

2. DOCTRINA NACIONAL

2. 1 A PROTEÇÃO COLETIVA DOS DIREITOS NO BRASIL E ALGUNS ASPECTOS DA *CLASS ACTION* NORTE AMERICANA¹

LUÍS ROBERTO BARROSO²

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito (LL.M) pela *Yale Law School*, Estados Unidos
Advogado

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Espécies de direitos que comportam tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Direitos difusos. 2.2. Direitos coletivos. 2.3. Direitos individuais homogêneos. 3. As diferentes modalidades de proteção coletiva dos direitos no sistema brasileiro. 3.1. Uma modalidade excepcional: o controle de constitucionalidade por ação direta. 3.2. Modalidades convencionais. 4. A ação civil pública do direito brasileiro. 4.1. A legitimação ativa nas ações coletivas. 4.2. O procedimento na ação coletiva – o devido processo legal. 4.3. Os efeitos da coisa julgada. 5. Alguns aspectos da *class action* norte-americana. 6. Conclusão: distinções essenciais entre os dois sistemas. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução³

O Brasil vive, desde a Constituição de 1988, sob um Estado democrático de direito, em que vigoram as liberdades públicas e a alternância do poder. Quase duas décadas de estabilidade institucional vêm desenvolvendo um sentimento constitucional no povo em geral, apto a superar uma história acidentada, marcada por golpes, governos militares e recaídas autoritárias. A despeito das dificuldades sociais de um país que ainda não percorreu todos os ciclos do desenvolvimento, o Brasil figura entre as doze maiores economias do mundo. A ordem jurídica brasileira assenta-se sobre uma legislação de razoável técnica, com doutrina de qualidade e boa jurisprudência.

¹ Este texto serviu de base para uma apresentação feita pelo autor no *Colloque sur les Actions Collectives*, no plenário da Corte de Cassação francesa, realizado em Paris, no dia 2 de junho de 2005, sob o patrocínio da Corte e do *Institut des Hautes Etudes sur la Justice*.

² O presente trabalho é dedicado a José Carlos Barbosa Moreira, mestre notável e amigo querido, que não tendo conseguido me levar para o direito processual, trouxe-o até mim. Na interação estreita entre Constituição e Processo que pauta minha vida acadêmica, os méritos são dele e os erros são meus mesmos.

³ Sobre o tema na literatura nacional, v. dentre muitos, os seguintes *Livros*: Milaré (2001); Carvalho Filho (2004); Carneiro (1999); Mazzilli (1999); Mancuso (2004); Grinover e outros (1999); Araújo Filho (2002); Barroso (2003). E, também, os seguintes *Artigos*: Moreira (1977); os textos da terceira série (1984), especialmente: A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos; Diz (2000, p. 113).

O Brasil, como se sabe, foi colônia de Portugal desde o descobrimento, em 1500, até a independência, em 1822. Como consequência, o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germânica, tendo sofrido a influência predominante da cultura jurídica da Europa continental, notadamente da França e da Itália. Mais recentemente, como em boa parte dos países ocidentais, ampliou-se e aprofundou-se a influência do direito norte-americano. No plano do direito público, especialmente do direito constitucional, deve-se registrar, também, a incorporação de idéias e doutrinas originárias do direito alemão, com destaque para a produção do Tribunal Constitucional Federal.

Aliás, é digno de nota que as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido nos últimos anos uma rota de progressiva aproximação. De fato, nos países do *common law* – onde o direito tem origem predominantemente costumeira e se baseia, sobretudo, nos precedentes judiciais – tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do direito legislado, além da flexibilização dos precedentes. Tanto o Reino Unido⁴ quanto os Estados Unidos⁵ são exemplos do que se afirma. De outra parte, no Brasil e em outros países de tradição romano-germânica – nos quais a legislação é a principal fonte de direito – os precedentes judiciais têm merecido progressivo destaque⁶. Além disso, a argumentação com base em cláusulas abertas e

⁴ No Reino Unido, onde vigorava a posição mais radical em relação ao *stare decisis* desde a decisão no caso *London Tramways*, de 1898, passou-se a admitir a reforma do precedente, embora com grande reserva e em situações limitadas, a partir do *Practice Statement*, de 1966. Sobre o tema, v. Alan Paterson, *The law lords*, 1982; Jim Harris, *Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess*, 10 *OJLS* 140, 1990; e Isabelle Rorive, *La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique*. In: Gérard, Ost e Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, 2000, p. 801 e ss..

⁵ Nos Estados Unidos a posição sempre fora menos rígida. Uma das mais celebradas decisões da Suprema Corte americana – a do fim da segregação racial nas escolas públicas, proferida no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954 – foi uma ruptura com o entendimento anteriormente professado. De fato, até então vigorava, em matéria racial, a doutrina do 'equal but separate', firmada desde *Plessy v. Ferguson*, em 1896. V., por simplificação, Hall (1992). Para algumas anotações sobre o precedente e sua importância para a justiça, previsibilidade, eficiência e legitimidade das decisões judiciais, v. Hanks; Herz; Nemerson (1994).

⁶ No Brasil, o fenômeno não se manifesta apenas pela maior atenção que os aplicadores do direito e mesmo a doutrina têm reservado à jurisprudência, embora essa mudança de mentalidade seja digna de nota. No plano normativo, vêm sendo criados mecanismos de fortalecimento dos precedentes, sendo de se destacar dois. Os tribunais em geral podem editar súmulas, que – embora não sejam de observância obrigatória pelas instâncias inferiores – produzem mais do que efeitos meramente indicativos. O art. 557 do Código de Processo Civil, alterado em 1998, passou a permitir que o relator negue de plano seguimento a recurso fundado em tese contrária à súmula do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, permite-se também a reforma monocrática de decisão manifestamente em confronto com os mesmos parâmetros. No caso do Supremo Tribunal Federal, recente emenda constitucional (EC n° 45, de 08.12.04) veio permitir a edição de súmulas com efeitos propriamente vinculantes, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo. Os enunciados podem firmar orientação sobre a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, sempre envolvendo matéria constitucional. O novo mecanismo foi cercado de formalidades especiais: as súmulas devem versar sobre questão em que haja controvérsia entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública. Além disso, para a aprovação de enunciado exige-se a manifestação favorável de dois terços dos ministros da Corte, após reiteradas decisões sobre a matéria.

em princípios – categorias que integram o intérprete ao processo de criação do direito – incorporou-se à prática de juízes e tribunais. É neste cenário que serão estudados, com a objetividade indispensável, os mecanismos de tutela coletiva dos direitos na ordem jurídica brasileira, levando em conta suas aproximações e distanciamentos em relação à *class action* do direito norte-americano.

