

## I. INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVA E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A noção do tratamento coletivo para a tutela de direitos subjetivos individuais, dadas as suas origem comum e homogeneidade<sup>1</sup>, proporcionaram a percepção do processo coletivo como meio eficaz a sobrepujar as dificuldades que impedem os cidadãos de terem acesso concreto aos tribunais<sup>2</sup> a fim de obterem não só a reparação dos seus danos, mas também tutelas que traduzam obrigações de fazer e de não fazer ou, ainda, tutelas meramente declaratórias, entre outras, mas que reconheçam, de forma unificada, o direito violado e imponham, no mesmo ato jurisdicional, medidas que restabeçam o direito uma vez violado. Com efeito, o processo coletivo mostrou à própria doutrina processual tradicional a necessidade de recondução da concepção do Direito Processual, não mais simples área autônoma de conhecimento jurídico destituída de qualquer direcionamento finalístico. Sem demérito da sua autonomia como área de saber, o direito processual contemporâneo reconhece a sua natureza instrumental em relação ao direito material<sup>3</sup>.

Daí resplandecer a ideia, não mais do binômio, mas agora do trinômio “necessidade-utilidade-adequação” da via processual eleita<sup>4</sup>, não apenas para a comprovação do interesse de agir, mas também com o claro objetivo do alcance da tutela jurisdicional almejada de modo a restabelecer da forma mais plena possível o direito violado.

Além do árduo trabalho doutrinário para o alcance dessa concepção no meio acadêmico, há que se reconhecer a inegável dificuldade para a implementação e a aceitação das especificidades da tutela coletiva no Poder Judiciário, que foram e ainda têm sido um desafio para os colegitimados à propositura de ações coletivas elencados no artigo 82 da Lei nº 8.078/1990.

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos, parecer publicado na *Revista de Direito Consumidor*, vol. 5, p. 209.

<sup>2</sup> L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à Justiça: Juizados de Pequenas Causas e Ações Coletivas, *in: Revista do Consumidor*, vol. 5, p. 10.

<sup>3</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. *In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39/77.

<sup>4</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultura e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*, 10ª ed. rev. e atu.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.49.

Ao longo de todos esses anos, o amadurecimento de todas as questões que envolvem a tutela coletiva no Poder Judiciário é patente. No entanto, restam inúmeras matérias que padecem da adequada compreensão e provocam grandes discussões na doutrina e jurisprudência. É sob esse prisma que a tutela executiva nas ações coletivas – no presente estudo, especificamente, em defesa do consumidor – mostra-se como tema desafiador.

De fato, após tantos anos de tentativas de implementação dos princípios basilares e dos fundamentos da tutela coletiva, grande parte delas bem sucedidas, hoje as dificuldades que se apresentam são: a) como e em que momento executar o provimento favorável obtido; e b) em que casos a ação coletiva se mostra como o melhor instrumento para efetivar o direito pleiteado. Ou seja, atualmente, o enfrentamento maior se debruça sobre a evolução da efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos em ações coletivas e o seu aproveitamento para a concreta efetivação dos direitos.

Vale observar que não se pretende limitar o estudo ao momento posterior à prolação da sentença e seu conseqüente trânsito, mas busca-se analisar empiricamente a carga executiva dos provimentos jurisdicionais em geral. Com isso, intenta-se avaliar a efetivação ou não dos direitos pleiteados por meio de ações coletivas, sob o prisma das escolhas feitas pelos legitimados e da compreensão do Poder Judiciário acerca do direito envolvido.

A hoje denominada fase de execução é de suma importância para que se façam valer os direitos alcançados pela lei ou reconhecidos por decisões judiciais. Compreendê-la distinta do reconhecimento do direito é esvaziar a função jurisdicional. De nada vale uma decisão judicial se ela não transforma ou restaura uma situação fática.

Esta aproximação entre a fase de cognição e de execução tem levado o legislador a promover reformas no Código de Processo Civil para o aperfeiçoamento da tutela executiva de forma a compelir o devedor a cumprir a obrigação, e tem atribuído à fase executiva a merecida relevância traduzida na consequência indispensável do provimento jurisdicional, sem o qual ele não se completa. Caso contrário, será ele ineficaz.

No caso da tutela coletiva, a execução assume o *status* de maior relevância, visto tratar-se de busca pela efetivação dos direitos de toda a coletividade, trazendo, assim, à baila a preocupação com a correta interpretação das disposições constantes da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor de forma integrada.

Indaga-se se o quadro evolutivo da tutela coletiva apresenta saldo positivo. Incontestável que após mais de 20 anos o balanço é positivo quando analisado o novo olhar que recai sobre a doutrina processual, afastando-se os alicerces da tradição jurídica de origem romano-canônica<sup>5</sup> para a compreensão da intrínseca conexão existente entre o direito material e o direito processual.

Esse novo olhar também leva à conclusão do aspecto social do direito processual, não somente sob a ótica da solução de conflitos, mas também sob a ótica da atuação dos entes legitimados em face da omissão do Poder Público, buscando reflexos efetivos e eficazes para a sociedade.

Porém, é com receio que se observa a não somente lenta – pois característica inerente – mas também resistente compreensão do Poder Judiciário à necessidade de efetivação dos provimentos jurisdicionais obtidos em ações coletivas, de modo a dificultar a consecução de procedimentos e inviabilizar a concretização de direitos, pois não atribuída prioridade à execução coletiva. Ao longo dos anos de vigência dos instrumentos de tutela coletiva em nosso sistema judicial, são observados se não retrocessos, interpretações enviesadas da utilidade da tutela coletiva e do seu objetivo primordial de dar efetividade à proteção de direitos que alcançam a coletividade.

