



FACULDADE DE DIREITO

Departamento de Direito Privado e Processo Civil

VINÍCIUS DE LAVIGNE COSTA

LESÕES A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Uma contribuição para o trato da condenação pecuniária

Porto Alegre

2016

VINÍCIUS DE LAVIGNE COSTA

LESÕES A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito, junto à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre

2016

VINÍCIUS DE LAVIGNE COSTA

LESÕES A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Daniel Francisco Mitidiero
Orientador

Prof. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Prof. Klaus Cohen Koplin

Porto Alegre
2016

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a todos que me apoiaram, incentivaram e inspiraram durante a confecção deste trabalho. Pessoas extremamente especiais cuja participação em minha formação acadêmica e pessoal se deu de diversas maneiras.

Portanto, agradeço a meus amigos, pois sem os momentos de descontração, não haveria momentos de concentração.

Aos professores desta Faculdade de Direito, em especial a meu orientador Daniel Mitidiero, cuja didática em sala de aula inspira os alunos ao estudo do Processo Civil.

A meus chefes durante todos os estágios que realizei durante este curso, principalmente àqueles com os quais trabalho atualmente. Seus conselhos foram de vital importância para a perseguição dos objetivos aqui traçados. Sem falar da biblioteca...

Por fim, mas não menos importante, claro, às pessoas que me deram estrutura afetiva e emocional. Sim, estou falando de amor. Aquele que dá força, energia e vontade. Essas pessoas são minha família, minha base, minha vida. Não falo aqui daquela família do código civil, mas sim de qualquer maneira de amor. Quem fez parte disso, sabe. Por isso, aqui vai meu mais afetuoso agradecimento: obrigado.

RESUMO

Este trabalho aborda o tema da efetividade da tutela jurisdicional de lesões massificadas a direitos, especificamente, aqueles com aspecto aparentemente individual, mas, reunidos, acarretam impactos negativos à ordem econômica. Primeiramente, evidenciam-se as diferentes categorias de direitos coletivos positivados no ordenamento brasileiro, bem como os benefícios de sua adequada proteção para a racionalização da justiça. Então, analisa-se criticamente o modelo adotado pela legislação brasileira, principalmente no tocante às ações individuais decorrentes da condenação coletiva genérica ao pagamento de quantia, devido ao desvirtuamento do tratamento coletivizado da matéria litigiosa. Diante desse contexto, demonstra-se o papel do Poder Judiciário na falta de diplomas legais eficazes e específicos relativamente ao tema. Assim, expõe-se o interesse público na reparação integral das lesões individuais homogêneas; a interpretação das normas que as protegem deve ser realizada de maneira coerente e lógica, bem como coordenada pelos princípios constitucionais, de forma a garantir a necessária efetividade. Ao final, sugere-se o emprego da tutela mandamental, utilizando-se técnicas indutivas e sub-rogatórias para que fique a cargo do demandado o cumprimento das determinações das decisões, inclusive por meio da intervenção judicial, quando se fizer necessário, para que o magistrado acompanhe a efetivação das ordens exaradas.

Palavras-chave: Direito coletivo; processo civil coletivo; ação coletiva; direitos individuais homogêneos; condenação genérica; efetividade da tutela jurisdicional; racionalização do procedimento; tutela mandamental; técnicas indutivas e sub-rogatórias na condenação ao pagamento de quantia; intervenção judicial.

RIASSUNTO

Questo lavoro affronta la questione dell'effettività della tutela giurisdizionale alle lesioni di massa, in particolare quelle con aspetto apparentemente individuale, ma, messe assieme, portano degli impatti negativi all'ordine economico. In primo luogo, si fanno vedere le categorie di diritti collettivi apposte nel sistema brasiliano, così come i benefici della loro adeguata protezione per la razionalizzazione della giustizia. Inoltre, viene analizzato criticamente il modello adottato dalla legislazione brasiliana, con particolare riguardo alle azioni individuali derivanti dal provvedimento di condanna collettiva generica al pagamento di somme di denaro, causando una distorsione della gestione collettivizzata delle questioni litigiose. In questo contesto, si è dimostrato il ruolo dei giudici in assenza di una legislazione efficace e specifica sull'argomento. Così, si espone l'interesse pubblico alla piena riparazione delle lesioni individuali omogenee, l'interpretazione delle regole che le proteggono va fatta in modo coerente e logico, nonchè coordinata dai principi costituzionali al fine di garantire la necessaria effettività. Alla fine, si consiglia l'uso della "tutela mandamentale", utilizzando misure di coercizione indirette affinché venga a carico del convenuto l'attuazione delle determinazioni delle decisioni, anche attraverso l'intervento giudiziario, laddove vi sia bisogno, in modo che il magistrato monitori se l'esecuzione degli ordini pronunciati.

Parole chiave: Diritto collettivo; processo civile collettivo; azione collettiva; diritti individuali omogenei; condanna generica; effettività della tutela giurisdizionale; razionalizzazione della procedura; tutela mandamentale; misure di coercizione indirette nella condanna al pagamento di somme di denaro; intervento giudiziale.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
LACP	Lei de Ações Cíveis Públicas
LAP	Lei de Ação Popular
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
MP	Ministério Público

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DIREITO COLETIVO E SUA EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	11
2.1. DIREITOS E INTERESSES	11
2.2. DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i>	12
2.3. A IMPORTÂNCIA DA EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA.....	18
3. A TUTELA PROPOSTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	32
3.1. A INFLUÊNCIA AMERICANA	33
3.2. A DECISÃO GENÉRICA CONDENATÓRIA	36
3.3. A LIQUIDAÇÃO DA DECISÃO GENÉRICA	40
3.4. O CUMPRIMENTO DA DECISÃO GENÉRICA	48
3.5. O INSTITUTO DE <i>FLUID RECOVERY</i>	50
3.6. CRÍTICAS AO MODELO BRASILEIRO.....	54
4. AS INOVAÇÕES NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS	60
4.1. O INTERESSE PÚBLICO NA EFETIVIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS	62
4.2. A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	65
4.3. O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL	66
4.4. A ATIPICIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONDENATÓRIAS DE PAGAR QUANTIA.....	70
4.5. O ATIVISMO JUDICIAL PROCESSUAL: MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....	73
4.6. A TUTELA MANDAMENTAL: UMA ALTERNATIVA PARA A EFETIVIDADE	78
5. CONCLUSÃO	88
6. BIBLIOGRAFIA	90

1. INTRODUÇÃO

Nossos tempos são marcados por transformações sociais, bem como pela construção da concepção de ser humano e seus direitos. Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A questão é *quem* está incluso nesse universo. Para muitas pessoas, ainda, tal declaração lhes é indiferente. Por isso, a liberdade e a igualdade são ideais a serem perseguidos, a fim de diminuir, na medida do possível, a discrepância entre o ideal e o real.¹

Só há justiça entre indivíduos livres e iguais, que estejam submetidos à lei,² o que é necessário “*para a instituição e conservação da ordem ou harmonia do todo*”.³ Assim, a qualidade da democracia de um país depende diretamente da igualdade e da liberdade dos seus cidadãos.⁴ Partindo de tais premissas, então, o processo civil deve nortear-se pelos direitos fundamentais,⁵ isto é, como conjunto de normas formais e instrumentais, deve direcionar-se à efetividade de tais direitos. Diante disso, vem à tona a questão da adequação da tutela jurisdicional aos mais diversos cenários do direito material que necessitem de proteção. Dentre esses, encontram-se as violações em massa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo o instrumento para a tutela desses, a ação coletiva.

O aprimoramento desse instrumento para o amparo de direitos é necessário, pois o aumento da agilidade na transformação das relações jurídicas e sociais, próprias de uma sociedade onde as comunicações tornaram-se instantâneas, exige que os mecanismos de tutela de direitos adaptem-se, igualmente. A massificação das relações de consumo gera uma litigiosidade endêmica, afetando diretamente direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tal fenômeno tem gerado consequências para o funcionamento do Estado, além do mal-estar social das violações de direitos banalizadas.

¹ BOBBIO, N. (1992). **A Era dos Direitos**. (C. N. Coutinho, Trad.) Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda, p. 29.

² ARISTÓTELES EN V.6, 1134a30, tradução: Nasseti, Pietro.

³ BOBBIO, N. (1996). **Igualdade e Liberdade**. (C. N. Coutinho, Trad.) Rio de Janeiro: Ediouro, p. 15.

⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵ MITIDIERO, D. (2007). **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 89.

Dentro deste contexto, os litígios podem tomar dois caminhos: o das instituições destinadas à promoção da justiça ou o da dissipação na sociedade. Este último aumenta a tensão social, bem como traz descrédito para as instituições. Ainda, de outro lado, os litígios levados ao Poder Judiciário, por exemplo, demoram frequentemente mais do que o tempo fisiológico saudável de duração para serem resolvidos. Sendo assim, a falta de celeridade dos órgãos também é um fator para a inefetividade dos direitos.

No contexto brasileiro, ressalta-se que os indivíduos já são formalmente cobertos por garantias fundamentais. Todavia, as deficiências consistem nas disposições jurídicas mais específicas e na infraestrutura para atender às demandas dos titulares de tais direitos.

Temática latente na sociedade atual, o processo coletivo vem sendo objeto de discussões, nacional e internacionalmente, de forma proeminente, a partir da segunda metade do século XX. Nesse sentido, os Estados Unidos foram vanguardistas ao fazerem reforma nas *Federal Rules of Civil Procedure*, no ano de 1966.⁶ Ainda, no Congresso de Pavia, Itália, em 1974, e posteriormente, nas edições do Congresso Internacional de Direito Processual, já se discutia acerca da tutela coletiva como alternativa à inefetividade da tutela individual, do modelo processual tradicional.

No Brasil, os reflexos dos suprarreferidos congressos e avanços legislativos foram evidentes, o que demonstra a grande influência italiana e estadunidense. Nessa esteira, a Lei de Ação Civil Pública brasileira foi promulgada em 1985, a Constituição Federal, em 1988, e foi editado o Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1990. As aludidas disposições legislativas, conjuntamente ao Código de Processo Civil, delinearam um microssistema processual coletivo e trouxeram grandes avanços para a efetividade dos direitos; colocaram, ademais, a temática em voga no âmbito doutrinário nacional.

Neste trabalho, buscar-se-á evidenciar os avanços legislativos decorrentes das reformas no final do século XX; será realçado, entretanto, um olhar crítico para tal

⁶ Conforme explicita Venturi (VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 123-124.), em 1966, os Estados Unidos remodelou a Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure, trazendo inovações no que tange ao chamado due process of law coletivo, bem como aportando definições, nas class actions, acerca da adequacy of representation e da eficácia subjetiva da coisa julgada, pela implementação do sistema de opt out, pelo qual um indivíduo se desvincula da eficácia da sentença coletiva.

sistema, sob uma análise das novas correntes doutrinárias, bem como jurisprudenciais. Com o escopo de delimitação temática, este trabalho será direcionado ao exame da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mais especificamente, nas ações coletivas que tenham por objeto um pagamento de quantia.

O capítulo 2 será destinado à exploração da classificação em três diferentes categorias dos direitos coletivos *lato sensu*, de acordo com o CDC. Este diploma, como será evidenciado, proporcionou importantes meios de proteção a direitos anteriormente à deriva. A gravidade do tema tratado remonta aos direitos fundamentais, econômicos e sociais; tem, portanto, crucial posição no debate doutrinário atual.

Na sequência, o terceiro capítulo descreverá a proposta legislativa brasileira de tutela dos direitos transindividuais, cuja inovação, para a época, há de ser estimada. Será frisada também a importância da influência estrangeira no pensamento jurídico brasileiro da década de 1980, notadamente da Itália e dos Estados Unidos. Ressaltar-se-ão, ainda, justamente pelo dinamismo desta matéria, as críticas à disposição normativa brasileira sobre o tema, por não proporcionar uma proteção eficiente e efetiva que atenda às exigências sociais.

No capítulo 4, a abordagem passará a observação dos avanços doutrinários e jurisprudenciais no tratamento dos direitos individuais homogêneos, explicitando a mudança na mentalidade do Judiciário nesse contexto. A pós-modernidade exigiu desse um comportamento pró-ativo, a fim de garantir a efetiva realização do direito material. Surge como saída, a partir dessa conjuntura, a tutela mandamental. Esta decorre da preferência legislativa pela tutela específica dos direitos, bem como do desenvolvimento por parte da doutrina e do Judiciário.

Sintetizando, este trabalho trata da proposta legislativa brasileira para a tutela de direitos individuais homogêneos ao pagamento de quantia, sob um olhar crítico, bem como da solução dada pelos juízes aos problemas decorrentes disso.

2. DIREITO COLETIVO E SUA EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Para melhor esclarecer o tema tratado neste trabalho, devem ser feitas algumas observações sobre as diferenças entre os direitos englobados pelo título deste capítulo, de acordo com as definições adotadas pelo art. 81, do CDC, bem como sobre a repercussão de suas violações na sociedade.

2.1. Direitos e Interesses

Não se pretende neste trabalho esmiuçar filosófico juridicamente a utilização das palavras “interesses” e “direitos”. Diante do escopo aqui visado, a posição do professor Watanabe será adotada pragmaticamente:

Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.¹

Essa posição está, ademais, em conformidade com a opção feita pelo legislador brasileiro no art. 81, do CDC. Portanto, serão usadas frequentemente como equivalentes.

¹ WATANABE, K. (2007). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**(9ª ed.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 819.

2.2. Direitos coletivos *lato sensu*

Examinaremos neste capítulo a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* utilizada pelo legislador, qual seja, a divisão entre direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Tudo conforme o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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.

Passemos, portanto, à análise dos direitos tutelados nos incisos desse artigo.

2.2.1. Direitos difusos

Essa categoria de direitos encontra fulcro no art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC e, embora subjetivamente transindividual, apresenta, em seu aspecto objetivo, caráter indivisível, cujos titulares sempre serão indeterminados. Esses se caracterizam não pela existência de vínculo jurídico, mas sim por fatos “*genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias socioeconômicas, submeter-se a*

*particulares empreendimentos.*² Por decorrência de tais características, sentenças que perfizerem coisa julgada terão eficácia *erga omnes*.³

2.2.2. Direitos coletivos *stricto sensu*

Também chamados de direitos coletivos *stricto sensu*, foram positivados em nosso ordenamento pelo art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC. Não obstante a semelhança desta categoria àquela supracitada no que concerne à transindividualidade, a diferença consiste no fato de que, nesta modalidade, o conjunto de pessoas titulares forma um grupo determinável, cuja união advém de uma relação jurídica base. Salieta-se que a determinação da titularidade ocorre apenas coletivamente, isto é, os titulares serão sempre grupos, categorias, classes; essa é, portanto, a principal diferença entre o direito coletivo *stricto sensu* e o direito difuso.⁴

Quanto à relação base da coletividade, essa deve ser anterior à lesão geradora da ação coletiva para que haja legitimidade representativa. Ainda, tal relação jurídica pode ser resultado de uma ligação direta entre os indivíduos do grupo (*affectio societatis*), ou pode ser oriunda de uma ligação indireta como, por exemplo, um caso de união de pessoas que tenham em comum uma relação com a parte adversa numa eventual ação.⁵

No que tange à coisa julgada, nossa legislação optou pela eficácia “*ultra partes*”, apenas ao grupo pertinente,⁶ faz, todavia, a ressalva com relação aos indivíduos que optem por excluir-se da abrangência da ação coletiva, os quais podem dar prosseguimento a suas ações particulares.⁷ É uma tendência doutrinária,

² GRINOVER, A. P. (1990). **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 149.

³ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 78.

⁴ Ibid., PP. 78-79.

⁵ Ibid., pp., 78-79.

⁶ Art. 103, inciso II, do CDC: 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;

⁷ Art. 104 do CDC: As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações

por outro lado, não aplicar essa regra; consta, inclusive, no projeto do CBPC, no art. 37,⁸ a possibilidade de suspensão das ações individuais que versem sobre o mesmo objeto de uma ação coletiva, até a decisão desta última.

2.2.3. Direitos individuais homogêneos

Merece destaque, para fins de classificação, o fato de o objeto tratado pelos direitos supramencionados versar sobre bens jurídicos indivisíveis. Aqui entra a principal diferença desses com relação aos direitos individuais homogêneos. Nestes, os titulares são determináveis e os bens a serem tutelados são divisíveis – muito embora sejam tratados de forma uma durante o processo de conhecimento. “São interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem, v.g., prejuízos divisíveis surgidos numa origem comum.”⁹

Esta classe de direitos vem positivada, no Brasil, pelo art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, cuja influência maior a doutrina brasileira atribui às *class actions for damages* americanas. A instauração desse instituto para a tutela coletiva de direitos individuais decorre da massificação e padronização das relações jurídicas na sociedade hodierna.¹⁰ Nesse paradigma, a causa para o enquadramento desses direitos individuais na tutela coletiva é sua origem comum. Sobre isso, Watanabe comenta:

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 adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como

individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁸ Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

⁹ LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 98.

¹⁰ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 80

causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles.¹¹

Dessa forma, frisa-se que, diferentemente dos direitos coletivos *stricto sensu*, nos direitos individuais homogêneos o grupo se forma após a ocorrência da lesão. Esta une as pessoas e forma o grupo. Tal união advém duma ficção jurídica criada por nossa legislação, com o escopo de conferir efetividade à Justiça.¹²

Há divergências quanto ao caráter coletivo ou não dos direitos individuais homogêneos. Para Teori Albino Zavascki, os direitos individuais homogêneos não seriam diretamente coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tutelados. Dessa forma, tais direitos individuais teriam apenas uma “roupagem”¹³ acidental coletiva, sob o fundamento de que, anteriormente à classificação processual, aqueles direitos existem no plano material de maneira individualizada.

A despeito da tese supracitada, salienta-se que a dimensão, a amplitude, o impacto dos danos individuais homogêneos na sociedade são quase imensuráveis. Assim, o caráter individual, embora subsista, cede espaço para o interesse econômico e social, cuja visualização ocorre quando da análise global do evento.¹⁴ Essa linha de entendimento foi adotada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 163.231 – SP,¹⁵ no qual aquele tribunal fez uma abordagem finalística da legislação.

¹¹ WATANABE, K. (2004). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto** (8ª ed.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 629.

¹² DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 80.

¹³ ZAVASCKI, T. A. (2007). **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos** (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 42-43.

¹⁴ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 85.

¹⁵ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTIR EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade [sic] é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade [sic] a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III,

2.2.4. Outra proposta de tipologia dos litígios coletivos

A Constituição Federal, ao final da década de 1980, consolidou a mudança de paradigma na titularidade dos direitos coletivos, passando ao centro das atenções o indivíduo e a sociedade, não mais o Estado; foi de extrema importância prática, portanto, para a tutela dos interesses coletivos. Para Edilson Vitorelli, entretanto, apesar de considerar um avanço na abordagem do tema, ainda subsiste deficiência quanto à precisão da titularidade dos interesses coletivos.¹⁶

Segundo Vitorelli, a afirmação de que os bens tutelados coletivamente sejam indivisíveis é um subterfúgio para escapar dos problemas conceituais concernentes à titularidade. Esta sendo de toda a sociedade, isto é, de todos, implicaria esvaziamento do conceito, já que o problema da indefinição do termo “todos” poderia nos fazer retornar à ideia de titularidade estatal.¹⁷

Dessa forma, o supramencionado autor propõe uma nova classificação para os direitos coletivos, sob a perspectiva dos titulares e das lesões ou ameaças de lesões tuteladas. O raciocínio por trás dessa visão decorre da inutilidade de determinar os titulares de bens jurídicos coletivos antes do surgimento das causas do litígio (lesão ou ameaça). A problemática da titularidade é posta em xeque mais claramente no que tange aos direitos difusos, pois partir da premissa de que todos

da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. **4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.** 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737).

¹⁶ VITORELLI, E. (2016). **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 59-61.

¹⁷ Ibid., p. 61.

são titulares. *v. g.*, do direito ao meio ambiente pressupõe que todos serão uniformemente lesados pelos danos a esse causados, o que na realidade não ocorre, visto que essa questão incidiria diferentemente em cada indivíduo.¹⁸

Nesse contexto, Vitorelli identifica dois elementos estruturais para classificação dos direitos coletivos: a complexidade e a conflituosidade. Esta envolve os membros do grupo atingido por um dano, bem como a uniformidade da incidência dos prejuízos em cada um. De outro lado, o elemento de complexidade diz respeito à quantidade de formas de tutela jurisdicional possíveis para o objeto da ação em questão, isto é, quanto mais meios diferentes puderem ser utilizados para chegar ao resultado equivalente, maior será a complexidade do direito.¹⁹

Em face dos dois fundamentos acima expostos, Vitorelli propõe a seguinte categorização dos direitos coletivos:²⁰

1. Litígios transindividuais globais são aqueles cujo objeto seja uma violação a qualquer indivíduo, mas de nenhum em particular, de forma que a titularidade do direito em questão seja a “*sociedade humana, representada pelo Estado nacional*” onde ocorreu o dano;
2. Litígios transindividuais locais são aqueles cujas violações atingem particularmente pessoas que pertencem a um grupo, titular do direito e coeso por uma identidade “*de solidariedade social, emocional e territorial*”;
3. Litígios transindividuais irradiados são aqueles que afetam de modo díspar diferentes segmentos da sociedade, os quais são titulares, em proporções variáveis, do direito violado.

Apresentada essa categorização, Vitorelli propõe o fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma, haja vista que as classes de direitos supra-arroladas sempre terão por titulares grupos de indivíduos com diferentes graus de determinabilidade. Assim, os direitos individuais homogêneos,

¹⁸ *Ibid.*, pp., 73-74.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 74-75

²⁰ *Ibid.*, p. 95

dependendo de sua complexidade e conflituosidade, se encaixariam sempre na lógica de alguma das três hipóteses exibidas.²¹

Não obstante a convergência lógica da classificação proposta por Edilson Vitorelli, diante da atualidade dos termos expostos e do fato de essa complexa discussão estar em plena efervescência na doutrina, este trabalho opta pela categorização consolidada pela legislação. Tal escolha decorre da ainda inexistente aplicação prática da proposição, que, embora brilhante, carece de maturidade empírica.