2. Espécies de direitos que comportam tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro

Embora o sistema de proteção coletiva dos direitos esteja delineado na Constituição Federal, sua implementação se deu por via de duas importantes leis ordinárias, uma anterior e outra posterior à Carta de 1988: a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Da combinação desses dois diplomas legais é que se vai compreender, verdadeiramente, as diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira, que são divididas em três categorias: direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos⁷.

As duas primeiras espécies – difusos e coletivos – abrangem direitos que se dizem *transindividuais* e *indivisíveis*. Nesses dois termos, expressam-se as características essenciais: do ponto de vista subjetivo, são titularizados por uma pluralidade de pessoas; quanto ao seu objeto, não comportam fracionamento. Daí resulta que não podem ser fruídos individualmente, em quotas-parte, nem tampouco podem ser objeto de disposição por qualquer dos co-titulares. Ademais, como intuitivo, a lesão ao direito de um único interessado importa em lesão ao direito de todos os demais. Não é o que ocorre, todavia, com os denominados direitos individuais homogêneos, que são direitos divisíveis e disponíveis. A tutela coletiva, nesse caso, pode atender a uma conveniência vislumbrada pelo legislador, mas não é exigida pela natureza do direito. A seguir, uma breve nota sobre cada uma das situações.

⁷ Devido à incerteza doutrinária quanto ao sentido e alcance desses conceitos, a Lei nº 8.078/90 optou por definir cada um deles, em dispositivo que tem a seguinte dicção: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Embora a Lei nº 8.078/90 tenha por objeto a proteção apenas dos direitos do consumidor, o art. 21 determinou sua aplicação à defesa coletiva de direitos de qualquer natureza.

2.1. Direitos difusos

Os direitos difusos confundem-se, muitas vezes, com o interesse da sociedade como um todo. Seus titulares são um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato, como habitarem em uma mesma cidade, desfrutarem de uma mesma paisagem ou dependerem de um mesmo rio para abastecimento de água. Exemplos típicos de direitos difusos são o direito a um meio ambiente saudável, à publicidade que não seja enganosa, a produtos cujo consumo não seja inadvertidamente nocivo. O fato de um direito ser difuso não impede que alguém que tenha sofrido uma lesão individual vá a juízo por conta própria, como no caso de uma pessoa que tenha sido vítima de um dano direto causado pela poluição de um rio ou pela compra de um medicamento que não advertia acerca dos riscos que trazia para a saúde⁸.

2.2. Direitos coletivos

Os direitos coletivos, igualmente transindividuais e indivisíveis, são titularizados por “[...] grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (Lei nº 8.079/90, art. 81, II). O traço distintivo em relação aos direitos difusos é a determinabilidade dos titulares do direito, em razão do caráter mais restrito das pessoas afetadas. Alguns exemplos de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base⁹ e que tenham sido vítimas de um dano coletivo: os acionistas de uma sociedade por ações, afetados por uma decisão ilegal da diretoria; os condôminos de um edifício de apartamentos, vítimas de uma exigência irrazoável da prefeitura. A hipótese de uma relação jurídica base com a parte contrária pode ser ilustrada com a situação em que grupo de alunos de uma universidade, portadores de deficiência física, postulam a construção de um acesso especial para cadeiras de rodas¹⁰.

2.3. Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos são laconicamente definidos pela lei como “[...] os decorrentes de origem comum”. Trata-se de direitos divisíveis e com titulares certos. Ainda assim, a lei admite a tutela coletiva, na presunção de que ela seja mais

⁸ Caso rumoroso ocorrido no Brasil, em 2003, foi o de um fabricante de pílulas anti-concepcionais que, por equívoco, colocou em diversas embalagens placebo em vez do medicamento. Inúmeras mulheres engravidaram involuntariamente e ajuizaram ações contra o laboratório fabricante.

⁹ A relação jurídica base preexistente não se confunde com a relação jurídica decorrente da lesão ao direito coletivo e geradora da pretensão em face de quem lhe deu causa. V. Moreira (1977); e Grinover (1999, p. 722).

¹⁰ Veja-se que neste exemplo não há relação jurídica dos alunos entre si, mas apenas entre eles e a universidade. Os interessados são determinados ou determináveis, o que exclui a hipótese de direito difuso. E a indivisibilidade é evidente: ou se constroem as rampas, e todos os interessados são satisfeitos, ou não se constroem, e nenhum o é.

conveniente ou adequada. Se a presunção não se confirmar, a ação coletiva não deverá ser admitida. A proteção coletiva desses direitos corresponde à *class action for damages* do direito norte-americano, à qual se fará referência um pouco mais à frente. No direito brasileiro, dois são os requisitos para a proteção desses direitos: a origem comum e a homogeneidade.

A expressão *origem comum* refere-se à causa que serve de fundamento para a pretensão veiculada como, por exemplo, o acidente de avião, a contaminação de um medicamento, a colocação de água em um suco vendido como puro¹¹. Há quem faça distinção entre origem comum próxima e remota, em função da intensidade do nexos causal em relação ao dano¹². A *homogeneidade* refere-se à identidade ou proximidade de situações entre as pessoas integrantes da classe, de modo a justificar sua reunião no pólo ativo de uma única ação. As ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos mereceram disciplina especial da legislação que será objeto de comentário a seguir.

3. As diferentes modalidades de proteção coletiva dos direitos no sistema brasileiro

A ordem jurídica brasileira lida com a proteção coletiva dos direitos por via de dois grupos de mecanismos distintos. O *primeiro* deles congrega as ações de controle de constitucionalidade por via de ação direta que, embora não se destinem de forma *imediate* à proteção de direitos subjetivos, prestam-se a esse fim em muitas ocasiões, daí poder-se considerá-las uma modalidade excepcional de tutela coletiva. No *segundo* grupo, estão as diferentes possibilidades de ações por meio das quais é possível veicular pretensões subjetivas em caráter coletivo. Uma dessas possibilidades é a chamada *ação civil pública*, à qual se dedicará um capítulo específico, por guardar paralelismo mais próximo com a *class action* do direito norte-americano. Antes disso, porém, com o objetivo de fornecer, de maneira sumária, uma visão panorâmica do sistema, fazem-se alguns comentários acerca do controle de constitucionalidade por ação direta e de outras hipóteses em que pretensões subjetivas podem ser levadas ao Judiciário coletivamente¹³.

¹¹ A origem comum pode ser de fato ou de direito e, como observado em Grinover (1999, p. 724), “[...] não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.

¹² Nessa linha, Grinover (2001, p. 31): “Mas é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos”.