Efetivamente, o que se nota, ao invés do caminho em direção à evolução e preferência pela execução coletiva, quando cabível, são, por vezes, tentativas de enfraquecimento do tratamento coletivo das demandas.

Deter-se sobre a evolução doutrinária da execução coletiva em matéria de direito do consumidor com o fim de analisar a incorporação das previsões legais às práticas processuais dos legitimados, bem como avaliar como o Poder Judiciário tem reagido a tais iniciativas traçará um quadro necessário para a adequada compreensão das ferramentas da tutela coletiva para aqueles que as manipulam, de modo a agir estrategicamente com o fim de criar caminhos que contribuam para a maior efetividade das decisões judiciais, essencialmente traduzida no alcance concreto que o provimento jurisdicional tem para a coletividade.

---

<sup>5</sup> Ovídio A. Baptista da Silva destaca que a classificação adotada pela doutrina brasileira para ações e sentenças apoia-se na sólida doutrina europeia e que essa limitação nas formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional dos direitos é inteiramente coerente com o conceito romano de jurisdição, concebida como simples *jurisdictio*, desprovida de *imperium*, exercida através do procedimento privado da *actio*, com exclusão das duas funções mais nobres do *praetor* romano, através dos interditos, quais sejam, as tutelas executiva e mandamental (*in: Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, 2ª ed. p. 9).

Daí a importância do estudo da prática judicial da tutela coletiva pelos entes legitimados e as consequências jurídicas, políticas e sociais advindas dessa atuação.

## II. POR QUE OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS?

### II.1 CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor em nosso ordenamento jurídico é alçado à categoria de direito fundamental (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal) e a princípio da Ordem Econômica (artigo 170, V). Característico do que se chamou da terceira dimensão dos direitos fundamentais<sup>6</sup>, ou seja, dos direitos de solidariedade, está intrínseco à noção de desenvolvimento a que têm direito todos os povos<sup>7</sup> e, por determinação expressa na Constituição brasileira, o desenvolvimento econômico e do mercado deve ser pautar, também, na defesa do consumidor.

Além da relevância constitucional, os direitos do consumidor ocupam posição de destaque no próprio sistema legal – a disciplina é objeto de legislação caracteristicamente estatutária, estabelecendo microssistema de tutela específico –, bem como os elementos característicos das relações de consumo estabelecem íntima conexão com aspectos econômicos e sociais essenciais à compreensão desses direitos, tais como a rápida evolução das relações de consumo e a sua complexidade, o intrincado relacionamento desses direitos com questões econômicas que contribuem tanto para desequilibrar forças, opor interesses e balanceá-los para viabilizar o funcionamento da economia<sup>8</sup>.

Desse modo, cumpre estabelecer três pontos relevantes de digressão:

1) A dinâmica e a complexidade das relações de consumo, trazendo um traço evolutivo dessa complexidade, situação esta que foi recrudescida, inclusive, com a promulgação do Código;

---

<sup>6</sup> Sobre a classificação, consultar BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 562 e ss.

<sup>7</sup> Conforme o artigo 1º da Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”.

<sup>8</sup> O artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor alça a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico a princípio a ser adotado na Política Nacional das Relações de Consumo.

2) Como a categorização dos direitos coletivos trazidos pela lei coexistem na realidade da defesa do consumidor. Uma mesma relação jurídica tem o potencial de desenvolver diversas formas de proteção dos consumidores que se enquadram em todas as classificações dos direitos coletivos a depender do momento em que se concretizam as violações, demandando esforços para identificar a tutela adequada à preservação desses direitos, inclusive se a via judicial é a mais apropriada; e,

3) Os direitos do consumidor têm conexão direta com questões mercadológicas; porém o mercado perfeito é aquele em que todos estão bem informados sobre suas condições<sup>9</sup> e ele não existe. Não só isso, mas a concepção de que o consumidor toma decisões racionais se bem informado é rasa<sup>10</sup>. Além disso, é inequívoco que tais direitos não podem ser reduzidos a simples questões mercadológicas: a defesa do consumidor pelo Estado está prevista na Constituição Federal; o exercício da cidadania, por sua vez, em uma economia de mercado, requer que a garantia do usufruto dos direitos fundamentais sociais seja realizável por entes privados, levando o próprio direito do consumidor a integrar-se com os demais direitos sociais, sendo necessário que as premissas que fundamentam a garantia de um núcleo essencial de direitos sejam consideradas na ponderação de relações privadas como são as relações de consumo. Nesse sentido qual seria o papel da regulação na defesa do consumidor? É válida a excessiva regulação sobre direitos do consumidor? A tutela judicial tem participação nisso diante da omissão do Estado? Como isso se desenvolve?

