluta e comum (*joint or common*) a todos os membros da classe, de modo que, se possível o ajuizamento da demanda coletiva, seria preciso formar um litisconsórcio necessário entre todos os membros interessados do grupo. Exemplo de *true class actions* foi o caso *Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, acima referido. Outro exemplo, apresentado por Klonoff,¹²⁷ são as ações propostas pelos beneficiários em face de um *trustee* (espécie de gestor de

negócios) pela quebra de confiança no esgotamento do patrimônio. Ademais, inclui-se nessa categoria de demanda coletiva a situação em que um membro da classe, que não é o detentor primário do direito, ingressa em juízo para a defesa do direito, na qualidade de representante, em razão de o detentor primário ter-se recusado a fazê-la.

As ações coletivas híbridas (*hybrid class actions*) são demandas nas quais os membros da classe têm interesses diversos relacionados a um bem jurídico, que é objeto de uma demanda.¹²⁸ Nesses casos, o direito não é único ou comum a todos os membros. São exemplos as demandas propostas por acionistas em face das empresas de seguro, cuja indenização é constituída por um fundo comum disponível e limitado para todos os acionistas.¹²⁹

Por fim, a última categoria constante da redação original da Regra 23 refere-se às ações de classe espúrias (*spurious class actions*). Nessa hipótese, coexistem interesses diversos, mas que decorrem de uma questão de fato ou de direito comum, que permitem a agregação dos direitos individuais para utilização do processo coletivo. Como exemplo, Klonoff¹³⁰ aponta a hipótese em que não há um fundo ou recurso comum sobre os quais os membros da classe podem repartir a indenização.

Nas ações de classe verdadeiras e híbridas (*true e hybrid class actions*), todos os membros das classes estão sujeitos aos efeitos da decisão. Por outro lado, na ação de classe espúria (*spurious class actions*), apenas os integrantes que tivessem optado (*opt-in*) por participar do processo seriam atingidos pelos efeitos da decisão, o que transformava a ação de classe espúria em um litisconsórcio liberal,¹³¹ na medida em que apenas as partes, em sentido formal, estariam sujeitas aos efeitos da decisão.

Segundo Gidi, essas ações eram tidas como verdadeira anomalia, podendo, até mesmo, ser consideradas uma "não *class action*" ou uma "*class action* às avessas", uma vez que, por definição, as decisões proferidas em processo coletivo produzem efeitos *erga omnes* que alcançam não apenas o representante da classe, como, também, os demais membros ausentes da classe representada em juízo. A exigência de que o integrante da classe interviesse no processo (*opt-in*) para que a decisão surtisse efeitos abrangentes, em vez de presumir a sua vontade de participar do julgamento coletivo, salvo requerimento expresso de exclusão (*opt-out*), desvirtuava as características das ações coletivas, de modo que esse tipo de demanda passou a ser chamada de "ação coletiva espúria"; "ação coletiva falsa"; ou "pseudo-ação coletiva".¹³²

A dificuldade em identificar, na prática, as categorias das *class actions*,¹³³ a falta de vinculação das decisões proferidas nas ações espúrias (*spurious class actions*) a todos os membros da classe; e a falta de exigências relacionadas à verificação da predominância das questões coletivas sobre as particulares e da superioridade e vantagens do processo coletivo sobre o individual fizeram com que a *Supreme Court* promovesse, em 1966, uma profunda modificação na *Rule 23*, na busca de estabelecer uma abordagem prática e funcional para as *class actions*.¹³⁴

Assim, pelos diversos motivos apontados, a revisão da Regra 23 substituiu¹³⁵ as *class actions spurious* pelas modernas *class actions for damages ou common question class actions*, poderoso instrumento de acesso à Justiça.¹³⁶ Ademais, inseriu importante enfoque sobre a representatividade adequada, que passou a ser o pré-requisito fundamental para justificar que os efeitos de uma decisão proferida no âmbito de uma demanda de classe atinjam todos os membros, independentemente do resultado. Em outros termos: ainda que a demanda tenha seus pedidos julgados improcedentes, a decisão surtirá efeitos sobre todos os membros da categoria, mesmo que não tenham participado do processo, consolidando, portanto, o sistema de *opt-out*.¹³⁷

Ao oposto do que acontecia com as ações de classes espúrias (*spurious class actions*), os efeitos da decisão no âmbito do processo coletivo atingem direta e obrigatoriamente todos os membros da classe representada. Então, a partir da nova redação da *Rule 23*, em todas as categorias de *class actions*, a integralidade dos membros da classe será alcançada pelos efeitos da decisão. A única exceção admitida pela nova regra é restrita à hipótese de os membros da classe exercerem o direito de não participar do julgamento coletivo, por meio de expresso requerimento (*opt-out*).

Ainda assim, ressalte-se, a possibilidade de se exercer o direito ao *opt-out* aplica-se apenas a uma das categorias das *class actions*, regrada na alínea *b* (3), na qual se exige a presença de pelo menos uma questão de fato ou de direito comum a toda classe. Nas demais categorias, o *opt-out* fica condicionado ao poder discricionário do magistrado, que pode ou não, a depender do caso, deferir o pedido de exclusão do julgamento coletivo.¹³⁸

Adiante, serão examinadas, de acordo com a atual estrutura da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, as questões mais relevantes sobre as ações de classe norte-americanas, principalmente no que diz respeito aos seus pré-requisitos, às hipóteses de cabimento e aos aspectos procedimentais mais importantes.

4.2 Sobre a estrutura da Rule 23

A *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* estabelece todos os pré-requisitos que devem estar simultaneamente presentes para que a demanda coletiva tenha seu processamento admitido (certificação ou *class certification*). Logo, é ônus do autor demonstrar, no momento da propositura da ação, a presença de todos esses requisitos.

A alínea *a* da Regra 23 exige a presença de quatro pré-requisitos para admissibilidade da demanda coletiva, quais sejam: (1) a impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*); (2) existência de questão comum de fato ou de direito (*commonality*); (3) tipicidade (*typicality*); e (4) representatividade adequada (*adequacy of representation*).

Em seguida, a *Rule 23*, em sua alínea *b*, institui os tipos e as hipóteses de cabimento das *class actions*, quais sejam: *b* (1) (A): incompatibilidade de conduta; *b* (1) (B): prejuízo aos interesses do grupo; *b* (2): conduta ilícita e uniforme do réu; e *b* (3): predominância de questões comuns e superioridade da tutela coletiva.

A alínea *c* dispõe sobre os atos procedimentais que deverão ser realizados pelo magistrado na hipótese de o processamento da *class action* ser admitido (certificação ou *class certification*). Assim, essa alínea da Regra 23 regulamenta, além da própria, (1) certificação da ação de classe (*class certification*), (2) os atos de comunicação dos membros da classe (*notice to class*); (3) os efeitos da coisa julgada (*binding effect*); (4) a condução coletiva de determinadas questões (*particular issues*); e (5) o fracionamento da *class actions* (*subclasses*).

Após a fixação dos aspectos procedimentais das *class actions*, a alínea (d) prevê os poderes do juiz¹³⁹ para o processamento da demanda coletiva, os quais, destaque-se, são muito mais superiores e intensos, quando comparados com os poderes concedidos aos magistrados para as demais causas, como decorrência do *adversary system* da *common Law*.¹⁴⁰ A alínea *e* estabelece regras sobre a transação (*settlement*), a extinção voluntária do processo (*voluntary dismissal*) e do compromisso das *class suits* (*compromise*). O item *f* trata do cabimento dos recursos (*appeals*) em face das decisões de (in) admissibilidade (certificação ou "decertificação") nas *class actions*. Já o dispositivo *g* estabelece regras relativas ao advogado da classe (*class counsel*), como, por exemplo, critérios para nomeação, deveres funcionais, designação provisória. Por fim, a alínea *h* regulamenta as questões atinentes aos honorários advocatícios e ao custo do processo (*attorney's fees and nontaxable costs*).

4.3 Pré-requisitos (prerequisites): Rule 23 a

Como visto acima, a alínea *a* da Regra 23 exige a presença de quatro pré-requisitos (*prerequisites*) para admissibilidade da demanda coletiva.

O primeiro deles – (1) a impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*) – exige que a classe seja tão numerosa que o litisconsórcio de todos os seus membros seja impraticável. O segundo dos pré-requisitos – (2) a existência de questão comum de fato ou de direito (*commonality*) – coloca a necessidade da presença de questões de fato e de direito ou de apenas de fato comuns aos membros da classe; A terceira exigência da regra – (3) a tipicidade (*typicality*) – estabelece que os pedidos ou defesas do representante do grupo devem ser típicos dos pedidos ou defesas dos membros da classe. Por último, o quarto pré-requisito – (4) a representatividade adequada (*adequacy of representation*) – ordena que os interesses do grupo devem ser adequadamente representados em juízo.¹⁴¹

Todos esses requisitos devem estar presentes, cumulativamente, para que a *class action* seja certificada.¹⁴² A simples ausência de apenas um desses requisitos fará com que a demanda tenha seu processamento negado ("decertificação"), muito embora a ação possa prosseguir na forma individual, simplesmente entre o autor e o réu.¹⁴³

4.3.1 Impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*)

Como visto, a Regra 23 a (1) exige que a classe representada seja tão numerosa que a reunião de todos os membros em litisconsórcio fique impraticável. Trata-se de regra que tem origem nas *bill of peace* do sistema judicial inglês do século 17.

No direito estadunidense, esse pré-requisito é exigido desde a criação do instituto. Com uma simples leitura das *Equity Rules* 48 e 38, dos anos de 1842 e 1912, respectivamente, e da redação original da *Rule 23*, de 1938, observa-se que a linguagem utilizada em todas essas regras é bastante semelhante, não havendo modificação substancial.¹⁴⁴

Como bem alerta Klonoff,¹⁴⁵ o pré-requisito da numerosidade ou da impraticabilidade de litisconsórcio exige apenas que a reunião de todos os membros da classe representada seja impraticável ou de extrema dificuldade, mas não impossível.

Logo, quando verificado que o litisconsórcio multitudinário de todos os membros da classe pode causar prejuízos ao julgamento da demanda, em razão da grande quantidade de documentos, de petições, de dilação probatória, etc., fica alcançado o primeiro pré-requisito da *Rule 23*. De outro modo, quando viável o litisconsórcio entre os membros da classe, desnecessária será a certificação da *class action*.

O pré-requisito da "numerosidade" tem aguda relação com o escopo das ações coletivas, que devem buscar, de um lado, a economia processual e, de outro, o mais amplo acesso à Justiça, principalmente para aquelas ações que individualmente teriam pouca ou nenhuma possibilidade de ajuizamento, pelo irrisório valor envolvido na causa.¹⁴⁶

A *Rule 23* não exige um número mínimo de interessados para o cabimento das *class actions*. A impraticabilidade do litisconsórcio deve ser examinada caso a caso.¹⁴⁷

Não há, portanto, um critério seguro a respeito do que pode ser considerada a numerosidade adequada para admissão das *class actions*. Existem demandas que podem ter o seu prosseguimento na forma coletiva deferido com menos de 20 interessados. De outro lado, outras ações têm o processamento negado, mesmo com a presença de mais de 300 interessados.

Observa Klonoff que alguns Tribunais têm sugerido que classes com 25 ou mais interessados possuem a numerosidade adequada para satisfazer as exigências da *Rule 23*. Outras, porém, afirmam que estabelecer um critério objetivo para a numerosidade de interessados exigida pela regra é inapropriado, pois outras circunstâncias devem ser examinadas, como, por exemplo, a dispersão geográfica dos membros da classe, o irrisório valor patrimonial envolvido, a natureza e a complexidade da causa.¹⁴⁸

Assim, o primeiro pré-requisito para admissão das *class actions* deve ser aferido de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto submetido a julgamento, de modo que é inapropriado estabelecer critérios objetivos, como a fixação de um número exato de interessados, para configurar o que seria a numerosidade adequada de interessados para admissão do processamento das *class actions*.

