**DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS: UM ESTUDO COMPARADO COM O SISTEMA NORTE-AMERICANO DA TUTELA COLETIVA.[[1]](#footnote-1)**

*Laura Rita Sousa Cardoso [[2]](#footnote-2)*

*Renara Castelo Branco de Mello* ***[[3]](#footnote-3)***

**Sumário:** Introdução. 1 A “Class Action” no Direito Norte-Americano 2 A Tutela Coletiva no Direito Brasileiro. 3 Do Direito Comparado. Conclusão. Referências.

**RESUMO**

Diante da complexidade das relações oriundas da modernidade, necessário se fez ampliar o rol de possibilidades de proteção das garantias constitucionais, ultrapassando-se o mero individualismo do direito de ação e atribuindo-lhe caráter coletivo. Dentre os direitos passíveis de tutela coletiva temos os difusos, coletivos e individuais homogêneos, guardando este último estrita relação com a class action for damage do direito norte-americano. O presente estudo visa assim, por meio do direito comparado, analisar o sistema da class action norte-america e a tutela coletiva exercida no Brasil, sinalizando as proximidades entre os sistemas e influências sofridas.

**Palavras-Chave:** Class Action. Direitos Individuais Homogêneos. Ação Civil Pública.

**INTRODUÇÃO**

O ordenamento jurídico brasileiro diante da complexidade das relações interpessoais e principalmente da crescente ofensa a direitos amplos e coletivos possibilitou diversas formas de tutela coletiva dos direitos. O Código de Defesa do Consumidor em dialogo a Lei de Ação Civil Pública, definiu três situações nas quais se faz possível, sendo elas: direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos.

 Os últimos deles, os direitos individuais homogêneos, apresentam uma característica interessante, pois tratam em verdade de direitos com faceta individual, mas que por terem decorrido de um fato comum a determinadas pessoas, podem ser tutelados coletivamente. Depreende-se disso que tais direitos devem apresentar-se enquanto decorrentes de um fato comum, e ainda ser homogêneos, para que assim sejam passíveis de demanda coletiva.

 Não muito distante dessa lógica, encontram-se as class action for damages, que em verdade são uma espécie da class action, que nada mais é o do que o modelo norte-americano de tutela coletiva. A class action, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (1996) consiste no procedimento no qual uma pessoa ou um pequeno grupo, desde que existente um interesse comum, passam a representar um grupo maior de pessoas. E a class action for damages é a espécie onde há predominância das questões comuns sobre as individuais, e ainda aquela onde a tutela coletiva se apresenta como meio mais adequado para solucionar a lide do que a resolução individual.

 Assim, notória é a influência exercida pelo modelo norte-americano sobre o modelo brasileiro, a possibilidade de direitos individuais serem tutelados por uma coletividade por decorrem de um fato comum, nada mais é do que reflexo da class action for damages. No entanto, tais sistemas derivam de modelos jurídicos diferentes, sendo o modelo norte-americano regido pelo Common Law e o brasileiro pelo Civil Law, o que em si já denota haver diferenças entre ambos.

 E é no âmbito das diferenças que serão abordadas as principais tais como à legitimidade da ação civil pública e a impossibilidade de ser exercida por uma pessoa física, enquanto na class action será normalmente proposta por pessoa física. E também a formação da coisa julgada nos dois sistemas, e a flexibilidade atribuída ao magistrado na class action para julgar a representatividade adequada.

 Por fim, apresenta-se o critério da representatividade adequada como forma de estimular e moldar seu uso ao modelo brasileiro, uma vez que o mesmo garantiria o devido processo legal e o devido respeito às partes litigantes via representação.

1. **A “CLASS ACTION” NO DIREITO NORTE-AMERICANO**

O sistema norte-americano da class action influenciou o modelo de tutela coletiva existente no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se necessário assim conhecer primeiramente esse sistema. Pelos ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno (1996) a class action pode ser definida como procedimento no qual uma pessoa ou um pequeno grupo, desde que existente um interesse comum, passam a representar um grupo maior de pessoas. Ressaltando ainda que para que isso seja possível, necessário se faz que a reunião de todas essas pessoas em um só processo seja insustentável.