¹³ O debate sobre a atuação dos sindicatos ou sobre a ação popular levariam a um desvio excessivamente longo. Registra-se apenas a matriz constitucional de cada uma dessas situações: “Art. 8º, III – ao sindicato

De início, parece próprio estabelecer duas distinções importantes do direito brasileiro em relação ao direito francês. Em primeiro lugar, vigora entre nós o sistema de jurisdição una, em que todas as ações são propostas exclusivamente perante o Poder Judiciário, inexistindo uma jurisdição administrativa¹⁴. Em segundo lugar, prevalece no Brasil o princípio da supremacia da Constituição, atribuindo-se a juízes e tribunais o papel de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Trata-se de controle repressivo, e não preventivo, realizado após a publicação e vigência do ato do Poder Legislativo.

3.1. O controle de constitucionalidade por ação direta

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil pode ser exercido de duas maneiras: por via incidental e por via principal ou por ação direta¹⁵. O controle *incidental* corresponde ao sistema norte-americano de *judicial review*: ao decidir um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei que, fundamentadamente, considere inconstitucional. Já o controle por via *principal* consiste na possibilidade de se propor uma ação, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discute em tese, em abstrato, fora de um caso concreto, a constitucionalidade de uma lei. Trata-se de fórmula inspirada no modelo austríaco de jurisdição constitucional. A decisão proferida nessa hipótese de controle tem natureza vinculante e produz efeitos em relação a todos (*erga omnes*)¹⁶.

Pois bem: esse mecanismo de controle de constitucionalidade por ação direta só pode ser deflagrado por um número limitado de órgãos e entidades previsto na própria Constituição, quase todos integrantes da Administração Pública ou dotados de personalidade de direito público¹⁷. Figuram, todavia, dentre os que têm direito

cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; “Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

¹⁴ Constituição Federal, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁵ Sobre o tema, v. Barroso (2004) e Moreira (2003).

¹⁶ V. Constituição Federal, art. 102, § 2º: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Não é o caso de se aprofundar aqui a discussão sobre as diferentes possibilidades de controle de constitucionalidade por via de ação direta no Brasil.

¹⁷ Constituição Federal, art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho

de propositura da ação direta as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional¹⁸. Embora a ação direta não se destine, em teoria, à tutela de direitos subjetivos, e sim da integridade do sistema constitucional, na prática ela constitui um primeiro mecanismo de defesa coletiva de direitos por entes da sociedade civil. Preenchido o requisito da pertinência temática¹⁹, podem eles postular a invalidade de leis que afetem negativamente as categorias por eles representadas²⁰.

É certo que a modalidade de atuação prevista acima tem caráter excepcional, por se tratar de uma jurisdição abstrata e de um processo objetivo. De fato, nessas situações, o Judiciário não desempenha sua função típica, que é a aplicação da lei a casos concretos envolvendo litígios entre partes (*i.e.*, um processo subjetivo, um *case or controversy*, para utilizar a expressão americana).

3.2. Modalidades convencionais

O direito brasileiro admite diversas formas pelas quais é possível tutelar coletivamente direitos e interesses. Não é o caso de se procurar sistematizar todas essas possibilidades, já que o foco aqui está voltado especificamente para uma delas: a ação civil pública. Faz-se, no entanto, breve menção a duas outras hipóteses previstas diretamente pela Constituição²¹. A primeira delas envolve a legitimação ativa ampliada das entidades

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

¹⁸ Merece referência, também, o direito de propositura da ação direta pelo Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal e que desfruta de grande autonomia, assegurada constitucionalmente. Sua legitimação para propor ações dessa natureza é ilimitada (universal) e pode ele agir no interesse da sociedade, mesmo que contra o interesse do governo.

¹⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como exigência complementar à legitimação ativa para propositura de ação direta, a existência de uma relação lógica entre a questão versada na lei impugnada e os objetivos sociais da entidade requerente. Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida.

²⁰ Algumas das mais importantes questões levadas à apreciação do STF nos últimos tempos deveram-se à iniciativa de associações de classe. Vale destacar: ADIn 3367-DF, proposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, questionando a Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), na parte em que instituiu um órgão de controle administrativo da magistratura com participação de membros externos à instituição; ADPF 54, questionando a incidência de norma penal que tipifica o aborto no caso de antecipação do parto de fetos anencefálicos, sob o fundamento central de que a incidência da norma penal violaria a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual e o direito à saúde; ADIn 3.105-DF, questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41, que instituiu a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos e dos pensionistas; ADIn 2925-DF, proposta pela CNT – Confederação Nacional do Transporte, questionando a constitucionalidade da indevida destinação feita pela lei orçamentária de recursos arrecadados com tributo (a contribuição de intervenção no domínio econômico denominada CIDE), que tinha por finalidade programas específicos, como financiamento de projetos ambientais ligados à indústria do petróleo e de infra-estrutura de transporte.

²¹ A Constituição prevê ainda a ação popular e a possibilidade de os sindicatos agirem em nome de seus filiados. Os debates sobre a atuação dos sindicatos ou sobre a ação popular levariam a um desvio excessivamente longo. Registra-se apenas a matriz constitucional de cada uma dessas situações: “Art. 8º, III – ao

associativas para atuarem em nome de seus associados. Com efeito, a Constituição Federal, visando a ampliar os casos de tutela coletiva de direitos no Brasil, previu em seu art. 5º, XXI, uma hipótese específica de legitimação ativa, em dispositivo assim redigido: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Trata-se, aqui, da figura da *representação*: a associação poderá ingressar em juízo em nome de seus associados, para promover direitos individuais por eles titularizados. Como não se trata de atuação em nome próprio, é indispensável a autorização dos representados²² e o interesse em jogo deverá ter relação com o objeto social da associação²³. Essa modalidade de defesa de interesses individuais justifica-se, notadamente, nos casos em que a atuação de uma única pessoa seja impossível, difícil ou inconveniente por razões econômicas, sociais ou outras. Um exemplo desse tipo de representação: a associação de pais e alunos de uma determinada escola postula a invalidação de aumento das mensalidades escolares que considera abusivo²⁴.

sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; “Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

²² Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição houve precedentes entendendo que a autorização deveria ser específica, tendo por objeto a representação dos associados no caso concreto que se queria levar a juízo (MS 1043-DF, Rel. Min. Garcia Vieira). Todavia, acabou por se consolidar entendimento diverso, no sentido de que basta uma autorização genérica, constante do estatuto da pessoa jurídica ou da lei instituidora da entidade. Nesse sentido, exemplificativamente: REsp 506692-RS, Rel. Min. Francisco Falcão: “A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante no estatuto”.

²³ Não basta que a associação seja apta, em tese, à propositura de ação coletiva. A jurisprudência consolidou o entendimento de que o interesse a ser tutelado em cada caso concreto deve guardar relação com as finalidades institucionais da entidade, para que esta seja parte legítima. As associações não se transformam, portanto, em procuradores indiscriminados dos seus filiados para a defesa de interesses particulares. Não poderiam, por exemplo, propor ação de despejo por um dos seus associados, em relação a imóvel de sua propriedade. Nesse sentido, v. exemplificativamente, a seguinte decisão: REsp 165484-RS, Rel. Min. Ari Pargendler: “A associação que tenha entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor está legitimada a propor ações coletivas que visem à tutela judicial de seus propósitos”.