4.3.2 Existência de questões comuns de fato ou de direito (*commonality*)

O segundo dos pré-requisitos está previsto na Regra 23 a (2) e estabelece que as *class actions* não podem ter seu processamento admitido (certificação ou *class certification*), ao menos se, no caso concreto, restar demonstrada a presença de questões de fato ou de direito comuns (*commonality*) aos membros da classe representada em juízo.

A presença de questões comuns de fato ou de direito (*commonality*) é indispensável a qualquer ação coletiva, sendo o fundamento de seu cabimento. Isso porque a lei pode, simplesmente, alterar ou excluir os demais pré-requisitos (impraticabilidade do litisconsórcio, tipicidade da lide, e representatividade adequada) para o cabimento das ações coletivas, sem qualquer prejuízo ao julgamento da lide.

Observe-se que no Brasil, por exemplo, esses três outros pré-requisitos (impraticabilidade do litisconsórcio, tipicidade da lide, e representatividade adequada) não são cobrados pela legislação. Todavia, exige-se a presença de, pelo menos, questões comuns de fato ou de direito para o cabimento da demanda, pois, sem elas, a tutela coletiva seria impossível.¹⁴⁹

Todavia, a regra não exige uma identidade absoluta de questões comuns de fato ou de direito.¹⁵⁰ Em razão da "irrepetibilidade" das relações intersubjetivas, por óbvio, haverá algumas diferenças entre as situações individuais de cada membro da classe. O que a lei dispõe é que as situações individuais de cada membro da classe tenham um núcleo comum aos do grupo. Como explica Gidi, "é esse núcleo que constitui a questão comum a ser julgada na sentença coletiva".¹⁵¹

Além disso, a regra também não exige a presença simultânea dos dois tipos de questões (de fato "e" de direito). A lei utiliza o termo alternativo "ou", de modo que é suficiente a existência de questões comuns de fato ou, ao contrário, tão somente estejam presentes questões comuns de direito, não sendo necessário o aparecimento de ambos os tipos de questões, para que o pré-requisito seja atendido.¹⁵²

Por fim, vale destacar não ser necessário que a questão comum seja importante a ponto de ser decisiva para o julgamento da demanda coletiva. É suficiente que as questões sejam apenas independentes, capazes de serem identificadas e julgadas pelo juízo.¹⁵³

4.3.3 Tipicidade (typicality)

Consta da Regra 23 a (3) o pré-requisito denominado tipicidade (*typicality*), condição segundo a qual as ações ou defesas apresentadas pelas partes representativas devem ser típicas das pretensões ou das defesas da classe. Esse pré-requisito apareceu pela primeira vez em 1966, quando da revisão da *Rule 23* pela Suprema Corte. A versão do ano de 1938 da Regra 23 não continha o pré-requisito da tipicidade para as *class actions*, exigindo, apenas, a representatividade adequada.¹⁵⁴

Inicialmente, as Cortes norte-americanas tiveram grande dificuldade em interpretar e aplicar o pré-requisito da tipicidade, o que gerou grande confusão nos precedentes da época. Alguns Tribunais, por exemplo, passaram a entender que a tipicidade não tinha qualquer sentido independente, de modo que deveria ser simplesmente ignorado. Outras Cortes passaram a dizer que a tipicidade, na realidade, confundia-se com o pré-requisito da representatividade adequada. Outras afirmavam que não se confundia com o critério da representatividade adequada, mas sim com a *commonality*. Apesar de toda essa confusão, boa parte das Cortes norte-americanas passou a aplicar o entendimento no sentido de que a lei não apresenta palavras inúteis, de modo que a tipicidade (*typicality*) tem significado independente dos demais pré-requisitos da *Rule 23*.¹⁵⁵

Assim, entende-se como pré-requisito da tipicidade (*typicality*) a exigência de que os pedidos ou as defesas dos representantes sejam típicos dos pedidos ou defesas dos membros da classe. Em outros termos: a lei exige que o representante da classe seja, também, membro desse grupo, tendo sofrido a mesma ilicitude que os demais. Assim, além de o representante da classe lesada precisar ter interesses comuns de fato e de direito com os do grupo, deve, do mesmo modo, também integrá-lo, por ter sofrido o mesmo ilícito que os demais.¹⁵⁶

A norma pressupõe que o membro-representante do grupo tem melhores condições de efetuar a defesa dos interesses da classe uma vez que, igualmente, tem interesse direto no resultado do julgamento da demanda.¹⁵⁷

Por esse raciocínio, em tese, não poderiam propor as *class actions*, os sindicatos, as associações, entidades de classe etc., que, no sistema do *common law*, não tenham personalidade jurídica própria. Em razão dessa possibilidade de interpretação restritiva, no início, houve problemas em aplicar-se esse pré-requisito nos casos de ações propostas por associações sem personalidade jurídica (*unincorporated association*).¹⁵⁸

Embora o critério da tipicidade tenha surgido, expressamente, apenas em 1966, já no ano de 1922, a *Supreme Court* havia julgado o caso *United Mine Workers of America v. Coronado Coal Company*, tendo admitido que associações sem personalidade jurídica (*unincorporated association*) têm capacidade para o ajuizamento das *class actions*.

Posteriormente, a Suprema Corte, na redação da *Rule 17 b*¹⁵⁹ das *Federal Rules of Civil Procedure*, passou a admitir, em algumas situações, a capacidade e a legitimação para as associações desprovidas de personalidade jurídica ingressarem ou responderem em juízo na defesa de direitos coletivos.

Ademais, a Regra 23.2,¹⁶⁰ revisada em 2007, dá tratamento de entidade personificada às

unincorporated associations, admitindo o ajuizamento de demandas na forma de *class actions*, quando não puderem demandar ou serem demandas de acordo com a *Rule 17 b*.

4.3.4 Representatividade adequada (*adequacy of representation*)

Por fim, o último pré-requisito estabelecido pela Regra 23 a (4) exige que, antes de a *class action* ter seu processamento deferido (certificação ou *class certification*), a Corte exerça o controle judicial da representatividade adequada (*adequacy of representation*), verificando se as partes representativas e os advogados podem efetuar a mais leal e adequada defesa dos interesses da classe.

Esse pré-requisito tem base no princípio constitucional do devido processo legal,¹⁶¹ que deve sofrer, no caso das *class actions*, algumas adaptações.¹⁶² Uma vez admitida a representatividade adequada, seja ela no polo passivo ou ativo da demanda, presume-se que todos os integrantes da classe estão devidamente representados, de modo que a vontade manifestada pela parte representativa será a vontade de todos os integrantes do grupo,¹⁶³ como se fosse uma espécie de *longa manus* da classe. Por esses motivos, as ações de classe ensejam que os membros ausentes do grupo sejam alcançados pelos efeitos da decisão e da coisa julgada material, salvo se exercido o direito de exclusão (*opt-out*).

Assim, o controle judicial da representatividade adequada é necessário para fiscalizar se a parte representativa pode efetuar a mais adequada defesa dos interesses do grupo. Por essa razão, quando o controle judicial é positivo, ou seja, na hipótese de haver decisão a favor da adequação da representatividade, é comum a expressão de que os integrantes ausentes da classe tiveram "their own day in court".¹⁶⁴ Não há qualquer violação ao princípio do devido processo legal, pois mesmos os mais sagrados princípios constitucionais devem sofrer algumas adequações¹⁶⁵ em razão das transformações das sociedades contemporâneas e, conseqüentemente, do direito material.¹⁶⁶

A representatividade adequada é pré-requisito intrínseco à concepção das *class actions* modernas, como meio de defesa de direitos coletivos, próprios de uma sociedade de massa,¹⁶⁷ pois, como visto, os integrantes ausentes dos grupos serão atingidos pelos efeitos da decisão e da coisa julgada material, não podendo mais discuti-la, independentemente do resultado.

O controle judicial da representatividade adequada, que se exerce sobre as partes representativas e os advogados da classe representada, deve examinar a presença de três elementos:¹⁶⁸ (a) as partes representativas do grupo devem comprovar que têm interesse jurídico na demanda, informando por quais motivos ingressam em juízo com ação judicial na forma de *class action*; ademais, devem demonstrar o comprometimento, a disponibilidade de tempo e financeira, o conhecimento do litígio, a honestidade, a qualidade de caráter, a credibilidade etc.; (b) a Corte deve averiguar, ainda, a capacidade técnica dos advogados que patrocinam a demanda, especificamente a qualificação do profissional, especialização na área, a experiência em ações coletivas, a qualidade das peças escritas e submetidas ao Tribunal, o relacionamento com a parte, o cumprimento do dever de comunicação e esclarecimento aos membros da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para assumir a demanda de classe, a conduta ética, e a inexistência de conflito de interesses com os do grupo; e (c) o Tribunal deve conferir se há alguma espécie de conflito interno dentro da classe representada, quando, nessa hipótese, poderá dividir a classe inicialmente representada em subclasses, cada uma com seu próprio interesse em jogo.¹⁶⁹

A representatividade adequada pode ser aferida pela Corte em três momentos específicos: (a) no momento da propositura da demanda, quando o magistrado decidirá pelo prosseguimento (certificação ou *class certification*) da demanda na forma de *class action*; (b) durante o curso do processo, hipótese em que a falta de representatividade poderá ser corrigida, com o reforço ou a substituição da parte representativa;¹⁷⁰ e (c) após o trâmite da demanda coletiva, quando algum integrante ausente do grupo pode requerer a decretação da invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action*.

Nessa última hipótese, ou seja, quando a Corte verificar a falta de representatividade adequada após o julgamento da demanda, não ocorrerá a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada material aos demais integrantes ausentes do grupo. Uma nova ação terá de ser proposta por ou contra esses integrantes ausentes, muito embora a decisão proferida nessa nova ação, provavelmente, venha a ter resultado idêntico ao da primeira demanda, por força da eficácia normativa dos precedentes no sistema do *common Law*.¹⁷¹

Por último, impende destacar que a parte representativa não depende de qualquer autorização dos demais membros do grupo para ajuizar demanda na forma coletiva, ficando subordinado, apenas, ao controle judicial no que diz respeito à adequação da representatividade.¹⁷²

4.4 Categorias e hipóteses de cabimento das class actions (types of class actions): Rule 23 b

Para que uma demanda seja admitida como *class action* é preciso que estejam presentes todos os quatro pré-requisitos estabelecidos na alínea *a* da Regra 23 e, além disso, que o litígio amolde-se em uma dessas hipóteses previstas na *Rule 23 b*.

A Regra 23 *b* das *Federal Rules* de 1966 estabelece quatro hipóteses de cabimento, sendo três delas de caráter obrigatório (*mandatory*) e uma não obrigatória (*not mandatory*).¹⁷³ Como explica Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, essas hipóteses de cabimento permitem identificar as categorias das *class actions*, considerando-se divisões e subdivisões da *Rule 23 b*.¹⁷⁴

As categorias e as hipóteses de cabimento estão previstas em quatro subdivisões da Regra 23, quais sejam: *b* (1) (A) incompatibilidade de conduta; *b* (1) (B) prejuízo aos interesses do grupo; *b* (2) conduta ilícita e uniforme do réu; e *b* (3) predominância de questões comuns e superioridade da tutela coletiva.