2.3. A importância da efetividade da tutela coletiva

2.3.1 No acesso à Justiça

A Constituição Federal de 1988 garantiu, para todos os cidadãos, o acesso à Justiça. Portanto, formalmente, o Estado oferece proteção contra lesões ou ameaças a direitos, com tempo e custos razoáveis. Nota-se, entretanto, a deficiência de instrumentos jurídicos capazes de pôr em prática o referido direito constitucional, pois se proliferam atualmente violações de direitos, as quais, restando pendentes de resolução, tornam a sociedade carente de justiça. Consequentemente, diante das dificuldades do Estado em prover as necessidades sociais, cria-se uma multidão de desalentados.

Ressalta-se que não se está colocando o aprimoramento do processo civil como solução para todos os problemas da justiça, sendo, de qualquer forma, necessária ainda a realização de reformas político sociais,²² pois não importa o quão acessível seja a justiça uma vez que o indivíduo encontra-se fora da instituição do direito e da estrutura do Estado. A efetividade do processo e a garantia do acesso à justiça dependem, sim, do aprimoramento da norma; os obstáculos econômicos e organizacionais, porém, também têm que ser superados.

²¹ Ibid., p. 96

²² CAPPELLETTI, M. (1988). **Acesso à Justiça**. (E. G. Northfleet, Trad.) Porto Alegre: Fabris, p. 161

Assim, para que os cidadãos possam efetivar seus direitos através da ação, ou seja, colocar em prática o “*direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou poder de exigir esse exercício)*”,²³ a sociedade e o Direito devem caminhar em direção à “igualdade de armas” no processo, de forma a garantir que o vencedor assim o seja por lhe assistir o direito material.²⁴

Não é por outro motivo que a CRFB consagra em seu texto, por exemplo, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX), a ação popular para tutelar interesses de ordem difusa (art. 5º, LXXIII) e a ação civil pública para a defesa de direitos difusos e coletivos (art. 129, III). Um dos objetivos da constitucionalização de tais institutos foi adaptar nosso ordenamento às necessidades impostas pela litigiosidade de massa, a fim de ampliar o acesso à justiça. Diante da efervescência de mudanças sociais, tecnológicas e culturais, pelas quais passa a sociedade contemporânea, avultou-se a necessidade de desprendimento do paradigma processual de tutela individualista de direitos.²⁵

Atualmente, com a pós-modernidade, a percepção do fenômeno tempo mudou, “*não há mais tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Nesse novo tempo, tudo é instantâneo; não existe mais a separação nítida entre presente, passado e futuro. O tempo é imediato.*”²⁶ Cabe, assim, ao Direito adaptar-se a essa nova sociedade e institucionalizar suas novas relações. Nesse âmbito, é importantíssimo desenvolver o processo civil, para que, por meio desse instrumento, o Direito possa dar as respostas necessárias às efemeridades relacionais da globalização.

Nesse mesmo contexto, a urbanização e a industrialização consolidam classes. Estas, juntamente à alta difusão de informações, formam a cultura de massa, “*produção cultural destinada aos grandes grupos de consumidores, simples e estereotipada.*”²⁷ Dessa forma, “*na civilização contemporânea encontramos*

²³ CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 245.

²⁴ CAPPELLETTI, M. (1988). **Acesso à Justiça**. (E. G. Northfleet, Trad.) Porto Alegre: Fabris, p. 15.

²⁵ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 21.

²⁶ SILVA, J. M. (2005). **O Direito Processual Civil como instrumento de realização de Direitos**.

Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, p. 316.

²⁷ *Ibidem*, pp. 37-38.

todos, sem exceção, na contingência de termos de ser consumidores”.²⁸ Essa nova realidade socioeconômica adiciona importância e legitimidade às ações coletivas como instrumento para tutela de direitos, podendo-se haver, por meio dessas, decisões que sanem conflitos de milhares de pessoas.²⁹

Na pesquisa “*Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*”³⁰ encomendada pelo CNJ, as principais conclusões gerais tiradas foram que (1) se deve analisar os conflitos desde a sua origem, na sociedade, através de uma análise do cenário externo ao Poder Judiciário; (2) o aumento da litigiosidade e da morosidade está vinculado à regulação lacunosa de direitos (zonas cinzentas regulatórias); e (3) se deve atentar ao tempo e ao trajeto das causas, pois variam conforme a temática tratada, devendo cuidados específicos serem dados para cada uma. A mesma investigação ainda faz propostas para solucionar tais problemas, dentre as quais se encontra a “*coletivização das demandas, tratamento de conflitos massificados através do ajuizamento de ações coletivas*”.

Outra pesquisa, também requerida pelo CNJ, demonstra que, dentre os tipos de conflitos que permeiam a sociedade, aqueles do âmbito consumerista recebem relevante destaque quanto à apatia na busca por soluções. De outro lado, aqueles que procuram soluções buscam proporcionalmente mais órgãos extrajudiciais do que em relação aos outros tipos de conflitos. Entretanto, por muito, o Poder Judiciário é a instituição mais procurada nessa seara, nada obstante o seu descrédito perante parcela da população pesquisada – 43% das pessoas que buscaram solucionar seus conflitos não o fizeram no Judiciário porque nesse não acreditavam.³¹

A contribuição dessas pesquisas para o presente trabalho consiste na justificativa para a otimização da estrutura normativa da tutela dos direitos

²⁸ ALVIM, A. (1993). **Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil contemporâneo**: sua evolução ao lado do Direito Material. In: S. d. Teixeira, As Garantias do cidadão na Justiça (p. 167 a 184). São Paulo: Saraiva, p. 177.

²⁹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 23.

³⁰ Conselho Nacional de Justiça. (2011). **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>. Acesso feito em 21/11/2016.

³¹ Assim discorreu a pesquisa realizada pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça. (2011). **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**, pp. 9-11. “Considerando o desalento perceptível em quase 1 milhão de pessoas que viveram conflitos entre 2004 e 2009, a área campeã diz respeito ao direito do consumidor (...) a maior proporção de desalentados é composta por pessoas que viveram conflitos relativos aos serviços de fornecimento de água, luz, telefone e também aos bancos (28,3%)”.

individuais homogêneos, pois, apesar da necessidade de criação e viabilização de novos meios de solução de conflitos, o Poder Judiciário continua sendo o principal tutor desses litígios. Por isso, quando uma questão é levada ao juiz, este deve responder de forma efetiva.

No direito brasileiro, o CDC consolidou os anteriormente chamados *interesses coletivos em direitos*. A partir disso, cabe ao Poder Judiciário, por meio de uma interpretação sistêmica do ordenamento, aplicar as normas processuais coletivas, adaptando os institutos às novas necessidades sociais, sobretudo com a dedução em juízo de pretensões transindividuais.³²

2.3.2. Na economia judicial e processual

É direito do jurisdicionado ver seu direito amparado pelo Estado da forma mais eficiente possível. Um dos meios para a melhora disso é o desenvolvimento do processo civil comum e, talvez principalmente, do processo civil coletivo. O princípio da economia deve guiar não apenas o legislador, mas também o operador do direito. O escopo é buscar, dentro do procedimento, “*o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais*.”³³

Nesse sentido, já se preocupavam os Estados Unidos com a economia processual em 1938, quando adotaram as *Federal Rules of Civil Procedure*. Nota-se, entretanto, que até mesmo a recente doutrina daquele país continua bastante sensível à questão da economia processual, conforme bem observou Andrea Giussani: “*La maggioranza della più recente dottrina statunitense converge nell'individuare una delle finalità delle class actions nella realizzazione di obiettivi di economia processuale*.”³⁴

Uma grande questão da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, relacionada à economia processual, consiste na dificuldade de execução da sentença condenatória genérica, pois até essa, o direito em juízo é tratado como se

³² VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 25.

³³ CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 73.

³⁴ Em tradução livre: A maioria da mais recente doutrina estadunidense converge em identificar uma das finalidades das *class actions* como para a realização de objetivos de economia processual. GIUSSANI, A. (1996). **Studi sulle "class actions"**. Milão: Cedam, p. 195.

indivisível fosse. Após, quando possível a individualização dos danos, realizar-se-á a liquidação da decisão. Nesse momento processual, os liquidantes deverão manifestar-se para provar o nexo causal entre o dano sofrido e a sentença genérica condenatória, a fim de conseguirem o ressarcimento. Dessa forma, restam prejudicados o acesso à justiça e a economia processual, mesmo que a cognição em tal etapa processual seja limitada, pois inúmeras pessoas terão que se habilitar.

Uma questão que resta evidente do modelo de tutela proposto pelo art. 95, do CDC, para as ações de direitos individuais homogêneos que versem sobre o pagamento de quantia é que viola o princípio da economia processual. De acordo com essa proposta de tutela, dependendo do alcance do dano, milhares de pessoas terão que ajuizar liquidações e execuções para verem seus direitos tutelados. Ainda, salienta-se que a falta de economia processual, em tais casos, prejudica inclusive o réu, pois haverá de defender-se em uma grande quantidade de processos.

Nota-se que a tutela desse tipo de direito por meio da decisão genérica, portanto, não satisfaz, para nenhum dos lados, o princípio da economia processual. Adiante, a temática da liquidação e execução dessa decisão genérica será abordada com mais profundidade. Após, serão tecidas críticas.

2.3.3. Na segurança jurídica

Sistemas jurídicos notoriamente possuem falhas de segurança jurídica, o que prejudica a estabilidade das relações econômicas e sociais. Cabe aos operadores do direito tentar, se não eliminar, ao menos mitigar os danos dessas falhas. Então, para casos nos quais haja mais de um interessado no objeto a ser tutelado pela justiça, a lei processual dispõe sobre a possibilidade de litisconsórcio. Este é possível enquanto o número de partes não crie óbices para “a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento de sentença.”³⁵

Ainda, nesse caminho também foi o legislador americano, pois impôs como requisito para a admissibilidade da *class action* chamada *numerosity* (numerosidade), segundo a qual “a classe deve ser numero o suficiente, de forma a

³⁵ Art. 113, § 1º, CPC.

*tornar impraticável a reunião de todos os membros em uma única ação.*³⁶ Isso com a finalidade de dar homogeneidade às decisões, isto é, tentar decidir da mesma forma as questões comuns (*commonality*) de fato e de direito.³⁷

Assim, são pertinentes as ações coletivas por tratar com unicidade os danos causados a várias pessoas – numerosas o suficiente para justificar a incoerência do litisconsórcio –, fazendo com que não haja julgados logicamente conflitantes sobre situações idênticas ou similares. A utilização do instrumento de tutela coletivo é essencial, portanto, para a manutenção da segurança jurídica.

Ainda, no plano econômico, salienta-se que a convergência nas decisões de casos semelhantes é um dos pilares para o desenvolvimento econômico, causado pela marginalização de entes econômicos inidôneos. Conseqüentemente, o mercado ganha confiança e melhora a econômica, consolidando, no âmbito social, os direitos dos cidadãos.³⁸

2.3.4. No equilíbrio das partes no processo

O equilíbrio entre as partes no processo é assegurado formalmente. Na realidade, entretanto, ocorrem, muitas vezes, situações bem diversas. O abismo econômico entre as partes influi significativamente no comportamento processual. Nota-se isso principalmente em causas potencialmente coletivas, como, por exemplo, quando consumidores veem-se em franca disparidade de armas no processo perante uma grande empresa. Além de ter condições de contratar os melhores advogados para fazerem sua defesa, uma grande empresa também possui a visão geral do *custo-benefício* da realização de danos relacionada com a quantidade de vítimas que entrará em juízo para postular um ressarcimento.

Dessa forma, a união dos indivíduos imbuídos por interesses homogêneos reequilibra as partes no processo. Dessa forma, o tratamento coletivo dos direitos individuais, como aduz Mendes:

³⁶ SALLES, C. (2009). **Class actions: algumas premissas para comparação**. Revista de Processo, 215-136, p. 228.

³⁷ Ibidem, p. 228.

³⁸ PERIN JUNIOR, E. (2001). **Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu**. Revista de Direito do Consumidor, p. 27.

faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.³⁹

Uma das maneiras encontradas pelo legislador para mitigar a disparidade entre as partes na ação que verse sobre direitos individuais homogêneos é o instituto do legitimado extraordinário, conforme o art. 82, do CDC. Por meio desse, podem ser reunidas, em apenas um processo, inúmeras violações idênticas, cujas proposições individualizadas custariam excessivamente para muitas pessoas e prejudicariam, para todos, a visão geral do dano, exceto para o réu, detentor das informações privilegiadas.

2.3.5. Na tutela do direito material

O processo civil deve servir ao direito material. Dentro desse paradigma, deve então fornecer os instrumentos para garantir sua efetividade. No caso de realização de atos ilícitos, presume-se que o agente violador esteja beneficiando-se. Em alguns casos, no âmbito das relações de consumo, as proporções desse problema podem tomar dimensões massivas, pois uma parcela significativa das vítimas não busca o abrigo da justiça, por diversas razões.

Como dito no tópico anterior, tendo o agente dos danos a noção da extensão desses, fica fácil organizar um esquema vil, no qual valha a pena cometer ilícitos num contexto sem a possibilidade de reunião dos lesados em uma só ação coletiva. Uma saída para essa questão foi o desenvolvimento da teoria dos *punitive damages*,⁴⁰ entretanto, não deve ser considerada a forma mais justa, pois gera um desequilíbrio entre o dano e a compensação. Pode, dessa forma, configurar o enriquecimento sem causa de poucos, em detrimento dos muitos que ficarão de fora do ressarcimento merecido.

³⁹ MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 40.

⁴⁰ Os *punitive damages* são indenizações extrapatrimoniais que visam o desestímulo da ocorrência de atos ilícitos através da condenação dos agentes ao pagamento de valores elevadíssimos, a fim de coagir o responsável, bem como toda a sociedade, a não cometer mais danos.

A ação coletiva, por outro lado, fornece uma tutela mais completa do direito material, no sentido de que abarca, nela, a totalidade, ou quase, das vítimas do dano.⁴¹ Nesse contexto, também a tutela do direito material deve perfazer-se de forma célere. Sobre isso, muito bem analisou Santos:

Uma adaptação necessária do Processo Civil à sociedade de informação diz respeito à *celeridade*. De fato, parece estar em franco descompasso com o mundo contemporâneo o processo civil atual, dotado de recursos extravagantes, de fórmulas absurdas e de interpretações por vezes tacanhas do próprio direito, que levam causas a tramitar por dez ou vinte anos, a depender da habilidade do advogado contratado para retardar o processo. Durante este tempo todo, empresas transferem suas sedes para outros países, o homem vai e volta à Lua, grandes fortunas são ganhas e consumidas, e a ciência dá passos larguíssimos, como no Projeto Genoma; isso quando a própria parte não morre no curso da causa e o direito, se é que virá, só será recebido pelos herdeiros.⁴²

2.3.6. Na proteção dos direitos econômicos e sociais

Para entender a importância da efetividade da tutela coletiva, faz-se necessária uma análise ampla econômica. O olhar interdisciplinar possibilita a compreensão do todo, pois, por vezes, abordagens específicas demais arriscam não perceber a realidade.

No caso da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, é inquestionável o impacto econômico de suas violações na sociedade. Uma das principais categorias de direitos abarcadas por esses direitos acidentalmente coletivos é o direito do consumidor. O consumo “*representa um dos componentes mais importantes na vida das pessoas e o ponto de partida da atividade econômica.*”⁴³ Além de ser o ponto de partida, é também uma das forças motrizes da economia.

⁴¹ MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 41.

⁴² SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 58.

⁴³ PERIN JUNIOR, E. (2001). **Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu**. In: Revista de Direito do Consumidor, p. 25.

A massificação das relações de consumo faz com que, *v. g.*, um contrato de adesão bancário que contenha uma cláusula abusiva, subtraia valores de milhares, ou até milhões de consumidores. Suponhamos que o agente violador possua 10 milhões de clientes e o dano, para cada indivíduo, seja de R\$10,00. O simples cálculo aritmético do montante total de recursos financeiros desviados permite observar a dimensão do abalo econômico. Dessarte, reprimir a migração imprópria de riquezas difundidas na economia para um setor específico, como no caso exemplificado, talvez seja uma das principais finalidades da legislação consumerista.

No contexto brasileiro, a concentração de riqueza e, conseqüentemente, a desigualdade social são problemas graves, como se pode retirar do índice de Gini⁴⁴ deste país. O Estado, sobre fundações constitucionais⁴⁵ de preservação da ordem econômica e social, deve ampliar a proteção a tais direitos massificados, a fim de proporcionar a livre concorrência e o desenvolvimento da cidadania. Esta última não pode ter sua efetividade comprometida pela acumulação inidônea de riquezas, como, por exemplo, o emprego de cláusulas abusivas em contratos massificados de adesão. Essas cláusulas desequilibram os contratos e atingem amplamente a ordem econômica, pois violam a propriedade privada – essa, fundada na função social, vista como pilar para a livre concorrência e desenvolvimento empresarial. Diante disso, a tutela adequada dos direitos dos consumidores contribuiria para o desenvolvimento da economia, pois marginalizaria “*empresas inidôneas*”.⁴⁶

A perfeita racionalidade, bem como a abundante informação, de todos os participantes do mercado, são pressupostos para o funcionamento desse com a mínima intervenção do Estado. Na vida real, entretanto, a informação é distribuída de forma desigual, o que é de extrema relevância na atualidade, cujas relações são voláteis e efêmeras. Essa desigualdade informativa é um dos problemas enfrentados pelas massas, frente “*ao poder de mercado de alguns operadores e ao contexto institucional que põem obstáculos no processo de concorrência.*”⁴⁷

⁴⁴ Conforme consulta ao *website* do Ministério da Fazenda Nacional, o Brasil possuía, em 2014, índice de Gini de 0,490, o que denota alta desigualdade social. Acesso em 23/11/2016. Disponível em <www.fazenda.gov.br/noticias/2016/maio/200bspe-divulga-relatorio-sobre-a-distribuicao-da-renda-no-brasil>.

⁴⁵ Conforme enuncia a CRFB: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).”

⁴⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 39.

Dita a importância econômica do consumo à sociedade, salienta-se que o bom funcionamento do mercado passa necessariamente pela tutela efetiva dos direitos relacionados a essa matéria. Dessa forma, entretanto, não basta apenas dar proteção a esses direitos por meio do direito material; é preciso dar-lhes efetividade. Esta só emerge, em questões de massa, com o tratamento, em massa, pelo processo, a fim de dar celeridade, uniformidade, economia e equilíbrio às decisões.

A velocidade das relações sociais, oportunizada pela evolução tecnológica, possibilitou o aumento da produção de bens de consumo de forma absurda. Nunca tantas pessoas tiveram acesso a tantos bens. Esse acesso realiza-se por meio das atividades de consumo, cada vez mais massificadas, alcançando um alto grau de eficiência. Sobre as consequências da sociedade de consumo, discorre Gagno:

As crises econômicas e sociais inerentes a esse novo cenário desencadeiam a conscientização sobre novos direitos, que se diferem daqueles tradicionais, criados exclusivamente para o disciplinamento de relações comerciais, possessórias, de propriedade, família ou sucessões; os direitos sociais (trabalhistas, previdenciários, de educação, saúde, de consumo e ambientais) florescem, bem como a noção de interesses difusos e coletivos, exigindo do Estado um novo comportamento.⁴⁸

Os novos direitos surgem diante de uma mudança de mentalidade jurídica e social. A modernidade, positivista, cheia de certezas, via o juiz como “*a boca da lei, devendo ser tratado com permanente desconfiança num ambiente de legalismo estrito*”.⁴⁹ Sobre o tema, o sociólogo Zygmunt Bauman afirma que essa quase crença na razão marcou a modernidade. Via-se, então, a história como uma “*uma luta difícil, mas afinal vitoriosa, da Razão contra as emoções ou os instintos animais; da ciência contra a magia; [...] da racionalidade contra a afetividade e o domínio dos costumes*.”⁵⁰

A Segunda Guerra Mundial foi um marco muito grande no crescimento da corrente jurídica filosófica jusnaturalista, principalmente relacionado ao advento do nazismo. Conseqüentemente, as leis passaram a receber “*uma carga axiológica*

⁴⁸ GAGNO, L. P. (março de 2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. In: Revista dos Tribunais (953), p. 229.

⁴⁹ Ibidem, p. 229.

⁵⁰ BAUMAN, Z. (2010). Legisladores e intérpretes. (R. AGUIAR, Trad.) Rio de Janeiro: Zahar, p. 157.

ainda maior”,⁵¹ de forma a construir, posteriormente, o que veio a ser chamado de pós-positivismo. Acerca disso, bem discorreu Santos:

Assim, além da quebra do paradigma da legalidade, na pós-modernidade, as facilidades tecnológicas passam a exigir que as instituições funcionem *participativamente*, nos justos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República: “todo o poder emana do povo”. O que antes parecia impossível, pelo tradicional argumento de que seria impossível trazer todos os cidadãos a uma espécie de ágora romana, perde sentido com mecanismos como a internet, urnas eletrônicas e biométricas, que permitem apurações em menos de uma hora. Esta exigência cada vez maior de participação, com direitos coletivos, já é sentida de perto, nas obrigatórias audiências públicas e outros mecanismos de participação processual (*amicus curiae*, por exemplo).⁵²

Pode-se traçar, dessarte, um paralelo entre a mudança de mentalidade jurídica, do positivismo ao pós-positivismo, e de fase histórica e social, da modernidade à pós-modernidade. A sociedade moderna e positivista teve seus alicerces fragilizados por um processo de resistência, conforme Bauman:

a estrutura foi progressivamente minada pela resistência e a luta de categorias construídas (na prática, pela estrutura de poder, em teoria, pela hierarquia de valores a ela associada) como inferiores. A medida da efetividade de tal resistência é que hoje nenhum poder se sente capaz de reivindicar uma superioridade objetiva para a forma de vida que ele representa;⁵³

Dentro desse contexto de transformação de paradigmas social e histórico, o Estado Social surgiu não apenas com a instituição de direitos pelo legislador. Este, por sinal, perdeu seu *status* central, marcado pela cultura positivista, e passou a dividir atenções com a função jurisdicional. Portanto, o Judiciário tem papel

⁵¹ GAGNO, L. P. (março de 2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. In: Revista dos Tribunais (953), pp. 229-230.

⁵² SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do Processo Civil Coletivo**: a prisão civil no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais. Curitiba: Edição do Autor, p. 39.