A tutela coletiva norte americana é regulada Rule 23 do Federal Rules of Civil Procedure com a redação de 1966, que estabelece os pré-requisitos e regula a aplicação das class action no direito norte-americano. Segundo tradução dada ao art.23 (a) da Rule 23 pelo atual ministro Luis Roberto Barroso (2005), tem-se como pré-requisitos:

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 classe (BARROSO, p.16, 2007)

O direito norte americano se ocupa mais de fatos do que de ficções legais, por tal motivo que foram criadas formas de controlar a representatividade adequada como meio a garantir aos demais que esta sendo representado o efetivo direito de terem suas pretensões ouvidas judicialmente, acredita assim que somente um membro do grupo deve ocupar a posição de representação dos demais. (GIDI, 2007 apud RICHTER, p.221, 2012). A Rule 23 (a) (4) trás como condição da class action a adequação da representação, ou seja, o representante deve ser adequando justamente por força do devido processo legal, uma vez que a sentença alcançará indivíduos que não estiveram presentes em juízo (RICHTER, p.222, 2012).

As class action admitem subdivisões em três modalidades diferentes, sendo a primeira delas a “hipótese em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de decisões contraditórias, ou afetar, prejudicar os interesses de outros membros da classe”. Ponto característico dessa modalidade é o fato dos membros não poderem proceder ao “*opt out*”, ou seja, não existe possibilidade de se ver excluído dos efeitos da decisão. (BARROSO, p.49, 2007). Essa modalidade esta prevista na Rule 23 (b) (1):

Uma ação pode desenvolver-se como class action desde que satisfeitos os pressupostos da alínea a, e, ainda, se: (1) o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membros do grupo faça surgir risco de que: (A) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litigante contrário à classe comportamento antagônico; ou que (B) tais sentenças prejudiquem ou tornem extremamente difícil, a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento.

Uma segunda modalidade “relaciona-se com aquelas hipóteses em que a parte oposta à classe tenha atuado ou tenha se recusado a atuar de acordo com padrões geralmente aplicáveis a toda a classe”. (BUENO, p.7, 1996). Enuncia assim a Rule 23 (b) (2): “o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros de classe, impondo-se um final injunctive relief ou um declaratoru relief em relação à classe globalmente considerada”. Ora, tratando-se de um ato ou uma omissão que fere os padrões de respeito a classe, o que espera-se é a ação ou desfazimento, ou seja, implica em uma obrigação de fazer ou não fazer.

A última modalidade diz respeito à class action for damages, que possuem como requisitos específicos admissibilidade (de acordo com a Rule 23, b, 3) a predominância das questões comuns e a superioridade da tutela por ação de classe. Ou seja, nessa modalidade os interesses comuns sobrepõem-se aos individuais e a ação de classe é o meio mais adequado para a tutela dos direitos. Pode ainda aqui o membro solicitar sua exclusão (direito ao *opt out*) expressamente, se não o fizer a decisão afetará a todos os membros. (BARROSO, p.50-52, 2007).

Para aferir o cumprimento desses requistos a Corte se vale de alguns fatores (não exaustivos) que devem ser considerados, sendo eles:

(i)análise de qual é o interesse dos membros da classe em proporem ou se defenderem em ações individuais; (ii) a extensão e a natureza dos litígios, já iniciados ou não, pelos sujeitos que poderiam dar ensejo à formação de uma class, ou em face dos mesmos; (iii) a conveniência de concentrar o litígio perante um só juízo, que seja apto para resolução da controvérsia, implicando que tal medida minimize a potencialidade de duplicação dos esforços (economia processual), bem como, a possibilidade de decisões contrárias (segurança jurídica); (iv) as dificuldade a ser administrada ou gerenciada a alçao na forma de class actions. (BUENO, p.9 , 1996)

É essa última modalidade que apresenta maior proximidade com o modelo brasileiro, exercendo forte influência na construção do Código de Defensa do Consumidor.