A doutrina norte-americana, com base nessas hipóteses de cabimento, classifica as *class actions* em dois tipos: (a) *injunctions class actions*, previstas nas subdivisões *b* (1) e *b* (2) da *Rule 23*, são demandas relativas a direitos civis (*civil rights*) ou que têm pretensões de condenação da parte ré em obrigações de fazer ou não fazer; e (b) *class actions for damages* ou *common question class actions*, previstas na alínea *b* (3), são demandas que buscam medidas ressarcitórias de um dano sofrido.¹⁷⁵

Vale advertir que uma demanda proposta não precisa amoldar-se exatamente em apenas uma dessas regras. É possível que uma ação enquadre-se em mais de uma hipótese de cabimento e, por consequência, em mais de uma categoria de *class action*. Todavia, nessas situações, o Tribunal deve certificar a demanda como coletiva, enquadrando-a em apenas uma das hipóteses previstas na *Rule 23 b* e escolhendo aquela categoria que melhor sirva para classificar a ação, uma vez que nem sempre a sistemática das ações de classe é comum e uniforme, razão pela qual a identificação exata de uma *class actions* torna-se tarefa de difícil execução.¹⁷⁶

A subdivisão *b* (1) da *Rule 23* dispõe que uma ação pode prosseguir como ação de classe quando o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe puder causar o risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleçam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; ou (B) julgamentos relativos aos membros individuais da classe que, por motivos de ordem prática, prejudiquem os interesses de outros membros que não fizeram parte do julgamento ou que impeçam ou prejudiquem, substancialmente, a defesa de seus interesses.

Já a subdivisão *b* (2) da Regra 23 estabelece que uma demanda pode ser certificada como coletiva quando a parte que se opõe à classe agir ou recusar-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, dessa forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo.

Como se observa, as alíneas *b* (1) (A) e (B) e, também, a subdivisão *b* (2) tratam de categorias de demandas obrigatórias (*mandatory*), que buscam a defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito (para usar a nomenclatura do direito brasileiro). O foco do presente trabalho não é estudar essas ações, mas é preciso deixar claro que tais demandas são obrigatórias porque se não forem ajuizadas todo o grupo será prejudicado por decorrência lógica da natureza do litígio.¹⁷⁷

Por fim, a subdivisão *b* (3) da *Rule 23* determina que uma ação pode ser admitida como *class action* quando o juiz entender que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetem apenas membros individuais, e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. As questões pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas em determinado Tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe. Página 19

Essa última subdivisão regulamenta as ações não obrigatórias (*not mandatory*) que buscam a defesa de direitos individuais homogêneos. Tais demandas são tidas como não obrigatórias em razão da possibilidade de o membro da classe apresentar o requerimento de autoexclusão (*opt-out*) do processo, como forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão e da coisa julgada. Essa demanda, observa Ada Pellegrini Grinover, corresponde "à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofrido".¹⁷⁸

Em 1966, quando a *Supreme Court* promoveu profunda modificação na *Rule 23*, na busca de estabelecer uma abordagem prática e funcional para as ações coletivas, as *class actions for damages* ou *common question class actions* substituíram¹⁷⁹ as antigas *class actions spurious*.¹⁸⁰ Assim, ao contrário do que acontecia com as ações de classes espúrias, os efeitos da decisão no âmbito do processo coletivo atingem direta e obrigatoriamente todos os membros da classe representada. A única exceção admitida pela nova regra é restrita à hipótese de os membros da classe exercerem o direito de não participar do julgamento coletivo, por meio de expresse requerimento (*opt-out*).

As *class actions for damages* devem obedecer a dois requisitos principais, previstos na redação da subdivisão *b* (3): (a) a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; e (b) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de Justiça e eficácia da sentença.

O objetivo do texto normativo é atender ao princípio do acesso à Justiça, o qual, no direito estadunidense, tem dois sentidos maiores: permitir o ajuizamento de ações que isoladamente não seriam demandadas, pelo pequeno valor envolvido no litígio e, também, alcançar a economia processual, reduzindo a utilização da máquina judiciária e, conseqüentemente, os custos e o tempo de julgamento da demanda e assegurando, ao final, a uniformização da jurisprudência.¹⁸¹

Para o presente estudo, são essas demandas que devem ser consideradas, pois por meio delas os litígios de massa podem ser resolvidos de forma coletiva sem a necessidade de ajuizamento de diversas ações individuais sobre o mesmo assunto. Essas ações são, portanto, importante técnica de processamento e de julgamento de demandas repetitivas.

4.5 Aspectos procedimentais relevantes: Rule 23 c

Como destacado anteriormente, a alínea *c* da Regra 23 dispõe sobre os atos procedimentais que deverão ser realizados pelo magistrado na hipótese de o processamento da *class action* ser admitido (certificação ou *class certification*). Assim, esse item da Regra 23 regulamenta, além da própria (1) certificação, (2) os atos de comunicação dos membros da classe (*notice to class*) e (3) os efeitos da coisa julgada (*binding effect*).

4.5.1 Certificação (class certification)

No Brasil, as ações coletivas e individuais são duas esferas incomunicáveis. Assim, se uma ação coletiva é proposta em alguma situação não permitida por lei, o processo simplesmente deve ser extinto sem resolução do mérito. Não cabe ao juiz nem às partes transformar a ação coletiva em individual, porque, muitas vezes, o autor da ação coletiva não possui pretensão própria contra o demandado. A recíproca também é verdadeira, não sendo aceitável que o magistrado transforme uma ação individual em coletiva.¹⁸² No direito brasileiro, no momento da propositura, a demanda já é identificada como ação coletiva ou individual, não havendo a fase de certificação (*class certification*).

Diferentemente, no direito estadunidense, uma demanda não é proposta já como *class action*, ou seja, na forma coletiva. O procedimento tem duas fases distintas: (a) a propositura da demanda; e (b) a certificação (*class certification*).¹⁸³

A Regra 23 *c* prevê uma fase de certificação, na qual a Corte verifica a presença de algumas condições estabelecidas e profere decisão interlocutória atestando ou não o perfil coletivo de uma demanda.

A jurisprudência norte-americana estabelece sete condições para que uma demanda seja certificada como *class action*. São elas: (a) deve haver uma classe identificável (*class definition*); (b) a parte representativa deve ser integrante atual da classe; (c) deve haver a impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*); (d) as questões de fato e de direito devem ser

comuns aos membros do grupo (*commonality*); (e) as pretensões apresentadas em juízo devem ser típicas da classe (*typicality*); (f) a representatividade da classe deve ser adequada (*adequacy of representation*); e (g) o litígio deve amoldar-se em uma das hipóteses previstas a *Rule 23 (b)*.¹⁸⁴

A decisão que reconhece a feição da demanda como coletiva é chamada de certificação (*class certification*). Por outro lado, a decisão que indefere o requerimento ou que revoga a certificação já deferida é denominada de *decertification*, traduzida para o português como "decertificação".¹⁸⁵

No caso de o magistrado rejeitar o requerimento de certificação (*decertification*), apenas o perfil coletivo da ação fica prejudicado, e a demanda deve prosseguir como uma ação individual entre o autor e o réu apenas, não atingindo os demais integrantes da classe,¹⁸⁶ ou seja, sem a possibilidade de extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada material para os membros ausentes.

De outro modo, se a decisão for pela certificação da ação na forma coletiva, a *Rule 23 c (1) (b)* determina que o magistrado deverá definir a classe (*class definition*) e delimitar suas pretensões, questões ou defesas, assim como indicar o advogado da classe (*appointing class counsel*), segundo o disposto na Regra 23 g.

Destaque-se que o juiz, em caso de dúvida sobre o caráter coletivo da ação, pode designar audiência (*preliminary hearing*) para escutar as partes e coletar provas para seu convencimento.¹⁸⁷

Normalmente, a ação já é proposta pela parte representativa em seu nome e em nome de todos os demais integrantes do grupo. Na maioria das vezes, no momento da propositura da demanda, já há o objetivo de que a ação seja certificada como coletiva. Todavia, nem sempre é assim. Uma demanda pode ser proposta exclusivamente em caráter individual e, no decorrer do trâmite processual, qualquer das partes pode apresentar o requerimento de certificação (*motion for certification*) para que a ação seja recebida na forma de *class action*.¹⁸⁸

A *Rule 23 c (1) (A)* não estabelece em que momento o magistrado deve decidir a respeito do requerimento de certificação. Determina, tão somente, que o magistrado o aprecie na primeira oportunidade após o conhecimento do ajuizamento da demanda ou da formulação do requerimento, uma vez que, assim fazendo, o processo terá maior publicidade, possibilitando intervenções, maior dilação probatória etc.

A decisão tem natureza interlocutória e, nos termos da Regra 23 c (1) (C), pode ser alterada ou revogada a qualquer momento, desde que seja até o julgamento da demanda. Ademais, o magistrado tem certa discricionariedade tanto para certificar a demanda como, também, para delimitar a classe (*class definition*) e suas pretensões.¹⁸⁹

Inicialmente, não era cabível recurso em face da decisão de certificação ou "decertificação" da *class action*. Em 1998, a *Rule 23 f* foi revisada para admitir a recorribilidade imediata da decisão, o que significa verdadeira exceção do direito estadunidense, uma vez que a regra geral não admite recurso imediato em face de decisões interlocutórias.

4.5.2 Atos de comunicação dos membros da classe (notice to class)

A Regra 23 c (2) determina que seja dada a mais ampla publicidade possível para a propositura e a certificação de uma *class action*. A jurisprudência norte-americana mais atual entende que todos os membros da classe representada, que possam ser identificados e encontrados com esforço razoável, devem ser notificados individual e pessoalmente, a fim de que tenham ciência da tramitação da ação coletiva que envolve seus interesses.¹⁹⁰

O objetivo do preceito normativo é possibilitar aos membros da classe adequada informação acerca da demanda certificada em juízo como *class action*, para que, sopesando os riscos, possam tomar a melhor decisão para a defesa de seus interesses, com a possibilidade de aceitar a representatividade do autor da demanda (*opt-in*) ou de requerer sua autoexclusão da lide (*opt-out*). Ademais, os membros ausentes da lide contribuem com o julgamento da demanda, atuando como fiscais e auxiliando o juízo com informações e provas, se necessário.

Embora a literalidade do texto normativo aparentemente faça acreditar que o dever de notificação apenas aplica-se às *class actions for damages*, previstas na Regra 23 b (3), os Tribunais norte-americanos estendem esse dever às demais hipóteses de cabimento das *class actions*, previstas em b (1) e b (2).¹⁹¹

No direito brasileiro, há apenas uma exigência nesse sentido, prevista no art. 94 do CDC (LGL1990\40), de acordo com o qual, "proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor".

Todavia, esse dispositivo é simplesmente ignorado, não havendo, no Brasil, qualquer publicidade acerca das ações coletivas em tramitação. Ainda mais porque, no direito nacional, a regra é que os efeitos da coisa julgada material em ações coletivas de defesa de direitos individuais homogêneos apenas alcancem os integrantes da classe quando a decisão for favorável. Assim, não há qualquer interesse desses membros em ingressarem no processo como assistentes litisconsorciais da parte autora.¹⁹²

Nos termos da *Rule 23 c (2) (B)*, a responsabilidade pelo envio da notificação é do Tribunal. Entretanto, essa função é, normalmente, delegada aos advogados dos grupos que devem confeccioná-la e submetê-la ao exame do juízo. A notificação da classe deve ser emitida logo após a certificação da demanda, proporcionando maior auxílio e fiscalização por parte dos membros da classe.