---

<sup>9</sup> Esta concepção, como esclarece Fabio Nusdeo (*in: Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, pp. 131 e ss e 167 e ss.), advém do sistema econômico de autonomia ou descentralizado, predominante em nosso mercado – tendo em vista que dos três sistemas existentes (tradição, autoridade e autonomia) nenhum é adotado com exclusividade, mas há combinações dos três em diferentes proporções – que tem como pressuposto básico o acesso de todos os operadores de mercado, ou seja, de todos aqueles que nele exerçam alguma influência, às informações sobre o mesmo e sobre as características dos produtos nele negociados, assim como a perfeita identificação do produto e de suas qualidades ou atributos por parte dos adquirentes.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Vanessa Mak (*in: The Myth of the ‘Empowered Consumer’: Lessons from Financial Literacy Studies. Journal of European Consumer and Market Law*, vol.1 n.4, 2012, p. ) esclarece que a União Europeia foca o desenho de sua legislação no denominado “empoderamento do consumidor”. As diretivas enfatizam deveres de informação e o seu conteúdo é baseado no que se entende como consumidor médio ou o que um consumidor racional necessita para uma decisão bem informada. Todavia, ressalta que, por meio de estudos desenvolvidos nos EUA, Reino Unido, Holanda e Alemanha, este modelo de confiança nas habilidades de instrução do consumidor parece ser irreal para a maioria dos consumidores. No original: “most consumers have difficulty answering financial questions. Although large groups of consumers may be able to answer basic financial literacy questions, e.g. the calculation of compound interest on EUR 100 paid into a bank account, very few are able to answer more sophisticated questions related to stock market behavior and safe investment or saving strategies. (...) The studies referred to indicate that there are particular subpopulations that are more likely to suffer from a lack of financial knowledge and skills, and that a set of personal socio-economic factors can determine the level of financial literacy. These include age, gender, socio-economic class, and ethnicity.”

O trabalho se desenvolve sob essas três perspectivas, do ponto de vista da execução – para ressarcimento de perdas sofridas por violação dos direitos do consumidor – ou dos provimentos jurisdicionais que resultam em uma efetiva mudança no cenário da proteção do consumidor.

Com isso, a avaliação da experiência do legitimado na promoção da tutela coletiva – e a evolução da sua atuação judicial – bem como o cenário que vem sendo construído na jurisprudência permitirão responder, ainda que parcialmente, às questões atinentes à dificuldade para a efetivação dos julgados, seja pela dispersão de interesses típica da estrutura da relação de consumo, ou pela incapacidade de organização dos consumidores e a necessidade de empreender novas tentativas para a proteção do consumidor – em especial sobre serviços regulados – suficientes às necessidades surgidas da menor intervenção estatal, assim como a legitimidade dessas iniciativas na esfera judicial.

## **II.2 O DINAMISMO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

As relações de consumo têm como característica a presença de diversos atores que protagonizam papéis em diferentes momentos do desenvolvimento da relação. Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, há duas décadas, já identificavam essa característica ao afirmarem que essa relação desenvolvida na esfera privada antes bastante singela – entre o comerciante, que agregava a função de fornecedor, de importador, entre outras, e o consumidor, em um mercado até intimista, próximo e baseado na confiança –, modernizou-se, ganhando proporções que acompanharam a própria revolução na produção industrial, criando a cultura de massa<sup>11</sup>, impessoal, definidoras de padrões de produção e capaz de velar ou minimizar problemas quando considerada a simples esfera individual.

Não mais interessa o caráter intimista de uma relação de venda e compra, mas sim, por parte do fornecedor, a identificação de parâmetros de consumo e o direcionamento dos padrões de interesse e necessidade dos consumidores. Estes, por sua vez, ainda esperam uma relação que denote atenção às suas necessidades e apelos – o que a

---

<sup>11</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman Benjamin, *in: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Vol. I, 10ª ed., pp. 4 e ss.

sociedade de mercado, massificada, afasta ou reduz drasticamente –, mas passaram, com efeito, a compreender algumas premissas fundamentais das relações massificadas: a produção em massa é bem mais suscetível a falhas e a informação é indispensável para o adequado exercício do direito de escolha e deve ser dada previamente.

Porém, até mesmo esse momento de massificação já é passado e está plenamente consolidado. Nota-se, inclusive, um retorno ao conceito de produtos exclusivos, produtos direcionados, em que é fundamental conhecer o perfil do consumidor. Além disso, a atual sociedade não é só massificada, mas a celeridade dos acontecimentos é outra característica sua. O interesse por mecanismos de consumo que reduzam o tempo gasto na escolha e na aquisição de determinado produto e serviço aumenta e o mercado tenta acompanhar esse dinamismo. Nesse aspecto, destaca-se o mercado eletrônico, serviços que facilitem a comunicação e redes que desvendem o interesse dos consumidores.

O grande desafio, há duas décadas, foi a elaboração de uma legislação que fosse resistente às ações do tempo. Uma lei essencialmente principiológica, que não dispensaria legislações complementares, mas certamente seria o baluarte para o desenvolvimento das demais.

De fato, o Código de Defesa do Consumidor constituiu um marco regulatório para a garantia da proteção do consumidor, verdadeira codificação de princípios gerais, direitos básicos, instrumentos e ferramentas que exigem a intervenção estatal na regulação das relações de consumo, intervenção esta a ser exercida pelas três expressões do poder estatal.

Essa é a clara intenção da legislação aprovada: construir um regramento específico e autônomo, dispondo sobre os direitos e as responsabilidades de todas as partes envolvidas, inclusive o próprio Estado<sup>12</sup>.

Por outro lado, muito estudiosos, hoje, observam novas tendências do Direito que demonstram uma progressiva redução da imperatividade do direito positivo, diminuindo-se o grau de coercibilidade da lei, tornando-se impossível saber se a realidade socioeconômica muda sob pressão da lei ou se é a lei que se modela a partir da “resistência” dos fatos<sup>13</sup>. Esse fenômeno também é percebido no Direito do Consumidor,

---

<sup>12</sup> O Brasil, como esclarecem Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (*in: Código Brasileiro....*, Vol. I, 10ª ed., pp. 6-7), optou por uma codificação da defesa do consumidor, ao invés de leis esparsas somente, prevendo, assim, um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.

<sup>13</sup> FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*. 2ª ed., pp. 75-77.



em setores específicos, de grande relevância econômica, principalmente na oferta de serviços, em que se nota um alargamento do alcance das normas de livre contratação ou expansão dos campos de “contratualização”, que se traduzem em iniciativas de autorregulamentação, em que se prioriza o afastamento da mão do Estado e as tentativas de empreender negociações relativas ao cumprimento de disposições legais (ajustes que definem modo, tempo e abrangência das disposições legislativas e seu cumprimento).