⁵³ BAUMAN, Z. (2010). **Legisladores e intérpretes**. (R. AGUIAR, Trad.) Rio de Janeiro: Zahar, p. 168.

fundamental no momento de conferir compreensão e eficácia aos direitos sociais; característica essencial de um Estado Democrático de Direito.⁵⁴

Assim, diante da concepção que se tem de direitos sociais atualmente e de massificação das relações econômicas, o direito deve responder à altura. O aumento da qualidade de vida, e, por decorrência, da eficácia dos direitos fundamentais sociais, passa necessariamente pelo avanço econômico, cuja viabilidade depende, dentre outros fatores, dos instrumentos fornecidos pelo ordenamento jurídico, dentre esses, o processo. Neste sentido, bem expôs Luciano Picoli Gagno:

O modelo social de hoje exige um novo modelo de jurisdição e processo, sem que sejam alterados seus conceitos tradicionais; a jurisdição continua sendo a atividade estatal de pacificação dos conflitos com a aplicação dos direitos e o processo continua sendo o método utilizado para se alcançar esse objetivo; sem embargo, o método de hoje não pode ser o mesmo método concebido há séculos atrás, quando Tício e Caio ainda eram os grandes protagonistas das demandas judiciais.⁵⁵

A evolução histórica do pensamento jurídico, juntamente às mudanças sociais da modernidade à pós-modernidade, situa a doutrina brasileira em uma transição do conceitualismo positivista ao instrumentalismo pós-positivista. Esse rumo cultural ambiciona não mais evoluir apenas a dogmática processual, mas sim alcançar resultados práticos. Por isso, *“é agora necessário tirar os olhos do processo em si para volta-los à vida externa, com todas as suas complexidades e contingências.”*⁵⁶

Essa vida externa, essa sociedade da informação, é a raiz que sustenta o rumo ao instrumentalismo do processo. A partir do momento que, culturalmente, os indivíduos conjuntamente considerados como sociedade figurem no centro das atenções, mais e diferentes direitos se tornarão passíveis de tutela, como, por exemplo, o direito ambiental. Tal evolução de mentalidade não é acompanhada

⁵⁴ GAGNO, L. P. (março de 2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. Revista dos Tribunais(953), p. 230.

⁵⁵ Ibidem, pp. 231-232.

⁵⁶ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do Processo Civil Coletivo**: a prisão civil no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais. Curitiba: Edição do Autor, p. 37.

pelos órgãos legislativos, motivo pelo qual se apela ao Poder Judiciário para reconhecer e atender os *novos direitos*.⁵⁷

Sintetizando, os novos direitos supracitados são aqueles direitos, *v.g.*, econômicos, sociais, culturais, fundamentados na solidariedade e na coletividade. Desses direitos, ou *liberdades*, como chama Amartya Sen, surge o fortalecimento das *capacidades gerais* dos indivíduos, as quais enumera, exemplificativamente como “(1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora.”⁵⁸ Para Sen, as liberdades são meio e fim em relação ao desenvolvimento, o que reforça a mentalidade pós-moderna.

As *liberdades* citadas por Amartya Sen muito se assemelham aos *novos direitos* consagrados por Norberto Bobbio.⁵⁹ Não obstante a tutela desses direitos em vários diplomas do ordenamento pátrio, os instrumentos utilizados para sua eficácia são fundamentalmente de cunho individual, o que gera alguns problemas teóricos e práticos, como, por exemplo, a responsabilização civil extrapatrimonial coletiva – instituto “*fora do padrão civilista clássico*”.⁶⁰ Nesse sentido, Eduardo Santos possui uma visão interessante:

Na verdade, entende-se que, para tutelar os novos direitos, a evolução deve partir sim do processo civil tradicional, inclusive das fontes romanas e do trato que recebiam os bens coletivos, mas, evidentemente, com a pós-modernização dos mecanismos, para torná-los mais eficazes e mais simples, e de uma *jurisprudência* que possa amparar decisões de primeiro grau, quase sempre tomadas a partir de conhecimento adquirido próximo aos fatos, em *cognição* mais aperfeiçoada da causa.⁶¹

No contexto da tutela coletiva de direitos, aos juízes foram proporcionados instrumentos legislativos que, embora inovadores na década de 1990, atualmente já estão claramente ultrapassados; dentre esses, o artigo 95, do CDC, cujo teor

⁵⁷ Idem, pp. 62-63.

⁵⁸ Para Amartya Sen, as liberdades, além de serem a finalidade do desenvolvimento, também consistem figuram como meios para esse (SEN, A. K. (2000). **Desenvolvimento como liberdade**. (L. T. MOTTA, Trad.) São Paulo: Companhia das Letras, pp. 54-55)

⁵⁹ BOBBIO, N. (1992). **A era dos direitos**. (C. N. COUTINHO, Trad.) Rio de Janeiro: Campus.

⁶⁰ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do Processo Civil Coletivo: a prisão civil no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 64.

⁶¹ Ibidem, p. 65.

determina que as decisões sejam genéricas na tutela de direitos individuais homogêneos. Diante disso, os intérpretes devem realizar uma interpretação sistemática do microsistema de processos coletivos brasileiro, principalmente sob a luz da CRFB, com a finalidade de efetivar os novos direitos, ou liberdades que por essa foram garantidos. Sobre isso, adequadamente observou André Bezerra:

A ampla gama de direitos de índole democrática consagrados com o texto constitucional fez eclodir uma distância colossal entre a realidade das normas jurídicas e a realidade da vida da população, especialmente a dos mais pobres.⁶²

Dessa forma, como se pretende evidenciar neste trabalho, denota-se que, diversas vezes, os avanços jurídicos partem – ou devem partir – da iniciativa do Poder Judiciário. Este, então, deve levar em conta a necessidade de efetivação dos direitos sociais e econômicos, para que lhes deem aplicação por meio de inovações jurisprudenciais, haja vista sua excepcional importância.

⁶² BEZERRA, A. S. (2016). **Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais**. In: V. C. MORAES, As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro (pp. 233-240). Brasília: Enfam, p. 234.

3. A TUTELA PROPOSTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Até a Lei de Ação Popular, de 1965, no Brasil, o processo civil era tão somente de cunho individualista, ou tradicional. As ações instituídas por esse diploma passaram a ser conhecidas como ações civis públicas, em 1985, com o advento da LACP. Essas disposições legais revolucionaram a mentalidade processualista tradicional, pois instauraram instrumentos para a tutela de direitos coletivos e difusos.¹

Em 1988, a CF consagrou a tendência à mentalidade coletivista de tutela.² O CDC foi além e instaurou a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, pois permite o amparo jurisdicional de vários indivíduos cujos direitos tenham sido lesados por uma mesma causa. Essa inovação complementou o microsistema de tutela de direitos pluri-individuais que já existia dentro das limitações da LACP, cuja sistemática protegia somente bens jurídicos de titularidade transindividual. A consequência disso era que os direitos individuais lesados homogeneamente eram postulados em juízo por meio de ações individuais.³

Ademais, o CDC imprimiu à tutela dos direitos do consumidor maior efetividade, ao disponibilizar o instrumento jurisdicional da tutela específica, por meio do art. 84,⁴ o que posteriormente foi levado ao CPC/73, pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002.⁵ O CPC é aplicado conjuntamente às ações coletivas.⁶ Tal complexo normativo deve ser entendido de forma sistemática, tendo presente o delineamento do microsistema de processos coletivos. Esse universo possui princípios próprios

¹ SILVA, É. B. (2009). **Os direitos individuais homogêneos e a lei nº 11.232/2005**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro - homenagem ao professor Kazuo Watanabe (pp. 343-367). São Paulo: Quartier Latin, pp. 344-345.

² A exemplo disso, temos o teor do artigo 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"; e o art. 5º, XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (grifei);

³ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, pp. 121-122.

⁴ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁵ SILVA, É. B. (2009). **Os direitos individuais homogêneos e a lei nº 11.232/2005**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro - homenagem ao professor Kazuo Watanabe (pp. 343-367). São Paulo: Quartier Latin, p. 348.

⁶ Conforme o CDC: "Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."

específicos, além daqueles de teoria geral do processo, cuja aplicação é complementar.⁷

A tutela coletiva brasileira rumo para a autonomia, não só didática, mas legislativa, visto que há atualmente o Projeto de Lei 5139/2009, cuja tramitação, na Câmara dos Deputados, encontra-se sobrestada desde 2010, devido a parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.⁸ Embora não tenha sido aprovada ainda, a existência desse projeto já demonstra o caminho que está seguindo o pensamento jurídico coletivo. A promulgação de lei específica para os processos coletivos mostra-se adequada, pois entre o modelo individual e o coletivo existem muitas diferenças, essencialmente no que tange aos institutos e princípios.⁹

Nesse contexto, Érica Barbosa Silva opina que o CDC não satisfaz as necessidades de tutela coletiva impostas pela realidade atual. Assim, para a autora, “*é óbvio que os poucos artigos que regulam a matéria são insuficientes para garantir uma defesa apropriada aos direitos transindividuais, devendo ser aplicado, de maneira complementar, o Código de Processo Civil.*”¹⁰ O microsistema processual coletivo brasileiro como um todo, entretanto, não está adaptado às necessidades impostas pela realidade social atual, conforme será demonstrado no item 3.6 deste trabalho.

3.1. A influência americana

Os redatores do anteprojeto do CDC, inspirados na experiência americana com as *class actions for damages*, tentaram suplantam a lacuna de tutela coletiva, inclusive aquela relativa aos direitos individuais homogêneos, que existia no ordenamento brasileiro.¹¹ Segundo Carlos Alberto Salles, os mecanismos utilizados

⁷ SILVA, É. B. (2009). **Os direitos individuais homogêneos e a lei nº 11.232/2005**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro - homenagem ao professor Kazuo Watanabe (pp. 343-367). São Paulo: Quartier Latin, p. 358.

⁸ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 23/11/2016.

⁹ SILVA, É. B. (2009). **Os direitos individuais homogêneos e a lei nº 11.232/2005**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro - homenagem ao professor Kazuo Watanabe (pp. 343-367). São Paulo: Quartier Latin, p. 346-347.

¹⁰ Ibidem. p. 347.

¹¹ LUCON, P. d., & SILVA, É. B. (2006). **Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva**. In: P. H. LUCON, **Tutela coletiva**: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de

nos EUA demonstraram grande eficiência e efetividade, motivo pelo qual serviram de paradigma para a criação legislativa brasileira.¹²

Faz-se aqui a ressalva da dificuldade de comparação entre os ordenamentos brasileiro e americano, haja vista a diferença dos contextos históricos e sociais de ambas as sociedades. Todavia, apesar das diferenças entre o *common law* e o *civil law*, alguns institutos usados naquele país foram de grande utilidade para avanços jurídicos no Brasil, dentre esses, o chamado *due process of law* – incorporado pelo nosso ordenamento como o *devido processo legal*.¹³ Dessa forma, não obstante o problema de *transferibilidade* de institutos entre os ordenamentos, pode-se, ao menos, obter parâmetros, a fim de trazer melhorias ao direito pátrio.¹⁴

A *class action* americana tem antecedente histórico na *Bill of Peace*, instituto jurídico do século XVII. Tal ferramenta, de acordo com Ada Pellegrini Grinover:

acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos Estados Unidos da América ampliado como foi, de início, com contornos imprecisos, até ser disciplinado pelas *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938.¹⁵

Essas disposições moldaram a tutela coletiva americana e, após com a reforma de 1966,¹⁶ perfazem o sistema de *class actions* daquele país até hoje.

Neste trabalho, a direção a ser tomada é a de analisar o tipo de ação, do ordenamento brasileiro, que foi influenciada pela *class action*, qual seja, aquela aposta no inciso (b3) da *Rule 23*¹⁷ das *Federal Rules of Civil Procedure*, isto é, a

Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor (pp. 163-183). São Paulo: Atlas S.A, p. 174.

¹² SALLES, C. (2009). **Class actions: algumas premissas para comparação**. Revista de Processo (pp. 215-136), p. 216.

¹³ Ibidem, p. 218.

¹⁴ Ibidem, pp. 218-219.

¹⁵ GRINOVER, A. P. (1991). **A "class aciton" brasileira**. In: J. TUBENCHLAK, Livro de estudos jurídicos (pp. 22-28). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, p. 22.

¹⁶ De acordo com GRINOVER (Ibidem, pp. 23-24), essa reforma teve como pontos cruciais os requisitos de admissibilidade da ação, bem como a categorização das class actions.

¹⁷ Esse dispositivo, em tradução feita por GRINOVER (GRINOVER, A. P. (2005). **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, p. 186-187): (b) "Proseguimento da ação de classe: Uma ação de classe pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda: (1) (...) (2) o juiz decide que os aspectos de direitos ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (findings) da sentença incluem: (A) o interesse dos

class action for damages. Esse tipo de ação propõe-se a tutelar direitos individuais divisíveis em apenas uma ação, pelo fato de possuírem origem comum, o que necessitaria de tutela jurisdicional de conteúdo idêntico. A partir dessa concepção, o legislador brasileiro instaurou a LACP, em 1985, tratando da tutela de direitos difusos e coletivos, de cunho indivisível,¹⁸ e o CDC, em 1990, abarcando também a tutela de direitos individuais homogêneos tratados de forma indivisível na fase de conhecimento e, após, de forma divisível na execução.

A *class action for damages* tem como pilares a prevalência da questão comum à individual e a superioridade da tutela coletiva à tutela individual. Dessa forma, as *class actions* são norteadas principalmente pelos princípios da economia processual e do acesso à justiça. Ressalta-se que não são de menor importância os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, por exemplo; portanto, a “*apreciação dos requisitos é informada por todos esses valores e princípios.*”¹⁹

O requisito da prevalência da questão comum à individual é importante para que a ação coletiva não se torne um “*labirinto, diante do emaranhado de alegações, defesas e provas essencialmente individuais.*”²⁰ De outro lado, a superioridade do mecanismo coletivo em face de outros é aferida comparativamente, de forma a procurar o instrumento mais adequado para a solução de determinado problema dentro do sistema processual.

Apesar da experiência de meio século a partir da reforma de 1966, ainda há muitas dificuldades quanto à utilização das *class actions*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes assevera:

Nas *class actions*, o número chega a 90% das disputas resolvidas mediante transação. A falta de zelo na aferição dos requisitos para a admissibilidade e manutenção das *class actions* pode acabar permitindo lesão ao princípio do devido processo legal, consubstanciada em quebra da isonomia e da própria capacidade de defesa da parte adversa da classe. Enseja, dessa

membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe (grifei)”.
¹⁸ GRINOVER, A. P. (1991). **A "class action" brasileira**. In: J. TUBENCHLAK, Livro de estudos jurídicos (pp. 22-28). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, pp. 25-26.

¹⁹ MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 87.

²⁰ *Ibidem*, p. 87.

forma, inseguranças e incertezas suscetíveis de resultarem no incremento de acordos que, em condições normais, seriam indesejáveis ou realizados em termos bem diversos.²¹

3.2. A decisão genérica condenatória

No que tange à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o CDC trouxe instrumentos para sua proteção. Diversamente da proposta relacionada ao amparo dos direitos de cunho difuso e coletivo *stricto sensu*, cujas proteções se dão por meio de decisão condenatória que fixa o montante para a reparação do dano, bem como para a indenização.²² Esta, por sua vez, terá como destino o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.²³

De outro lado, a decisão condenatória prolatada em ação coletiva que tutele direitos individuais homogêneos fixa, somente, um dever genérico de indenizar (*an debeatur*). Assim, o legislador optou pela técnica da decisão genérica, com fulcro no art. 95, do CDC.²⁴ Tal escolha tem como justificativa o fato de as pretensões individuais, tuteladas coletivamente, possuírem proporções e causas de pedir variadas.

A motivação da possibilidade de concessão de decisão genérica é o “*tratamento coletivo emprestado ao bem jurídico tutelado que, até o momento dos processos de liquidação e execução da sentença, é concebido como se fosse indivisível.*”²⁵ Consequentemente, há a necessidade de realização da liquidação de

²¹ Ibidem, p. 90.

²² Conforme a LACP: “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

²³ Sobre o FDD, este foi instituído pela Lei 9.008/1995, da seguinte forma: “Art. 1º Fica criado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD). § 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.”

²⁴ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

²⁵ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 125.

tal decisão, com a finalidade de reparar as esferas individuais de cada uma das pessoas lesadas.²⁶

Imprescindível evidenciar que a permissão para a prolação de sentença condenatória genérica não exige o juiz de tentar estabelecer a maior quantidade possível de elementos que descrevam a obrigação no título que será liquidado. Conseqüentemente, o trabalho a ser realizado em sede de liquidação tornar-se-á facilitado, pois o objetivo é limitar, ao máximo possível, o objeto de discussão naquela fase, a fim de dar celeridade à atuação da decisão.²⁷

Salienta-se que a decisão condenatória que tutele direitos individuais homogêneos deveria ser sempre, por imposição legal do art. 95, do CDC, genérica.²⁸ Elton Venturi, quando da confecção de seu livro “Execução da Tutela Coletiva”, no ano de 2000, considerou que o instituto da decisão genérica propiciou “*verdadeira revolução no instituto da responsabilidade civil*”.²⁹ Entretanto, inobstante as inovações para a época, atualmente esse não é mais o entendimento em voga na doutrina e na jurisprudência, sendo agora considerado carente de reformas devido à dificuldade de atingir a efetividade da tutela, como será evidenciado adiante neste trabalho, no item 3.6.

3.2.1. A influência italiana

A influência que originou a implantação da decisão genérica condenatória no Brasil vem da Itália. Esta criou o referido instituto por meio de evolução jurisprudencial, isto é, à parte do direito positivo, haja vista a necessidade imposta pela realidade prática, a qual está em constante mutação.³⁰ Havia, de início,

²⁶ Ibidem, p. 125.

²⁷ LUCON, P. d., & SILVA, É. B. (2006). **Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva**. In: P. H. LUCON, **Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor** (pp. 163-183). São Paulo: Atlas S.A, p. 177.

²⁸ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 407.

²⁹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 126.

³⁰ Conforme discorre Calamandrei (CALAMANDREI, P.. La condanna generica ai danni, Rivista di tto Processuale Civile, p. 359. Apud. VENTURI, E.. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 126): “Non si contano gli istituti giuridici che, trascurati un tempo dalla dottrina o annebbiati dalla disformità delle opinioni, si precisano e si chiariscono oggi attraverso le sue

discussão quanto à natureza desse instituto: “*se seria meramente declaratória ou verdadeiramente condenatória e ainda, se condenatória, se seria condicionada ou incondicionada.*”³¹

De acordo com a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*) italiana o entendimento que prevalece é de que o caráter da sentença genérica seja condenatório, firmado no sentido de que, numa primeira fase do processo de conhecimento, seja aferido o dever de indenizar, ou não, do réu, devendo ser realizado em fase de liquidação “*l’ accertamento quantitativo del danno già dimostrato sussistente*”,³² nas palavras de Piero Calamandrei. Portanto, a fase de conhecimento da ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos não se limitará apenas à declaração da existência do dano. Assim, deverá reprovar o ato danoso e “*impor censura à conduta lesiva, objetivando, em relação ao réu, o dever de reparar, certificando-se, ainda, sobre a efetiva ocorrência de um dano, cuja extensão e profundidade avaliar-se-ão no juízo do quantum debeatur.*”³³

A referida corte italiana, além de consolidar a criação e aplicação das decisões genéricas condenatórias, também fixou alguns limites e requisitos para sua aplicação. Nesse contexto, aquela corte fixa que basta que haja verossimilhança da existência do dano para que seja estabelecida a segunda fase – de liquidação – do processo de conhecimento pelo juízo, assemelhando-se, no ponto, às tutelas cautelares.³⁴ Piero Calamandrei delinea a ocorrência de verossimilhança quando “*il fatto sia tale che l’ esistenza di danni risulti largamente attestata dall’ esperienza, o che l’ esperienza e il buon senso facciano indurre nei singoli casi il normale concorso della esistenza di un danno risarcibile*”.³⁵

Dessa forma, far-se-ia, no processo de conhecimento, uma análise, de certa forma, *a priori* dos fatos, apenas para delimitar se houve ou não houve dano. Os titulares da reparação oriunda desse dano devem se habilitar, a fim de quantificar a reparação, e inaugurar a fase de liquidação, cujo resultado pode também ser o

pronuncie, ispirate dalle vive necessità della pratica: è tra questi la condanna generica ai danni, istituto che potrebbe esser citato come esempio tipico di creazione puramente giurisprudenziale”.

³¹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 127.

³² CALAMANDREI, P.. La condanna generica ai danni, Rivista di tto Processuale Civile, p. 360. Apud. VENTURI, E.. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 127.

³³ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 127.

³⁴ Ibidem, p. 127.

³⁵ CALAMANDREI, P.. La condanna generica ai danni, Rivista di tto Processuale Civile, p. 369. Apud. VENTURI, E.. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 127.

chamado *quantum zero*, isto é, os casos nos quais o processo de liquidação – e sua cognição limitada³⁶ – chegue à conclusão de que a lesão decorreu exclusivamente de culpa da vítima, o que enseja ausência de reparação.³⁷

O resultado da sentença genérica, portanto consiste na constatação de existência de um dano transindividual, haja vista o tratamento indivisível do objeto durante a fase de conhecimento. Então, a individualização das reparações é deixada para a fase de liquidação. Assim, apesar do cunho genérico da sentença, o atributo de certeza dessa não é violado, “*seja em relação à definição da responsabilidade civil do réu à indenização de prejuízos individuais verossímeis, seja no que tange à existência de dano metaindividual (indivisível) a ser indenizado, ainda que ilíquido.*”³⁸

À vista disso, do então modelo de tutela jurisdicional coletiva italiano é passível de críticas de acordo com Vincenzo Vigoriti. A decisão genérica, de acordo com o citado autor, torna árdua a atividade jurisdicional, principalmente no que tange à quantificação dos danos, à forma de pagamento e à determinação dos lesados.³⁹ Ressalta que a sentença pode ser determinada, quando possível; conclui, entretanto, demonstrando visão negativa dos meios anteriormente utilizados naquele país:

Come si vede, la via italiana al risarcimento collettivo non è agevole per nessuno: i consumatori e utenti dovranno dimostrare perseveranza e straordinarie capacità; l'impresa convenuta avrà tutte le possibilità di resistere e vanificare pretese avventate o ricattatorie (anzi, qualunque pretesa). Costi e durata del processo faranno il resto.⁴⁰

³⁶ Sobre a liquidação, Shimura discorre: “O pedido há de ser preciso e claro, isto é, definido na sua qualidade e quantidade, elementos essenciais à fixação da lide e, por conseguinte, dos limites da futura sentença.” No caso de direitos individuais homogêneos, “cada interessado, individualmente, deve promover a sua respectiva habilitação (*rectius*, ação de liquidação) para posterior execução. A outra peculiaridade consiste na necessidade de prova plena, pelo lesado, do fato danoso, do prejuízo sofrido e do nexu etiológico, isto é, tanto do *an debeat* como do *quantum debeat*. Portanto, prevalece a regra da liquidação por artigos, em que cada indivíduo lesado terá de provar o respectivo fato novo (*novo*, porque não objeto de decisão expressa na sentença condenatória genérica).” (SHIMURA, S.. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, pp. 147-148).