Após a efetiva notificação, o integrante da classe pode assumir as seguintes condutas: (a) requerer sua autoexclusão da lide (*opt-out*), dentro do prazo estabelecido, a fim de não ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada material; (b) manter-se inerte e assumir os efeitos de decisão favorável ou desfavorável e da coisa julgada material (*opt-in*); ou (c) intervir no processo por meio de seu advogado, desde que não tenha formulado o pedido de exclusão.¹⁹³

4.5.3 Coisa julgada (binding effect)

Uma das principais características das *class actions* norte-americanas é que elas são processos por representação. Em outros termos: as demandas coletivas do direito estadunidense nada mais são do que um procedimento em que uma única pessoa ou um pequeno grupo de pessoas representam em juízo um grupo maior ou uma classe de pessoas, desde que tenham entre si interesses comuns de fato ou de direito.¹⁹⁴ As ações de classe norte-americanas são demandas representativas em que a parte autora defende direitos próprios e, ao mesmo tempo, o de todos os demais membros da classe.¹⁹⁵

Portanto, uma vez admitida a representatividade adequada, seja ela no polo passivo ou ativo da demanda, presume-se que todos os integrantes da classe estão devidamente representados. A vontade manifestada pela parte representativa será a vontade de todos os integrantes do grupo,¹⁹⁶ como se fosse uma espécie de *longa manus* da classe. Por esses motivos, as ações de classe ensejam que os membros ausentes do grupo sejam alcançados pelos efeitos da decisão e da coisa julgada material, independentemente do resultado do julgamento ou da suficiência do material probatório, salvo se exercido o direito de autoexclusão (*opt-out*).

Verificada a adequação da representatividade, a coisa julgada no sistema norte-americano atinge todos os integrantes da classe, independentemente do resultado, não havendo que se falar em coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*.¹⁹⁷

A julgar pela procedência ou pela improcedência dos pedidos formulados, a decisão estará revestida pelo manto da coisa julgada material, atingindo todos os membros do grupo, com exceção daqueles que, após a efetiva notificação, apresentarem requerimento de autoexclusão da lide (*opt-out*), dentro do prazo estabelecido, a fim de não serem alcançados pelos efeitos da *res judicata*.¹⁹⁸ Aqueles que se mantiveram inertes (*opt-in*), sem formulação do requerimento de autoexclusão, assumem os efeitos da decisão independentemente do resultado, se favorável ou desfavorável.

Trata-se de regra exatamente oposta àquela existente no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, neste último, as decisões proferidas nas ações coletivas propostas para a defesa de direitos individuais homogêneos apenas produzirão efeitos *erga omnes* se a decisão for favorável aos interesses do grupo.¹⁹⁹

Por fim, quanto aos efeitos da coisa julgada nas *class actions*, cabe uma ressalva: a possibilidade de se exercer o direito de *opt-out* aplica-se apenas às *class actions for damages*, regradas na alínea b (3), na qual se defendem, coletivamente, direitos individuais divisíveis. Nessa situação, a vinculação à decisão não é absoluta, pois depende da efetiva notificação dos membros da classe (*pagina 20*

class) e do não exercício do direito de autoexclusão dentro do prazo estabelecido (*opt-in*).²⁰⁰

Em contrapartida, nas ações referentes a interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), a vinculação dos membros da classe é, em tese, absoluta, não sendo admitido, a princípio, o requerimento de autoexclusão (*opt-out*), por completa incompatibilidade com o direito material defendido na demanda coletiva, que é indivisível. Todavia, a jurisprudência norte-americana admite, mesmo nessas ações, que o juiz, por meio de seu poder discricionário, defira ou não, a depender do caso, o pedido de autoexclusão do julgamento coletivo (*opt-out*).²⁰¹ A diferença aqui é que não se trata de um direito de autoexclusão do julgamento coletivo, mas sim de subordinação ao poder discricionário do juiz, que observando a oportunidade e a conveniência que o caso requer pode acatar ou não o pedido de autoexclusão.

5. Itália

Ao contrário do que aconteceu com a Inglaterra e com os Estados Unidos da América, na Itália, país que adota o sistema do *civil law* (assim como o Brasil), o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva é bastante recente.²⁰² Isso porque, apenas na década de 70, um grupo de professores italianos passou a estudar com mais vigor as *class actions* norte-americanas, publicando estudos acadêmicos sobre o tema.

Os trabalhos de maior destaque foram os escritos por Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti e Nicolò Trocker, que despertaram, no país peninsular, a preocupação com o conceito e a necessidade de defesa dos direitos coletivos, inaugurando, assim, no âmbito doutrinário, um debate a respeito da tutela jurisdicional coletiva.²⁰³

Esse movimento acadêmico italiano foi calorosamente recebido no Brasil por importantes juristas, que, pouco tempo depois, publicaram artigos importantes sobre a tutela jurisdicional coletiva, contribuindo para a introdução das ações coletivas no direito positivo brasileiro.²⁰⁴

Embora as *class actions* tenham-se desenvolvido nos Estados Unidos da América, a processualística brasileira, historicamente influenciada pelos italianos, passou a estudar indiretamente as ações coletivas norte-americanas, mediante a observação dos trabalhos desenvolvidos na Itália a respeito do tema.

Portanto, as ações coletivas brasileiras, em certa medida, derivam das *class actions* norte-americanas, uma vez que o desenvolvimento intelectual e legislativo do direito processual civil coletivo brasileiro, em um primeiro momento, sofreu influência direta dos processualistas italianos, que estudaram e produziram trabalhos acerca das ações coletivas estadunidenses.²⁰⁵ Daí a importância de se estudarem as ações coletivas na Itália, considerando a forte influência exercida no direito processual brasileiro, na década de 70.

5.1 Evolução histórica

Na Itália, desde a primeira metade do século 20 já haviam sido publicadas obras pioneiras, importantíssimas e com ideias vanguardistas sobre as ações coletivas. Em 1911, Emilio Bonaudi publicou a monografia *La tutela degli interessi collettivi*,²⁰⁶ um trabalho denso de direito comparado que trata do tema na França e na Bélgica, dando uma dimensão geral do problema e voltando-se essencialmente ao estudo do assunto no setor da Justiça administrativa.²⁰⁷

Um ano depois, em 1912, Ugo Ferrone, em seu livro *Il processo civile moderno – Fondamento progresso e avvenire*,²⁰⁸ na parte dedicada às ações de interesses gerais e à tutela de interesses coletivos, afirma que essas ações deveriam ser ajuizadas não apenas diretamente pelo indivíduo, mas também por uma entidade constituída. Ferrone ressaltou, todavia, que a legislação da época na Itália não permitia que um indivíduo pudesse ingressar em juízo para a defesa de direitos coletivos. Assim, com uma visão vanguardista, sugeriu a alteração da legislação, em razão da necessária tutela jurisdicional coletiva.²⁰⁹

Todavia, em que pese já houvesse algumas obras publicadas sobre ações coletivas na primeira metade do século 20, apenas na década de 70 o tema ganhou força e desenvolvimento na Itália.

Em 1973, a discussão acerca da tutela jurisdicional coletiva foi impulsionada em virtude da decisão proferida pelo Conselho de Estado, que reconheceu a legitimação da *Italia Nostra*, associação ambientalista, para impugnar um ato da província de Trento, que havia autorizado a construção de

uma autoestrada nos arredores do lago de *Tovel*.²¹⁰ Essa decisão foi contrária à jurisprudência da época, a qual negava a possibilidade de defesa de interesses que não fossem individuais. Trata-se, portanto, de importante precedente, por ter conferido tratamento mais abrangente em relação aos direitos coletivos na Itália.²¹¹

Essa decisão do Conselho de Estado instaurou verdadeira inquietação nos juristas italianos a respeito do tema, fazendo com que fossem realizados o Congresso de *Pavia*, em 1974, que contou, inclusive, com a participação da associação ambientalista *Italia Nostra*,²¹² e o Congresso de Salerno, em 1975.

Como resultado dessas conferências, a Universidade de Pavia publicou, em 1976, uma compilação de artigos científicos denominada "Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio",²¹³ com a participação de, por exemplo, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani e Vittorio Denti.

Da referida coletânea, destaca-se a obra de Mauro Cappelletti, que escreveu o artigo intitulado *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, no qual o professor italiano destacou a necessidade de adequar o direito processual às exigências dos direitos coletivos, ante a realidade contemporânea e o surgimento da necessidade de tutelar os interesses metaindividuais e indivisíveis.

Isso porque, no final do século 20, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, novos problemas e preocupações decorrentes do grande desenvolvimento da sociedade e das mudanças das comunidades internacionais fizeram com que fosse buscada uma nova dimensão dos direitos fundamentais, fundada no princípio da fraternidade (solidariedade). A sociedade de massa, o crescente desenvolvimento científico-tecnológico e os questionamentos acerca da utilização das reservas naturais pelo homem, bem como a fragilidade dos consumidores perante as empresas que vorazmente dominavam o mercado, fizeram com que surgisse a necessidade de tutelar esses interesses metaindividuais e indivisíveis, classificados como direitos difusos.²¹⁴ A evolução da sociedade de massa fez surgir a necessidade de tutelar os interesses metaindividuais e indivisíveis, classificados como direitos difusos e tidos como direitos humanos de terceira dimensão.²¹⁵

Dessa forma, Cappelletti, considerando as novas situações de direito material, que deram origem à explosão da litigiosidade em massa a partir do último quartel do século 20, identificou a relação existente entre o direito material e o direito processual e sugeriu a necessidade de adequar o direito processual às exigências dos direitos coletivos.

Nessa pisada, em 1978, Cappelletti e Bryant Garth publicaram a famosa obra *Access to Justice*²¹⁶ (Acesso à Justiça), apontando a existência de algumas dificuldades a serem superadas para que o processo possa alcançar, com eficácia, seus três escopos.²¹⁷

De acordo com os autores, o primeiro obstáculo, (a) o econômico, diz respeito ao alto custo financeiro que as partes precisam superar para ingressarem em juízo, o que impede o efetivo acesso à Justiça. Outras dificuldades, (b) a organizativa e a processual, estão ligadas aos direitos difusos e coletivos, os quais, por pertencerem a toda sociedade ou, pelo menos, a grupos de pessoas, precisam de um tratamento legal específico que possibilite, adequadamente, técnicas processuais para a defesa desses direitos coletivos.²¹⁸

Os direitos difusos não são eficazmente tutelados por meio de um processo pensado para simples conflitos bilaterais. A coletividade é tão numerosa que resulta impraticável o ingresso de todos os interessados em juízo.²¹⁹

As propostas práticas apresentadas pelos referidos autores para superar os problemas de acesso à Justiça deram origem ao movimento denominado "ondas renovatórias de acesso à Justiça".²²⁰

A segunda das ondas renovatórias, denominada de "representação dos direitos difusos", reconhece a necessidade de adequar o direito processual às exigências dos direitos coletivos, uma vez que o processo civil clássico mostra-se inadequado para a tutela dos direitos difusos. O processo judicial tradicional apenas envolve duas partes com o objetivo de solucionar uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses.²²¹

Destarte, a segunda onda renovatória apresentou as seguintes ideias para superação dos problemas: (a) transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a citação, visto que nem

todos os titulares do direito difuso podem comparecer ao processo; (b) a necessidade de haver um representante adequado dos titulares do direito, para agir em benefício de toda a coletividade, ainda que os demais interessados não sejam citados individualmente; (c) a decisão deve alcançar todos os membros do grupo, mesmo que não tenham participado do processo.²²²

Para os autores, "a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos 'direitos públicos' relativos a interesses difusos".²²³

A terceira onda renovatória alcunhada de "novo enfoque de acesso à Justiça" repete a necessidade de adaptação do processo civil ao tipo de litígio.²²⁴

Por fim, ainda no ano de 1979, Vincenzo Vigoriti publicou a obra denominada *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, tida como um dos mais completos e densos estudos sobre os interesses coletivos no mundo.²²⁵ Na obra, Vigoriti tenta: (a) definir o conceito de interesses coletivos; (b) distinguir o tipo e a natureza (se público ou privado) dos interesses; (c) diferenciar os conceitos de interesses coletivos e difusos; (d) delimitar a titularidade do objeto da demanda; e (e) readequar os tradicionais critérios para fixação da legitimação para agir. Ao final, Vigoriti faz um estudo comparativo com as *class actions* norte-americanas e conclui que essas ações são, sem dúvida, o mais avançado método no que diz respeito à tutela dos direitos coletivos. Entretanto, o autor não esconde a dúvida em saber se a experiência das *class actions* norte-americanas poderia ser utilizada irrestritamente na Itália, apontando, em suas conclusões, no sentido de que a Regra 23 do direito processual estadunidense deveria sofrer algumas adaptações ao sistema judicial italiano.²²⁶