Diante desse fenômeno, três aspectos são encampados: a concepção da sociedade de massa está consolidada e é compreendida, inclusive, pelo próprio consumidor, indivíduo que, diante dessa realidade, perde a sua individualidade e a sua personalidade e passa a agregar um conjunto indefinido de pessoas; o desenvolvimento de mecanismos e ferramentas que contribuam para reduzir a distância e o tempo entre o consumidor e o objeto de consumo, impingindo às relações de consumo uma evolução e uma complexidade muito maior; e, a percepção de uma tendência que reduz a participação do Estado intervencionista, fazendo prevalecer campos de negociação que se desenvolvem entre entes que detêm diferentes parcelas de poder social. Como esse dinamismo das relações de consumo, que interfere diretamente na elaboração legislativa, influencia a defesa de direitos coletivos? A tendência de redução da coercibilidade estatal reflete-se como nas diversas expressões do poder estatal? Essa redução é o melhor caminho? A criação de mecanismos desburocratizantes para a solução de conflitos em uma esfera administrativa interage de que forma com o processo judicial? Qual o papel do Poder Judiciário diante dessas transformações do Direito e que têm seus reflexos nas relações de consumo e na sua regulação em benefício da parte mais vulnerável?

### **II.3 CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO FRENTE À CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS**

A proteção empreendida pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor a interesses e direitos coletivos *lato sensu* trouxe uma necessidade de categorização de tais direitos conforme o sujeito que é titular do direito e o objeto que constitui propriamente o direito. Com isso, direitos eminentemente despersonalizados, necessitados de uma proteção específica, puderam com ela contar desde a promulgação das referidas legislações.

Todavia, nem todos os direitos eminentemente coletivos possuem tanto aspectos diferenciados a ponto de transitar pelas diversas categorizações instituídas por lei com a facilidade que o direito do consumidor transita.

Esse aspecto não necessariamente é um facilitador da sua defesa em juízo, mas constitui muito mais um dificultador, pois impõe ao legitimado a responsabilidade de apresentar a adequada tutela para o direito violado nas suas mais diversas perspectivas. Um mesmo evento tem a habilidade de perpetrar danos diferenciados e de alcance diversificado sobre a esfera de indivíduos determinados, determináveis ou indeterminados. A própria concepção da responsabilização do agente causador do dano já não se preocupa em apenas considerar os prejuízos sofridos, mas os prejuízos provocados. Nesse aspecto, tem muito mais impacto o objetivo da indenização que diz respeito à punição do agente causador do dano, relegado a uma importância secundária o objetivo – precípua, na concepção clássica – de reconstituição do patrimônio. O Código de Defesa do Consumidor traz propositadamente essa concepção inovadora e ela constitui um reflexo de toda a inteligência do Código de instituir outras premissas para a definição da responsabilidade do fornecedor.

Tais peculiaridades interferem diretamente em como levar a juízo um pleito a ponto de cumprir com a reparação ampla, geral e irrestrita do dano causado exigida pelo próprio Código (artigos 6º, VI e 25), inclusive, sob a perspectiva de danos potenciais, ou seja, não necessariamente demonstrados, mas pressupostos. Vale, assim, avaliar como os legitimados e o Poder Judiciário se valem dos mecanismos disponíveis, visando à efetiva indenização ou restauração do direito lesado.

## **II.4 ESPÉCIES PREVISTAS DE EXECUÇÃO E SUAS DISTINÇÕES**

Apesar da vigência da Lei nº 7.347 ser anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, inaugurar a disciplina da tutela coletiva em nosso ordenamento, foi o último que trouxe expressamente a definição do que era tutelado pela ação civil pública.

A Lei da Ação Civil Pública enumera em seu artigo 1º os direitos que por ela são tutelados: responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético,

histórico, turístico e paisagístico e por infração da ordem econômica e da economia popular. No entanto, em momento algum sistematizou tais direitos em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como já sobredito, essa definição veio com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e considera os aspectos subjetivo e objetivo. O artigo 81 da Lei nº 8.078/1990 distingue tais direitos pela (in)determinação do sujeito e (in)divisibilidade do objeto. Desse modo, temos que nos direitos difusos (inciso I do artigo 81), optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência de relação jurídica base entre eles (“interesses ou direitos...de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”), no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo (“interesses ou direitos...transindividuais, de natureza indivisível”); os direitos coletivos (inciso II do artigo 81), por sua vez, também guardam a indivisibilidade do bem jurídico (“transindividuais de natureza indivisível”), visto que pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou aproximação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se viável e desejável a sua defesa conjunta<sup>14</sup>. A melhor identificação desse direito dá-se mediante a percepção de que a sua tutela, quando levada a juízo individualmente, acaba por produzir efeitos na esfera de outros indivíduos ligados uns aos outros pelo aspecto subjetivo dos direitos coletivos – a relação jurídica base, a relação jurídica preexistente à própria lesão ou ameaça de lesão, razão pela qual a sua defesa coletiva é aconselhável. Exemplo esclarecedor é o ajuizamento de ação para discussão de reajuste de mensalidade escolar: se ajuizada demanda individual, é impossível sustentar-se que o aluno vivenciará situação fática distinta decorrente de situação jurídica (relação contratual) idêntica aos demais alunos – ainda que, na prática, seja situação bastante corriqueira. Por fim, temos os direitos individuais homogêneos (inciso III do artigo 81), cujos sujeitos são determináveis e contam, no aspecto objetivo, com a divisibilidade do bem jurídico. A relação jurídica havida entre os titulares nasce com a própria lesão ou ameaça de lesão, inexistente uma relação jurídica base anterior. Ao contrário dos direitos coletivos, a determinabilidade se traduz na exata medida em que cada titular poderá exercer seu direito e, nem por isso, afetará a esfera de direitos de outro indivíduo. Importa, para a sua proteção coletiva, sejam eles decorrentes de origem comum.