²⁴ Nesse sentido, v. REsp 132906-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Outros exemplos: 1) legitimidade de associação de moradores para: a) contestar decreto municipal que alterou o itinerário de linhas de ônibus, supostamente em prejuízo dos moradores (RMS 7272-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler); b) defesa do meio ambiente local (REsp 332.879-SP, Rel. Min. Eliana Calmon); 2) legitimidade de fundação que presta assistência social a comunidade de pescadores para obstar construção de fábrica que degradaria a natureza no local, inviabilizando a pesca (AR 497-BA, Rel. Min. Garcia Vieira); 3) legitimidade de associação de defesa do consumidor para: a) contestar aumentos na mensalidade de planos de saúde (REsp 171373-SP, Rel. Min. Barros Monteiro); b) postular a declaração de nulidade de contrato celebrado entre o Poder Público (Município) e empresa concessionária de serviço público pela inexistência de cláusula que permitisse o controle das tarifas que seriam cobradas dos usuários (REsp 626019-SC, Rel. Min. Francisco Falcão); c) exigir de bancos valores pagos a menor a titulares de cadernetas de poupança, por conta da inci-

Uma segunda via de defesa coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo, criado pela Constituição de 1988. O mandado de segurança, de natureza individual, já existia no direito brasileiro desde 1934, consistindo em uma ação civil de rito sumário destinada a proteger direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública²⁵. O mandado de segurança *coletivo* distingue-se do tradicional apenas no que diz respeito à legitimação ativa para propô-lo. De fato, em relação a ele se prevê a possibilidade de organização sindical, entidade de classe, associação existente há mais de um ano e partidos políticos atuarem na defesa dos interesses de seus membros ou associados. Confira-se a redação do art. 5º, LXX:

LXX - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Consoante doutrina dominante e jurisprudência pacífica, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a situação aqui é de *substituição processual*²⁶, e não de representação. O sindicato, a entidade de classe ou associação²⁷ atuam em nome próprio, ainda que na promoção de direitos de terceiros. Por essa razão, não é necessária a manifestação prévia e expressa dos membros ou filiados, uma vez que a autorização para agir

dência de índices incorretos de correção monetária (Agr no REsp 651038-PR, Rel. Min. Nancy Andrigui).

²⁵ Constituição Federal, art. 5º, LXIX: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A expressão *direito líquido e certo* é tradicional na doutrina e na legislação brasileira, servindo para designar o direito que pode ser verificado de plano, independentemente da necessidade de produção de provas, por já se encontrar ela pré-constituída ou por versar a disputa questão puramente de direito.

²⁶ Como regra, o ordenamento jurídico confere legitimidade processual aos titulares da relação jurídica material litigiosa, naturais detentores do interesse em agir. Excepcionalmente, a lei pode atribuir legitimidade a pessoa estranha à relação jurídica controvertida, mas a ela ligada por interesse juridicamente relevante. Trata-se da chamada legitimação extraordinária ou substituição processual. Ao contrário do representante, o substituto ostenta a condição de parte na demanda, atuando de forma autônoma e em nome próprio, inclusive para o efeito de suportar os ônus processuais decorrentes de condenação ou da imposição de penalidades, como as decorrentes de litigância de má-fé. Por outro lado, é da essência da substituição processual a possibilidade de modificação da situação jurídico-material, afetando, favorável ou desfavoravelmente, a posição jurídica do substituído. Por isso mesmo o legislador deve ser parcimonioso no momento de estabelecer hipóteses de legitimação extraordinária, geralmente justificadas quando se presume que o substituto terá condições de defender o interesse de forma mais adequada do que o substituído. Sobre o tema no direito brasileiro, v. Dinamarco (2001, p. 308-310).

²⁷ A atuação dos partidos políticos envolve complexidades maiores e alguma indefinição doutrinária e jurisprudencial, que não serão investigadas aqui.

decorre diretamente do texto normativo. Sobre os efeitos subjetivos da decisão nessa hipótese, aplicam-se as mesmas regras da ação civil pública, que serão estudadas mais adiante.

4. A ação civil pública do direito brasileiro²⁸

O principal instrumento de defesa coletiva de direitos no ordenamento jurídico brasileiro é a ação civil pública, também referida como ação coletiva, criada pela Lei nº 7.347/85 e complementada pela Lei nº 8.078/90, ambas já referidas. Ao longo dos anos, por disposição normativa expressa ou por construção jurisprudencial, tem ela se prestado à tutela de bens jurídicos como o meio-ambiente, o direito dos consumidores, o patrimônio público, os bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística, a moralidade administrativa, a economia popular, dentre outros²⁹. Do ponto de vista processual, a legislação aplicável à ação civil pública dá tratamento uniforme à proteção dos direitos difusos e coletivos, mas institui regime jurídico próprio para a defesa de direitos individuais homogêneos.

É interessante observar que, na experiência brasileira, a proteção dos direitos difusos e coletivos gerou, ao longo dos anos, um volume de ações bastante mais significativo que o de demandas voltadas à promoção dos direitos individuais homogêneos. É possível especular diferentes razões para esse fenômeno. Uma delas, certamente, é a atuação do Ministério Público, que figura como principal protagonista das ações civis públicas no direito brasileiro e cuja legitimação para agir recai, sobretudo, sobre aquelas espécies de direitos³⁰. O Ministério Público pode, igualmente, instaurar inquérito civil público,

²⁸ Parte da doutrina brasileira estabelece uma distinção entre as expressões *ação coletiva* e *ação civil pública*. A primeira identificaria o gênero, ao passo que o termo ação civil pública deveria ser reservado para os casos de ação coletiva movida pelo Ministério Público (nesse sentido, *e.g.*, Mazzilli (1999, p. 51 e 52). A distinção não consta da lei da ação civil pública, mas foi seguida no Código de Defesa do Consumidor. Fica apenas o registro, com a ressalva de que, na prática, a discussão é meramente terminológica, eis que o procedimento a ser seguido é praticamente o mesmo em ambas as hipóteses.