5.2 Ações coletivas na atualidade italiana

O Código Civil (LGL\2002\400) italiano, que é do ano de 1942, admite a tutela inibitória contra concorrência desleal, nos termos dos arts. 2.599 e 2.600.²²⁷ O primeiro dos dispositivos legais regulamenta a ação inibitória e de remoção do ilícito, e o segundo dispõe a respeito da ação ressarcitória e da publicação da sentença.²²⁸ Todavia, Michele Taruffo observa que essa é uma regra isolada de pouquíssima aplicação prática e não deve ser considerada para o estudo da tutela jurisdicional coletiva.²²⁹

O art. 28 da Lei 300/1970, que instituiu o Estatuto do Trabalhador (*Statuto dei Lavoratori*) na Itália, é tido como o primeiro texto normativo sobre a tutela de direitos coletivos do direito positivo italiano.²³⁰ De acordo com essa regra, a organização sindical pode ingressar em juízo com uma demanda para fazer cessar condutas antissindicais e remover seus efeitos, na defesa do exercício do direito de liberdade sindical e do direito de greve.²³¹ Todavia, essa hipótese é bem restrita, referindo-se apenas a direitos sindicais e dos trabalhadores, motivo pelo qual não se pode dizer que, na época da edição do Estatuto do Trabalhador, havia na Itália uma verdadeira tutela jurisdicional coletiva.

Em 1986, o art. 18 da Lei 349/1986 veio estabelecer a possibilidade de as associações de defesa do meio ambiente intervirem em processos que envolvessem questões relacionadas à indenização por danos ambientais. Previu, também, a legitimação das associações para recorrerem de decisões proferidas em sede de jurisdição administrativa. Para isso, as associações ambientais devem ter caráter nacional ou base em, no mínimo, cinco regiões. Além disso, é obrigatório o registro no cadastro do Ministério Público do Meio Ambiente, o órgão responsável pela fiscalização da finalidade programática das entidades.²³²

No mês de julho de 1998, foi editada a Lei 281, que disciplina os direitos dos consumidores de produtos e serviços. De acordo com a redação do art. 1.º da referida lei, a tutela coletiva em sede nacional e local será efetuada na forma coletiva e associativa. Porém, para que as associações tenham legitimação, o art. 5.º da lei relacionou uma cadeia de requisitos, dificultando, mas controlando, o amplo acesso à Justiça das associações para a tutela de interesses coletivos. Um dos requisitos mais importantes e que merece destaque diz respeito ao registro das associações de defesa dos consumidores no cadastro do Ministério da Indústria. Sem o devido registro, as associações não poderão ingressar em juízo para a defesa de uma posição jurídica de direito material coletivo.

De outro lado, as associações que obtiverem o registro poderão, conforme determina o art. 3.º da Lei 281/1998, requerer ao juízo provimentos jurisdicionais para: (a) inibir atos e comportamentos lesivos

aos interesses dos consumidores; (b) adotar medidas idôneas a corrigir ou eliminar os efeitos danosos da violação verificada; (c) que ordene a publicação da decisão em um ou mais de um órgão de difusão, nacional ou local, se, no caso, a publicidade do pronunciamento judicial puder contribuir para corrigir ou eliminar os efeitos da violação realizada.²³³

Entretanto, antes de ingressarem em juízo pleiteando provimentos jurisdicionais, as associações podem apresentar requerimento de abertura de procedimento conciliatório perante a Câmara de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura.²³⁴

Com relação à defesa do consumidor na Itália, destaque-se, ainda, que a ação apenas pode ser proposta após o prazo de quinze dias contados a partir da data em que a associação tiver requerido a cessação dos efeitos do ato ilícito ao responsável por ele, mediante notificação com aviso de recebimento. Em termos processuais, vale dizer, a associação apenas terá interesse de agir se, antes de propor a demanda, enviar notificação com aviso de recebimento ao responsável pelo dano causado aos consumidores, requerendo a cessão dos efeitos do ilícito.

Observa-se, portanto, que a tutela jurisdicional coletiva na Itália, até 2008, tinha forte caráter inibitório, com o objetivo maior de tentar impedir a concretude do ato ilícito. Por essa razão, não havia nenhuma disposição regulamentando explicitamente os efeitos da coisa julgada.²³⁵

Michele Taruffo, embora reconhecesse a importância e a necessidade da tutela inibitória, criticava fortemente a resistência à previsão normativa de uma ação coletiva ressarcitória. De acordo com o autor, a tutela inibitória apenas previne o dano, ou seja, faz cessar o ilícito. Todavia, embora alerte que a tutela inibitória seja medida importante e que não pode ser menosprezada, afirma não ser medida satisfatória, uma vez que, em muitas situações, os *mass torts* são efeitos de comportamentos que não podem ser evitados na via preventiva.²³⁶

Desse modo, muito embora a Itália tenha saído na frente, em relação ao Brasil, nos estudos da tutela jurisdicional coletiva, somente em dezembro de 2007 foi introduzido o art. 140-bis ao Código do Consumidor italiano, acolhendo as lições de Taruffo e permitindo a tutela jurisdicional coletiva ressarcitória.

O novo dispositivo legal restringe a tutela jurisdicional coletiva ressarcitória às hipóteses expressamente tipificadas no código, quais sejam: (a) os direitos contratuais de uma pluralidade de consumidores e usuários que versem sobre uma mesma empresa em situação idêntica, incluindo os direitos relativos aos contratos de acordo com os arts. 1.341 e 1.342 do Código Civil (LGL\2002\400); (b) os direitos idênticos relativos ao consumidor final de determinado produto em relação ao seu produtor, ainda que prescindida de uma relação contratual direta; e (c) os direitos idênticos de ressarcimento de prejuízos decorrentes para os consumidores e usuários de práticas desleais de comércio ou de comportamento anticoncorrencial.

Destarte, o novo art. 140-bis, embora tenha inaugurado a tutela jurisdicional ressarcitória coletiva, restringiu sua utilização ao prever apenas algumas hipóteses tipificadas no Código como autorizadoras do ajuizamento da demanda.

Proposta a demanda, o magistrado fará o juízo de admissibilidade da demanda coletiva. Não havendo óbices ao processamento da ação, o juiz deve fixar o prazo, não superior a 120 dias, a fim de que os interessados individuais possam optar por aderir ou não ao processo coletivo (*opt-in*), conforme determina o teor do inciso 9. b do novel art. 140-bis.

A nova disciplina não acolheu o sistema de autoexclusão previsto no sistema das *class actions* norte-americanas (*opt-out*), preferindo manter a regra geral dos ordenamentos jurídicos que seguem o sistema do *civil law*. Assim, para que o interessado possa participar do julgamento coletivo, deve, expressamente, apresentar seu requerimento nesse sentido (*opt-in*). Se não o apresentar, não haverá qualquer prejuízo ao interessado ausente em caso de decisão desfavorável, não ficando sujeito aos efeitos da decisão e da coisa julgada material.

De outro lado, caso o interessado apresente o requerimento de participação no processo (*opt-in*), este ficará sujeito aos efeitos da decisão e da coisa julgada, pois, segundo o inc. 3 do art. 140-bis do Código, o interessado optante por participar do processo renuncia ao direito de ingressar com uma demanda individual de ressarcimento. Portanto, a sentença proferida faz coisa julgada e alcança tão somente os que resolveram aderir ao processo (*opt-in*). Ficam de fora do alcance da decisão ~~iguais~~

que não optaram por participar do processo (*opt-out*), consoante o disposto no inc. 14 do art. 140-bis.

Em resumo, com a verificação de uma das hipóteses previstas no inc. 2 do art. 140-bis do Código do Consumidor, o autor pode propor a demanda coletiva. Após o recebimento dos autos, o magistrado fará o juízo de admissibilidade da demanda e, na hipótese de ser positivo, fixará o prazo não superior a 120 dias, a fim de que os demais indivíduos interessados possam optar por aderir ao processo coletivo formalmente (*opt-in*), sujeitando-se aos efeitos da decisão e da coisa julgada material, independentemente do resultado. Interessados que não optarem por aderir ao processo ou aqueles que ficaram inertes não serão abarcados pelos efeitos da decisão, podendo ajuizar, concomitante ou posteriormente, demanda individual com a mesma finalidade ressarcitória.

6. A influência das ações coletivas estrangeiras no direito processual civil coletivo brasileiro: notas conclusivas

Os estudos científicos dos professores italianos sobre as *class actions* serviram para despertar nos juristas brasileiros a necessidade de fortalecimento e de sistematização da tutela jurisdicional coletiva no Brasil. Os primeiros trabalhos científicos publicados em terras brasileiras sobre as ações coletivas foram de autoria de José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., e Ada Pellegrini Grinover. Esses trabalhos deram início ao debate acerca da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, discutindo, em especial, a questão da titularidade da ação coletiva, com propostas teóricas que superaram os óbices rígidos da legitimação para agir prevista no art. 6.º do CPC (LGL\1973\5).

Influenciado pelos estudos produzidos na década de 70 pelos processualistas brasileiros e italianos, somados ao processo de redemocratização do país na década de 80, o Brasil criou condições favoráveis à aprovação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40).

O Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) inspirou-se fortemente nas *class actions for damages* do direito estadunidense para introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos. A exigência da prevalência de questões comuns sobre as individuais, prevista na *Rule 23 b (3)* como condição para o ajuizamento das *class actions for damages*, também é, no Brasil, condição para ajuizar demandas para a defesa coletiva de direitos individuais, uma vez que esses direitos devem ser *homogêneos* para que a ação possa ser admitida. Como explica Ada Pellegrini Grinover, "prevalendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais são heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível".²³⁷

Daí a razão pela qual a *class actions for damages* é muito importante para a experiência processual brasileira. Foi inspirado no seu regramento que o Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) introduziu, nos seus arts. 91 a 100, a disciplina legal da ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos.²³⁸

Todavia, o direito processual civil coletivo brasileiro adotou uma disciplina original que, embora apresente pontos de aproximação, tem inúmeras diferenças com a regulamentação das *class actions for damages* norte-americanas.²³⁹

Hermes Zaneti Jr., por exemplo, aponta diversas dessemelhanças entre as referidas disciplinas legislativas. No ordenamento norte-americano, por exemplo: (a) o juiz avalia o cabimento ou não da *class action* com base em critérios casuísticos; (b) a legitimação da parte representativa é controlada judicialmente pelo juiz (representatividade adequada ou *adequacy of representation*); e (c) os efeitos da coisa julgada (*binding effect*) alcançam todos os membros da classe, independentemente do resultado do litígio, salvo se houver requerimento expresso de autoexclusão do processo por parte do interessado (*opt-out*).²⁴⁰

Em contrapartida, no direito brasileiro, Zaneti Jr. assinala as seguintes características da tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos: (a) não há controle da representatividade adequada, mas apenas critérios objetivos que, desde que cumpridos, fazem presumir que os legitimados têm condições de efetuar, adequadamente, a defesa dos direitos dos demais integrantes do grupo (exemplo: pré-constituição das associações); (b) a legitimação é aferida *in limini litis* pela verificação da presença da categoria da parte representante (exemplo: associação, sindicato etc.) no rol dos legitimados previstos em lei; e (c) a extensão subjetiva da coisa julgada somente pode ocorrer em benefício dos membros ausentes do processo.²⁴¹