³⁷ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 128.

³⁸ *Ibid.*, p. 129

³⁹ Assim, discorre VIGORITI (VIGORITI, V. (2008). **Class action e azione collettiva risarcitoria: la legittimazione ad agire e altro**. Revista de Processo, pp. 195-196): “Il problema della quantificazione del danno subito dalla collettività, della modalità di pagamento, della distribuzione o dell'accantonamento delle somme sono fra i più ardui dell'esperienza”.

⁴⁰ Como se vê, a via italiana para o ressarcimento coletivo não é convidativa para ninguém: os consumidores e usuários deverão demonstrar perseverança e extraordinária capacidade; a empresa ré terá todas as possibilidades de resistir e frustrar pretensões imperitas ou coercitivas (aliás,

Expõe-se que o direito processual coletivo italiano passou por mudança recentemente em seu âmago. A *Legge 99* de julho de 2009, por meio de seu art. 49, alterou o art. 140 do *Codice di Consumo*. Tal reforma manteve a estrutura da *condanna generica* (condenação genérica), mas alterou os requisitos de admissibilidade da *azione di classe*, não sendo imposta como requisito necessário a numerosidade, de forma que a adesão de apenas um interessado já permite a pronúncia sobre o mérito. Andrea Giussani afirma que, pela atualidade da mudança, não há vasta jurisprudência nessa temática e tece ainda algumas sugestões:

Resta soprattutto auspicabile che si compiano reali salti di qualità introducendo, oltre a una disciplina delle spese che incoraggi l'esperimento delle azioni di classe fondate, il sistema dell'onere di recesso dall'azione di classe in luogo di quello attuale dell'adesione, onde fruire in materia di un vantaggio competitivo specialmente rispetto agli altri ordinamenti europei⁴¹

Exposta, resumidamente, a experiência italiana, será analisada a fase subsequente à decisão condenatória genérica coletiva. Ressalta-se que as críticas feitas por Vigoriti também valem para o processo coletivo brasileiro, o que será oportunamente observado no item 3.6.

3.3. A liquidação da decisão genérica

A decisão genérica que põe fim à fase de conhecimento de uma ação coletiva, com a finalidade somente de constatar a existência do dano à coletividade, acarreta a necessidade de realização de uma fase de liquidação, sendo as partes submetidas ao contraditório e à ampla defesa, mediante cognição exauriente. Dessa forma, a liquidação da decisão genérica condenatória é sensivelmente diferente daquela empregada em processos fundados em direitos individuais. A causa disso

quaisquer pretensões). Custos e duração do processo farão o resto. (VIGORITI, V.. **Class action e azione collettiva risarcitoria**: la legittimazione ad agire e altro. Revista de Processo. 33, p. 196.)

⁴¹ Em tradução livre: Resta sobretudo desejável que se realizem reais saltos de qualidade introduzindo, além de uma disciplina que encoraje o experimento das ações de classe fundamentadas, o sistema do ônus de renúncia (o chamado *opt-out* das *class actions*) da ação de classe no lugar daquele atual da adesão, do qual se poderia notar verdadeira vantagem competitiva especialmente a respeito dos outros ordenamentos europeus. GIUSSANI, A. (2013). **L'azione di classe: aspetti processuali**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 355.

remete ao objeto dessa fase, cujo escopo está em aferir o dano pessoal, bem como o nexó etiológico entre a vítima habilitada e a lesão, além da quantificação da indenização.⁴²

Nesse diapasão, a cognição que ocorre no processo de liquidação da sentença genérica deve observar os limites impostos pelo respeito ao título executivo acertado. Assim, a cognição, nessa fase, é limitada no plano horizontal, pois restrita “*com relação a fatos que poderiam alterar o an debeatur*”.⁴³

A Lei 11.232/2005⁴⁴ realizou algumas mudanças na liquidação dos títulos executivos judiciais. A partir de sua entrada em vigor, as liquidações passaram a ser apenas uma fase processual, deixando, quando possível, de serem feitas como processos separados ou como incidentes processuais; adotou-se, portanto, o sincretismo processual. Não obstante as proposições dessa reforma, no caso de direitos individuais homogêneos, não há outra forma de ocorrência da liquidação da sentença senão por meio de incidentes e processos apartados, a fim de não sobrecarregar o polo ativo da demanda.⁴⁵ O Código de Processo Civil, de 2015, no tocante às liquidações, (artigos 509 e seguintes) não alterou semelhante sistemática no que agora interessa, inclusive tais disposições figuram no Livro I do referido diploma, juntamente às disposições acerca do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença.

Salienta-se que a adoção do processo sincrético mudou o tratamento da decisão da liquidação, o que foi mantido pelo, art. 1.015, parágrafo único, do CPC.⁴⁶ A decisão terminativa da liquidação é recorrível, então, por meio de agravo de instrumento. Anteriormente, contra essa decisão, cabia apelação. Essa mudança é consequência da virada de mentalidade processual que ocorreu com o tolher da

⁴² LUCON, P. d., & SILVA, É. B. (2006). **Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva**, p. 175. In: P. H. LUCON, Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor (pp. 163-183). São Paulo: Atlas S.A.,

⁴³ Ibidem, p. 176

⁴⁴ Ressalta-se que, apesar de não mais estar em vigor, essa lei mudou os paradigmas da liquidação e seus mecanismos relativos à liquidação pouco foram alterados pelo CPC de 2015. A preferência pela menção à reforma de 2005 remete à adoção do sincretismo processual, cujos efeitos transformam a mentalidade jurídica relativa à efetividade e instrumentalidade processuais.

⁴⁵ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 405.

⁴⁶ Art. 1.015, parágrafo único: “Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”

autonomia da liquidação como processo, a fim de assegurar uma duração razoável da ação.⁴⁷

Por decorrência da necessidade de celeridade e efetividade, o CPC, em seu art. 512,⁴⁸ aponta a desnecessidade de espera pelo julgamento de recursos contra qualquer sentença, seja genérica ou precisa, para que se proceda à liquidação. Nota-se que essa medida não restringe o direito de defesa do liquidado, pois não se estará executando a decisão sem trânsito em julgado, mas sim apenas acertando-a.⁴⁹

3.3.1. Os legitimados para a liquidação

Então, quem tem legitimidade para postular em juízo a quantificação da indenização, bem como o ressarcimento do dano individual são as vítimas e seus sucessores.⁵⁰ De outro lado, aparecem também outros entes legitimados, os quais apenas podem postular a liquidação e a execução das reparações de cunho global e residual.⁵¹ Essa categoria de legitimados, para Venturi não seria de caráter extraordinário,⁵² mas sim ordinário superveniente, pois a legitimidade desses decorre da finalidade institucional de tais entes, os quais estariam, portanto, buscando a “dedução de ‘direito próprio’”.⁵³

⁴⁷ CAMPOS, G. M., & DESTEFENNI, M. (2009). **Liquidação em ações coletivas e as repercussões decorrentes da Lei 11.232/05- homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro (pp. 369-389). São Paulo: Quartier Latin, p. 385.

⁴⁸ Art. 512. A liquidação poderá ser realizada na pendência de recurso, processando-se em autos apartados no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

⁴⁹ CAMPOS, G. M., & DESTEFENNI, M. (2009). **Liquidação em ações coletivas e as repercussões decorrentes da Lei 11.232/05- homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro (pp. 369-389). São Paulo: Quartier Latin, p. 386.

⁵⁰ Art. 97, do CDC: A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

⁵¹ Art. 100, CDC: 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.

⁵² Sobre o tema, “Há legitimação extraordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito. (...) age-se em nome próprio na defesa de interesses alheios.” (DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H.. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, p. 204.)

⁵³ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 131.

Disso não se afere, entretanto, que a legitimidade desses órgãos para a liquidação seja concorrente⁵⁴ àquela dos indivíduos lesados; estes últimos, pois, possuem prioridade, de forma que a legitimação das entidades do art. 82, do CDC, é subsidiária.⁵⁵ Destaca-se também a visão de Ada Pellegrini Grinover acerca da legitimidade desses entes: para a autora, trata-se de “*representantes processuais, e não de legitimados extraordinários, pois não agiram em nome próprio, mas em nome das vítimas identificadas na liquidação.*”⁵⁶ Por outro lado, Teori Albino Zavascki sustenta que a ação de cumprimento do art. 100 (com destino ao FDD), após a sentença condenatória genérica, ocorre por meio do “*regime de substituição processual: os legitimados atuam em juízo em nome próprio em favor de interesses alheios.*”⁵⁷

Neste trabalho, o caminho doutrinário acerca da natureza do polo ativo da demanda de liquidação da sentença genérica é aquele que indica a representação ordinária, no contexto de destinação ao FDD. Isso porque a realização dessa medida decorre diretamente do interesse do Estado em proteger a ordem econômica, sobre bases constitucionais. Assim, o MP, por exemplo, ao demandar a liquidação de danos transindividuais – assim ocorrendo devido à inércia das vítimas em se habilitarem e individualizarem seu título –, estará pondo em prática o interesse público.

3.3.2. O foro competente para a liquidação

No que concerne ao foro competente para a tramitação da liquidação da sentença genérica, o anteprojeto do CDC, em seu art. 97, parágrafo único,⁵⁸ permitia expressamente sua dissociação da jurisdição do processo de conhecimento. Tal

⁵⁴ Diferentemente do que entende Leonel: “Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente.” (LEONEL, R. d.. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 155). Não será adotada essa linha, pois o art. 100, do CDC, denota prioridade aos legitimados individuais à vista da determinação aos legitimados do art. 82 que aguardem o prazo de um ano para que possam atuar.

⁵⁵ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 133.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed., cit., p. 887, apud DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, pp. 419-420.

⁵⁷ ZAVASCKI, T. A. (2007). **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos** (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 205.

⁵⁸ Parágrafo único - A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante.

disposição restou indeferida pelo veto presidencial, sob a justificativa de que violaria o princípio da ampla defesa.⁵⁹

A ampla defesa, todavia, deve ser interpretada em conjunto ao princípio do acesso à justiça, bem como à sistemática proposta pelo próprio CDC. Este, no inciso I, do § 2º, do art. 98,⁶⁰ permite a dissociação entre o juízo do processo de conhecimento e de liquidação daquele onde eventualmente será proposta a execução individual.

Portanto, não obstante o veto presidencial à disposição que permitia expressamente a dissociação entre o juízo da fase de conhecimento e o juízo da fase de liquidação, esta pode ser proposta no foro de domicílio do liquidante. De outro lado, na hipótese de pedido de liquidação pelos entes legitimados pelo art. 82, do CDC, essa deverá ser postulada perante o juízo onde tramitou o processo de conhecimento.⁶¹ Sobre a liquidação da sentença genérica, de seguinte forma se manifesta Teori Zavascki:

O juízo da sentença primitiva foi limitado quanto à cognição, que ficou restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos. A especificação da matéria, a sua individualização em situações concretas, dar-se-á, na verdade, justamente nessa segunda etapa da atividade cognitiva. Assim, a relação entre cognição da primeira fase e liquidação não se dá, aqui, com o grau de profundidade existente em outras situações. (...) Pelo contrário, a concentração de todas as ações de cumprimento num único juízo acarretaria, não um melhor desempenho, e sim o emperramento da função jurisdicional. Ademais, dependendo das circunstâncias de fato, a sua adoção deixa o titular do direito subjetivo em condições piores do que se tivesse promovido desde logo a sua demanda individual. É o que ocorre, por exemplo, com os demandantes cujo domicílio é outro que não o do juízo da ação coletiva.⁶²

⁵⁹ Conforme mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990, da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, no comentário ao parágrafo único do art. 97 da Lei 8.078/90

⁶⁰ Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) § 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado. § 2º É competente para a execução o juízo: I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

⁶¹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 134.

⁶² ZAVASCKI, T. A. (2007). **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos** (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 197.

Destaca-se a consonância desse entendimento com o ordenamento jurídico brasileiro, em geral. O direito fundamental ao acesso à justiça torna forçoso que se aceite a liquidação da sentença condenatória genérica de forma dissociada da ação de conhecimento e da ação executiva.

3.3.3. O procedimento de liquidação

Primeiramente, feitas as observações acerca do foro competente e da legitimação para a liquidação da decisão genérica, cumpre salientar a dificuldade de fazer com que as vítimas tomem conhecimento da sentença que lhes favorece. O art. 96, do CDC, cujo teor restou vetado pela presidência, dispunha a publicação da decisão condenatória, por edital, conforme o art. 93, do CDC.⁶³ Ressalta-se que o impedimento do vigor daquele artigo não apaga a necessidade de dar conhecimento da decisão aos interessados; ficam, portanto, responsáveis pelas diligências dessa divulgação aqueles legitimados pelo art. 82 do CDC, a fim de dar efetividade à tutela jurisdicional.⁶⁴

Nesse contexto, não cabe somente ao Poder Judiciário realizar a divulgação. Esta também deve ser imposta aos órgãos de imprensa. A necessidade de propagação do conhecimento da decisão decorre da interpretação sistemática dada às proposições do CDC e, outrossim, às da CF, cujos artigos 5º, inciso LX, e 94, inciso IX, fundam o princípio da publicidade.⁶⁵

Acerca da temática da forma como se dará a habilitação dos legitimados, o CDC não faz maiores especificações, motivo pelo qual se deve, na visão de Elton Venturi, realizar uma interpretação analógica ao funcionamento da efetividade das pretensões individuais nas decisões coletivas prolatadas no âmbito do Direito do

⁶³ O veto presidencial do art. 96 consistiu exatamente no fato de o art. 93 não abordar o tema da divulgação da decisão, mas sim tratar sobre competência; matérias desconexas, portanto. O art. 96 deveria mencionar o art. 94, cujo teor segue: “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.”

⁶⁴ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 135.

⁶⁵ LUCON, P. d., & SILVA, É. B. (2006). **Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva**, p. 175. In: P. H. LUCON, Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor (pp. 163-183). São Paulo: Atlas S.A.

Trabalho.⁶⁶ Teori Albino Zavascki posiciona-se de forma similar, porém, adota nomenclatura para o ato da vítima que faça valer o direito consagrado na sentença genérica; chama, pois, de *ação de cumprimento*.⁶⁷

Frisa-se que, no caso da liquidação da reparação de danos individuais homogêneos, após o intervalo temporal de um ano, podem os legitimados do art. 82 realizarem a liquidação das indenizações que mantiveram o caráter transindividual, isto é, daquelas parcelas sobre as quais não apareceram liquidantes individuais, conforme o art. 100, do CDC. A destinação dos recursos daí oriundos é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos.⁶⁸

Importante salientar que o supramencionado prazo de um ano não acarreta a prescrição das pretensões individuais de liquidação. A única consequência é a permissão da liquidação pelos entes coletivos, de forma residual, para evitar o enriquecimento ilícito do agente causador dos danos em face da inércia das vítimas em se habilitarem. Podem, portanto, os legitimados fazerem valer seus direitos acertados na decisão genérica também após o prazo de um ano.⁶⁹

Para Ricardo de Barros Leonel, “*trata-se de liquidação por artigos, dada a necessidade de provar fatos novos*”,⁷⁰ entretanto a decisão do processo de liquidação deve seguir aquilo que foi delineado na decisão da fase de conhecimento, respeitando razoavelmente o princípio da fidelidade do título executivo.⁷¹ Ademais, são aplicados os princípios que regem o Processo Civil, de forma subsidiária. Dentre esses, o princípio da inércia da jurisdição, da iniciativa da parte, do impulso oficial, da ampla defesa e contraditório.⁷² Este último pode ser exercido pelo demandado,

⁶⁶ Sobre a sentença coletiva de caráter declaratório normativo, cujo dispositivo não tenha sido observado, cumpre aos empregados e ao sindicato o ajuizamento de reclamações cujo objeto seja o pedido de cumprimento da decisão coletiva, a fim de impor-lhe força executória (VENTURI, E. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 136).

⁶⁷ ZAVASCKI, T. A. (2007). **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos** (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 196.

⁶⁸ Artigo 1º da Lei 1.306/1994, que regulamenta o referido fundo e dá outras providências, nos seguintes termos: O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

⁶⁹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 137.

⁷⁰ LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 628.

⁷¹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 138.

⁷² *Ibidem*, p. 139.

de forma a suscitar vícios advindos da relação processual e “inclusive deduzir algumas matérias que teriam lugar os embargos à execução.”⁷³

Salientada a existência de um mérito nesta etapa procedimental, será exarada decisão definitiva, cujo conteúdo pode declarar, *v.g.*, a inexistência de *quantum* para o ressarcimento; possível, portanto, chegar-se ao chamado “valor zero”. Este é criticado por Piero Calamandrei sob o fundamento de que careceria de lógica, pois *“l’esistenza e la quantità non sono due attributi indipendenti, dei quali, con riferimento allo stesso soggetto, l’uno possa essere affermato e l’altro negato”*.⁷⁴ Assim, concluir, em sede de liquidação, que não há valor a ser ressarcido, contrariaria a sentença condenatória e a fragilizaria, o que violaria o cumprimento do título judicial.

Considerar a existência da possibilidade de constatação do “valor zero” seria admissível apenas se a sentença genérica fosse considerada meramente declaratória, isto é, somente constate a existência de um ilícito. Diante desse entendimento, o verdadeiro caráter de definitividade da responsabilização do demandado provém da fase de liquidação, a qual dará a efetiva existência do débito no caso concreto. Imprescindível notar que só se pode chegar ao “valor zero” em uma liquidação individual. Isso ocorre, pois, perante aquele indivíduo chegou-se à desnecessidade de fixação de montante indenizatório. Por outro lado, entretanto, ao tratar-se de liquidação coletiva ao FDD, resta inviável a ausência de valor imputável, haja vista que, nesse caso, devido ao caráter transindividual, decorre diretamente da sentença genérica coletiva, conforme o art. 95, do CDC.⁷⁵

Salienta-se que houve reestruturações no microssistema processual coletivo, em 2005, com a Lei 11.232, e posteriormente, em 2015, com o Novo Código de Processo Civil, sendo que, em processos tradicionais e individuais, não se fala mais em processo de cognição, de liquidação e de execução como elementos separados. Assim, com essas reformas, consolidou-se o chamado sincretismo processual no ordenamento pátrio. Reflexamente, algumas mudanças ocorreram na sistemática coletiva, dentre elas, a dispensa de nova citação do réu

⁷³ *Ibidem*, p. 140.

⁷⁴ CALAMANDREI, P. (1933). La condanna generica ai danni. *Rivista di diritto processuale civile*, p. 366, apud VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 143.

⁷⁵ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 143.

para comparecer ao cumprimento de sentença nos casos cuja relação jurídica permaneça a mesma, isto é, quando, na troca de fase processual, não houver mudança em nenhum dos polos da ação. No contexto de tutela de direitos individuais homogêneos, portanto, normalmente ocorre apartada a liquidação, devido às transformações do polo ativo.⁷⁶

3.4. O cumprimento da decisão genérica

Partindo-se de uma liquidação realizada por algum dos entes do art. 82, do CDC, os legitimados ficam munidos com título executivo judicial, que deverá constar em certidão, conforme o disposto no art. 98, § 1º, do CDC, seja relativo à reparação individual, seja relativo à reparação fluída. Nesse contexto processual, após a liquidação coletiva, os legitimados poderão ajuizar suas execuções individuais perante o juízo competente.

Tratando-se de liquidações individuais, as vítimas podem, a partir da decisão da fase de liquidação, requerer ao juízo o início da segunda etapa da demanda de cumprimento – terminologia de Teori Zavascki –, a fim de verem atuados seus direitos que foram acertados na decisão genérica e, posteriormente, confirmados na fase de liquidação. Para Elton Venturi, a finalidade da ação coletiva condenatória consiste na célere e econômica reparação de danos individuais. Conseqüentemente, há prevalência dos cumprimentos de sentença particulares em face daqueles feitos pelos legitimados do artigo 82, do CDC.⁷⁷

Muitas vezes, em face do grande número de legitimados para a demanda de cumprimento, pode o juiz, de ofício, promover o processamento em lotes ou o desmembramento do processo, a fim de facilitar o controle da realização das decisões judiciais, bem como o trabalho dos serventuários da justiça.⁷⁸ Essa medida possui disposição similar relativa aos litisconsórcios multitudinários.⁷⁹

⁷⁶ SILVA, É. B. (2009). **Os direitos individuais homogêneos e a lei nº 11.232/2005**, p. 358. In: C. SALLES, *As grandes transformações do processo civil brasileiro - homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (pp. 343-367). São Paulo: Quartier Latin.

⁷⁷ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 147.

⁷⁸ LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 630.

⁷⁹ Art. 113, § 1º, do CPC: Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: (...) § 1o O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número

O título judicial, proveniente de sentença genérica e acertado por meio da fase de liquidação, é executável. Cumpre salientar, ainda, que, apesar de encerradas as atividades cognitivas, o executado tem possibilidade de defender-se; somente, entretanto, dentro das hipóteses taxativas do art. 525, § 1º, do CPC.⁸⁰

3.4.1. Os legitimados para a execução

No que concerne aos legitimados, à mesma lógica aplicada à liquidação aplica-se à execução. O artigo 97, do CDC, indica que os legitimados para a “liquidação e execução” são as vítimas do dano e seus sucessores – relativamente às lesões particulares – e os entes coletivos arrolados no art. 82, do CDC, na parcela indenizatória de cunho transindividual e, apenas residualmente, na de cunho individual que eventualmente não tenha sido liquidada e executada em até um ano.⁸¹

Salienta-se a diferença entre a natureza das legitimações acima descritas. As vítimas e sucessores, ao postularem a atuação de seus direitos, são legitimados ordinários. De outro lado, consideram-se os entes coletivos do artigo 82, do CDC, como substitutos processuais daqueles que seriam os legitimados ordinários, cuja participação no processo inviabilizaria sua efetividade, por questão de sua alta numerosidade. Dessa forma, essa *legitimação extraordinária* é opção do legislador para dar efetividade à tutela coletiva, bem como é de utilização restritiva, isto é, o rol de legitimados extraordinários do artigo 82, do CDC, é taxativo.⁸²

Ademais, destaca-se que ocorre a substituição processual quando os legitimados do artigo 82, do CDC, estejam postulando, em juízo, a realização dos direitos de caráter individual. De outra forma, quando estiverem agindo em prol da

de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

⁸⁰ Art. 525, § 1º do CPC: “Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - penhora incorreta ou avaliação errônea; V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.”