²⁹ Outros exemplos: (i) a Lei nº 7.913, de 7.12.1989, autoriza o Ministério Público a propor ação civil pública por danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado por operações fraudulentas e similares, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado (a condenação deve reverter para os investidores lesados, na proporção de seu prejuízo); (ii) a Lei nº 8.069, de 13.7.1990 (ECA), prevê a utilização da ação civil pública para proteção dos direitos relacionados à infância e adolescência; e (iii) a Lei nº 8.884, de 11.6.1994 (CADE), autoriza que os prejudicados, por si ou por seus legitimados previstos no art. 82 do CDC, ingressem em juízo para obter a cessação de infrações à ordem econômica e a indenização respectiva. Observe-se que o primeiro e o terceiro itens acima são exemplos típicos de direitos individuais homogêneos.

³⁰ De acordo com levantamento feito por Carneiro (1999), mais de 60% das ações civis públicas propostas no Rio de Janeiro no período entre 1987 e 1996 tiveram como autor o Ministério Público. Embora não se tenha tido acesso a dados mais recentes, nada sugere que esta tendência tenha sido alterada.

anteriormente à propositura da ação, para colher informações e provas³¹.

Nada obstante isso, em razão da finalidade do presente estudo, os parágrafos seguintes darão maior ênfase ao modo como o direito brasileiro disciplina a ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos, por ser essa a hipótese mais próxima da *class action for damages* do direito norte-americano. De maneira objetiva, serão comentados alguns aspectos do procedimento previsto e três das questões centrais de qualquer discussão envolvendo as ações de classe: a legitimação ativa, o devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e os efeitos da coisa julgada.

4.1. A legitimação ativa nas ações coletivas

A legislação brasileira deu tratamento uniforme à legitimação ativa para a propositura de ação coletiva, independentemente de estarem em jogo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Cumpre assinalar, de início, a opção de não se reconhecer a possibilidade de atuação de pessoas físicas na defesa de tais direitos. A decisão política do legislador brasileiro foi no sentido de atribuir a legitimação ativa a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou a órgãos públicos dotados de autonomia, a saber: o Ministério Público, as associações constituídas há mais de um ano e cujo objeto tenha pertinência com o direito tutelado e entidades e órgãos da Administração Pública, incluídos a União, os Estados e os Municípios³².

A fórmula adotada, consoante manifestação expressa de juristas que participaram da elaboração dos projetos de leis relevantes, visou a impedir desvios que poderiam advir da legitimação individual³³. De parte disso, evitou-se conferir ao juiz da causa competência

³¹ Tanto a Constituição como a legislação específica prevêm a possibilidade de o Ministério Público conduzir um procedimento de investigação prévio, ainda na esfera administrativa, denominado *inquérito civil*. Tal procedimento administrativo destina-se a colher elementos para eventual propositura de ação civil pública, quando isso seja necessário. Na condução do inquérito civil, o Ministério Público dispõe de amplos poderes instrutórios, podendo ouvir testemunhas, requisitar documentos e informações de autoridades públicas e de particulares, solicitar a realização de perícias, dentre outras medidas. A legislação admite, igualmente, a celebração de um acordo (transação), denominado de Termo de Ajustamento de Conduta, pelo qual a parte à qual se imputa o comportamento irregular se compromete a proceder na forma avencada.

³² V. Lei n. 7.347, de 1985, art. 5º e Lei n. 8.078, de 1990, art. 82, onde se lê: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – O Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”. O § 1º do mesmo art. 82 permite a dispensa pelo juiz do requisito da pré-constituição, no caso de defesa dos direitos individuais homogêneos, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³³ Conforme mencionado anteriormente, no direito brasileiro existe, de longa data, a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão e que também se presta, em alguma medida, à tutela de interesses difusos e coletivos. Ao longo dos anos, tal remédio foi utilizado, muitas vezes, como instrumento de pres-

para exercer o controle sobre a *representatividade adequada* do autor da ação. Criou-se, como se percebe, um sistema baseado na presunção de que determinadas entidades e instituições teriam essa capacidade, embora tal presunção possa eventualmente ser afastada no exame do caso concreto³⁴. Note-se que o Ministério Público, instituição responsável pelo ajuizamento da grande maioria de ações civis públicas em matéria de direitos difusos e coletivos, tem sua atuação limitada quando se trate de direitos individuais homogêneos³⁵, somente tendo legitimação para agir quando os direitos em disputa sejam indisponíveis³⁶ ou haja interesse social relevante envolvido³⁷ ou relevância social na tutela coletiva³⁸.

4.2. O procedimento da ação coletiva – o devido processo legal

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como um procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter *genérico*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado³⁹. Após o trânsito em julgado dessa decisão, terá início a segunda etapa, consistente na liquidação e na execução da

são política e até de vingança pessoal. Igualmente, procurou-se evitar desvios que marcaram a trajetória da *class action* norte-americana, consoante preocupação manifestada por Grinover (1999, p. 733): “Nos Estados Unidos, onde as *class actions* têm longa tradição, há opiniões favoráveis (*one of the most socially useful remedies in history*) e também negativas (*legalized blackmail*), e não são poucos os que manifestam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, em vez de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam”.

³⁴ No caso das associações, por exemplo, exige-se que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico ou do consumidor (Lei n. 7.347/85, art. 5º).

³⁵ Sobre o tema, v. Barroso (2003, p. 229).

³⁶ Como, por exemplo, em questões envolvendo direitos trabalhistas ou a proteção de menores, domínios que, embora privados, são freqüentemente regidos por normas de ordem pública e interesses que transcendem aos das partes envolvidas.

³⁷ Como, por exemplo, saúde, educação e segurança, dentre outros. Por tal fundamento têm sido admitidas ações ajuizadas pelo Ministério Público em questões como reparação por danos causados à saúde de trabalhadores submetidos a condições insalubres, a declaração de nulidade de cláusulas abusivas na aquisição de imóveis financiados por instituições financeiras ou o reajuste excessivo de prestações de planos de saúde.

³⁸ Como, por exemplo, as situações em que o proveito individual é insuficiente para motivar partes privadas a ajuizarem a ação, mas a lesão ao interesse coletivo é significativa. É o que ocorre no caso do produtor de leite que adiciona água ao produto, causando pequena lesão ao direito individual, mas lucrando indevidamente com um dano causado à coletividade.

³⁹ V. Lei n° 8.078/90, arts. 91 e 95, a seguir transcritos: “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”; “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

sentença condenatória. Nessa fase, cada vítima (ou seus sucessores) deverá provar, em processo individual, o dano sofrido e o nexo de causalidade, procedendo-se à quantificação da reparação⁴⁰. A liquidação e a execução poderão se desenrolar no foro do domicílio do autor individual, mesmo que seja diverso daquele em que tramitou o processo original no qual se produziu a decisão genérica⁴¹.