Sobre essas diferenças entre os sistemas brasileiro e norte-americano de tutela de direitos coletivos, vale transcrever as lições de Nelson Nery Jr.:

"O nosso sistema de tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos e coletivos difere do regime das *class actions* do direito norte-americano. Enquanto no sistema da *class action* o juiz desempenha papel altamente relevante, cabendo-lhe a aferição, a qualquer tempo da representatividade da associação para representar em juízo o grupo, no Brasil os requisitos para que a associação ou sindicato possam estar legitimados a ajuizarem ação coletiva são determinados *ope legis* e não *ope judicis*, como no sistema das ações de classe do *common law*. Basta que sejam preenchidos os requisitos constantes da lei, isto é, esteja a associação constituída legalmente há pelo menos um ano e inclua entre suas finalidades institucionais a defesa de um dos direitos protegidos pela LACP, para que se a tenha por legitimada a agir coletivamente em juízo. A novidade trazida à LACP pelo CDC (LGL\1990\40) é a alteração parcial desse sistema, para permitir-se, ao juiz, não a aferição ampla da representatividade do autor junto à classe ou grupo titular do direito discutido em juízo, mas apenas a dispensa da pré-constituição nas hipóteses enunciadas em lei. O juiz brasileiro não tem o poder inquisitorial pleno do magistrado norte-americano na *class action*, mas pode, se verificadas as circunstâncias apontadas na lei, dispensar o requisito legal exigido para que a associação possa ajuizar a ação civil pública: estar constituída, há pelo menos um ano nos termos da lei civil. Há situações em que a associação é constituída.²⁴²

Embora o processo civil coletivo brasileiro tenha uma disciplina original, sem tantos pontos em comum com o direito processual norte-americano, é preciso reconhecer que o regramento das *class actions for damages* influenciou a tutela jurisdicional coletiva no Brasil, contribuindo para a sistematização das ações coletivas e para a previsão legal de uma ação capaz de tutelar os direitos individuais homogêneos, o que foi admirável avanço para a época. Observe-se que apenas em 2007 a Itália introduziu uma previsão legal autorizativa de ajuizamento de demandas coletivas com pretensões ressarcitórias. Tal fato fez Michele Taruffo afirmar que os estudos produzidos na década de 70 tiveram muito mais resultados para o direito processual civil coletivo brasileiro do que para o italiano.²⁴³ Da mesma forma, o Jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti reconhece que a tutela jurisdicional coletiva no Brasil é muito avançada e constitui um exemplo de direito comparado.²⁴⁴

1 Taruffo, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le *class actions*. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 24, p. 618, 1969.

2 Cappelletti, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. Padova: Cedam, 1976.

3 Proto Pisani, Andrea. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. Padova: Cedam, 1976.

4 Denti, Vittorio. Relazione introduttiva. *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. Padova: Cedam, 1976.

5 Vigoriti, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

6 Trocker, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

7 Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 4, p. 29-30.

8 Barbosa Moreira, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

9 Oliveira Jr., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *RePro* 33/07 (DTR\1984\48)-25.

10 Grinover, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 59, p. 13-42, out.-dez 1978.

11 Sobre a influência dos estudos italianos no Brasil v. Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera Acevedo. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p.17-19.

12 Didier Jr., Fredie. Zaneti Jr., Hermes. Op. cit., p. 30.

13 Roque, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva da *actio popularis* romana às *class actions* norte-americanas. *RePro* 188/102.

14 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Bedaque, José Roberto dos Santos (coord.). 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009. *Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*, vol. 4, p. 37.

15 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 103.

16 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Ação popular – Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 47.

17 Idem, ibidem.

18 Paulo Barbosa de Campos Filho, com base nos ensaios de Ihering, explica a questão da seguinte forma: "Para Ihering, representam as ações populares fenômeno digno de nota, seja do ponto de vista do direito público atual, seja do ponto de vista do próprio direito romano. Do primeiro, por facultarem a particulares o exercício de funções de polícia. Do segundo, porque o mesmo Direito, que em geral mantinha, com o máximo rigor, o princípio da *legitimatío ad causam* do autor, pareceria abandoná-lo no caso das *populares actiones*, para conferi-las a pessoas que nenhum interesse pessoal aparentemente tivessem. A suprêsa da exceção a seu ver desvanece, tanto que se relacione o fenômeno com a comunhão de bens dos *gentiles*, dos primórdios da velha Roma. Os bens da gens – explica o grande romanista – não pertenciam a esta como pessoa jurídica, abstração que só depois se concebeu. Pertenciam, sim, aos *gentiles*, encarados em conjunto. E foi para proteger 'ce rapport particulier de communauté indivise du droit', que surgiram as primeiras ações populares". (Campos Filho, Paulo Barbosa de. *Da ação popular constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 7).

19 Leonel, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 39.

20 Idem, ibidem.

21 Idem, ibidem; Mancuso, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 48.

22 Campos Filho, Paulo Barbosa de. Op. cit., p. 07.

23 Silva, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 18-19.

24 Bielsa, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. Trad. Guilherme A. dos Anjos. *Revista Forense*, n. 52, vol. 157, p. 37. Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev. 1955.

25 Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 46.

26 Sobre o caráter penal das *actiones popularis*, Andrea Lugo explica que, além das ações previstas para a defesa de interesses particulares, os cidadãos romanos podiam ingressar com demandas populares para a defesa de interesses públicos que nasciam do resultado de delitos ou de quase delitos. Segundo a autora: "il diritto romano conobbe una particolare categoria di azioni dette popolari, le quali erano date al cittadino per la tutela dell'interesse pubblico... In determinati casi, il singolo cittadino aveva facoltà di istituire un processo privato, usando formule di azione pretorie, al

fine di ottenere il pagamento di una pena in danaro da colui che si era reso responsabile di un fatto lesivo de pubblico interesse. Specie tipiche di azioni popolari, espressamente qualificate tali dalle fonti, sono varie azioni nascenti da delitto o da quasi delitto". (Lugo, Andrea. Azione popolare. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1959. vol. 4, p. 861).

27 Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 41.

28 Alfredo Buzaid assim explica a questão: "No direito romano, segundo Keller, não há uma única espécie de ação popular. Há várias ações – a maior parte penais – que se fundavam sobre motivos de interesse público e cujo objetivo era, todavia, deixado aos cuidados de particulares – o Estado, dando a todos os membros da cidade o poder de as propor de qualquer sorte como *procurator populi*. Foi desta maneira que se objetivaram contravenções de polícia, violação às ordens dos magistrados e outros delitos, pelos quais, de ordinário, se estabelecia uma pena pecuniária, cujo montante, em caso de condenação, era atribuída à caixa pública do magistrado, mas do qual uma parte – a metade, por exemplo – era quase sempre deixada ao autor em recompensa de sua solicitude". (Buzaid, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 39).

29 Bielsa, Rafael. Op. cit., p. 38.

30 Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 42.

31 D.47.23.2: "Si plures simul agant populari actione, Praetor eligat idoneiorem" Tradução: "Porém, se por uma mesma causa são ajuizadas ações fundadas no mesmo fato, é lícito opor-se a exceção de coisa julgada". (Buzaid, Alfredo. Op. cit., p. 40).

32 Idem, ibidem; Roque, André Vasconcelos. Op. cit, p. 106; e Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 42.

33 D.47.23.3: "Sed si ex eadem causa saepius agatur, quum idem factum sit, exception vulgaris rei iudicatae opponitur". Tradução: "Nas ações populares cabe preferência àquele a quem ela interessa". (Buzaid, Alfredo. Op. cit., p. 40).

34 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I, p. 153.

35 Roque, André Vasconcelos. Op. cit, p. 107; Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 47.

36 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 37.

37 Yeazell, Stephen C. *From the medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

38 Idem, p. 21.

39 Edward Peters, ao revisar criticamente a obra de Stephen Yeazell, faz referência ao que pode ser a primeira ação coletiva do panorama jurídico da Idade Média. De acordo com o autor, no ano de 1179, na cidade de Paris, um grupo de aldeões da vila *Rosnysous-Bois* ingressou com ação em face de seus senhores (o abade e clérigos de Santa Genoveva), reivindicando o fim da condição de servos. Esse processo envolveu três reis e cinco papas e durou até o ano de 1246, quando os camponeses compraram a sua liberdade, sob a condição de não constituírem uma "comuna" (Peters, Edwards. *The American Journal of Legal History*, v. 36, p. 429, 1990 apud Leal, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. p. 21-22).

40 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 39.

41 Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 50.

42 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 111.

43 Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 38-39.

44 Tratando sobre a falta de discussão técnica sobre as ações de grupo na Inglaterra medieval, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes assim expressa: "(...) não se encontra, até o século XV, qualquer debate em torno da legitimação de alguns para defender o direito das coletividades envolvidas, dos efeitos da coisa julgada ou de outras questões processuais. A aceitação espontânea da respectiva representação ou legitimação extraordinária, durante a Idade Medieval, é característica constante e básica desse período. As ações de grupo não eram objeto de discussão, justificação ou teorização, razão pela qual se pode dizer que seu emprego e admissibilidade era realizados de modo inconsciente". (Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 39-40).

45 Idem, p. 41.

46 Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 22-23.

47 Sobre a evolução do *bill of peace* v. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 42.

48 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 41.

49 Eis o trecho de Chafee sobre o *bill of peace* e as ações coletivas modernas: "Class suits began as an offshoot of bills of peace with multiple parties. A common-law action soon came to be a two-side affair, usually with only one plaintiff and one defendant" (Chafee Jr., Zechariah. *Some problems of equity*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1950. p. 163-164 apud Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 24).

50 Também nesse sentido, os seguintes autores: Zavascki, Teori Albino. *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 24; Cruz e Tucci, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 11; Araújo Filho, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 18; Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 61; Vigoriti, Vincenzo. Op. cit., p. 236.

51 Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 21 e 25.

52 Márcio Flávio Mafra Leal explica a polêmica travada entre Yeazell e Chafee da seguinte maneira: "Há que se fazer uma distinção, entre essas duas interpretações dos fatos históricos. (...). Sintetizando o argumento, pode-se dizer que a ação medieval originou: I) as ações do século XVII-XIX em que o grupo era uma pessoa jurídica de fato (sem personalidade jurídica); e II) as ações para a defesa de direitos difusos (ACDD), cujo problema maior era justamente verificar quem pode representar o direito da comunidade, cujos membros são indetermináveis. Já o *bill of Peace* originou as ações que cuidam de vários e independentes direitos individuais tratados processualmente de uma vez (ACDI), cuja *ratio* era evitar a multiplicação de litígios". (Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 24-25).

53 Chafee Jr., Zechariah. Op. cit., p. 163-164.

54 Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 133.

55 Chafee Jr., Zechariah. Op. cit., p. 201-202.

56 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 43.

57 Idem, ibidem.

58 Idem, ibidem; Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 112-113.

59 Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 28.

60 Idem, p. 29.

61 Roque, Andre Vasconcelos. Op. cit., p. 116.

62 Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 29.

63 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 40.

64 José Rogério Cruz e Tucci elucida que a *Rule 10* das *Rules of Procedure* dispunha que: "Havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes podem acionar ou serem acionadas ou serem autorizadas pela Corte para litigar em benefício de todas as demais". (Cruz e Tucci, José Rogério. Op. cit., p. 12).

65 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 43.

66 Idem, p. 43-44.

67 *R.S.C, Order 15, Rule 12 (1)*: "Where numerous persons have the same interest in any proceedings, not being such proceedings as mentioned in rule 13, the proceedings may begun, and, unless the Court otherwise orders, continued, by or against one or more of them as representing all or as representing all except one or more of them".

68 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 44.

69 Idem, p. 44-45.

70 Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 142; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 45.

71 Levy, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5): exame à luz da *Group Litigation Order britânica*. RePro 196/183-184.

72 Barbosa Moreira, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) inglês. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo de. (coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 451-452.