---

<sup>14</sup> WATANABE, Kazuo. *In: Código Brasileiro.....* Vol, II, 10ª ed., p. 75.

Hugo Nigro Mazzili destaca a posição relevante ocupada pelos direitos metaindividuais, identificando que estariam eles localizados em uma posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, pois são compartilhados por grupos, categorias ou classes de pessoas, ainda que ligadas por circunstâncias de fato e, assim, extrapolam o âmbito estritamente individual, mas também não chegam a constituir interesse público, na sua concepção estritamente clássica, ou seja, aquele o qual o Estado chama para si a tarefa de dizer o que é de interesse de todos<sup>15</sup>.

No entanto, essa divisão não se mostra estanque, não sendo poucas as situações em que se identificam direitos que, num primeiro momento, se mostram pertencentes a uma das “categorias” de direitos metaindividuais e, no momento seguinte, já se transformam em outra. Observe-se o exemplo de uma publicidade enganosa: enquanto simplesmente veiculada e identificada a enganabilidade, cabe a defesa coletiva por se tratar de direito difuso, já que é impossível determinar quem foi alcançado pela veiculação e o dano potencial é indivisível; posteriormente, ao surgirem vítimas que demonstram o dano provocado pela aquisição de produto inseguro ou nocivo em razão da publicidade, já se retrata um direito individualizado, mas que possui uma origem comum, cabendo, assim também, a sua proteção de forma coletiva, porém não sendo ela impositiva ao indivíduo.

A proteção dos direitos e interesses metaindividuais tem inspiração no modelo norte-americano, mas ganhou contornos próprios e aplicáveis à realidade social, política, cultural e jurídica brasileira. O sistema norte-americano criou a denominada *class action*, baseada na *equity*, e que pressupõe a existência de número elevado de titulares de determinados direitos assemelhados, permitindo o tratamento processual unitário e simultâneo, levando a juízo um único expoente da classe<sup>16</sup>. A espécie de ação antes excepcional, hoje tem papel central na cultura dos Estados Unidos da América e, remontando ao *Bill of Peace* no século XVII com contornos imprecisos, foi sistematizado em 1938, pelas *Federal Rules of Civil Procedure*. A *Rule 23*, originalmente, classificava as *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious* conforme a natureza dos direitos objeto da controvérsia – *joint*, *common*, *secondary* ou *several*. Tendo sofrido uma reforma em 1966, a nomenclatura e a tripartição expostas deixaram de existir, mas a ideia permaneceu, tanto que, com a referida reforma, as *rules* foram simplificadas, mas se subdividiram em duas obrigatórias (*mandatory*), que se assemelham à nossa previsão para direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e uma não-obrigatória (*not mandatory*), a saber, a *class actions for*

<sup>15</sup> In: *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.48.

<sup>16</sup> VIGORITI, Vincenzo *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit. Vol, II, p. 125.

*damages*, verdadeira inspiração para a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos (Capítulo II do Título III – Da Defesa do Consumidor em Juízo, do Código de Defesa do Consumidor), guardadas as devidas proporções, considerando que a legitimidade para a ação civil pública no ordenamento brasileiro é estatal e organizacional, enquanto que se atribui legitimidade, nas *class actions*, ao indivíduo membro da classe para representá-la em juízo, bem como estas preveem apreciação jurisdicional da representatividade adequada como regra – o que, em nosso ordenamento, é destinado à lei, com exceção das associações constituídas há menos de um ano em que se verificar manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano (artigo 82, § 1º da Lei nº 8.078/1990) – e os requisitos de **prevalência** das questões de direito e de fato comuns sobre questões de direito ou de fato individuais e da **superioridade** da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença, a que se agregam os critérios de submissão de terceiros ao comando judicial emanado, denominados *opt in* e *opt out*<sup>17</sup>.

A novidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em relação à Lei da Ação Civil Pública transcende à simples distinção das três figuras de direitos metaindividuais e previsão dos interesses individuais homogêneos, e torna evidente a influência da *class actions for damages* em nosso ordenamento: a Lei nº 7.347/1985, apesar de estar destinada à proteção de bens coletivos, indivisivelmente considerados, não permitia a reparação dos danos pessoalmente sofridos, cabendo aos indivíduos prejudicados valer-se de ações pessoais em busca do seu ressarcimento<sup>18</sup>. O Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente no artigo 91 que os legitimados à ação coletiva “poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”.

Com a inclusão da disciplina processual para o tratamento coletivo dos danos individualmente sofridos, vieram também, pela primeira vez, disposições a respeito de como seria o procedimento para a habilitação dos titulares individuais em futura

---

<sup>17</sup> O Projeto de Lei nº 5.139/2009, infelizmente naufragado, inseriu uma opção de *opt out* na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo o exercício do direito de exclusão para não ser afetado pelos efeitos da coisa julgada. De fato, a reformulação empreendida pelo referido Projeto de Lei mostrou-se bastante inovadora. Por vezes, apenas incluiu questões já bastante debatidas no Poder Judiciário e em outras, inseriu iniciativas bastante conhecidas de outros ordenamentos, objetivando dar prioridade à solução na demanda coletiva.