⁸¹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 148.

⁸² Ibidem, p. 148.

liquidação e execução do chamado *fluid recovery*, estarão na condição de legitimados ordinários, por decorrência da finalidade dessas instituições.⁸³

3.4.2. O foro competente

Conforme já explicitado, quando da análise da competência na fase de liquidação, o art. 97, parágrafo único, do CDC, foi objeto de veto presidencial. Não obstante, cumpre realizar-se interpretação sistemática do sistema processual, com o escopo de facilitar o acesso à justiça às massas vítimas de danos.⁸⁴

O artigo 98, § 2º, do CDC, dispõe que a execução pode ser proposta no foro da ação de conhecimento, ou também no da liquidação. Assim, ressalta-se que a lei se omitiu justamente acerca da hipótese mais importante, isto é, não possibilitou expressamente o ajuizamento da execução no foro de domicílio do exequente. Essa opção, entretanto, é bem aceita pela doutrina, justificando-se por meio de uma análise sistemática favorável às vítimas.⁸⁵ Sobre essa possibilidade, assevera Elton Venturi:

Isto porque, em aplicação analógica do art. 101, inciso I, do CDC, que prevê a possibilidade da propositura da ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços no domicílio do autor, combinado com o inciso I, do § 2º, do art. 98 do mesmo diploma legal, extrai-se, sistematicamente, a competência jurisdicional do juízo do domicílio do liquidante também para a respectiva execução individual.⁸⁶

3.5. O instituto de *fluid recovery*

A LACP instituiu, no Brasil, em 1985, o instrumento da reparação fluída, ou seja, buscou dar efetividade à tutela dos direitos coletivos e difusos. Esse instituto possibilita a tutela de direitos de cunho metaindividual, devido à indivisibilidade

⁸³ Ibidem, p. 148.

⁸⁴ Ibidem, p. 152.

⁸⁵ Ibidem, p. 152.

⁸⁶ Ibidem, p. 152.

desses, cuja decisão genérica não poderia ser liquidada e executada individualmente pelos lesados, ou, ainda, na hipótese de ausência de demandas de cumprimento compatíveis com a gravidade do dano.⁸⁷

O instituto de *fluid recovery* também se aplica à tutela dos direitos individuais homogêneos. Apesar da materialidade individual desses direitos, quando não são liquidados e executados pelas vítimas e seus sucessores, no prazo de um ano, geram graves consequências sociais, devido a sua dimensão econômica.⁸⁸ Essa é a razão pela qual o art. 100, do CDC, incluiu na proteção dos direitos individuais homogêneos a possibilidade de emprego da reparação fluída; inclusive faz menção à necessidade de compatibilidade entre a gravidade do dano e o número de habilitados.

Dessa forma, no contexto da tutela de direitos individuais homogêneos, partindo-se de uma análise restritiva do art. 100, do CDC, a reparação fluída possui natureza residual,⁸⁹ pois só ocorrerá sua aplicação quando passado o prazo de um ano sem um número de habilitados compatível à extensão do dano.⁹⁰ Tal instituto tem papel fundamental na efetividade da tutela coletiva, pois a sentença que declarou a existência do dano não poderia restar sem efetividade diante da omissão dos indivíduos lesados, já que, nessa hipótese, o responsável sairia impune,⁹¹ bem como ficaria sem tutela o dano social e econômico ocasionado pela violação de massa.

Entretanto, discute-se na doutrina a natureza da verba indenizatória a ser destinada ao FDD; se é punitiva, como é o entendimento de Elton Venturi, ou residual, da maneira como vê Ada Pellegrini Grinover.⁹² Sobre o assunto, o STJ tem se manifestado no sentido de ater o caráter da *fluid recovery* ao contexto residual,⁹³

⁸⁷ Ibidem, p. 153.

⁸⁸ Ibidem, p. 153.

⁸⁹ Salienta-se, sobre esse ponto, que o caráter residual da reparação fluída reside na liquidação e execução dos créditos das vítimas omissas em efetivá-los. Não se limita a isso, todavia, a reparação fluída, pois deve atender ao inciso XXXV, do art. 5º, da CF, e, conseqüentemente, tutelar inclusive o dano “social” por trás da lesão de massa de indivíduos, o qual tem caráter indivisível e indisponível, pois decorre de interesse público.

⁹⁰ POMPÍLIO, G. (2013). **Aspectos polêmicos acerca da fluid recovery no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Processo, p. 288.

⁹¹ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 154.

⁹² POMPÍLIO, G. (2013). **Aspectos polêmicos acerca da fluid recovery no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Processo, p. 287-288.

⁹³ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA COLETIVA. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. LEGITIMIDADE DO

a fim de respeitar a literalidade do art. 100, do CDC. Assim, as verbas daí oriundas seriam decorrentes tão somente das parcelas indenizatórias não liquidadas e executadas pelos indivíduos legitimados.

Uma reforma do dispositivo da *fluid recovery* seria bem vinda pelo ordenamento, a fim de que assista também o dano social por trás dos danos de massa. Ressalta-se que o entendimento de Elton Venturi, sobre o tema, sustenta o caráter punitivo da medida. Essa opinião condiz com o princípio da proteção do direito material, apesar de ir contra a literalidade do art.100, do CDC. Por isso, a necessidade de mudança legislativa.⁹⁴

Observa-se que a opção do legislador de utilizar o instituto da reparação fluída na tutela de direitos individuais homogêneos decorre do reconhecimento à elevada relevância social da proteção a tais direitos. Consequentemente, embora as verbas destinadas ao Fundo criado pela LACP não se revertam diretamente em favor das pessoas lesadas, resta reprimido o ato danoso à classe, pois inibe o enriquecimento ilícito do agente. Essa opção legislativa decorre do interesse público por trás da efetividade da proteção aos direitos de massa, cujo desamparo acarreta grandes abalos sociais.⁹⁵

Dessa maneira, o instituto da reparação fluída é reflexo do princípio da reparação integral do dano, pois, mesmo que não tenham sido realizadas as liquidações e execuções pelos indivíduos, o dano deverá ser indenizado em sua

MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO. CONTRATANTES IDENTIFICADOS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. CABIMENTO. LAUDO QUE DEVE CONSIDERAR CADA UM DOS CONTRATOS. 1. Como a decisão recorrida enfrentou as questões debatidas, ainda que em sentido inverso à pretensão do recorrente, não há vício processual ou violação dos artigos 165, 458 e 535 do CPC. **2. O Ministério Público tem legitimidade subsidiária para a liquidação e execução da sentença coletiva, caso não haja habilitação por parte dos beneficiários, nos termos do art. 100 do CDC.** 3. Se o título executivo não prevê indenização estimada e possui os critérios para a liquidação e tendo em vista a identificação dos beneficiários, a liquidação deve levar em conta cada um dos contratos. No caso, pode ser realizada por arbitramento, de modo a se atingir a efetividade e celeridade da tutela coletiva, aliadas ao cumprimento do previsto no título. 4. A reparação fluída (*fluid recovery*) é utilizada em situações nas quais os beneficiários do dano não são identificáveis, o prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante e, subsidiariamente, caso não haja habilitação dos beneficiários. 5. Recurso parcialmente provido, com base no voto-médio. (REsp 1.187.632, Relator: Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 05/06/2012)

⁹⁴ POMPÍLIO, G. (2013). **Aspectos polêmicos acerca da *fluid recovery* no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Processo, pp. 291-292.

⁹⁵ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 154-155.

integralidade. Esse princípio pode ser extraído da Lei de Ação Popular (art. 11, Lei 4.717/1965), pois admite “*uma espécie de pedido implícito*.”⁹⁶

O prazo a partir do qual pode ser realizada a liquidação e execução ao FDD é o pilar que sustenta a legitimação do art. 82, do CDC, ainda sobre o fundamento de reparação integral do dano coletivo. Ocorre destacar que, para obtenção de maior segurança jurídica, o legislador poderia ter alargado esse prazo (de um ano) para o mesmo lapso temporal da prescrição do direito de exercer o título judicial acertado.⁹⁷ Uma solução dada pela legislação para esse problema é a sustação da transferência de valores ao FDD na hipótese de que haja ações individuais em curso, a fim de evitar um *bis in idem*.⁹⁸

Diante da dificuldade de aferir o *quantum exato* referente à indenização daqueles legitimados que não se habilitaram, Marcelo Abelha Rodrigues propõe que a indenização revertida ao FDD tenha caráter punitivo, corroborando o entendimento de Elton Venturi. Dessarte, o título acertado em sentença genérica terá parte de sua condenação arbitrada, isto é, a parte residual não liquidada pelos indivíduos será quantificada pelo juiz e a essa será atribuída também função punitiva. Vai ressaltado aqui também o ônus do réu de apontar a existência de liquidações e execuções individuais em curso.⁹⁹ Sobre isso, Gustavo Pompílio esclarece:

A maneira mais tranquila de se calcular o resíduo não reclamado é através de elementos a serem fornecidos pelo próprio demandado. Defende-se que o réu deste tipo de ação coletiva é, geralmente, aquele que detém maiores condições de instruir a ação que tenha por objeto a reparação fluída. É ele, por exemplo, que é capaz de determinar quantos pacotes de determinada mercadoria foram comercializados com o peso abaixo do indicado em sua

⁹⁶ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 128.

⁹⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 465, apud DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 411.

⁹⁸ Art. 8º, do Decreto nº 1.306/1994: Art. 8º Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e depositados no FDD, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento, de acordo com o art. 99, da Lei nº 8.078, de 1990. Parágrafo único. Neste caso, a importância recolhida ao FDD terá sua destinação sustada enquanto pendentes de recursos as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

⁹⁹ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 412.

embalagem. A partir daí, basta detrair dessa quantia o número de interessados que se habilitaram no processo de liquidação, para se chegar ao coeficiente a ser pago a título de reparação fluída.¹⁰⁰

Dessarte, o juiz pode lançar mão de técnicas jurisdicionais coercitivas que induzam o executado a fornecer as informações que possui. Essa temática é bem discutida e é compreendida pela questão do dever de colaboração das partes no processo, bem como pela distribuição dinâmica do ônus probatório. Portanto, para Gustavo Pompílio “a *casuística é capaz de fornecer elementos suficientes para que seja efetuado o cálculo da indenização a ser paga a título de fluid recovery.*”¹⁰¹

3.6. Críticas ao modelo brasileiro

Atualmente, está em voga na doutrina o instrumentalismo do processo, isto é, que a finalidade desse seja a efetivação do direito material. Assim o processo deve almejar soluções justas, seguras, rápidas e eficientes, para a prestação jurisdicional. O processo civil brasileiro passou por grandes modificações no que tange à efetivação dos títulos executivos, principalmente por meio das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006; buscava-se, assim, a melhora na tutela dos direitos materiais,¹⁰² objetivo mantido pelo CPC de 2015, sem que tenham surgido grandes mudanças que afetem a temática de efetividade da tutela coletiva aqui tratada.

Dentro dessa visão, o processo coletivo também deve procurar dar maior realização prática para a defesa de direitos das massas, para que essas pessoas possam obter tutela jurisdicional com economia processual, segurança jurídica e equilíbrio das partes no processo. Exposto o escopo do processo coletivo, nota-se que a proposta legislativa vigente, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, é de difícil aplicação prática, especialmente no que tange à efetivação da sentença genérica com relação aos direitos individuais homogêneos, “*devendo haver*

¹⁰⁰ POMPÍLIO, G. (2013). **Aspectos polêmicos acerca da fluid recovery no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Processo, p. 289.

¹⁰¹ Ibidem, pp. 289-291.

¹⁰² MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 271.

*modificação na sua interpretação ou mesmo inovação legislativa, para que melhores resultados possam ser alcançados.*¹⁰³ No mesmo sentido, posiciona-se Arenhart:

Quanto à efetiva tutela dos interesses individuais isomórficos, essa não pode limitar-se à condenação genérica seguida de execuções individuais. Como acima observado, esse caminho, não raro, é a técnica menos eficiente de gerir tais interesses, sobretudo porque não consegue eliminar o problema de impor a multiplicação de demandas individuais perante o Judiciário, limitando-se a postergar esse inconveniente.¹⁰⁴

Pelo que já foi aqui evidenciado, o CDC é um dos principais diplomas que regem a tutela coletiva. Esse viabiliza duas possibilidades de resposta da legislação em caso de procedência da ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos.¹⁰⁵

A primeira hipótese, mais comum, dá-se por meio da propositura de uma ação coletiva que vise diretamente à prestação jurisdicional a direitos individuais homogêneos. Alguns exemplos desse tipo de ação são aqueles de inexigibilidade de tributos cobrados, de anulação de cláusulas contratuais de clientes de um banco, de cobrança oriunda de um desconto na fatura feito por uma companhia telefônica, dentre outros.¹⁰⁶

A segunda ocorre por consequência da extensão da coisa julgada *in utilibus*,¹⁰⁷ de forma que uma eventual prestação jurisdicional a direitos coletivos *stricto sensu* ou difusos gere também um título executivo judicial que possa ser posto em prática individualmente. Um exemplo dessa hipótese seria um caso de procedência de uma ação tutelando direito ambiental – difuso – de poluição de um rio. Nessa sentença, ficaria reconhecida a existência de um dano, que poderia ser

¹⁰³ Ibidem, p. 272.

¹⁰⁴ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais:** para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 320.

¹⁰⁵ MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 272.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 272.

¹⁰⁷ A extensão da coisa julgada *in utilibus* consiste na possibilidade de indivíduos pleitearem reparação para si por meio de título judicial decorrente de ação que tutele direitos transindividuais – difusos ou coletivos *stricto sensu*.

cobrado por eventual indivíduo que tivesse sido lesionado particularmente – um pescador, por exemplo.¹⁰⁸

O art. 95, do CDC, ao invés de proteger, limita a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos, pois prescreve: “*Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*” (grifei). Assim, incorreu em dois erros o legislador. O primeiro consiste na tutela à fixação da responsabilidade do réu por danos causados; restringe, portanto, a tutela às obrigações de pagar quantia certa. Segundo, a sentença genérica não pode ser imposta como modelo único de tutela, visto que sua eficácia depende de outras fases processuais, que lhe tolgem efetividade, em face da numerosidade dos liquidantes e exequentes.¹⁰⁹

Há quem defenda a condenação genérica proposta pelo art. 95 do CDC sob o fundamento da autonomia privada em face do tratamento global do dano coletivo, de forma que deixar aos indivíduos a responsabilidade pelos seus direitos seria o melhor caminho. Salienta-se que o ordenamento brasileiro já concede essa autonomia privada; com certos limites, porém. Essa autonomia se manifesta de duas formas: pela coisa julgada *secundum eventum litis* do art. 103, inciso III, do CDC;¹¹⁰ e pela possibilidade de proposição de ação individual mesmo na pendência de ação coletiva sobre o mesmo tema – desde que não tenha havido decisão para a suspensão do feito individual, nos moldes do art. 104, do CDC.¹¹¹

Desde a promulgação do CDC até a atualidade, a mentalidade processual brasileira passou por grandes modificações, naturalmente, devido à experiência que o tempo concede. A unicidade de tutela processual proposta pelo diploma mencionado foi se mostrando claramente ultrapassada, sendo que “*no caso de demandas coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, muitas vezes se*

¹⁰⁸ MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 273.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 273.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

padece com uma falta de efetividade, decorrente da necessidade de instauração de inúmeras liquidações”,¹¹² de forma individual.

Dessa forma, devido à necessidade de liquidação e execução individuais da sentença genérica prevista no art. 95, do CDC, resta desvirtuada a proposta de tutela coletiva. Uma possibilidade para o ordenamento brasileiro, nesse contexto, seria a de deixar-se influenciar mais pela sistemática das *class actions* norte americanas. Essas tem como requisito a prevalência das questões comuns às individuais, bem como a superioridade do instrumento coletivo de tutela em face do individual.¹¹³

Não obstante as críticas supramencionadas, salienta-se que, em alguns casos, a prolação de decisão genérica faz-se sustentável. Um exemplo: uma empresa coloca no mercado um alimento que gera danos a diversos indivíduos, em escalas muito diferentes, de maneira a impossibilitar a dimensão do dano em cada um. Nesse caso, a sentença genérica pode ser útil, apesar da continuidade dos problemas relativos à determinação dos sujeitos e dos nexos etiológicos.¹¹⁴

No exemplo referido acima, pode ser justificável a utilização da sentença genérica como técnica jurisdicional, entretanto, não serve para grande parte dos casos. Devido ao avanço da tecnologia e à informatização da sociedade, muitas vezes, os sujeitos lesados são de fácil determinação e poderiam ser particularizados já na fase de conhecimento da ação coletiva. Esse seria o caso de uma ação cuja tutela fosse realizada por meio de sentença declaratória ou constitutiva, *v.g.*, como no caso de declaração de inexigibilidade de um tributo.¹¹⁵

Partindo-se para uma demanda que postule sentença condenatória, determinando ou uma obrigação de fazer, ou de não fazer, ou de entregar coisa certa, tem-se que o objeto da ação e o grupo de vítimas do dano, possam, muitas vezes, ser já determinados na fase de conhecimento.¹¹⁶ Um exemplo disso pode ser uma demanda cujo objeto seja o ressarcimento de dinheiro, que tenha por origem um desconto indevido, em fatura, realizado por uma empresa. Esta possui todas as

¹¹² GAGNO, L. P. (março de 2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. Revista dos Tribunais, p. 232.

¹¹³ MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Afiliada, p. 273.

¹¹⁴ Ibidem, p. 274.

¹¹⁵ Ibidem, p. 274.

¹¹⁶ Ibidem, p. 274.

condições, em tal caso, para especificar cada indivíduo vitimado pelo dano. A propósito, discorre Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

Haverá, especialmente em processos coletivos, uma grande economia processual se o próprio réu estiver em condições de efetuar os cálculos, ou fornecer os elementos necessários para tanto, dando cumprimento efetivo à sentença, como anteriormente já se encontrava semelhantemente disposto no § 1.º do art. 604 e agora no § 1.º do art. 475-B do CPC.¹¹⁷ A cultura individualista e dispositiva do processo civil, entretanto, fortalece interpretações que acabam privilegiando a necessidade de prolação de sentenças genéricas, sucedidas de liquidações e execuções individuais, na contramão da história.¹¹⁸

Assim, nota-se que a ineficiência e inefetividade do modelo imposto – sob uma interpretação restritiva – pelo art. 95, do CDC, viola de maneira indireta o princípio constitucional do acesso à justiça. Isso ocorre em virtude desse princípio não consistir apenas no direito à apreciação pelo Poder Judiciário dos direitos lesados, mas também na eficácia das decisões por esse feitas. Portanto, embora não haja violação direta do acesso à justiça – já que a lei não deixa de permitir a apreciação da lesão ao direito –, ocorre uma violação indireta desse princípio. Isso acontece porque as regras para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos mostram-se custosas e lentas; o direito já apreciado, então, fica sem realização prática.¹¹⁹

Salienta-se a importância do estudo da sociedade na formação dos operadores do direito; é, pois, necessário superar essa cultura individualista do mundo jurídico, a fim de acompanhar a transformação que está ocorrendo na sociedade. Assim, o dever do intérprete é *“identificar as características da sociedade que é o fundamento de seu trabalho e, partindo daí, decifrar como atualizar e melhorar o sistema jurídico, a única realidade que pode o jurista alterar.”*¹²⁰ Nesse sentido, André Bezerra chama atenção para a tutela coletiva como uma das soluções para o congestionamento do Judiciário da seguinte forma:

¹¹⁷ O Código de Processo Civil mencionado neste trecho é a Lei 5.869/1973.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 274.

¹¹⁹ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 303.

¹²⁰ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 54.

Por isso, por exemplo, a importância do fomento de ações coletivas, a evitar o ajuizamento de numerosas ações em que se debatem questões idênticas. A dimensão do congestionamento do Judiciário impede, contudo, que se reduza a solução de todo o problema a uma única estratégia.

No caso das ações coletivas, essa conclusão ganha ainda maior relevância diante das dificuldades jurídicas e práticas existentes, tais como a reduzida legitimação ativa prevista na legislação brasileira e a necessidade de procedimentos de cumprimento de sentença individualizados (e muitas vezes complexos como um processo de conhecimento).¹²¹

¹²¹ BEZERRA, A. S. (2016). **Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais**. In: V. C. MORAES, As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro (pp. 233-240). Brasília: Enfam, p. 236.

4. AS INOVAÇÕES NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Objetivamente, o Estado passa por uma crise jurisdicional, sendo visível a falta de capacidade para solucionar todos os conflitos que o afogam. Essa questão, não apenas congestionada o Judiciário, mas, além de tudo, prejudica o desenvolvimento econômico e social.

Portanto, é necessário racionalizar a intervenção do sistema de justiça, através de um processo coletivo mais efetivo, que repare integralmente (ou algo mais perto disso) o dano social. Pois, claro já está que tutelar os direitos, individualmente, de milhares de vítimas que tiveram exatamente o mesmo direito violado, não funciona e levará à falência do Judiciário.

A utilização de fontes do Direito não oriundas do Poder Legislativo, como consequência do pós-positivismo, e, portanto, a busca por uma visão holística da atividade jurisdicional na sociedade, traz decisões mais justas do ponto de vista casuístico. Nesse contexto, os tribunais se envolvem com a sociedade numa relação recíproca, de causa e efeito. Moldar a jurisprudência dessa forma acarreta a indução dos juízes na escolha de determinados parâmetros para suas decisões, inclusive no que tange ao encaminhamento dos processos.¹

Os princípios constitucionais norteiam as normas jurisdicionais. O art. 5, incisos XXXV² e LIV³, da CRFB, propõe que a todos os direitos devem ser dados instrumentos para a efetiva tutela. Sobre essas bases, o Poder Judiciário empodera-se em face das lacunas infraconstitucionais. A respeito da função jurisdicional, bem expuseram Cintra, Dinamarco e Grinover:

Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas, por parte do direito objetivo, é

¹ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 60.

² XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

freqüentemente importante para a solução dos conflitos de interesses. É perante o Poder Judiciário, portanto, que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo.⁴

O ordenamento jurídico, embora tenha como maior pilar de sustentação a atividade legiferante, utiliza-se de outras fontes formais de direito, como a doutrina, o costume e a jurisprudência. Esta última é composta pelo conjunto de decisões que normatizaram casos específicos, cuja junção acaba por formar uma regra geral; altera-se substancialmente, portanto, o ordenamento, por meio de decisões vanguardistas que, ao serem submetidas aos tribunais, são ratificadas. Esclarece, sobre o tema, Eduardo Santos:

Aí se percebe claramente o papel dos tribunais ao adaptarem a jurisprudência e as proposições legislativas. Tomam consciência de seu papel verdadeiro: a *criação do direito*, que, no que tange a este estudo, não envolve apenas a declaração, mas também a efetividade da decisão, pela alteração da interpretação das normas processuais.⁵

Ademais, fica claro que maiores eficiência e efetividade da atividade jurisdicional decorreriam da ampliação da liberdade de interpretação e adaptação das regras processuais aos casos concretos. Isso, por sua vez, pode ser bem feito por juízes, pois lidam com tal contexto diariamente. Esse é o posicionamento sustentado por Ronald Dworkin:

os legisladores estão sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes, e isso deve contar como razão para chegar a conclusões fundamentadas sobre direitos. Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos.⁶

⁴ CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 154.

⁵ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 60.

⁶ DWORKIN, R. (2005). **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, p. 27.

Feitas observações acerca do papel do Poder Judiciário sob a perspectiva pós-positivista e pós-moderna (item 2.3), bem como dos problemas relacionados à decisão genérica imposta – sob uma interpretação restrita à letra da lei – pelo CDC (item 3.5), será abordada uma sugestão de tratamento dessa questão, qual seja, a tutela mandamental. Essa surge como resposta dos magistrados à carência de efetiva proteção legislativa, expressa e específica; é, portanto, fruto da interpretação sistêmica do ordenamento brasileiro.

4.1. O interesse público na efetividade das ações coletivas

As ações coletivas envolvem interesses pluri-individuais, sendo que, em diversos casos, seus resultados terão influência relativamente “à *preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade.*”⁷ Decorrente disso, para Didier e Zaneti,⁸ seria a remodelação conceitual do objeto tutelado pelas ações coletivas; os autores defendem, assim, que, apesar de tratar-se de uma coletividade de indivíduos, o alcance do dano social torna o objeto da ação coletiva alvo de interesse público. Nesse sentido, essa assertiva visa à compreensão global dos danos em massas, possibilitando maior efetividade no momento da decisão. Acerca da necessidade de visualização do todo, assim manifesta-se Ovídio Baptista:

Certamente, um número incalculável de controvérsias jurídicas – para não dizer a maioria – tem, no tratamento puramente conceitual, a fonte que alimenta polêmicas, muitas delas seculares! A exigência de *uniformidades* que permitam a inserção do “individual” numa série de casos “idênticos”, de modo a tornar possível a construção dos “sistemas”, obriga a eliminar as peculiaridades do caso concreto, toda a sua riqueza, aquilo que o faz *diferente*, obrigando o “cientista” do Direito a reduzir as hipóteses concretas a seus “esqueletos”.⁹

⁷ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 37.

⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁹ SILVA, O. A. (2006). **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, p. 303.

Não se discute aqui o caráter público do processo civil,¹⁰ como instrumento realizador do direito material. Põe-se em pauta, em verdade, que o próprio direito material de titularidade coletiva seja mirado pelo interesse público. Fala-se, portanto, do conceito criado pela doutrina estadunidense:¹¹ a *public law litigation* (litígio de interesse público, em tradução livre).

O conceito de interesse público é muito trabalhado no âmbito do direito administrativo. Esse é dividido, conforme prega Celso Antonio Bandeira de Mello, em interesses públicos primários e secundários. Estes últimos possuem caráter subjetivo e consistem nos interesses que a Administração possa ter como qualquer ente de direito, como interesses patrimoniais, por exemplo. De outro lado, os interesses públicos primários são aqueles de ordem fundamental aos indivíduos, isto é, são aqueles sobre os quais devem se basear todos os atos da Administração para que tenham legitimidade.¹² Nesse contexto, estariam, portanto, abarcados os interesses coletivos *lato sensu* como interesses públicos de primeira ordem, conforme Didier e Zaneti:

Essa perspectiva ampla inclui os direitos coletivos *lato sensu* e também os direitos individuais indisponíveis caracterizados como *interesses de ordem social e pública* pela legislação ou pela Constituição. Essa parece ter sido a intenção do legislador pátrio e da norma constitucional.

Essa temática está em voga tanto na doutrina e nos tribunais, quanto no legislativo, com o Projeto de Lei do Código Brasileiro de Processos Coletivos.¹³ Esse acompanha a tendência da legitimação das ações coletivas, dentre outros motivos, por meio do interesse público, o qual é presumido quando se trata de tutela coletiva.¹⁴ No caso de ocorrência de danos individuais homogêneos, a individualidade também é

¹⁰ Sobre o caráter eminentemente público do processo civil, discorrem CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 25): “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.”

¹¹ Segundo Didier e Zaneti (DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H.. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 37), o professor Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard delineou o conceito de *public law litigation*.

¹² MELLO, C. A. (2003). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, p. 603, apud DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H.. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 38.

¹³ Mencionado na nota de rodapé de nº 70, do capítulo 3.

¹⁴ Parágrafo 1º do artigo 2º do Projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos (PL 5.139/09): “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.”

transcendida – motivo pelo qual o objeto das ações de conhecimento que versem sobre tais interesses tem caráter indisponível –, pois há impacto social e econômico.

Não se pretende aqui colocar em absoluta prevalência o interesse público, de forma que prevaleça – se é que é possível – sobre os interesses privados. A aplicação das normas deve ser relativizada aos casos concretos; não há, pois, princípios absolutos. Nota-se que, ademais, não há como dissociar o interesse público do privado, conforme bem assevera Humberto Ávila:

a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais.¹⁵

Na mesma esteira, Nagib Slaibi Filho discorre:

O direito à prestação do serviço público é similar ao direito de liberdade que Rui Barbosa proclamou ser um condomínio social, pelo que qualquer pessoa poderia impetrar *habeas corpus* em favor de outrem, pois, ao fazê-lo, não defendia somente a liberdade do paciente, mas a própria liberdade. Também o serviço público interessa a todos, ainda que não o utilizem imediata ou potencialmente, pois **tudo em um Estado democrático interessa a todos os membros da sociedade política.**¹⁶

Dentro dessa compreensão de mistura de interesses e de novo dimensionamento do papel do Judiciário, este se envolve na política, dentro dos limites constitucionais. Consequentemente, vislumbra-se o chamado ativismo judicial. Esse surge como resultado de uma mudança de mentalidade acerca dos direitos sociais, bem como, mais concretamente, consequência da LACP, do CDC e, principalmente, da CRFB.¹⁷ Assim, o Judiciário investiu-se de maior autonomia para tomar atitudes

¹⁵ ÁVILA, H. B. (1998). **Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"**. Revista Trimestral de Direito Público, p. 178.

¹⁶ SLAIBI FILHO, N. (1990). **Ação popular mandatória**. Rio de Janeiro: Forense, p. 43 (grifei).

¹⁷ A CRFB, como diploma máximo do ordenamento brasileiro, conforme enunciam Didier e Zaneti (DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 42), "potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do Direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito. Criou, outrossim, para além de ter reconhecido expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação destes direitos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento

proativas, a despeito do modelo liberal, conectado à justiça retributiva, isto é, ao juiz como figura inerte.¹⁸

4.2.A indisponibilidade da ação coletiva de direitos individuais homogêneos

Um dos reflexos da incidência de interesse público nas ações coletivas é a indisponibilidade dessas. O Ministério Público é vinculado, portanto, ao dever de propor a demanda coletiva caso sejam verificados os pressupostos da ação, bem como a ameaça ou lesão aos direitos das massas, pois afetam a sociedade como um todo. É imprescindível, entretanto, que não seja tolhido do MP um pequeno grau de discricionariedade, cuja amplitude abarca a apreciação – antes do ajuizamento – da conveniência e oportunidade da tutela coletiva. Busca-se, assim, evitar ações coletivas infundadas.¹⁹

O artigo 5º, § 3º, da LACP,²⁰ impõe ao MP que assuma a titularidade ativa da demanda coletiva, caso haja desistência do autor. Tudo nos mesmos moldes da discricionariedade acerca do ajuizamento da ação, isto é, se não for conveniente ou não houver possibilidade de procedência, o MP pode não exercer o dever de assumir a demanda. Ressalta-se que, nos casos em que o MP não figure como parte, deve exercer a função de fiscal da lei e acompanhar os atos processuais, conforme o artigo 5º, § 1º, da LACP.²¹

Consequência da existência de pequena margem de discricionariedade é a denominação do princípio da indisponibilidade das ações coletivas também como princípio da disponibilidade motivada das ações coletivas. Esse entendimento parte de uma interpretação analógica do art. 9º, da LACP,²² à disponibilidade da ação coletiva,

de preceito fundamental; desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88), atribuindo à Advocacia Geral da União as atividades de representação dos entes estatais; subdividiu as competências dos tribunais de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa 'precípua' do texto constitucional."

¹⁸ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 42.

¹⁹ Ibidem, p. 124.

²⁰ Art. 5º, § 3º, da LACP: Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

²¹ Art. 5º, § 1º, da LACP: O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

²² Art. 9º da LACP: Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

de forma que a desistência deva ser fundamentada. Didier e Zaneti bem denominaram essa indisponibilidade de “*temperada*”²³ Tais autores frisam, entretanto o aumento da obrigatoriedade de seguir com a ação que estiver em fase executiva:

Se por um lado o interesse público presente nas ações coletivas orienta para uma obrigatoriedade temperada na propositura da ação e para a determinação de sua continuidade nos casos de desistência infundada ou abandono, o princípio da indisponibilidade da demanda executiva não comporta exceções. Ora, tendo sido ajuizada ação coletiva e julgada procedente é dever do Estado efetivar este direito coletivo *lato sensu*, cabendo ao Ministério Público a efetivação sob pena das sanções previstas na legislação²⁴

4.3. O direito fundamental à efetividade da decisão judicial

O acesso à justiça não consiste apenas na submissão à análise do Judiciário das lesões a direitos; tal princípio deve ser visto também sob o ponto de vista da efetividade das decisões judiciais acertadas. Para que isso ocorra, os juízes devem ser munidos de instrumentos para o cumprimento das ordens célere, econômica e adequadamente, pois uma “*decisão judicial desprovida de mecanismos de atuação é como uma sentença arbitral, que apenas tem serventia se contar com a boa-vontade e a colaboração das partes envolvidas.*”²⁵

O enquadramento do direito à efetividade da decisão judicial como norma fundamental decorre de sua origem. A efetiva tutela principia com o direito fundamental do indivíduo de ver seus direitos fundamentais materiais garantidos; o legislador e o juiz restam, dessarte, vinculados à necessidade de adequar as técnicas jurisdicionais às carências impostas pelos direitos materiais.²⁶ Acerca da efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental, assevera Arenhart:

²³ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 125.

²⁴ Ibidem, p. 125.

²⁵ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 324.

²⁶ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 77.

Se há esse direito, por parte daquele que busca a prestação jurisdicional, há o necessário dever, por parte do Estado, de oferecer esses instrumentos. É, portanto, inerente à prestação jurisdicional o poder-dever do Estado de garantir a imposição das suas decisões judiciais da forma mais pronta e adequada possível.²⁷

O legislador brasileiro atual, por meio da edição do CPC, demonstrou claramente sua tendência ao atendimento dos direitos fundamentais à tutela efetiva, tempestiva e adequada, mostrando-se de acordo com o inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB. Isso se deu por meio da adoção de regulamentos relativos à antecipação da tutela de urgência e da evidência, bem como à utilização de instrumentos alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem e a mediação. Sobre o modelo constitucional brasileiro, Koplin expõe:

De fato, de nada adiantaria a promessa constitucional de acesso à justiça se não fosse assegurada às pessoas a possibilidade de obterem da justiça exatamente aquilo que vieram buscar. A tutela jurisdicional deve ser entendida como a proteção outorgada pelo Poder Judiciário à esfera jurídica das pessoas. Como revela a doutrina mais atual, a Constituição Federal prevê uma tutela adequada, isto é, ajustada às necessidades do direito material apresentado no caso concreto, incluindo a necessidade de prevenir a violação do direito; efetiva, pois, deve tutelar especificamente esse direito, produzindo efeitos práticos no mundo dos fatos; tempestiva, porque deve ser prestada em tempo útil ao titular do direito.²⁸

Nos Estados Unidos, a doutrina construiu, à revelia da legislação, os chamados *inherent powers*²⁹ do Judiciário. Esses poderes, dentro dos costumes daquele país, referem-se a todos aqueles que os tribunais necessitem com a finalidade de realização da função jurisdicional, “*para proteger sua dignidade, independência e integridade e para tornar efetivas as suas decisões legítimas.*”³⁰ Dentre esses poderes, pode-se citar

²⁷ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 325.

²⁸ KOPLIN, K. C. (2015). **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**. In: F. RUBIN, & L. REICHELDT, Grandes temas do novo Código de Processo Civil (pp. 15-51). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 24.

²⁹ Em tradução livre: poderes inerentes.

³⁰ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 326.

o mais famoso deles, o *contempt of court*.³¹ O conceito de poderes inerentes é extremamente conectado à instrumentalidade processual para a qual está rumando a doutrina brasileira. Assim, sobre mecanismos de efetividade para as decisões judiciais, se manifesta Arenhart:

Se os tribunais existem, deve-se-lhes oferecer condições mínimas para que atuem de forma eficaz. É preciso ver o *imperium* como característica indissociável da *iurisdictio*. A jurisdição, afinal, é atuação do *poder* do Estado, não podendo ser confundida como mera atividade de reconhecimento de direitos.³²

Vale dizer, todavia, que, como qualquer princípio, o direito fundamental à efetiva tutela não tem caráter absoluto; deve, então, ser ponderado com outros princípios. Não se pode, portanto, utilizar técnicas coercitivas abusivas. Muito pelo contrário, os meios executivos devem ater-se aos limites da proporcionalidade e da adequação de suas medidas. Tais critérios são de difícil definição, justamente pelo fato de variarem conforme os casos concretos sob análise do juiz. Por isso, “os *poderes-deveres dos magistrados para impor as suas decisões são atípicos e amplos*.”³³

Em estudo realizado por Eduardo Sens dos Santos,³⁴ este buscou evidenciar a necessidade de realizar-se uma ponderação entre os princípios da liberdade e da efetividade da tutela. Para o autor, há hipóteses nas quais o meio coercitivo civil a ser utilizado possa ser, inclusive, o da prisão civil,³⁵ com o escopo de realizar as decisões judiciais. Para chegar a tal conclusão, Santos parte do pressuposto de que interesses coletivos predominam sobre os interesses individuais, até certos limites, “*desde que não aniquile o próprio indivíduo*.” Ainda, exemplifica:

No processo coletivo pós-moderno, vale imaginar a decisão tomada em audiência pública, para fazer cessar a queima de palha de cana. O presidente de uma sucroalcooleira, que não reside no local, mantém a ordem a seus

³¹ O *contempt of court* consiste num instituto jurídico estadunidense que permite às cortes a imposição de punições aos jurisdicionados que não cumprirem as medidas judiciais.

³² ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 326.

³³ Ibidem, p. 328.

³⁴ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor.

³⁵ Nosso ordenamento, após a ratificação do Pacto San José da Costa Rica, passou a adotar a prisão civil somente em caso de inadimplemento de pensão alimentícia; foi, portanto, impossibilitada a prisão civil na hipótese de depositário infiel.

funcionários, que continuam causando poluição. Multas também não o dissuadem, porque prefere arcar com os riscos. A ameaça de prisão, evidentemente, teria força coativa muito maior.³⁶

Evidencia-se aqui a opinião do supracitado autor a fim de expor diferentes pontos de vista acerca da temática. A prisão, civil ou penal, é medida extrema e deve ser aplicada sempre como última *ratio*. Ressalta-se, entretanto, que não é apenas a esfera patrimonial dos devedores que está sujeita às medidas judiciais. Tal paradigma inclusive restou modificado pelo CPC;³⁷ assim, está em plena discussão na doutrina³⁸ e na jurisprudência³⁹ a possibilidade de utilização de medidas indutivas de cunho extrapatrimonial com o escopo de efetivar as decisões judiciais, como, *v.g.*, a suspensão do direito de dirigir.

Nota-se o ponto de Santos relativamente à necessidade de ponderação entre os princípios de liberdade e efetividade das decisões judiciais. Apesar da clareza de suas proposições, estas não encontram base – ou talvez preparação – jurídica no ordenamento brasileiro. Ressalta-se que as opiniões ali exaradas têm origem da comparação do sistema brasileiro de *civil law* com o anglo-americano de *common law*. Sobre a diferença entre essas conjunturas, disserta Ovídio Baptista da Silva:

Outros motivos poderiam ainda ser arrolados para demonstrar as razões que determinaram a distinção que hoje se observa entre a figura do magistrado da *common law* – com extraordinária soma de poderes que o ordenamento jurídico lhe confere – e os juízes do direito romano-canônico. A distinção radical entre direito público e direito privado, em que o primeiro reveste-se de natureza imperativa e cogente enquanto o último é tido como essencialmente *dispositivo*, pode ser indicada como um dos fatores determinantes dessa ‘impotência fática’, na denominação de CALVÃO DA SILVA, de nossa atividade

³⁶ SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do processo coletivo: a prisão no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor, p. 81.

³⁷ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

³⁸ Consulta realizada no dia 17/11/2016, no *website*: <http://www.jornalcontabil.com.br/fique-atento-devedores-podem-ter-ate-carteira-de-habilitacao-apreendidos/>.

³⁹ Consulta realizada no dia 17/11/2016, no *website*: <http://portalprocessual.com/justica-determina-cancelamento-de-cartao-de-credito-do-devedor-suspensao-de-cnh-e-apreensao-de-passaporte-ate-devedor-quitar-a-divida/>.

jurisdicional, responsável, em grande medida, pelo alegado 'declínio do direito'.⁴⁰

À vista da tendência à instrumentalização do processo e, conseqüentemente, à adaptação aos mais diversos casos concretos, principalmente no que tange à tutela de direitos coletivos *lato sensu*, pode-se sustentar a existência de um princípio no microsistema processual coletivo brasileiro, qual seja, o da atipicidade das decisões judiciais. Apesar de a maior parte das temáticas abordadas neste trabalho versarem sobre direitos coletivos em sentido amplo, a sugestão que aqui será proposta refere-se apenas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos nas condenações ao pagamento de quantia. A causa disso é a necessidade de delimitação temática.

4.4. A atipicidade das decisões judiciais condenatórias de pagar quantia

O microsistema processual coletivo permite o mais variado leque de tutelas aos direitos coletivos *lato sensu*, inclusos os direitos individuais homogêneos relativos à prestação pecuniária. Vê-se isso na Constituição (art. 5º, inciso XXXV, que garante o acesso à justiça), na LACP (art. 1º, que abarca qualquer direito coletivo), no CDC (art. 84, que admite todas as ações capazes de garantir a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*) e no CPC (art. 139, IV, cujo teor permite o manejo de todos os instrumentos indutivos, coercitivos, mandamentais ou sub-rogatórios necessários para o cumprimento da ordem judicial). *“Assim, todos os tipos de prestação devem poder ser protegidos, no campo coletivo, seja por medidas sub-rogatórias, seja por técnicas de indução.”*⁴¹

Cumprido evidenciar que a ausência de disposição expressa acerca de diferentes formas de tutela não veda criações. Pelo contrário, o ordenamento concede essa abertura aos operadores do direito, inclusive devendo as normas processuais –

⁴⁰ SILVA, O. A. (2000). **Curso de Processo Civil** (4ª ed., Vol. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 344.

⁴¹ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 333.

individuais e coletivas – obedecerem ao disposto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei 4.657/42),⁴² bem como na Carta Magna.

Na sociedade pós-moderna atual, em meio à instantaneidade das relações e à receptividade das diferenças, Cláudia Lima Marques trás ao Brasil a célebre tese “Diálogo das Fontes”,⁴³ cuja aplicação ao presente trabalho, além de conveniente, é lógica. Sobre essa teoria, a autora trata:

Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não totalmente coincidentes ou iguais.⁴⁴

Extrai-se do ordenamento brasileiro, sob a ótica da interpretação coordenada sistemática proposta por Marques, portanto, o princípio da adequação da tutela jurisdicional.⁴⁵ A legislação brasileira adotou a possibilidade da tutela específica dos direitos; essa tem “*sentido relativo, designando uma forma particular ou especial de execução, distinta da expropriação, objetivando a prestação in natura da obrigação.*”⁴⁶ Almeja-se, ainda, a melhoria da adequação dos atos da função jurisdicional aos direitos surgidos com as mudanças estruturais das relações sociais massificadas atuais. Dessa feita, é de ser ressaltado que a adequação dos atos da função jurisdicional, como aqui se expõe, diz respeito ao ativismo judicial processual, no mesmo sentido que Gagno se manifesta:

⁴² Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁴³ Conforme Marques (MARQUES, C. L.. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 30): “O diálogo das fontes pode ser usado em várias áreas e disciplinas jurídicas, onde os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminarem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes. O domínio do método do diálogo das fontes ajuda na escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas ‘conforme a Constituição’.”

⁴⁴ O mestre ao qual a autora faz menção é Erik Jayme. Ibidem, pp. 19-20.

⁴⁵ O princípio da adequação, para Araken de Assis, consiste na harmonização entre os atos de execução com o objeto que se pretende executar (ASSIS, A..**Manual da Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, p. 154).

⁴⁶ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 62.