73 Andrews, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 561.

74 Barbosa Moreira, José Carlos. *Uma novidade...* cit., p. 542.

75 Idem, ibidem.

76 Woolf, Harry (Lord). *Access Justice: final report*. H.M. Stationery Office, 1996. Capítulo XII, item, 1. Disponível em: [<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>]. Acesso em: 20.08.2013.

77 Idem, item 2.

78 Barbosa Moreira, José Carlos. *Uma novidade...* cit., p. 451-452.

79 Idem, p. 451.

80 Nesse sentido v. Andrews, Neil. Op. cit., p. 540-541; Mullenix, Linda et. al. *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 258-259.

81 Mullenix, Linda et. al. Op. cit., p. 259.

82 A tradução da *Rule 19:6* pode ser encontrada em Andrews, Neil. Op. cit., p. 542.

83 Idem, ibidem.

84 A respeito da interpretação restritiva do termo "interesse comum" nos processos por representação, a Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, Linda Mullenix, faz a seguinte observação: "The historical problem with the representative action stemmed from the fact the term 'same interest' was restrictively interpreted so as frustrate the utility of the rule for resolving group actions. The limitations of the representative rule hastened promulgation of the group action provision". (Mullenix, Linda et al. Op. cit., p. 259).

85 Consolo, Claudio; Rizzardo, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 60, n. 3, p. 896. Milano: Giuffrè, set. 2006.

86 Andrews, Neil. Op. cit., p. 543-544.

87 Idem, p. 558.

88 Idem, p. 556.

89 *C.P.R., Rule 19.12* "(1) Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues – (a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and (b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register".

90 Conforme ensina Linda Mullenix: "Pursuant to this procedure, a GLO is an opt-in collective mechanism. This is a signal difference between collective action procedure in the U.K. as compared to Australia, Canada, and the United States, which provide for opt-out procedures from their class actions regimes" (Mullenix, Linda. Op. cit., p. 258).

91 Andrews, Neil. Op. cit., p. 556.

92 Mullenix, Linda et al. Op. cit., p. 259-260.

93 Idem, p. 260.

94 Idem, ibidem.

95 Idem, ibidem.

96 Bueno, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. RePro 82/93.

97 Sobre as origens da *class actions* modernas, o autor norte-americano Robert H. Klonoff observa o seguinte: "The modern class actions has its roots in English chancery practice. According to the Supreme Court, 'class actions as we recognize them today developed as an exception to the formal rigidity of the necessary parties rule in equity, as well as from the bill of peace, an equitable device for combining multiple suits...' Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815, 832 (1999)". (Klonoff, Robert H. *Class actions and the other multi-party litigation*. St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 16). No mesmo sentido v. Vigoriti, Vincenzo. Op. cit., p. 236; Zavascki, Teori Albino. Op. cit., p. 24; Cruz e Tucci, José Rogério. Op. cit., p. 11; Araújo Filho, Luiz Paulo da Silva. Op. cit., p. 18; Leonel, Ricardo de Barros. Op. cit., p. 61.

98 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 93.

99 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 120.

100 Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 149.

101 Joseph Story foi um dos mais importantes juristas norte-americanos. Nascido em 18.09.1779, na cidade de *Marblehead, Massachusetts*, integrou a *Supreme Court* de 1811 até 1845, ano em que veio a falecer. O autor ficou conhecido perante o público em razão de sua atuação no caso do navio negreiro espanhol *La Amistad*, retratado no longa-metragem de mesmo nome (*Amistad*), dirigido por Steven Spielberg em 1997. O autor escreveu, ainda, importantes obras sobre equidade, dentre as quais se destacam *Commentaries on Equity Jurisprudence*, primeira edição em 1836, e *Commentaries on equity pleadings*, primeira edição em 1838.

102 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 120, nota de rodapé 69.

103 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Op. cit., p. 58.

104 Sobre o caso *West v. Randall*, v. Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 149-150.

105 Confira-se, a propósito, trecho do voto de Story, constante da obra de Yeazell, e traduzido por Márcio Flávio Mafra Leal nos seguintes termos: "Onde as partes são muito numerosas e a Corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o Tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação de direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser repellido e o Tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito". (Idem, p. 150).

106 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 60.

107 De acordo com Yeazell: "Story here encountered a central question of modern class action theory: whether the function of the class action is to consolidate suits that would otherwise be brought (and trusts to reduce the caseload of the judiciary) or to facilitate the bringing of suits that would otherwise not be brought because the individual stakes are too small (and thus to increase the accessibility of adjudication). The first alternative aims at reducing existing litigation, the second at enabling potential litigation to occur, at some level the two stand in tension" (Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 218).

108 O presente estudo apenas teve acesso à 10.^a edição da referida obra, publicada em 1892 (Story, Joseph. *Commentaries of equity pleadings*. 10. ed. revised, corrected, and enlarged by John M. Gould. Boston: Little, Brown and Company, 1982).

109 *Equity Rule 48*: "Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all absent parties".

110 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 17.

111 Sobre a *Equity Rule 48*, Robert Klonoff explica que "That rule, Equity Rule 48, provided that a case involving numerous parties could proceed on a representative basis without the need for each individual to appear personally. The rule made clear, however, that 'in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties'. Thus, under the language of Equity Rule 48, and under the practice of most courts, a class action judgment had no binding effect upon those not actually before the court, who could choose not to be bound if they did not the result" (Idem, *Ibidem*).

112 Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 151; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 61-62.

113 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 62.

114 Conforme Michele Taruffo, "la Rule 48, delle Equity Rules de 1942 affermava che la sentenza non avrebbe potuto pregiudicare 'the rights and claims off all the absent parties', ma essa fu disapplicata nella sentenza sula caso Smith v. Swormstedt, 57 U.S. (16 How.) 288 (1853), che costituiti il leading case in materia di class actions, ed estese l'efficacia vincolante del giudicato a 1500 soggetti rappresentati da 6 attori e a 3.800 soggetti rappresentati da 3 convenuti" (Taruffo, Michele. Op. cit., p. 619).

115 Idem, ibidem.

116 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 125.

117 Sobre o caso *American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*, v. Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 63.

118 Yeazell, Stephen C. Op. cit., p. 224.

119 *Equity Rule 38*: "When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole".

120 A propósito da diferença entre as *Equity Rules 48 e 38*, Robert H. Klonoff elucida que: "the main difference between Equity Rule 38 and the prior Equity Rule 48 was that the new rule specifically eliminated the reference to the non-biding effect of a judgment on absent class members. Under Equity Rule 38, which remained in effect until 1938, judgments in class actions could bind the absent parties in limited circumstances. Nonetheless, Courts continued to display confusion over when a judgment could bind an absent member" (Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 17).

121 Para mais conhecimento do caso *Tribe of Ben-Hur v. Cauble*. v. Leal, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 152; Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 127-128.

122 Leal, Márcio Flávio Mafra Leal. Op. cit., p. 153.

123 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – Teoria das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 42.

124 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 47. Acerca dos objetivos da *Rule 23*, na versão do ano de 1966, Robert H. Klonoff adverte que: "one of its major purposes was to make class actions in both legal and equitable proceedings. (Indeed, a major purpose of the 1938 Federal Rules of Civil Procedure was to provide unfied rules for both suits in equity and actions at law)". (Klonoff, Robert. H. Op. cit., p. 17-18).

125 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 48.

126 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 18.

127 Idem, Ibidem.

128 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 49.

129 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 65.

130 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 18-19.

131 Por essas razões, Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller afirmam que: "Unquestionably, the most controversial of these three categories was the 'spurious' class suits, which was little more than a liberal joinder device because only the named parties were bound by the court's decree" (Friedenthal, Jack H.; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. *Civil procedure*. 3. ed. St. Paul: West, 1999. p. 739). Na mesma linha v. Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 66.

132 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 52.

133 Acerca do tema, informa Michele Taruffo: "Si è ancora rilevato che la classificazione adottata dalla Rule in questione non appare idonea a risolvere il problema degli effetti della sentenza, sia a causa della sua intrinseca ambiguità, sia perché, nella pratica giurisprudenziale, l'azione viene spesso qualificata come true, hybrid o spurious a seconda del tipo di effetti che, in base alla ratio del caso particolare, si vogliono far discendere dalla sentenza; la tripartizione há quindi soltanto funzione descrittiva della sentenza". (Taruffo, Michele. Op. cit., p. 629).

134 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 55-56.

135 Grinover, Ada Pellegrini. A "class action" brasileira. *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 23.

136 Idem, p. 56.

137 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 68.

138 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 137.

139 Sobre os poderes do juiz nas *class actions*, José Rogério Cruz e Tucci afirma que: "dada a natureza e as importantíssimas conseqüências jurídicas resultantes da class actions, observa-se que a Regra 23 atribui amplos poderes ao órgão jurisdicional perante o qual foi aquela aforada. 'Poderes inquisitórios excepcionais, mesmo para o sistema da *common law*, que permitem ao magistrado valorar, a todo momento, a legalidade e a oportunidade da ação. O juiz – como assevera Vigoriti – é o verdadeiro protagonista da *class action*". (Cruz E Tucci, José Rogério. Op. cit., p. 22).

140 Mendes, Aluísio de Castro Mendes. Op. cit., p. 70.

141 Grinover, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. RePro 101/12-13.

142 Sobre a exigência cumulativa dos pré-requisitos, Klonoff informa que a: "Rule 23 (a) sets forth four explicit requirements that must be satisfied in every federal class action. These are generally known as numerosity, commonality, typicality, and adequacy of representation. Failure to satisfy any of these four requirements is fatal to class actions". (Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 33).

143 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 67.

144 Idem, p. 72.

145 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 33-34. Na mesma linha v. GIDI, Antonio. *A class action...* cit., p. 72-73; e Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 71.

146 Mendes, Aluísio Gonçalves. Op. cit., p. 72.

147 Idem, ibidem; Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 72; Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 74.

148 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 33-34.

149 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 79-80.

150 Klonoff, Robert. H. Op. cit., p. 40.

151 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 84.

152 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 41.

153 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 84. Alegando que a questão deve ser relevante para o julgamento da causa, v. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 73.

154 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 44-45.

155 Idem, p. 45-46.

156 Gidi, Antonio. *A class action...* cit., p. 88.

157 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 74.

158 De acordo com o texto, informam Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller: "Initially there was some problem in applying this requirement to cases in which an unincorporated association, such as a labor union, seeks to represent its member in a class suit because the association technically is not a class member if it is not seeking any remedies for itself". (Friedenthal, Jack H.; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. Op. cit., p. 742).

159 *F.R.C.P., Rule 17 (b)*: "Capacity to Sue or Be Sued. Capacity to sue or be sued is determined as follows: (1) for an individual who is not acting in a representative capacity, by the law of the individual's domicile; (2) for a corporation, by the law under which it was organized; and (3) for all other parties, by the law of the state where the court is located, except that: (A) a partnership or other unincorporated association with no such capacity under that state's law may sue or be sued in its common name to enforce a substantive right existing under the United States Constitution or laws; and (B) 28 U.S.C. §§754 and 959(a) govern the capacity of a receiver appointed by a United States court to sue or be sued in a United States Court".

160 *F.R.C.P., Rule 23.2*: "This rule applies to an action brought by or against the members of an unincorporated association as a class by naming certain members as representative parties. The action may be maintained only if it appears that those parties will fairly and adequately protect the interests of the association and its members. In conducting the action, the court may issue any appropriate orders corresponding with those in Rule 23(d), and the procedure for settlement, voluntary dismissal, or compromise must correspond with the procedure in Rule 23(e)".

161 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 51.

162 Sobre o assunto, Cássio Scarpinella Bueno assim se manifesta: "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 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 material. Tudo para que haja possibilidade de efetividade dos (novos) direitos garantidos por este último". (Bueno, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 101).