<sup>18</sup> Antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 7.913/1989 legitimou o Ministério Público a adotar medidas judiciais para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado. Ainda que não houvesse previsão específica sobre a habilitação das vítimas, esta é de fato a primeira ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos.

execução da sentença. E, passados todos estes anos, observa-se que maior dificuldade do que o trâmite processual na fase de conhecimento está na construção da fase executiva. Isto porque, além dos desafios próprios para proporcionar a viabilidade a fim de permitir uma execução que garanta efetividade ao título executivo, a construção dessa viabilidade inicia-se no próprio pedido levado a juízo. Portanto, além da análise crítica que se deve fazer sobre a atuação do Poder Judiciário na compreensão das peculiaridades que envolvem tanto a demanda coletiva, como a sua eficácia, cabe ao legitimado ponderar pela efetiva possibilidade de execução da demanda coletiva ainda no momento de propositura da ação.

Assim sendo, a disciplina da liquidação e da execução das sentenças coletivas ganha fundamental importância, visto que não pode ser relegada a momento posterior ao reconhecimento de determinado direito metaindividual, mas deve ser considerada no momento da propositura da demanda. No entanto, não é esse olhar que a doutrina, a jurisprudência e, até mesmo, os legitimados desenvolvem com a necessária ênfase, o que muito surpreende, dado que o sucesso de uma demanda judicial, seja ela individual ou coletiva, depende da sua capacidade de dedução em juízo de direito que não só possa ser tutelado, mas principalmente satisfeito quando violado.

As diversas formas de liquidação e execução previstas nos diplomas que disciplinam o microsistema de processos coletivos, ainda que passados anos da sua positivação, continuam a causar confusão e contribuem para gerar aspectos bastante polêmicos e que, em muitas ocasiões, teriam soluções bastante simplificadas.

Nesse sentido, cumpre distinguir as execuções previstas no referido microsistema.

Como já ressaltado, a Lei da Ação Civil Pública não adentrou nas fases de liquidação e execução para a defesa de interesses metaindividuais, limitando-se a prever superficialmente a possibilidade de execução específica, com disposições a respeito de muitas cominatórias, bem como a determinar o destino da indenização ao fundo de direitos difusos, sem dispor sobre prejuízos individualmente considerados, bem como não especificou as possibilidades de execução. A disciplina foi toda definida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Este, por sua vez, ao complementar a Lei da Ação Civil Pública, distingue em quatro os tipos de execução:

- a) a execução individual da sentença proferida em ação coletiva;

- b) a execução processada na forma coletiva promovida em benefício das vítimas e seus sucessores pelos legitimados à ação coletiva;
- c) a execução coletiva destinada exclusivamente ao fundo, pois decorrente da responsabilidade por danos a direitos difusos e coletivos; e,
- d) a *fluid recovery*.

A liquidação e a execução promovidas pela vítima ou pelos seus sucessores da sentença proferida em ação civil pública vêm previstas no artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor e têm como complemento da disciplina disposições acerca da competência de foro – ainda que o Código se refira à competência de juízo – no artigo 98 do mesmo diploma. Os problemas que surgem, nestes casos, são muito mais de ordem prática do que jurídica e mais evidenciam a dificuldade que os legitimados têm para dar significativa efetividade aos provimentos jurisdicionais proferidos em ações civis públicas. A divulgação da ação civil pública, por lei, limita-se ao edital a ser publicado no início da demanda previsto no artigo 94 do diploma consumerista, porém, é de vital importância dar a mais ampla divulgação do resultado da demanda a fim de atribuir maior efetividade ao provimento. É uma preocupação que deve ser de constante consideração dos legitimados.

A execução processada na forma coletiva, pois empreendida pelos legitimados em benefício das vítimas ou de seus sucessores, é fruto de grande confusão nos nossos Tribunais. Para que se tenha a melhor compreensão do seu significado, é preciso partir do pressuposto de que ela vem regulada pelo mesmo dispositivo que regula a hipótese anterior em combinação com o *caput* do artigo seguinte (artigo 98). O referido dispositivo prescreve que a execução poderá ser coletiva e será instruída com as certidões de decisões de liquidação, mencionando a ocorrência ou não do trânsito em julgado. Ou seja, nada mais é senão um conjunto de execuções individuais somente processadas na forma coletiva. Na doutrina, essa forma de execução gera certa divergência quanto à legitimidade, como restará exposto no trabalho e, na jurisprudência, vê-se divergência na determinação do foro competente. A mesma espécie pode ainda gerar a discussão a respeito da possibilidade de apresentação de meros cálculos e fusão do procedimento liquidatório com o executivo.

Em relação à execução para indenização destinada especificamente ao Fundo de Direitos Difusos, reside menor divergência do que as demais, tendo em vista a

sua previsão desde a Lei da Ação Civil Pública que efetivamente regulava os interesses difusos e coletivos, ainda que não profundamente, e pela própria característica da indeterminabilidade dos sujeitos ou indivisibilidade do objeto, requer que a indenização seja revertida ao fundo. A maior problemática enfrentada aqui é em relação às próprias natureza e característica do fundo, este que também não vincula o valor arrecadado à reparação dirigida ao tipo de dano uma vez violado.