1. **A TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO**

Depois de esclarecida brevemente o sistema da class action, necessário se faz para continuidade da atividade comparativa que se apresente e explane o sistema brasileiro de tutela coletiva, pautando-se primordialmente no Código do Consumidor e no Código de Processo Civil.

A sociedade moderna é permeada pela complexidade, observa-se um grande número de violações a interesses coletivos, que ultrapassam a lógica tradicional do individualismo e intensificam a necessidade de propiciar o acesso à justiça para os grupos sociais e a coletividade. Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 ampliou a noção de cidadania possibilitando ao cidadão que aja em defesa dos interesses coletivos por meio de corpos intermediários, tais como os sindicatos, associações e organizações civis, além do Ministério Público. (BORBA, 2013)

O ordenamento jurídico pátrio ao tratar de tutela coletiva elenca três situações nas quais se faz possível, sendo elas: direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos. O presente tópico pretende esclarecer cada uma dessas situações, à exemplo do que faz Luis Roberto Barroso (2007):

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. (BARROSO, p.3, 2007)

Quanto aos direitos individuais homogêneos, necessário explorar de melhor forma essa espécie, tendo em vista sua proximidade com a class action for damages. Entende-se por direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum que apresentam homogeneidade. A origem comum pode derivar tanto de circunstâncias de fato como de direito. Enquanto que o requisito homogeneidade deve ser examinado pelo juiz quando da apreciação do pedido e da causa de pedir, identificando assim os elementos comuns entre os diversos interesses. (MIRAGEM, p.634-635, 2013)

Importante se faz ainda mencionar que se tem um regime da coisa julgada diferente a depender do direito que está sendo tutelado. Vejamos, quando se trata de um direito difuso ou coletivo não há prejuízo de propor uma ação individual, ainda que simultaneamente (não sendo nem se quer alvo de litispendência). Quanto aos efeitos subjetivos da coisa julgada, em relação aos direitos difusos, opera-se o efeito erga omnes e quanto aos direitos coletivos, atinge tão somente os integrantes daquela determinada classe. Já os direitos individuais homogênios aplicam-se os efeitos *secundum eventum litis*, ou seja, só se terá coisa julgada contra todos se o pedido for procedente e não acarretar prejuízo a nenhuma vítima, caso contrário, restringe-se os efeitos aos que figuraram efetivamente no processo. (BARROSO, p.48, 2007)

O Código de Defesa do Consumidor elenca no seu artigo 82 como legitimados concorrentes para propositura de uma ação coletiva o “Ministério Público (I); a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal (II); as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificadamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código (III); as associações legalmente constituídos há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa do interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear (IV);”. Não sendo objeto do presente trabalho desenvolver as peculiaridades de cada um deles.

O ordenamento jurídico brasileiro trabalha a proteção coletiva por meio de dois mecanismos sendo o primeiro as ações de controle de constitucionalidade por via direta, ainda que sendo esta uma modalidade excepcional de tutela coletiva. E o outro é a Ação Civil Pública. Além desses mecanismos, tem os modelos mais convencionais tais como a possibilidade de representação atribuída pelo art.5º, XXI da Constituição Federal as entidades associativas e seus membros. (BARROSO, p.41, 2007)

Outra via de defesa é o mandado de segurança coletivo, também instruído pela Constituição Federal no seu art. 5

 º, LXX, onde se atribui aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidade de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano a competencia para substituir processualmente os membros interessados. (BARROSO, p.42, 2007)

Dentre todos esses meios, o carro chefe da tutela dos direitos coletivos no sistema brasileiro é a Ação Civil Pública regulada pela Lei 7.347/85 (posteriormente alterada pela Lei 11.448 de 15 de janeiro de 2007). De acordo com o seu artigo 1º, rege-se pela ACP as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso ou coletivo, ou ainda decorrente da infração da ordem econômica e da economia popular além da ordem urbanística.