163 Abelha, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 27.

164 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 102.

165 Nesse sentido, Mauro Cappelletti leciona: "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". (Cappelletti, Mauro. *Vindicating the public interest through the courts. The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 304).

166 Dessa perspectiva, Vincenzo Vigoriti defende a constitucionalidade da representatividade

adequada, prevista na *Rule 23 a (4)*, explicando a necessidade de adequação dos princípios constitucionais às novas transformações das sociedades modernas e, por consequência, do direito material: "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 vinco lati ai risultati dello stesso, ha dato luogo, 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 'dequate 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 e 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. Si comprende allora il perché si insista sull'opportunità di attribuire al giudice poteri assai più penetranti del solito e perché si parli di un preciso dovere dello stesso giudice 'to take whatever steps are necessary to insure the full and fair consideration of common issues'." (VIGORITI, Vincenzo. Op. cit., p. 272-273).

167 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 104.

168 Sobre os critérios para controle judicial da representatividade adequada, v. Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 78-79; Bueno, Cássio Scarpinella. Op. cit., p. 104.

169 Vigoriti, Vincenzo. Op. cit., p. 270.

170 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 79.

171 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p.105. Sobre a eficácia normativa dos precedentes no sistema do *common law*, v. Abboud, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed, RT, 2012. p. 491-552.

172 Cruz E Tucci, José Rogério. Op. cit., p. 21-22.

173 Grinover, Ada Pellegrini. *Da class action for damages...* cit., p. 14.

174 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 80.

175 Araújo Filho, Luiz Paulo da Silva. Op. cit., p. 26.

176 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 67). No mesmo sentido, v. Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 80.

177 Grinover, Ada Pellegrini. *Da class action for damages...* cit., p. 14.

178 Idem, ibidem.

179 Grinover, Ada Pellegrini. A "class action" brasileira... cit., p. 23.

180 Gidi, Antonio. *A class actions...* cit., p. 56.



181 Grinover, Ada Pellegrini. Da *class action for damages*... cit., p. 15.

182 Gidi, Antonio. *A class action*... cit., p. 192.

183 Idem, ibidem.

184 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 110-111.

185 Gidi, Antonio. *A class action*... cit., p. 193.

186 Idem, p. 67.

187 Klonoff, Robert H. Op. cit., p. 143-144.

188 Gidi, Antonio. *A class action*... cit., p. 194.

189 Marcelo Abelha assim resume a certificação das *class actions*: "Um dos aspectos mais importantes diz respeito à certificação das *class actions*. Esta é discricionária, fazendo-se no caso concreto a verificação de sua feição coletiva (se é uma classe, se tem representação, as demais hipóteses, se é efetiva etc.) Trata-se de decisão irrecorrível (a corrente mais recente admite a sua recorribilidade, pois se trata de uma decisão interlocutória, uma vez que, se não for admitida a ação de grupo, então se convola em ação individual), porém revogável a qualquer tempo, e que pode até ser dada de modo condicional, mas que deve ser feita na primeira oportunidade que o juiz tenha logo depois do ajuizamento da demanda". (Abelha, Marcelo. Op. cit., p. 30).

190 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 107.

191 Idem, ibidem.

192 Abelha, Marcelo. Op. cit., p. 29-30.

193 Bueno, Cassio Scarpinella. Op. cit., p.109.

194 Idem, p. 93.

195 Gidi, Antonio. *A class action* ... cit., p. 271.

196 Abelha, Marcelo. Op. cit., p. 27.

197 Higa, Flávio da Costa. Breves apontamentos sobre as *class actions for damages*. *Revista Trabalhista*, n. 38, p. 211, 2011.

198 Mullenix, Linda et al. Op. cit., p. 294.

199 Gidi, Antonio. *A class action*... cit., p. 271-272). No mesmo sentido, v. Abelha, Marcelo. Op. cit., p. 29-30.

200 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva*... cit., p. 48.

201 Roque, André Vasconcelos. Op. cit., p. 137.

202 Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas*... cit., p. 17.

203 As referências bibliográficas dessas primeiras e principais obras dos processualistas italianos sobre as *class actions* norte-americanas constam das notas de rodapé n. 1-6 do presente texto.

204 GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas* ... cit., p. 17.

205 Sobre a influência dos estudos italianos no Brasil, Gidi assim relata: "La acción colectiva norteamericana tiene sus origenes históricos en el antiguo Derecho de Equidad (Equity).

Encontraste, en los países de derecho civil (civil law tradition) las acciones colectivas son de reciente desarrollo. La acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los estudios académicos realizados en Italia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Los trabajos italianos de mayor influencia en Brasil fueron escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti. Este movimiento académico italiano fue calurosamente recibido en Brasil por importantes juristas. Poco tiempo después, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Waldemar Mariz de Oliveira Jr., tres de los más distinguidos juristas brasileños, publicaron importantes artículos sobre las acciones colectivas. La reputación de estos juristas y su continua investigación y esfuerzos, así como la innegable importancia de la institución, contribuyeron a la introducción de las acciones colectivas en el sistema brasileño". (Idem, p. 17).

206 Bonaudi, Emilio. *La tutela degli interessi collettivi*. Torino: F.lli Bocca editori, 1911 apud Tarzia, Giuseppe. Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; Watanabe, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 52.

207 A respeito das primeiras obras sobre o tema na Itália, Giuseppe Tarzia faz a seguinte observação: "Nel 1911 Emilio Bonaudi, dedicando una monografia a 'La tutela degli interessi collettivi' – una monografia densa di riferimenti comparatistici, seppure limitati ai diritti francese e belga, e sensibile alla dimensione generale del problema, anche se rivolta essenzialmente allo studio delle sue manifestazioni nel settore della giustizia amministrativa" (Tarzia, Giuseppe. Op. cit., p. 52).

208 Ferrone, Ugo. *Il processo civile moderno – Fondamento progresso e avvenire*. S. Maria Capua Vetere: F. Cavotta, n. 15, 1912 apud Tarzia, Giuseppe. Op. cit., p. 52.

209 Discorrendo sobre a obra de Ferrone, Giuseppe Tarzia a resume da seguinte forma: "Un anno dopo, Ugo Ferrone – nel suo volume su 'il processo civile moderno – fondamento progresso e avvenire' – concludeva le pagine dedicate a 'le azioni di interesse generale e la tutela degli interessi collettivi', notando che 'la tutela degli interessi collettivi, oltre ad essere assunta direttamente dall'individuo può essere esercitata dagli enti costituiti' ed aggiungeva che, oltre ai casi ammessi dalla legge, 'si è presentato quello di azioni esercitate da enti – riconosciuti o non riconosciuti – a tutela di un interesse collettivo inerente alla loro finalità. Anche qui si riscontrano esempi nella giurisprudenza penale ed amministrativa; ma è certo che, allo stato attuale del nostro diritto positivo, la tutela dell'interesse collettivo, come non può essere accordata all'individuo, non può neanche esserlo a qualsiasi ente od associazione. Occorre qui l'opera legislativa, la quale non potrà peraltro tardare'." (Tarzia, Giuseppe. Op. cit., p. 52).

210 Denti, Vittorio. Op. cit., p. 3-4.

211 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 97.

212 Denti, Vittorio. Op. cit., p. 3.

213 Università Di Pavia. *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. Padova: Cedam, 1976.

214 Sobre a evolução da sociedade e o aparecimento da necessidade de tutelar os direitos difusos, v. Cavalcanti, Marcos de Araújo. O mandado de segurança como ação coletiva apta a tutelar os direitos difusos. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 83, p. 67-68. São Paulo: Dialética, fev. 2010.

215 Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569. Há, ainda, quem aponte a existência de direitos humanos de 4.^a geração. O italiano Norberto Bobbio ensina que: "(...) já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de 4.^a geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo" (Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 6).

216 Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Access to justice*. Milano: Giuffrè, 1978.

217 Cappelletti, Mauro. Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. p. 15-29.

218 De acordo com os autores: "Interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. (...) Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. (...) Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso". (Idem, p. 26-27).

219 Lorenzetti, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 27.

220 Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso... cit.*, p. 31.

221 Idem, p. 49-50.

222 Idem, p. 50.

223 Idem, p. 51.

224 Idem, p. 67-73.

225 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, p.103.

226 Nas palavras de Vigoriti: "Sono convinto che quella della class action sia un'esperienza formidabile, indubbiamente la più avanzata nel campo della tutela degli interessi a dimensione superindividuale, da cui si possono trarre indicazioni di grande importanza. Non so però se un'esperienza di questo tipo potrà mai avere luogo in Italia (64). Mi parrebbe comunque che se il nostro ordinamento muovesse nella medesima direzione in cui se è mosso l'ordinamento americano, vale a dire si indirizzasse nel senso di apprestare uno strumento generale utilizzabile per la tutela processuale di tutti gli interessi a dimensione superindividuale, la strada da seguire dovrebbe essere parzialmente diversa da quella battuta dalla rule 23, proprio per evitare di scaricare sul giudice tutta una serie di compiti che egli in questo momento non pare in grado di assolvere". (Vigoriti, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 287).

227 C.C.I, Art. 2.599: "Sanzioni La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti (2.600)"; "Art. 2.600. Risarcimento del danno Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni (2.056). In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza. Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume".

228 Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 239.

229 Taruffo, Michele. La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 65, n. 1, p. 104. mar. 2011.

230 Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, p. 107.

231 Taruffo, Michele. La tutela collettiva nell'ordinamento italiano... *cit.*, p. 104.

232 Mendes, Aluísio de Castro Mendes. *Op. cit.*, p. 108.

233 Idem, p. 113-114.

234 Idem, p. 114.

235 Na lição de Ada Pellegrini Grinover: "Sino al 2008, si ammetteva la tutela collettiva solo in forma inibitoria, ovvero il risarcimento del solo danno collettivo (liquidato di norma in misura simbolica: così l'art. 27 l. n. 283, del 07.12.2000), ma non si consentiva di far valere i diritti al risarcimento del danno dei singoli individui.; nessuna di queste disposizioni settoriali regolava esplicitamente il tema dei limiti soggettivi del giudicato". (Grinover, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos...* cit., p. 164).

236 Eis a passagem de Michele Taruffo: "mi sembra che si sia andato formando un consenso diffuso circa l'opportunità di non limitare la tutela collettiva ad azioni con funzione inibitoria, e dunque circa la necessità di introdurre azioni collettive con funzione risarcitoria. Circa questa necessità ritengo che non si possano avere dubbi. La tutela inibitoria, che opera ex ante nel senso di prevenire, o comunque di far cessare, l'illici è certamente importante e no va trascurata: va anzi generalizzata nei termini di cui ho appena fatto cenno. È chiaro tuttavia che la tutela inibitoria non è sufficiente: a parte l'eventualità che essa non sia efficace nel senso di prevenire realmente l'illicito, rimane il fatto che in molti casi i mass torts sono l'effetto di comportamenti che non possono essere evitati in via preventiva". (Taruffo, Michele. La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 61, n. 2, p. 530-531, jun. 2007).

237 Grinover, Ada Pellegrini. Da *class actions for damages...* cit., p. 15.

238 Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva...* cit., p. 47.

239 Sobre a influência *das class actions for damages* no desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, Ada Pellegrini Grinover faz o seguinte alerta: "Quando o Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40), em 1990, introduziu no ordenamento brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, inspirou-se sem dúvida nas *class actions for damages* norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada erga omnes, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva". (Grinover, Ada Pellegrini. Da *class actions for damages...* cit., p. 26).

240 Zaneti Jr., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2001. p. 41-42.

241 Idem, p. 42.

242 Nery Jr., Nelson et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo*. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 2., p. 240.

243 Taruffo, Michele. La tutela collettiva: interessi in gioco ... cit., p. 529.

244 Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. cit., p. 55.