Por fim, temos a *fluid recovery*, forma de indenização importada do direito norte-americano, mas que, ainda assim, possui características próprias no Brasil. A *fluid recovery* ou reparação fluida, nos Estados Unidos, foi adotada nas ações coletivas que têm por objeto a reparação de danos causados a pessoas indeterminadas e que pode acarretar algumas dificuldades ligadas a problemas de identificação das pessoas a serem ressarcidas, de distribuição entre elas da arrecadação e do uso de eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade, entre outros. Assim, a reparação fluida visa a utilizar a arrecadação para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade. Dada essa dificuldade de repartição de receitas e identificação de pessoas, duas medidas são mais comumente adotadas nos Estados Unidos: a redução de preços<sup>19</sup> ou a constituição de fundos. No primeiro caso, estabelece-se uma redução uniforme de preços para beneficiar futuros consumidores em determinado mercado e, no segundo, é fixada uma soma correspondente ao montante de lesões sofridas a ser distribuída pelos integrantes da classe lesada, ainda que de forma indireta, por providências que os beneficiem.

A lei brasileira adota somente a segunda hipótese. Desse modo, como claramente dispõe o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, passado um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados poderão promover a execução de indenização devida que será revertida para o fundo.

Vale observar a clara distinção que existe com a possibilidade trazida no *caput* do artigo 98 do mesmo diploma e que é objeto de confusão por alguns de nossos juízes: a execução coletiva prevista no artigo 98 é em benefício das vítimas e pode ser promovida pelos legitimados até mesmo porque, segundo o artigo 83 do Código, todas as espécies de ações previstas capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos

---

<sup>19</sup> Clássico exemplo é o caso da redução temporária da tarifa de táxis em Los Angeles, adotada em face da imposição ilegal de sobrepreço ocorrida aos seus clientes. Ainda que não ocorra o ressarcimento específico das pessoas diretamente afetadas, por um tempo haverá uma compensação para futuros clientes. Em face da característica do “mercado”, a probabilidade de reversão da medida a pessoas diretamente afetadas é grande.



transindividuais são cabíveis. No caso do artigo 100, da *fluid recovery*, o procedimento é residual, a prioridade é das vítimas e sucessores. Caso não haja habilitação em número compatível, proceder-se-á à execução da indenização não mais em benefício das vítimas, mas para o fundo de direitos difusos. Portanto, enquanto na *fluid recovery*, há necessidade de decorrência de lapso temporal, este não ocorre no caso da execução coletiva promovida pelos legitimados em benefício das vítimas ou seus sucessores, podendo dar-se conjuntamente com as liquidações ou execuções individuais. A situação é bastante comum nas relações de consumo, quando se trata de danos insignificantes quando individualmente considerados, mas relevantes no conjunto. Wambier<sup>20</sup> e Pizzol<sup>21</sup> falam da necessidade de espera de habilitações individuais, mesmo no caso do artigo 97, o que se entende absolutamente desnecessário e contrário à inteligência da disciplina. Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini não fazem essa diferença.

Infelizmente, ainda hoje, encontra-se grande resistência à compreensão da disciplina da execução na tutela coletiva e o que se conclui é, muitas vezes, pelo desconhecimento dos operadores do direito para o tratamento de tais instrumentos.

## **II.5 AS DISPOSIÇÕES LEGAIS: DIFICULTADORES DE IMPLEMENTAÇÃO?**

Em nosso ordenamento jurídico, a tutela do direito do consumidor se dá pelas vias individual e coletiva, mas merece destaque esta última, não só pela característica primordial que o acompanha – direito de solidariedade, atrelado ao direito de desenvolvimento econômico para que devem contribuir e de que devem usufruir todas as nações.

O destaque decorre, ainda, da inauguração realizada pelo Código de Defesa do Consumidor da disciplina processual que não só complementou a disciplina já existente para os direitos difusos e coletivos, mas que criou normativo específico para tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *In: Liquidação da sentença civil individual e coletiva*, 4ª ed., p. 312.

<sup>21</sup> *In: Liquidação nas ações coletivas*, p. 184, entendendo que não há legitimidade concorrente entre os legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e os titulares dos direitos individuais homogêneos.

<sup>22</sup> Vale aqui já fazer a consideração que, durante o trabalho, para se tratar do instrumento propiciador da tutela coletiva, utiliza-se tanto a expressão “ação civil pública” como “ação coletiva”, indistintamente, exatamente porque o microsistema de tutela coletiva não faz essa distinção. Para tanto, veja-se que a denominação ação civil pública surge com a Lei nº 7.347/1985 (o artigo 1º, parágrafo único menciona o

A estrutura do componente processual do Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em categorizar os direitos metaindividuais, apresentando suas características e diferenciações em relação aos sujeitos e ao objeto, atribuiu a legitimidade – como já colocado, estatal e organizacional – para entes públicos e privados se substituírem aos direitos do consumidor em juízo, inaugurou a possibilidade da tutela específica em nosso ordenamento jurídico, visando à recomposição plena do bem jurídico violado, e traçou **diretrizes** para o manejo da tutela coletiva, concentrando suas disposições em questões processuais sensíveis para o bom desenvolvimento da defesa coletiva de direitos, relativas à competência, à satisfação do provimento jurisdicional, à extensão da autoridade da coisa julgada, além de dispor sobre a criação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

No entanto, fez exatamente isto: traçou diretrizes processuais para o manejo da tutela coletiva, sem, contudo, afastar a disciplina clássica, própria às demandas individuais, prevista no Código de Processo Civil.

Com isso, foi e tem sido necessário aos legitimados e ao próprio Poder Judiciário exercitar sua capacidade de interpretação sistemática e axiológica para criar o microsistema de processos coletivos em sua totalidade, o que enseja, com efeito, divergências de entendimento na aplicação das disposições legais.

Com o passar do tempo, a doutrina percebeu a insuficiência das disposições processuais a respeito da disciplina da tutela coletiva, em especial relativas ao cumprimento de sentença, e ocupou-se da elaboração de uma normativa específica que traçasse em detalhes o trâmite processual compatível à defesa coletiva de direitos.