A lei admite que se promova a liquidação e a execução da sentença de modo coletivo, em favor das vítimas ou de seus sucessores, o que pode se justificar, sobretudo, no caso de dificuldades econômicas ou sociais dos beneficiários da decisão⁴². Hipótese diversa e interessante é a que permite que as entidades e os órgãos dotados de legitimidade para a ação coletiva possam promover a liquidação e a execução no caso de inércia dos interessados. Por vezes, a despeito da gravidade do dano coletivo, o benefício individual a ser colhido por cada um é inexpressivo, não havendo motivação por parte das vítimas em receberem a sua quota-parte. Nesse caso, o produto da indenização irá reverter para um fundo público⁴³.

Dois mecanismos no direito brasileiro procuram assegurar o devido processo legal nas ações de classe ou coletivas: a ciência a todos do ajuizamento da ação, de modo a permitir que os interessados possam participar do processo; a exclusão, do raio de efeitos da decisão, de todos aqueles que não foram parte no processo. Quanto à ciência, a lei exige a publicação de edital na imprensa oficial, comunicando a propositura da ação e facultando o ingresso dos interessados como litisconsortes. A lei incentiva, também, a divulgação do fato pelos meios de comunicação social, a ser feita pelos órgãos de defesa do consumidor⁴⁴. Não se exige, porém, a intimação pessoal de todos os interessados, o que simplifica o procedimento, mas transforma a efetiva ciência dos potenciais interessados em uma relativa ficção. Em contrapartida, a legislação brasileira dá um tratamento singular aos efeitos subjetivos da coisa julgada, impedindo que eles afetem negativamente quem não tenha sido parte no processo. É

⁴⁰ V. Lei nº 8.078/90: “Art. 97. A liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

⁴¹ Assim se tem entendido, com base nas regras gerais do processo civil, apesar de ter havido veto presidencial ao dispositivo da Lei nº 8.078/90, que explicitava tal possibilidade. V. Grinover (1999, p. 789).

⁴² Além do art. 97 da Lei nº 8.078/90, transcrito acima, v. também: “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”. Nesta hipótese, todavia, as vítimas e seus sucessores seriam *representados* pelas entidades e órgãos dotados de legitimação, e não substituídos por eles.

⁴³ V. Lei nº 8.078/90: “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Par. Único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

⁴⁴ V. Lei nº 8.078/90: “Art. 94. 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”.

o que se verá no tópico seguinte. Note-se que a sentença prolatada na primeira fase da ação coletiva – a que tem natureza genérica – também será publicada na imprensa oficial, facultando-se a todos os interessados, inclusive aos que não tenham sido partes na primeira etapa, a possibilidade de instaurarem o procedimento individual de liquidação e execução.

4.3. Os efeitos da coisa julgada

O ordenamento jurídico brasileiro trata de maneira assemelhada os efeitos da decisão nas ações voltadas para a defesa dos direitos difusos e coletivos. E institui um regime diverso em relação às decisões proferidas no âmbito da proteção dos direitos individuais homogêneos. Relativamente às decisões versando direitos difusos e coletivos, há um primeiro traço comum e digno de nota: se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, valendo-se de nova prova⁴⁵. Quanto aos efeitos subjetivos da coisa julgada, eles se produzirão, no caso de direitos difusos, em relação a todos (*erga omnes*), tendo em vista a indivisibilidade de seu objeto e a pluralidade indeterminada de titulares. Em relação aos direitos coletivos, os efeitos atingirão apenas os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligados entre si ou com a outra parte por uma relação jurídica base⁴⁶. A possibilidade de simultaneamente tramitarem ação coletiva e ação individual acerca do mesmo objeto mereceu atenção específica do legislador.

De fato, os efeitos da coisa julgada, nas ações coletivas versando direitos difusos ou coletivos, não prejudicarão os direitos individuais eventualmente existentes⁴⁷. Mais que isso, deixa-se claro que sequer haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual que poderão tramitar ao mesmo tempo, caso o autor individual assim deseje. Nada obstante, não poderá ele beneficiar-se da coisa julgada que vier a se produzir na ação coletiva, caso não opte pela suspensão do seu processo no prazo de trinta dias, a

⁴⁵ Previsão análoga já existia no direito brasileiro desde a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular. A finalidade de tal comando é impedir que a tutela coletiva de determinado direito fique comprometida pela má atuação processual de um dos legitimados.

⁴⁶ Os efeitos da decisão em matéria de direitos difusos e coletivos vêm previstos no art. 103, incisos I e II da Lei nº 8.078/90, que têm a seguinte redação: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – ‘*erga omnes*’, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 (*interesses ou direitos difusos*); II – ‘*ultra partes*’, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 (*interesses ou direitos coletivos*)”.

⁴⁷ Por exemplo: o fato de ser julgada improcedente uma ação civil pública visando ao fechamento de uma fábrica que causava poluição em determinado rio não afetará eventual pretensão individual de pessoa que tenha sido contaminada; ou a improcedência de um pedido para retirada de determinado medicamento do mercado não afetará o direito individual de alguém que tenha sofrido dano em razão de haver consumido tal medicamento.

contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva⁴⁸.

A questão dos efeitos das decisões em ações coletivas destinadas à proteção dos direitos individuais homogêneos mereceu atenção especial por parte da doutrina e da legislação. Especialmente pelas dificuldades relacionadas à notificação de todos os potenciais interessados em figurar no pólo ativo da ação, entendeu-se que a decisão desfavorável não deveria afetar quem não fosse parte na demanda. A solução adotada, como conseqüência, foi a da denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, pela qual os efeitos subjetivos da decisão se estendem a todos os interessados, se o pedido for acolhido; mas somente aos que figurarem efetivamente no processo, no caso de sua rejeição. Em suma: nos termos da legislação em vigor, a decisão fará coisa julgada contra todos apenas no caso de procedência do pedido e para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização individual⁴⁹.

Por fim, cabe relembrar a possibilidade de celebração de um acordo ou compromisso, denominado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, que produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, desde que tenha sido homologado pelo juiz competente. Por esse documento, o Ministério Público ou qualquer das entidades e órgãos públicos legitimados a propor a ação firmam um ajuste com a parte à qual se imputa determinado comportamento irregular, obrigando-se ela a adequar sua conduta. Em caso de descumprimento, caberá execução direta, sem necessidade de se instaurar processo de conhecimento. Nos últimos anos, foram aprovadas algumas leis restritivas da tutela coletiva, limitando os efeitos territoriais da decisão⁵⁰, dificultando sua utilização contra o Poder Público⁵¹ e restringindo seu objeto, impedindo a utilização da via para discutir certas questões, como as que envolvem matéria tributária⁵². Essas alterações foram recebidas em tom severamente crítico pela doutrina. Não será o caso de aprofundar essa discussão nesta instância.