Os limites da coerção judicial, existentes principalmente em âmbito constitucional e jurisprudencial, tais como o contraditório, juiz natural, publicidade, proporcionalidade e vedação ao enriquecimento sem causa, estão relacionados mais ao devido processo legal, em sentido formal e substancial, que a qualquer outro instituto relacionado ao mérito da causa ou às faculdades processuais das partes.⁴⁷

Nesse contexto, em que pese a previsão restritiva do art. 95, do CDC, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça está de acordo com a análise supraexposta do microsistema de tutela de direitos coletivos, de maneira que reconhece as formas condenatória, declaratória, constitutiva, autoexecutável ou mandamental para a proteção de tais direitos.⁴⁸ Ainda, justamente pelo reconhecimento de qualquer tipo de tutela – adequada e proporcional –, e pela necessidade de flexibilização do acesso à justiça – principalmente em se tratando de direitos coletivos –, “o ‘nome’ dado à ação coletiva não importa para fins de sua admissibilidade em juízo. O que importa é a ‘substância’ da ação.”⁴⁹

À busca da melhor tutela do direito material, o juiz, levando em conta os critérios da adequação e da proporcionalidade, “*deve primar pela tutela específica ou pelo resultado prático equivalente da obrigação.*”⁵⁰ Está relacionado à tal prioridade o emprego da conversão em perdas e danos da obrigação apenas em situações excepcionais.

⁴⁷ GAGNO, L. P. (março de 2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. Revista dos Tribunais (953), p. 249.

⁴⁸ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO INFIRMA UM DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. ENUNCIADO SUMULAR Nº 182/STJ. I - Os fundamentos adotados para a negativa de seguimento ao recurso especial em epígrafe consistiram na ausência de prequestionamento, ensejando a aplicação do enunciado sumular nº 211, desta Corte e, ainda que transposto tal óbice, na verificação de que os argumentos expendidos pelo recorrente se mostram contrários à jurisprudência desta Corte, segundo a qual a proibição administrativa é interesse difuso, o que enseja a propositura de ação civil pública pelo órgão ministerial. **Mais além, entende este Sodalício que referida ação pode engendrar determinação condenatória, declaratória, constitutiva, auto-executável ou mandamental, pelo que não vislumbro a incompatibilidade entre os pedidos formulados pelo representante do Parquet.** II - Tendo o agravante, em suas razões de agravo interno, infirmado somente o fundamento de ausência de prequestionamento, aplica-se, por analogia, o enunciado sumular nº 182 desta Corte. III - Agravo regimental não conhecido. (AgRg no REsp 493.140/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 121).

⁴⁹ DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 130.

⁵⁰ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 334.

A tutela específica é aquela pela qual o juiz concede ao jurisdicionado a proteção exata que seu direito material estava carente. De outro lado, a opção pela concessão do resultado prático equivalente, que, como sugere a denominação, dá o mesmo resultado, mas por meio diverso, qual seja, pela intervenção de um terceiro.⁵¹

4.5. O ativismo judicial processual: mitigação do princípio dispositivo

O princípio dispositivo é, no ordenamento brasileiro, consagrado pelo art. 141, do CPC,⁵² e “*consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: iudex secundum allegata e probata partium iudicare debet.*”⁵³ Esse princípio, de clara origem liberal, delimita o campo de atuação dos magistrados e varia conforme a ideologia⁵⁴ do intérprete acerca do processo civil.

A vertente doutrinária de tendências liberais vê o princípio de forma mais restritiva à atuação do juiz. Essa corrente é considerada, atualmente, tradicional, de cunho individualista. Do ponto de vista da delimitação da atuação judicial, portanto, essa se daria somente dentro das demarcações da relação jurídica material levada ao juízo. Ricardo de Barros Leonel bem analisa a visão da corrente privatista do processo acerca do princípio dispositivo:

⁵¹ Assim classifica Sérgio Cruz ARENHART, ao tratar da atipicidade das tutelas como regra nas demandas coletivas (Ibidem, p. 334).

⁵² Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

⁵³ CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 64.

⁵⁴ Valoriza-se aqui o debate ideológico como forma de construção de novas soluções para os problemas havidos com litígios individuais homogêneos. Apenas com um debate jurídico plural poder-se-á chegar à finalidade do processo, evitando presunções de detenção da verdade absoluta. Sobre isso, bem desenvolve Ovídio Baptista (SILVA, O. A.. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, p. 9): “Na discussão a respeito da *ideologia*, devemos precaver-nos contra dois riscos. O primeiro está representado pela tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de um “ponto de Arquimedes” que nos permita o acesso privilegiado à verdade absoluta. O “outro” pe que, não alcançando a “nossa” verdade, teriam eles o pensamento distorcido por falsas noções, mistificadoras da realidade. O “outro” é que não conseguira atingir a “nossa” verdade, tida como a única e, enquanto verdade, eternamente válida. É marca do pensamento conservador. Tudo o que questiona a “realidade”, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido de irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso “mundo” seja o único possível.”

Identifica-o com o *ne procedat iudex ex officio*. Assim, a ação depende sempre da iniciativa da parte, e os atos instrutórios, bem como os de disposição do conteúdo material da demanda, também serão vinculados ao interesse das partes no caso. Patente maior incidência do princípio quando deduzidos direitos disponíveis, e em menor intensidade se envolvidos direitos indisponíveis. Daí o maior rigor judicial na avaliação dos atos das partes relacionados à defesa e à disposição, conforme a espécie de direito.⁵⁵

Este trabalho, diga-se, claramente expõe viés publicista do processo civil, principalmente no que tange aos direitos coletivos, conforme exposto no item 4.1. No mesmo sentido, manifestam-se Cintra, Grinover e Dinamarco:

diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado.⁵⁶

Na atualidade, caminha-se para o desdobramento do princípio dispositivo em duas facetas distintas,⁵⁷ uma delas relacionada ao ajuizamento da demanda e outra relativa aos atos que ocorrem dentro do processo. Sobre o tema, discorre Leonel:

não obstante ainda não pacificada a denominação para cada um dos dois aspectos, identifica-se como *princípio da demanda* o primeiro fenômeno (liberdade exclusiva da parte quanto à iniciativa da ação e formação de seus limites), e como *princípio dispositivo* o segundo (relacionado à estrutura interna do processo). Daí os reflexos da relação de direito material sobre o processo referirem-se exclusivamente à relação substancial. Tratando-se de direitos disponíveis, as partes têm plena liberdade de dispor deles por atos

⁵⁵ LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 370.

⁵⁶ CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 64.

⁵⁷ Assim, aponta Didier Jr. (DIDIER JR., F.). **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, p. 123): “É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso, etc. No primeiro aspecto há uma dimensão substancialda *dispositividade/inquisitividade*; no segundo, uma dimensão *processual* do tema.” No mesmo sentido, manifesta-se Koplín (KOPLIN, K. C.). **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**. In: F. RUBIN, & L. REICHELTL, *Grandes temas do novo Código de Processo Civil* (pp. 15-51). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 22).

processuais, como a renúncia, desistência, reconhecimento do pedido, sem que possa o magistrado interferir nestes atos de disposição. Conclui-se que o princípio diz respeito à relação substancial, não à processual.⁵⁸

A partir dessa separação entre princípio dispositivo e princípio da demanda, bem como da análise conjunta do princípio do impulso oficial⁵⁹ a ambos supracitados, surge o ativismo judicial, cuja manifestação nas decisões relativas a conflitos coletivos figura inclusive como princípio.⁶⁰ Essa orientação também é seguida pelo projeto do CBPC; este consagra, no art. 3º,⁶¹ o ativismo judicial como princípio, especialmente a partir de um exame dos incisos III, IV e VII.

Casos de inovações decisórias são cada vez mais comuns no Poder Judiciário em face da explosão de litígios de massa, cuja consequência não pode ser outra que não a busca por novas saídas para problemas sociais desprotegidos pela lei infraconstitucional. Nesse contexto, André Bezerra relata o caso um pleito individual consumerista. Tinha por objeto indenização por danos morais relativos a uma pequena violação individual por uma companhia telefônica. O juiz, no caso, notou que a comarca onde jurisdicionava estava abarrotada de processos idênticos e prolatou sentença de procedência, acrescida, entretanto, de condenação por dano social a ser revertida a um fundo beneficente local. Diante dessa clara mitigação do princípio dispositivo,⁶² conclui André Bezerra:

Decisões inovadoras, como a que se acabou de citar, geram, de início, resistências. Aliás, reconhece-se o entendimento jurisprudencial no sentido de inadmitir a condenação por dano social de ofício em ações individuais, ainda que também haja entendimentos no mesmo sentido das ideias ora expostas.

⁵⁸ LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 371.

⁵⁹ Conforme entendem Cintra, Grinover e Dinamarco (CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Ltda, p. 326): “Esse critério, denominado princípio do *impulso oficial*, consiste em atribuir ao órgão jurisdicional a ativação que move o procedimento de fase em fase, até a solução definitiva da causa. Opõe-se-lhe o critério do *impulso das partes*, pelo qual o juiz se limita a realizar os atos específicos que estas lhe solicitam.”

⁶⁰ DIDIER JR., F., & ZANETTI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 134.

⁶¹ Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: (...) III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; (...) VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; (...).

⁶² LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 369.

O fato, porém, é que as lesões ao Estado de Direito causadas pela reiterada violação de deveres por certas práticas de empresas – paralisando o Judiciário com demandas repetitivas – impõe uma mudança de rumo na histórica (ao menos no Brasil) adoção de critérios individualistas para solução de conflitos. O congestionamento e a conseqüente morosidade no Judiciário brasileiro não deixam dúvida da insuficiência de paliativos. É preciso ousar.⁶³

Cumprir destacar a preocupação relativa aos efeitos de eventual excesso de ingerência do Poder Judiciário no âmbito dos outros poderes, principalmente no que tange às ações civis públicas que busquem provimento para concessão de política pública. Tal pensamento tem fundamento em vista do alto grau de discricionariedade concedido às decisões e do alto número de juizes no país inteiro, cuja variação de entendimentos é inerente. Para Mancuso, essa preocupação é meramente histórica, visto que atualmente o próprio ordenamento positiva diversas exceções à autonomia dos poderes e que “*não se poder negar ao Judiciário o poder de controlar (judicial review) as condutas comissivas e omissivas daqueles, quando a tanto instado em ação judicial.*”⁶⁴

No Brasil, é notório o desafio enfrentado pelo Poder Judiciário para dar efetividade aos direitos postulados, principalmente no que tange às ações executivas, conforme os relatórios “Justiça em Números” fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Nesse contexto, o NCPC, no art. 139, inciso IV, ampliou os poderes do juiz para que possa “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;*”.

Assim, a mudança de tom do enunciado supracitado com relação ao disposto no art. 125 do Código de Processo Civil de 1973 soa como um apelo do legislador para a efetividade da Justiça. Dessarte, além de arrolar como dever do juiz a determinação de todas as medidas imprescindíveis, também deixou clara a necessidade de utilizá-las nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao tratarem do inciso IV, do art. 139, do CPC, explanam:

⁶³ BEZERRA, A. S. (2016). **Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais**. In: V. C. MORAES, As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro (pp. 233-240). Brasília: Enfam, p. 240.

⁶⁴ MANCUSO, R. d. (2009). **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

3. Imperium. O art. 139, IV, CPC, explicita os poderes de *imperium* conferidos ao juiz para concretizar suas ordens. A regra se destina tanto a ordens instrumentais (aquelas dadas pelo juiz no curso do processo, para permitir a decisão final, a exemplo das ordens instrutórias no processo de conhecimento, ou das ordens exhibitórias na execução) como as ordens finais (consistentes nas técnicas empregadas para a tutela da pretensão material deduzida). Há evidente excesso nas expressões empregadas (“medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”), na medida em que as medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas (as medidas indutivas podem ser de pressão positiva, quando oferece uma vantagem para o cumprimento da ordem judicial, ou coercitiva, quando se ameaça com um mal para a obtenção da satisfação do comando). Há também confusão de categorias, já que o *efeito* mandamental – ao lado do efeito executivo – é o efeito típico das ordens judiciais (que veiculam medidas indutivas e sub-rogatórias). Essa falta de rigor técnico, porém, não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de obrigações pecuniárias (art. 536, CPC).⁶⁵

Nesse contexto, evidencia-se que a efetividade não se encontra propriamente na sentença condenatória, “*idonea come tale a ‘dire il diritto’, e ad ordinarne le reintegrazione, ma non a far sì che lo stato di fatto venga a corrispondere allo stato di diritto.*”⁶⁶ No contexto italiano, Taruffo assevera que a efetividade dos provimentos de conteúdo patrimonial, com frequência, não são garantidas, o que justificaria o emprego de medidas coercitivas já na sentença, evocando, a título exemplificativo, o método francês – as *astreintes*.⁶⁷ A decisão judicial dotada de ordens coercitivas indiretas, portanto, tenderia a evitar

al contempo le complicazioni, i costi e i rischi di inefficacia insiti nella esecuzione per espropriazione, è anzi la ragione di fondo che dovrebbe indurre a percorrere decisamente la strada dell’introduzione di adeguate misure

⁶⁵ MARINONI, L., ARENHART, S. C. & MITIDIERO, D. (2015). **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 213.

⁶⁶ Em tradução livre: idônea como tal a “declarar o direito”, e a ordenar as indenizações, mas não de forma a fazer o estado de fato venha a corresponder ao estado de direito. TARUFFO, M. (2007). **Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione**. Revista de Processo, 57-84, p. 68.

⁶⁷ Conforme Venturi (VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 67): “Destinada inicialmente a induzir o devedor ao cumprimento específico de obrigação de fazer ou não-fazer infungível, a *astreinte* caracteriza-se por ser uma multa diária, aplicável em virtude do atraso no cumprimento de determinação judicial, podendo seu valor ser cumulável com eventuais perdas e danos aferidas ao final.”

coercitive, anche a garanzia dell'effettività delle condanne a contenuto pecuniario.

Ocorre d'altronde considerare, ma l'osservazione vale anche a proposito dell'esecuzione in forma specifica, che la "migliore" esecuzione forzata è quella che non è necessaria.⁶⁸

Retornando à conjuntura brasileira, então, uma das soluções para a inefetividade da execução tradicional é o emprego, já na sentença, de métodos coercitivos e sub-rogatórios, inclusive – talvez principalmente, visto que são o maior número de ações – nas tutelas ao pagamento de quantia. Dessa forma, o emprego da tutela mandamental como uma nova categoria de provimento à disposição do ordenamento para que a atividade judicial “*não se limite a uma melancólica exortação dirigida ao condenado, mas se traduza numa ordem imediatamente executiva, é em si mesmo altamente positivo e desejável.*”⁶⁹ Assim, sugere Jaqueline Silva a utilização de mecanismos compulsórios – por independer de requerimento da parte – a fim de dar maior efetividade a prestação jurisdicional:

Ao invés de “condenar a pagar” mais célere e rápido seria que fosse emitida uma “ordem para pagamento”, sob pena de imposição das penalidades decorrentes do descumprimento de ordem judicial, bem como de outras respectivas medidas coercitivas. Parece-nos que a adoção dos provimentos de natureza mandamental também nas obrigações para pagamento, igualmente seria uma medida que traria efetividade ao sistema.⁷⁰

4.6. A tutela mandamental: uma alternativa para a efetividade

O CPC em vigor adotou a possibilidade da tutela mandamental em seus artigos 139, inciso IV, e 380, parágrafo único, sendo esse último relativo às ordens em face de

⁶⁸ Em tradução livre: ao mesmo tempo as complicações, os custos e os riscos da ineficácia ínsitos da execução por expropriação, é, aliás, a razão de fundo que deveria decididamente induzir a percorrer a estrada da introdução de adequadas medidas coercitivas, também para garantir a efetividade da condenação de conteúdo pecuniário. Cumpre, ainda, considerar, mas a observação vale também à propósito da execução em forma específica, que a “melhor” execução forçada é aquela que não é necessária. Ibidem, p. 83.

⁶⁹ SILVA, O. A. (1996). **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁷⁰ SILVA, J. M. (2005). **O Direito Processual Civil como instrumento de realização de Direitos**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, p. 359.

terceiros. Essa maneira de tutela consiste, conforme apelou Taruffo,⁷¹ no dizer um direito e, ao mesmo tempo, ordenar seu cumprimento. Dessa forma, tal meio decisório consubstancia-se por meio da grande força estatal que o envolve pela função jurisdicional. Manifesta-se sobre o tema, Araken de Assis:

A existência de remédios do alcance dos embargos de terceiro e do arresto somente se explica pelo veto à autotutela e o corolário da imprescindível mediação do terceiro imparcial, que, dotado de *jurisdictio* para resolver a lide, igualmente possui dose legítima de *imperium* para resguardar o prestígio de sua função e efetivar seus comandos.⁷²

Sobre a conceituação da ação mandamental, o célebre jurista brasileiro, Pontes de Miranda, desenvolve:

1. *Conceito*. Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito *imediato*. Não é *mediato*, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva.

Na sentença mandamental, o juiz não constitui: “manda”. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*. Nas ações executivas de títulos não-judiciais, essa mediatidade desaparece, de modo que o ato prima; ainda que se tenha de levar em conta o elemento condenatório, a ação é *executiva* (Advirta-se que falamos sempre em termo de preponderância de eficácia.)

2. *Essencialidade do mandado*. Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o “mandado”. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como *juiz*, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar por sua estatalidade. Na execução há mandados – no correr do processo; mas a solução final é o ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando*.⁷³

⁷¹ TARUFFO, M. (2007). **Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione**. Revista de Processo, 57-84, p. 68.

⁷² ASSIS, A. (2016). **Manual da Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, p. 124.

⁷³ MIRANDA, P. (1998). **Tratado das ações** (Vol. 1). Campinas: Bookseller, p. 224.

Na conjuntura da tutela dos direitos individuais homogêneos ao pagamento de quantia, justamente, a modalidade mandamental de decisão deve ser utilizada conforme as necessidades do caso concreto, a fim de evitar condenações genéricas seguidas de milhares de habilitações para liquidação. A sentença condenatória mostra-se menos efetiva, comparada à mandamental, tanto na esfera individual quanto na esfera coletiva. Sobre o alcance da tutela mandamental, manifesta-se Marinoni:

Na sentença mandamental há tutela jurisdicional integral, enquanto a sentença condenatória constitui uma “tutela pela metade”, já que correlacionada com a ação de execução. É preciso que se perceba que não há ordem ou uso de coerção na sentença condenatória, há, simplesmente, declaração e aplicação da sanção.⁷⁴

O comportamento do legislador está voltado claramente à efetividade da tutela judicial, repisa-se, “*inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”.⁷⁵ Dessa forma, a utilização da proteção mandamental, adaptada ao caso concreto permitirá uma diminuição de gastos por toda a sociedade, compreendido, em maior grau, o Poder Judiciário. Este, pois, terá de fornecer número reduzido de assistências judiciárias gratuitas, bem como poderá empregar maior esforços no exame de casos complexos.

Propõe-se, aqui, a aplicação da via mandamental, contemplada pelo processo civil brasileiro, como medida para resolver com celeridade milhares de processos individuais sobre o mesmo litígio e proteger também aqueles que não ingressaram em juízo.⁷⁶ Para que isso seja possível, portanto, deve-se, sob o paradigma da colaboração processual,⁷⁷ bem como do ônus da prova dinâmico,⁷⁸ conforme prega o

⁷⁴ MARINONI, L. (2003). **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 390.

⁷⁵ Art. 139, IV, CPC.

⁷⁶ Tal medida tem fundamento precipuamente constitucional, visto que o princípio da demanda cede ao interesse público na proteção à ordem econômica, de forma a mitigar os danos sociais decorrentes de condutas ilícitas e a prestigiar o princípio da reparação integral, consubstanciado pelos artigos 11, da LAP, e 100, do CDC, conforme Didier Jr. e Zaneti (DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, p. 128).

⁷⁷ Como desenvolve Koplín (KOPLIN, K. C..**O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**, p. 44. In: F. RUBIN, & L. REICHELDT, *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado): “O direito fundamental ao contraditório, entendido na acepção forte ora defendida, reclama sejam repensadas as relações entre o juiz e as partes em termos de um autêntico diálogo, não mais como um duelo ou um monólogo. Percebe-se, na atualidade, que as partes e o juiz, apesar de desempenharem papéis

instrumentalismo processual, transferir ao réu o encargo de concretizar o direito material violado, para não sobrecarregar e onerar o Judiciário. No mesmo sentido, Gagno expõe:

A proposta em debate é para que o indivíduo continue realizando a liquidação e a execução do julgado coletivo, mas desta vez, é o indivíduo réu que deverá fazê-lo, e extrajudicialmente, pois em diversas demandas coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, o próprio réu tem meio de identificar os beneficiários de uma sentença condenatória coletiva, independentemente da natureza da obrigação, bem como aferir eventuais valores devidos a eles.⁷⁹

Além de ser detentor de informações privilegiadas acerca da individualização das vítimas, a atribuição ao réu do cumprimento da sentença tem razões lógicas de economia processual às partes, pois movimentar milhões de pessoas para que se habilitem em uma condenação genérica é deveras menos oneroso à sociedade do que impor ao réu que cumpra as determinações. Frisa-se, todavia, que, não obstante a atipicidade das decisões judiciais, deve-se atentar para a adequação e a proporcionalidade dos provimentos concedidos, a fim de evitar restrições excessivas ao réu. O Judiciário deve buscar, portanto, o meio mais idôneo para a solução do conflito, desprendendo-se da tipicidade dos atos executórios tradicionais.

Ressalta-se que a forma proposta de imposição ao réu para o cumprimento da obrigação apenas impõe ao causador do dano a efetivação dos respectivos ressarcimentos individuais. Esse artifício visa evitar a extensão do prejuízo social, de forma a diminuir a morosidade do Poder Judiciário, ao se evitarem milhões de requerimentos individuais de liquidação. No mesmo sentido, Gagno ainda sugere a adoção de multas coercitivas proporcionais ao número de requerimentos individuais ajuizados antes do cumprimento pelo próprio réu:

concretamente diferentes, buscam um objetivo último comum, que é a realização da justiça no caso concreto.”

⁷⁸ Sobre isso, discorre Gagno (GAGNO, L. P.. **O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova**. Revista de Processo, p. 133): “numa perspectiva instrumentalista e constitucional do problema, o manejo da técnica de inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra imperiosa, e não apenas como uma opção, já que permite a satisfação do anseio constitucional de proporcionar aos jurisdicionados um efetivo acesso à ordem jurídica justa.”

⁷⁹ GAGNO, L. P. (2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. Revista dos Tribunais (953), p. 234.