A Lei de Ação Civil Pública mantém uma interlocução direta com o Código de Defesa do Consumidor, tendo seguido e ampliado às definições da lei. Ambos dispõem a respeito da legitimidade, efeitos da coisa julgada, possibilidade de liquidação e execução individual do julgado, e até mesmo da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos. (MIRAGEM, p. 636-637, 2013)

Assim sendo, estabelece-se pois que o sistema brasileiro de tutela coletiva rege-se pelo diálogo entre as fontes Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, e em breves linhas possui como legitimados os órgãos e pessoas físicas acima enunciadas, todos por força de lei.

1. **DO DIREITO COMPARADO**

A análise comparada dos dois sistemas necessita previamente que se perceba que se trata de sistemas jurídicos diferentes, estando o Brasil enquadrado na lógica do Civil Law enquanto que o modelo norte-americano é pautado no Common Law. As ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos tem influência das class action for damages do direito norte americano. Como já mencionado, esse sistema preza a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais, e qualquer interessado pode ingressar com ação em representação dos demais, o que não ocorre no Brasil. (MIRAGEM, p. 634, 2013).

Ponto de aproximação aparente entre o Código de Defesa do Consumidor no tocante a defesa de direitos individuais homogêneos é o regulado na Rule 23 (b) (3) que trata da class action for damage, aplicável aos casos em que a questão comum sobrepujam as questões individuais e ainda naquelas em que a aplicação da class action apresenta-se mais adequada e eficaz para a solução da controvérsia, considerando-se para tanto o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente, a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo, a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal e ainda as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de class action. (BUENO, p.61, 1996)

Enuncia o Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, inciso III que: "A defesa coletiva será exercida quando se tratar de um: III- interesses ou direitos individuais homogênios, **assim entendidos os decorrentes de origem comum**" (grifo nosso). No mesmo viés, trás a *Rule 23* norte-americana, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno (1996):

"As características principais desse diploma são as seguintes: A classe tem de ser extensa o suficiente de modo a impossibilitar, ou, ao menos, não ser conveniente, a reunião de todos seus membros individualmente considerados em um só processo. As questões a serem postas perante a Corte **têm que ser comuns**, é dizer: deverão ser questões de direito ou de fato comuns parta toda a classe." (grifo nosso).

Restando evidente que ambos decorrem de questões eminentemente comuns a um determinado grupo ou classe. Os direitos individuais homogêneos nada mais espelham do que o caráter das class action for damages, considerar o individualismo, mas sobrepujar o coletivismo.

Como diferenças primordiais entre os dois sistemas, temos no tocante à legitimidade da ação civil pública a impossibilidade de ser exercida por uma pessoa física, enquanto na class action será normalmente proposta por pessoa física. Mais ainda, a decisão na ACP não afetará negativamente quem não tenha sido parte do processo, enquanto que na class action a decisão atinge a todos os membros da classe (exceto aqueles que expressamente se manifestaram pela sua exclusão). (BARBOSA, p.52, 2007)

A questão da representatividade apresenta-se enquanto requisito interessante que deve ser observado mais minuciosamente. “Enquanto nas class action a legitimação pode ser conferida a um dos titulares do direito que demonstrar aptidão para levar adiante ação, no direito brasileiro o rol de legitimados já é determinado a princípio na lei (art. 82 do CDC)”. (MIGAREM, p.638, 2013).

O exame da representatividade adequada não se aplica aos órgãos estatais, pois a estes se presume. Nos demais casos, o processo ocorre como descreve o doutrinador Bruno Miragem (p.639, 2013):

Nos casos das associações, sua representatividade será avaliada de modo a verificar sua credibilidade e aptidão para promover e sustentar uma demanda coletiva, a partir do modelo das *organizational private attorneu general*. Já no caso do indivíduo que tenha sido vítima de lesão a um direito seu, e deseje qualificar-se como autor coletivo, pode requerer autorização ao tribunal, denominada *certification order*, a partir da qual a ação passa a ser processada como demanda coletiva, permitindo a extensão dos efeitos da coisa julgada para os demais membros da classe.