⁴⁸ V. Lei nº 8.078/90, arts. 103, § 1º e 104: “Art. 103, § 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I (*direitos difusos*) e II (*direitos coletivos*) não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

⁴⁹ V. Lei nº 8.078/90, art. 103 e § 2º: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: (...) III – ‘erga omnes’, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 (*interesses ou direitos individuais homogêneos*). [...] § 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

⁵⁰ Lei nº 9494/97, que deu nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.437/85.

⁵¹ O art. 2º-A da Lei nº 9494/97 (introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/01), passou a exigir, nas ações coletivas propostas por entidade associativa contra a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, a apresentação da ata da assembléia que autorizou a propositura da ação, acompanhada de relação nominal e endereço de todos os associados. Além disso, a mesma lei introduziu restrições a concessão de liminares e medidas antecipatórias da tutela contra o Poder Público.

⁵² Medida Provisória nº 2.108-35/01, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/85.

5. Alguns aspectos da *class action* norte-americana⁵³

No direito norte-americano, a ação de classe dá lugar a um tipo de processo no qual uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas atuam em juízo na qualidade de *representantes* de um grupo maior, uma *classe*, em razão de compartilharem um interesse comum. No plano da jurisdição federal, a matéria é regulada pela Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure* – FRCP, cuja redação data, no essencial, de 1966⁵⁴. Ali se estabelecem, no art. 23 (a), os pré-requisitos gerais de cabimento de qualquer ação de classe, que são os seguintes:

(1) *número de pessoas envolvidas*: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros; (2) *questões comuns*: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe; (3) *teses jurídicas típicas*: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder (devem ‘ser típicos’) aos interesses de toda a classe; (4) *representatividade adequada*: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe⁵⁵ (tradução nossa).

As normas federais nos Estados Unidos admitem três modalidades de *class action*, para as quais são estabelecidos requisitos específicos diversos. O primeiro tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b; 1) é para as hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de: decisões contraditórias; ou afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe⁵⁶. Trata-se de figura próxima à do

⁵³ Sobre *class action* na doutrina brasileira, v. Tucci (1990); Grinover (2001); Pinho (2002); Bueno (1996). Na literatura jurídica norte-americana, v. Friedenthal, Kane e Miller (1993); James, Hazard e Leubsdorf (1992); Crump (1998).

⁵⁴ Os itens *c, e, g e h* da Rule 23 foram recentemente alterados pela Suprema Corte, em 27.03.03, após deliberação da *Judicial Conference of The United States*. Trata-se do exercício de atribuição deferida pelo Congresso.

⁵⁵ FRCP, Rule 23 (a): “Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

⁵⁶ FRCP, Rule 23: “(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests;”.

litisconsórcio unitário do direito brasileiro⁵⁷. Característica desse tipo de situação é a impossibilidade de algum interessado pretender ficar excluído dos efeitos da decisão. Na expressão em inglês, os membros da classe não podem proceder ao *opt out*.

O segundo tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b; 2), é aplicável a situações nas quais alguém age – ou deixa de agir – de maneira inadequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer⁵⁸. Ilustração típica desta hipótese, no direito norte-americano, são os casos relacionados com os *civil rights*, nos quais uma classe – negros, mulheres, imigrantes – alegam discriminação por parte, por exemplo, de seu empregador. A decisão judicial será uma *injunction* ou um *declaratory relief* – vale dizer, a proibição ou a imposição de determinada conduta – não se prestando este tipo de ação de classe a pedido de indenização. Também aqui não é possível a um membro da classe eximir-se dos efeitos do julgado (*opt out*). O terceiro tipo de ação de classe norte-americano, regulado pela Regra 23 (b; 3), é o mais comum, conhecido como *class action for damages*. A ela se dedica a parte final deste tópico. Os requisitos específicos de admissibilidade nesta hipótese são dois:

(3) *predominância das questões comuns*: as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros deverão predominar sobre as questões que afetam os membros apenas individualmente; *superioridade da tutela por ação de classe*: a ação de classe é mais adequada que outros mecanismos disponíveis para o julgamento justo e eficiente da controvérsia⁵⁹ (grifo nosso, tradução nossa).

Essa modalidade de *class action* é frequentemente empregada no caso de conduta inadequada de instituições financeiras e corretoras no mercado de capitais (*securities fraud*) e também de comportamentos abusivos ou anti-competitivos por parte de

⁵⁷ O termo litisconsórcio unitário – que se opõe ao chamado litisconsórcio simples – identifica a hipótese em que existe a obrigatoriedade de uma mesma decisão para todos os litisconsortes. Sobre o assunto, v. Moreira (1972), especialmente p. 11-13.

⁵⁸ FRCP, Rule 23 (b): “(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole;”.

⁵⁹ A Regra 23 (b; 3) procura fornecer parâmetros de avaliação a serem considerados pelo juiz para admissibilidade da *class action* nesta hipótese. Confira-se a íntegra do dispositivo: “(3) *the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action*”.

empresas, causando lesão a consumidores (*antitrust cases*). Nos casos de litígio de massa (*mass torts*)⁶⁰, a ação tem sido admitida em algumas situações⁶¹, embora a jurisprudência venha sendo bastante restritiva⁶². A seguir, comentários sobre alguns dos seus aspectos principais.

No tocante à legitimação ativa ou *representatividade adequada*, caberá ao juiz da causa, tão logo seja possível após o início da ação, determinar se a classe deve ser mantida, isto é, se o processo deve prosseguir como *class action*. Esse momento processual decisivo é denominado *certificação* da classe (*class certification*). Se o juiz negar a certificação, não haverá ação de classe, embora seja possível a continuação do processo apenas pelos *representantes*, mas já então a título individual.

Quanto aos aspectos do procedimento e do devido processo legal, cabe registrar, em primeiro lugar, o mecanismo pelo qual será dada ciência aos membros da classe sobre o ajuizamento da ação. De acordo com manifestação expressa da Suprema Corte, a notificação deverá ser feita individualmente a todos os interessados e pelo correio, às expensas dos autores da ação⁶³. Desnecessário enfatizar as dificuldades práticas daí resultantes. A notificação deverá informar aos interessados terem eles direito a requerer sua exclusão da ação. Em caso de acordo (*settlement*), exige-se prévia aprovação da corte, para que seja verificado se os interesses dos membros da classe que não figuram no processo foram adequadamente protegidos⁶⁴.

⁶⁰ A expressão *mass torts* refere-se a dois tipos de situação: a de um acidente (*single accident cases*), do qual resultem inúmeras vítimas, como a queda de um avião ou a explosão de uma fábrica de produtos tóxicos (como ocorreu em Bhopal, na Índia); e a de *responsabilidade por fato do produto* (*product liability*), como no caso de um medicamento que cause lesão grave nos pacientes ou da contaminação por exposição ao amianto.