Tratando-se de obrigação de pagar quantia relativa a direito individual homogêneo, caberá ao réu satisfazer os direitos reconhecidos em juízo, antes que sejam instauradas as respectivas liquidações e execuções, sob pena de também incorrer em multas por cada execução individual ajuizada justamente.⁸⁰

Dessa forma, para garantir o funcionamento da justiça e a organização social, é plenamente cabível compelir o réu quando esse for de fato o mais apto à plena execução das determinações da sentença coletiva de direitos individuais homogêneos ao pagamento de quantia. Acerca da excessiva utilização do Judiciário por parte dos grandes litigantes, manifesta-se Costa, ao sentenciar típico caso de violação de direitos individuais homogêneos:⁸¹

Mais, a forma com que o Judiciário vem atendendo as demandas de massa, como as da telefonia, por exemplo, o ente estatal acaba atuando como um verdadeiro departamento de corporações privadas, destinando grande quantidade de verbas orçamentárias para resolver os problemas advindos da exploração comercial de atividades hegemônicas. Chega-se ao limite quando tais corporações utilizam até as dependências físicas do Poder Judiciário como se fosse uma de suas sucursais.⁸²

É de ser frisado que danos em massa merecem tratamento também em massa, de forma que a tutela mandamental pode ser empregada como meio de garantir o caráter molecular da tutela coletiva. Esta perde suas razões de ser a partir do momento que se requer, para fins de dar efetividade à decisão, o acionamento de milhares de pessoas por meio de liquidações. Denota-se, assim, a adequação e proporcionalidade da técnica de imposição do cumprimento da sentença ao réu, caso esse tenha “em

⁸⁰ Ibidem, p. 236.

⁸¹ Trata-se do Processo nº 001/1.05.0217821-7, cuja temática bem sintetizou Costa, na sentença: “O objetivo das presentes ações coletivas de consumo é a revisão das cláusulas contidas nos contratos entabulados pelas instituições requeridas que estabelecem reajustes das prestações pela variação do dólar. Justifica a parte autora a necessidade de modificação, em face de fato imprevisível, consistente na maxidesvalorização da moeda nacional ocorrida em janeiro de 1999, que chegou a patamares de 68%. Postula a alteração do critério de reajuste substituindo a variação cambial pelo INPC.”

⁸² COSTA, J. d. (26 de junho de 2008). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em 29 de novembro de 2016, disponível em <

suas mãos todas as informações e meios necessários à satisfação de obrigações previstas em sentenças coletivas".⁸³

Feitas tais exposições, parte-se à análise dos meios que podem ser utilizados pelos juízes para dar efetividade à ordem de cumprimento da obrigação por parte do réu.

4.6.1. Técnicas jurisdicionais executivas da decisão mandamental

A ação mandamental busca a declaração e a atuação do direito no mesmo ato jurisdicional. Nesse sentido, é escopo do Estado fazer a tutela emitida ter eficácia, isto é, a satisfação do direito ao seu titular, seja por meio de técnicas jurisdicionais diretas (execução tradicional) ou indiretas (execução agindo sobre a vontade do réu).

As técnicas jurisdicionais diretas independem da vontade do executado, podendo também ser chamadas de forçadas; a penhora e alienação de bem do devedor, com a conseqüente transformação em dinheiro voltado a satisfazer o crédito, é um exemplo.⁸⁴ A tutela executiva direta pode ser resumida em dois básicos elementos: “a substituição da vontade *do executado pela do Estado (sub-rogação)* e a transferência patrimonial *ocorrida entre executado e exequente*.”⁸⁵

De outro lado, as técnicas executivas indiretas⁸⁶ têm o condão de coagir o executado a realizar o direito objeto da ação; dependem, portanto, da sua vontade. O Estado, então, impõe a atuação do direito por meio de sanções de ordem patrimonial e, excepcionalmente, pessoal,⁸⁷ que, por sua vez, influenciarão psicologicamente o executado.

⁸³ GAGNO, L. P. (2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos**. Revista dos Tribunais (953), pp. 244-245.

⁸⁴ MARINONI, L., & ARENHART, S. C. (2011). **Curso de Processo Civil** (Vol. III). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 72-73.

⁸⁵ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 58.

⁸⁶ Aqui adota-se o entendimento de Marinoni e Arenhart (MARINONI, L., & ARENHART, S. C. (2011). **Curso de Processo Civil** (Vol. III). São Paulo: Revista dos Tribunais), no sentido de considerar a técnica indireta de coerção como tutela jurisdicional executiva.

⁸⁷ No caso brasileiro, como ressalta Araken de Assis (ASSIS, A. (2016). **Manual da Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, p. 192), os únicos casos de sanções pessoais, do âmbito civil, são a prisão por inadimplemento de obrigação alimentar e a prisão do depositário infiel. Esta última não é mais permitida devido à adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica e à edição da súmula vinculante nº 25 do STF.

Frisa-se que a efetividade da tutela depende de ambas as técnicas jurisdicionais executivas (diretas e indiretas), principalmente quando a obrigação tiver por objeto um bem infungível.⁸⁸ Dessa forma, é necessário o emprego das duas técnicas conjuntamente para que se possa realizar uma diversidade maior de direitos. Acerca disso, manifesta-se Camerini:

Pertinente revela-se, para melhor compreensão da natureza jurídica da multa, lançar mão da idéia de técnica processual. Institutos pertencentes ao gênero da técnica processual são meios empregados para conseguir um propósito, sem prejudicar se é lícito, obrigatório ou ilícito propor-se o fim de que se trate. Isto é, enquanto a tutela jurisdicional em si constitui exercício do poder por parte do juiz, atribuindo-se valor ao fato e pretendendo atuar na esfera material das partes, a técnica compreende meios para atingir esse resultado almejado na tutela jurisdicional. São, assim, exemplos de técnica processual a multa e a penhora.⁸⁹

No caso da sentença mandamental, essa portará em seu dispositivo meios coercitivos indiretos, a fim de obrigar o réu, quando possível, a executar a decisão antes da mobilização do pesado e custoso aparato estatal. “*O que define a mandamentalidade é a possibilidade de se requerer ordem sob pena de multa ou sob pena de prisão*”.⁹⁰ Dessa forma, a multa coercitiva tem a finalidade de convencer o demandado a cumprir a decisão, antes do início da execução, para que essa seja evitada. Arenhart discorre acerca dos limites dessa técnica executiva indireta:

Obviamente, a imposição dessas técnicas de indução para a proteção dos interesses individuais homogêneos – especificamente para obter a realização do pagamento de quantia pecuniária – encontra limites. Estes vão desde a efetividade no emprego destas técnicas – que devem gerar resultados mais rápidos e menos onerosos para o obrigado que a execução por expropriação tradicional –, passando pela capacidade do ordenado de cumprir a determinação judicial e indo até o limite das possibilidades abertas pela legislação.⁹¹

⁸⁸ VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 60.

⁸⁹ CAMERINI, F. (2007). Teoria geral da tutela mandamental: conceituação e aplicação. São Paulo: Quartier Latin, p. 168.

⁹⁰ MARINONI, L. (2003). **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 398.

⁹¹ ARENHART, S. C. (2007). **A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia**. In: A. P. GRINOVER, A. G. MENDES, & K. WATANABE, Direito processual

Destaca-se, ademais, a necessidade de ampla abertura ao contraditório antes da aplicação de medidas coercitivas na sentença, a fim de respeitar os preceitos constitucionais fundamentais que sustentam o devido processo legal. Caso a decisão tiver cunho antecipatório, não deixa de ser possível a concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, desde que sejam preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*; pode-se, ainda, exigir do requerente caução real ou fidejussória idônea para o ressarcimento de eventuais prejuízos do réu. No caso de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, não deverá ser concedida a tutela de urgência; esta, pois, deve atender a proporcionalidade e a adequação. Tudo extrai-se do art. 300, do CPC.⁹²

A tutela mandamental, portanto, ao utilizar-se, de início, de grande força estatal poupa, após, a máquina burocrática do Estado; um motivo que reforça a medida de imposição de multas para o cumprimento da obrigação antes do início de uma execução. Outra maneira de evitá-la pode ser a utilização da intervenção judicial no âmbito da vontade do réu, conforme se verá a seguir, no item 4.6.2, o que exigirá do juiz mais preparo na confecção da sentença, mas, em longo prazo, retornarão grandes economias ao Judiciário.

4.6.2. A intervenção judicial

À luz do caso concreto, pode ser que o juiz vislumbre o risco de o réu não cumprir a decisão mandamental ou de não a cumprir integralmente. Diante disso, o julgador pode lançar mão da técnica de intervenção judicial. Essa está prevista no ordenamento brasileiro por meio da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), nos artigos 102 ao 111. Embora o contexto desse diploma seja o da execução das

coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de projetos coletivos (pp. 216-230). São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁹² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), deve ser aplicado, por analogia, ao caso das lesões individuais homogêneas, visto que o direito deve ser aplicado de forma sistêmica e que os direitos abordados neste trabalho tem grave influência na ordem econômica, bem como admitem qualquer tipo de tutela, conforme já evidenciado no item 4.5. Assim, “*não há razão para negar a utilização do instituto da intervenção judicial para fins de cumprimento de obrigações específicas*”.⁹³ No mesmo sentido, assevera Arenhart:

Vê-se, então, que a figura da intervenção judicial em empresas, com menor ou maior grau, é francamente conhecida e praticada pelo direito nacional. Não é possível, assim, assustar-se com o emprego da medida como técnica de sub-rogação atípica, capaz de ser aplicada para qualquer situação em que se exija a tutela específica.⁹⁴

A necessidade de adaptabilidade das determinações judiciais aos casos concretos permite que o magistrado nomeie interventor judicial nos casos em que haja necessidade para o cumprimento efetivo e integral da decisão, a fim de proteger a ordem econômica; o que se encaixa perfeitamente no caso de lesões massificadas, como as de direitos individuais homogêneos. Assim, a intervenção judicial pode ser aplicada às mais diversas situações concretas, sendo instrumento de efetividade para decisões complexas.

Trata-se de ferramenta que permite ao juiz o acompanhamento, com proximidade, do cumprimento da decisão e que utiliza técnicas executivas indutivas e sub-rogatórias,⁹⁵ de forma a ampliar sua maleabilidade. Fundamental expor, portanto, que o emprego dessas duas categorias de medidas, em conjunto, encontra atualmente amparo legal expresso no art. 139, IV, do CPC.

Insta destacar que, pelo seu alto grau de intromissão na esfera privada, a intervenção judicial deve ser bem delineada na decisão; esta deve indicar claramente as providências que o interventor tomará, bem como os motivos para tal

⁹³ LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada, p. 423.

⁹⁴ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 363.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 360-361.

determinação.⁹⁶ Sérgio Arenhart subdivide a intervenção judicial em três modalidades: a fiscalizatória (o interventor fiscaliza o administrador), a cogestora (o interventor assume parte das atribuições do administrador) e a expropriatória, ou substitutiva (o interventor substitui o administrador). Frisa-se que a espécie de intervenção pode ser mudada durante o procedimento conforme a necessidade.

Ademais, é imprescindível o emprego de amplo contraditório antes da determinação de intervenção judicial a fim de verificar se essa é a forma mais idônea para o cumprimento da decisão. Ainda, o interventor judicial terá sua atuação limitada estritamente ao que o juiz ordenar, prestando ao julgador relatórios periódicos do desenvolvimento da intervenção.⁹⁷ Outras questões procedimentais são tratadas pelo Título VIII, Capítulo II, da Lei 12.529/2012, que positiva a intervenção judicial.

⁹⁶ Parágrafo único do art. 102 da Lei 12.529/2012: A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

⁹⁷ ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 367.

5. CONCLUSÃO

Mais do que nunca, o povo brasileiro clama pela efetividade da justiça. Não diferente é a evolução doutrinária no sentido de tender ao abandono do absolutismo dogmático em prol da adoção de uma visão instrumental do processo civil. Destaca-se que este trabalho foi escrito em meio à turbulenta crise política e econômica do país, cujas lideranças mais altas têm sido investigadas criminalmente em operações de instituições federais. Tudo em meio a protestos, greves, manifestações sociais, manobras políticas, sucateamentos da coisa pública, descréditos institucionais, escândalos de corrupção...

Em suma, a importância da contextualização da instabilidade política é patente. A carência de líderes idôneos é demonstração de que, *prima facie*, a forma política escolhida é equivocada, precisando de reforma. Por outro lado, no âmbito material, a própria cidadania não encontra fundações, pela estrutura precária do Estado e da cultura. A reciprocidade desses problemas gera um ciclo do qual temos que lutar para escapar, por meio da efetivação dos direitos e da elevação da cidadania.

Toda essa conjuntura, marcada fortemente pela estratificação social desigual e pelo desenvolvimento da tecnologia, contribui para a justificação da abordagem do tema tratado por este trabalho. A era da informação exige do ordenamento jurídico mobilização para que se adapte às constantes inovações relacionais inerentes à sociedade do consumo. A plasticidade dessas relações requer tratamento igualmente plástico pelo Direito para que esse consiga a organização social pretendida.

O direito material para nada serve se não há instrumentos para sua realização. Dessa forma, o acesso à justiça é também acesso à cidadania; esta vista como meio de empoderamento dos indivíduos e das coletividades. Nesse contexto, o processo civil figura como meio para tal. Por isso, é importante que suas ferramentas abranjam todas as situações fáticas da sociedade, dentre essas, as lesões pecuniárias a direitos individuais homogêneos.

A existência de violações massificadas desses direitos não podia ser ignorada pelo ordenamento, de forma que o CDC, no art. 83, avançou nesse sentido. Claro é que a CRFB já enunciava o dever de dar acesso à justiça, entretanto a comunidade

jurídica carecia de legislação expressa e específica a fim de lançar mão de todas as ações possíveis para efetivar os direitos coletivos.

Diante da inefetividade da sistemática do art. 95 e das posteriores demandas de cumprimento individuais, evidente era a necessidade de racionalização do processo e de emprego de novos meios de tutela. Isso pode ser feito por meio da aplicação de teorias hermenêuticas, como o Diálogo das Fontes. Assim, o direito deve ser examinado sob uma perspectiva holística a fim de garantir sua atuação coerente e lógica, coordenada pelos fundamentos constitucionais.

O art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil retirou qualquer dúvida que pairasse no ambiente doutrinário acerca da possibilidade de uso de técnicas jurisdicionais indutivas e sub-rogatórias para impor o cumprimento de obrigações de pagamento. Ainda, expressamente, o legislador parece apelar pela efetividade das decisões, elevando o uso dessas medidas ao nível de *dever* dos magistrados quando se vislumbrar pertinência nos casos concretos.

A tutela mandamental surge como instrumento para o cumprimento das decisões que já vinha sendo usado pela jurisprudência anteriormente à reforma processual de 2015. Nesse contexto, magistrados precursores passaram a empregar ordens mandamentais não apenas com meios coercitivos tradicionais – como a multa diária –, mas também com a inversão do ônus de impulsionar o cumprimento das obrigações nos casos em que o réu tivesse melhores meios para tal, numa clara aplicação dos princípios da colaboração processual e do ônus da prova dinâmico.

Ainda, vista maior chance de efetividade da decisão, bem como idoneidade de meio para seu cumprimento, a intervenção judicial desponta frequentemente como a melhor ferramenta para garantir a reparação integral de violações individuais homogêneas. Frisa-se, entretanto, que o estudo e a aplicação desse instrumento devem ser realizados com parcimônia e regularidade, a fim de evitar abusos e ao mesmo tempo assegurar direitos.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, A. (1993). **Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil contemporâneo: sua evolução ao lado do Direito Material.** In: S. d. Teixeira, As Garantias do cidadão na Justiça (p. 167 a 184). São Paulo: Saraiva.

ARENHART, S. C. (2007). **A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia.** In: A. P. GRINOVER, A. G. MENDES, & K. WATANABE, Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de projetos coletivos (pp. 216-230). São Paulo: Revista dos Tribunais.

ARENHART, S. C. (2014). **Tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos.** São Paulo: Revista dos Tribunais.

ARISTÓTELES. (2006). **Ética a Nicômaco.** (P. Nassetti, Trad.) São Paulo: Martin Claret.

ASSIS, A. (2016). **Manual da Execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.

ÁVILA, H. B. (1998). **Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular".** Revista Trimestral de Direito Público, 159-180.

BAUMAN, Z. (2010). **Legisladores e intérpretes.** (R. AGUIAR, Trad.) Rio de Janeiro: Zahar.

BEZERRA, A. S. (2016). **Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais.** In: V. C. MORAES, As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro (pp. 233-240). Brasília: Enfam.

BOBBIO, N. (1992). **A Era dos Direitos.** (C. N. Coutinho, Trad.) Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda.

BOBBIO, N. (1996). **Igualdade e Liberdade.** (C. N. Coutinho, Trad.) Rio de Janeiro: Ediouro.

CALAMANDREI, P. (1933). La condanna generica ai danni. Rivista di diritto processuale civile, apud VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

CAMERINI, F. (2007). **Teoria geral da tutela mandamental: conceituação e aplicação.** São Paulo: Quartier Latin.

CAMPOS, G. M., & DESTEFENNI, M. (2009). **Liquidação em ações coletivas e as repercussões decorrentes da Lei 11.232/05 - homenagem ao professor Kazuo**

Watanabe. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro (pp. 369-389). São Paulo: Quartier Latin.

CAPPELLETTI, M. (1988). **Acesso à Justiça.** (E. G. Northfleet, Trad.) Porto Alegre: Fabris.

CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros Ltda.

CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (1994). **Teoria Geral do Processo.** São Paulo, Brasil: Malheiros Editores Ltda.

Conselho Nacional de Justiça. (2011). Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>. Acesso em 05/11/2016.

Conselho Nacional de Justiça. (2011). Panorama do Acesso à Justiça no Brasil. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>>. Acesso em 05/11/2016.

COSTA, J. d. (26 de junho de 2008). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acesso em 29 de novembro de 2016, disponível em http://www.tjrs.jus.br/http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_doc1g_oracle.php?id_comarca=porto_alegre&ano_criacao=2008&cod_documento=1400476&tem_campo_tipo_doc=S

DIDIER JR., F. (2015). **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** Salvador: Jus Podivm.

DIDIER JR., F., & ZANETI JR., H. (2013). **Curso de direito processual civil.** Salvador: Juspodivm.

DWORKIN, R. (2005). **Uma questão de princípio** (2ª ed.). (L. BORGES, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.

GAGNO, L. P. (2015). **O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova.** Revista de Processo, 117-139.

GAGNO, L. P. (março de 2015). **Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos.** Revista dos Tribunais(953), 223-257.

GIUSSANI, A. (1996). **Studi sulle "class actions".** Milão: Cedam.

GIUSSANI, A. (2013). **L'azione di classe: aspetti processuali.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 341-355.

GRINOVER, A. P. (1990). **Novas Tendências do Direito Processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária.

GRINOVER, A. P. (1991). **A "class aciton" brasileira.** In: J. TUBENCHLAK, Livro de estudos jurídicos (pp. 22-28). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos.

GRINOVER, A. P. (2005). **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil.

Grinover, A. P. (2011). **Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores**. In: L. R. WAMBIER, & T. W. ARRUDA ALVIM, *Processo Coletivo e Processo Civil Estrangeiro e Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

KOPLIN, K. C. (2015). **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**. In: F. RUBIN, & L. REICHELT, *Grandes temas do novo Código de Processo Civil* (pp. 15-51). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LEONEL, R. d. (2011). **Ações coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução**. In: L. R. WAMBIER, & T. A. WAMBIER, *Processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado* (pp. 611-634). São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEONEL, R. d. (2011). **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Afiliada.

LUCON, P. d., & SILVA, É. B. (2006). **Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva**. In: P. H. LUCON, *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (pp. 163-183). São Paulo: Atlas S.A.

MANCUSO, R. d. (2009). **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, L. (2003). **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, L., & ARENHART, S. C. (2011). **Curso de Processo Civil** (Vol. III). São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, L., ARENHART, S. C., & MITIDIERO, D. (2015). **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARQUES, C. L. (2012). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MENDES, A. G. (2012). **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** (3ª ed.). São Paulo, Brasil: Editora Afiliada.

MIRANDA, P. (1998). **Tratado das ações** (Vol. 1). Campinas: Bookseller.

MITIDIERO, D. (2007). **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

PERIN JUNIOR, E. (2001). **Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu**. *Revista de Direito do Consumidor*, 25-73.

POMPÍLIO, G. (2013). **Aspectos polêmicos acerca da fluid recovery no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Processo, 277-293.

SALLES, C. (2009). **Class actions: algumas premissas para comparação**. Revista de Processo, 215-136.

SANTOS, E. S. (2012). **Efetividade do Processo Civil Coletivo: a prisão civil no contempt of court como mecanismo de efetivação das decisões judiciais**. Curitiba: Edição do Autor.

SEN, A. K. (2000). **Desenvolvimento como liberdade**. (L. T. MOTTA, Trad.) São Paulo: Companhia das Letras.

SHIMURA, S. (2006). **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método.

SILVA, É. B. (2009). **Os direitos individuais homogêneos e a lei nº 11.232/2005**. In: C. SALLES, As grandes transformações do processo civil brasileiro - homenagem ao professor Kazuo Watanabe (pp. 343-367). São Paulo: Quartier Latin.

SILVA, J. M. (2005). **O Direito Processual Civil como instrumento de realização de Direitos**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico.

SILVA, O. A. (1996). **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, O. A. (2000). **Curso de Processo Civil** (4ª ed., Vol. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, O. A. (2006). **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense.

SLAIBI FILHO, N. (1990). **Ação popular mandatória**. Rio de Janeiro: Forense.

TARUFFO, M. (2007). **Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione**. Revista de Processo, 57-84.

VENTURI, E. (2000). **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

VIGORITI, V. (2008). **Class action e azione collettiva risarcitoria: la legittimazione ad agire e altro**. Revista de Processo, 33, 181-204.

VITORELLI, E. (2016). **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WATANABE, K. (2004). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto** (8ª ed.). Rio de Janeiro: Forense Universitária.

WATANABE, K. (2007). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto** (9ª ed.). Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Zaneti Jr., H., & Didier Jr., F. (2013). **Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo** (8ª ed., Vol. 4). Salvador, Bahia: Editora JusPodivm.

ZAVASCKI, T. A. (2007). **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos** (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.