No sistema norte americano os requisitos para o reconhecimento da legitimidade adequado foram sistematizados por Antonio Gidi em:

(i) vigorosa possibilidade de tutela, pelo atos, dos interesses dos membros ausentes; (ii) ausência de conflito de interesses entre o autor e os membros da coletividade; (iii) possibilidade de vigorosa tutela do interesse dos membros ausentes pelo advogado do autor; e (iv) ausência de conflito de interesses entre o advogado e o grupo. (...) Nos casos em que o grupo ou alguns membros não foram representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em processo posterior, não reconhecem o efeito vinculante da coisa julgada e podem decidir novamente a questão (colateral attack). (GIDI, 2007 apud BORBA, p. 55, 2013)

Ou seja, nas class action, prioriza-se a qualidade e eficácia da representação, sendo possível até decidir pela aplicabilidade ou não da coisa julgada ao caso concreto. Enquanto no sistema brasileiro não se fala em representatividade adequada nem na sua possibilidade de controle pelo Judiciário. Enquanto no sistema das class action o controle da representatividade é op iudicis, no brasileiro opera-se somente por força da lei, ope legis. (BORBA, p.56, 2007)

Nota-se aqui portanto, que apesar de ter derivado das class action for damages a proteção do direitos difusos homogêneos ainda apresenta diferenças visíveis com o referido sistema, até mesmo pela fator do modelo jurídico adotado pelo Estados Unidos e pelo Brasil. Mas no tocando a certificação da representatividade ainda é possível compatibilizar esse requisito para aplicação no Brasil.

É o que tem pensando o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, liderado pela Professora Ada Pelegrini Grinover, neste anteprojeto estabeleceu-se legitimidade às associações e também as pessoas físicas, mas demonstrada sua representatividade adequada por meios de critérios tais como credibilidade, capacidade e experiência do legitimando; histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e ainda a conduta em eventuais processos coletivos que já tenha atuado. (MIRAGEM, p. 640, 2013).

**CONCLUSÃO**

Diante do exposto, nota-se que o sistema norte-americano da class action for damages apresenta proximidades com o sistema da tutela coletiva de direitos brasileiros, principalmente no tocante aos direitos individuais homogêneos, pois tanto o primeiro como o segundo tratam de questões comuns aos indivíduos envolvidos.

 Mas ainda mais importante do que as proximidades dos dois sistemas, é notar o que ainda pode ser exportado, com as devidas modificações, do sistema da class action para o modelo brasileiro de tutela coletiva: a certificação e a questão da representatividade adequada. A preocupação da class action é ter o individuo representado com eficácia e qualidade, até podendo o magistrado, se for o caso, desconsiderar a formação da coisa julgada, preza-se pelo devido processo legal e pela defesa de qualidade, o que não ocorre no Brasil, por força da extrema legalidade e apego ao positivismo.

 Adere-se desta forma ao posicionamento da professora Ada Pelegrini e ao o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, na medida em que neste anteprojeto inclui-se a ideia da representatividade adequada como requisito necessário à demanda coletiva, devendo-se até mesmo fazer uso de critérios para aferi-la. Pode assim o Brasil, ainda que regido pelo modelo do Civil Law, valer-se da flexibilidade do Common Law e incorporar mecanismos que oferecem a coletividade maior efetividade e segurança quando se trata de defesa coletiva.

**REFERÊNCIAS:**

BARROSO, Luis Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action Norte Americana**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: 2007. Disponível em: https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/211/prote%C3%A7ao%20coletiva%20direitos\_Barroso.pdf?sequence=1. Acesso em: 06 de out. 2013.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e Difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público, Ente não sindicais.** São Paulo: LTr, 2013.

BUENO, Scarpinella Cassio. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para um reflexão conjunta**. Revista de Processo. V.82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996 (p.92-151).

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**.9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MIRAGEM, Bruno Miragem. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed, rev. Atual. Amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RICHTER, Bianca M. Pereira. **Representatividade Adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class action e o modelo brasileiro.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo: 2012. V1. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/25. Acesso em: 06 out. 2013.

1. 2º check do paper da disciplina de Direito do Consumidor [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do curso do 6º período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluna do curso do 6º período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). [↑](#footnote-ref-3)