⁶¹ A ação de classe foi admitida no caso de danos causados pela contaminação da água por resíduos tóxicos despejados por indústria química. A classe tinha 128 membros e foi representada por cinco autores. A corte reconheceu a responsabilidade e fixou os danos devidos a estes cinco. Quanto aos demais integrantes da classe, cada um deles instaurou o seu próprio processo (*mini-trials*), no qual deveria provar o seu dano específico. V. *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d. 1188 (6th Cir. 1988).

⁶² Uma *class action* proposta por hemofílicos que contraíram AIDS em transfusões de sangue não foi admitida, nem mesmo para o fim limitado de reconhecer a negligência de hospitais e produtores de derivados de sangue no controle do sangue utilizado. V. *In the matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995). Em outra *class action* ajuizada no interesse de vítimas da exposição ao amianto, a classe foi certificada para fins de acordo apenas. Nesse caso, em apenas um dia, foi ajuizada a ação, apresentada defesa e firmado acordo entre as partes, aprovado pela corte federal. A Suprema Corte, todavia, anulou a certificação da classe, sob os argumentos de que não havia predominância das questões comuns e que a representação era inadequada. Embora não tenha sido este um dos fundamentos da decisão, a Suprema Corte observou, igualmente, que havia problemas relativos à impossibilidade de dar notícia da ação a todos os possíveis membros da classe. V. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 117 S.Ct. 2231 (1997).

⁶³ V. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 117 S.Ct. 2231 (1997).

⁶⁴ Regra 23 (c). Há preocupação de que os réus não estejam *comprando* sua tranquilidade, mediante pagamento de honorários de êxito aos advogados, em detrimento dos interesses da classe. V. Steven (1999, p. 339).

A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão. Relembre-se que uma das características dessa terceira modalidade de ação de classe é, precisamente, o direito de *opt out*. Em fevereiro de 2005, foi aprovada lei federal denominada *Class Action Fairness Act of 2005*, com o propósito declarado de coibir abusos no emprego das ações de classe⁶⁵. A lei, de caráter claramente restritivo, institui regras de limitação ao recebimento de honorários em determinados tipos de acordo – *coupon settlements* (Section 1712), de proteção contra perdas pelos membros da classe (Section 1713) e de proteção contra discriminação dos membros da classe em razão do Estado de seu domicílio (Section 1714), além de impor exigência de notificação a autoridades estaduais e federais de qualquer acordo proposto (Section 1715). Ademais, a lei amplia a competência das cortes federais na matéria.

6. Conclusão: distinções essenciais entre os dois sistemas

Ao fim dessa exposição vai-se constatar que a ação civil pública brasileira e a *class action* norte-americana deram solução diversa para três questões fundamentais relacionadas à proteção coletiva dos direitos. Quanto à legitimação para agir, a ação civil pública pode ser proposta por órgãos públicos – com destaque para o Ministério Público –, por pessoas jurídicas de direito público – como a União, os Estados e os Municípios – e por pessoas privadas – como as associações de defesa do consumidor ou de proteção do meio ambiente; a *class action* pode ser proposta por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos aos quais se reconheça representatividade adequada. No caso brasileiro, portanto, a ação não pode ser proposta por pessoas físicas e, como regra geral, presume-se a representatividade adequada de determinadas pessoas ou órgãos. No caso norte-americano, a ação será normalmente proposta por pessoas físicas e cabe ao juiz da causa decidir acerca da representatividade adequada dos autores, certificando ou não a classe.

Quanto ao procedimento e ao devido processo legal, a ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos tem seu procedimento dividido em duas etapas: na primeira, postula-se uma decisão de caráter genérico, que fixe a responsabilidade do réu pelos danos causados; na segunda, cada vítima (ou seus sucessores) individualmente promoverá a quantificação e execução de seus danos. A notificação de todos os interessados se faz por publicação na imprensa oficial e a decisão não afetará negativamente quem não tenha sido parte no processo. A *class action* exige a notificação de todos os interessados e, ao menos no caso de *damages*, tal notificação deverá ser individual e pelo correio. A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão (*opt out*). O sistema norte-americano de

⁶⁵ Public Law 109-2 [S. 5], Feb. 18, 2005.

notificação é mais complexo e oneroso e o direito de exclusão precisa ser exercido expressamente. No Brasil, quem não tenha participado do processo não poderá sofrer prejuízo.

Quanto aos efeitos da decisão, no sistema brasileiro, a decisão proferida na ação civil pública produzirá os seguintes efeitos: no caso de direitos difusos, em relação a todos; no caso de direitos coletivos, em relação a todos os membros da classe; no caso de direitos individuais homogêneos, em relação a todas as vítimas (e seus sucessores), se o julgado for favorável, e sem afetá-los, se for desfavorável. A regra no direito brasileiro é a de que a ação coletiva não deve afetar negativamente os direitos individuais de quem não foi parte. No sistema norte-americano, a decisão proferida na *class action* irá repercutir sobre todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem não tenha exercido o direito de exclusão. No direito brasileiro compensa-se a não-exigência de notificação individual a todos os interessados com a limitação dos efeitos da sentença; ela somente servirá para beneficiar, nunca para prejudicar quem não tenha sido parte no processo.

Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, embora por motivações diferentes, a legislação, nos últimos anos, tem exibido uma tendência restritiva do uso das ações coletivas; no caso americano, ao que se noticia, como uma reação conservadora e sob a alegação de que os grandes beneficiários do sistema seriam os advogados. No caso brasileiro, como uma reação do Poder Público que, em múltiplas situações, é réu nesse tipo de ação. Sem embargo das idas e vindas, dos avanços e dos recuos, a experiência da ação civil pública do direito brasileiro ao longo dos últimos vinte anos constitui uma história de sucesso.

7. Referências bibliográficas

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno, As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92, 1996.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CRUMP, David; DORSANEO, Willian V.; PERSCHBACHER, Rex R. *Cases and material on civil procedure*. New York: Matthew Bender, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 350, p. 113, abr./jun. 2000.

EMANUEL, Steven L. *Civil procedure*. Aspen Publishers, 1999.

FLEMING JUNIOR, James; HAZARD JUNIOR, Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 4. ed. Boston: Little Brown, 1992.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 2. ed. Missouri: West, 1993;

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

HANKS, Eva H.; HERZ, Michael E.; NEMERSON, Steven S. *Elements of law*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1994.

HARRIS, Jim. Towards principles of overruling: when should a final court of appeal second guess. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 10, n. 2, p. 140, Summer 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: _____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. (Primeira Série).

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. (Terceira Série).

PATERSON, Alan. *The law lords*. London: Macmillan, 1982.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. As ações de classe: direito comparado e aspectos processuais relevantes. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 141, 2002.

RORIVE, Isabelle. La rupture de la *House of Lords* avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: Gérard, F. Ost; KERCHOVE, M. Van de. *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires St-Louis, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.