Nesse sentido, surgiu o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que trouxe disposições relevantes e detalhadas relativas aos pressupostos processuais e condições da ação coletiva, às fases de liquidação e execução da sentença coletiva, às técnicas próprias para a defesa coletiva de direitos, repisando e esclarecendo pontos fundamentais sobre competência e coisa julgada, com o fim de reduzir divergências surgidas na esfera judicial, bem como possibilitou a criação de um diploma específico para tratamento da tutela coletiva. Todavia, o seu caminho no Congresso Nacional não logrou êxito<sup>23</sup>, sendo barrado

---

termo) e o Código de Defesa do Consumidor, complementar à Lei da Ação Civil Pública por disposição expressa do artigo 21 desta última, vale-se da nomenclatura “ação coletiva” para tratar da defesa dos interesses individuais homogêneos. Mas, também, é este diploma que categoriza e define os direitos coletivos *lato sensu*. Sendo a disciplina única retirada de ambos os diplomas, é irrelevante mencionar ação civil pública ou ação coletiva.

<sup>23</sup> Como bem ressalta Ada Pellegrini Grinover (*in: Código Brasileiro....*, Vol.II, 10ª ed., p. 39), graças a lobbies com argumentos falaciosos, dentre os quais, o reforço inexistente dos poderes do Ministério Público, a

já na primeira comissão de análise do projeto – Comissão de Constituição e Justiça – padecendo, atualmente, da análise de um recurso interposto pelo deputado relator do projeto dirigido ao plenário, mas que não tem prazo para ser julgado.

Outra tentativa vem, agora, diante da intenção de atualização do Código de Defesa do Consumidor empreendida no Senado brasileiro, em que tramita o Projeto de Lei iniciado no Senado (PLS) nº 282/2012. Este projeto de lei, por sua vez, diante dos recentes ataques à disciplina da tutela coletiva – tais como a imposição de prazo prescricional às ações coletivas descolado dos direitos materiais nela veiculados – reforçados por tentativas pretéritas de enfraquecimento da disciplina – tais como as disposições advindas com a aprovação da Lei nº 9.494/1997 –, concentrou suas disposições na rejeição expressa a tais iniciativas e à fase de conhecimento, aumentando a discricionariedade do juiz e a sua condução mais ativa do processo, bem como trazendo iniciativas já presentes em outros ordenamentos jurídicos, incluindo a administração do processo por terceiros estranhos ao Poder Judiciário (a figura norte-americana do *special master*<sup>24</sup>) e a realização de audiências públicas para a melhor escuta da sociedade, dado que as demandas coletivas têm um peso político e social<sup>25</sup> diferenciado das ações individuais.

No entanto, a fase considerada mais crítica do processo coletivo, a saber, a fase de cumprimento da sentença coletiva, no PLS nº 282/2012 parece ter tido menor importância, ficando em aberto várias questões divergentes na jurisprudência e que serão objeto do presente trabalho.

Questiona-se se, frente à resistência do Poder Judiciário ou diante da adoção de caminhos interpretativos que limitam a eficácia da tutela coletiva, quais são as estratégias mais produtivas: melhor exploração dos mecanismos com baixa implementação ou reforma legislativa?

---

ampliação do objeto da tutela coletiva, a extensão da legitimidade ativa, o desequilíbrio entre a posição do autor coletivo e do demandado.

<sup>24</sup> Figura presente no ordenamento jurídico norte-americano, entre outros, que retrata uma espécie de expert que auxilia na obtenção ou na análise das informações relevantes do acordo proposto, tais como questões relativas ao valor dos benefícios não pecuniários ofertados à categoria querelante e a sua justiça (ou equidade), razoabilidade e adequação, não dispensando a atuação do juiz na identificação das questões e procedimentos necessários para dar encaminhamento e solução às questões. Essa figura está prevista no artigo 90-I do PLS nº 282/2010, quando admite que o juiz poderá nomear pessoa qualificada para fiscalizar e implementar atos de liquidação e cumprimento de sentença coletiva, atendendo às diretrizes por ele estabelecidas.

<sup>25</sup> Nesse sentido, ver comentários de Ada Pellegrini Grinover, *in*: op.cit., pp. 40-41.

### **III. CASOS PRÁTICOS**

#### **III.1 ANÁLISE EMPÍRICA DE CASOS PRÁTICOS: LEGITIMADO – ASSOCIAÇÃO CIVIL**

O presente trabalho, como exposto no capítulo I, desenvolve-se a partir de uma análise empírica da experiência prática no manejo da tutela coletiva e da sua efetividade, em direção à teorização dos desafios encontrados nessa prática. A noção de conjugar a experiência dos legitimados na administração das ações civis públicas propostas e a utilização das disposições legais e entendimentos doutrinários em benefício da efetividade do título coletivo, bem como a interpretação e a eventual consolidação da compreensão trazida pela doutrina na jurisprudência nacional pretende traçar o atual cenário da efetividade da tutela coletiva.

Nesse sentido, a escolha de um legitimado para retratar e avaliar a experiência de como o tratamento da tutela coletiva vem se desenvolvendo no âmbito do Poder Judiciário é fundamental. Por razões que envolvem a possibilidade de acesso detalhado da tramitação das ações judiciais, assim como pela convicção da relevância da atuação do terceiro setor na construção de uma sociedade mais participativa e consciente dos seus direitos, acreditando, também, na sua representatividade direta, visto que a sua formação emana de um desejo comunitário, a escolha deu-se sobre uma associação civil sem fins lucrativos, a saber, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

A referida associação civil está constituída desde 1987 e tem ampla atuação judicial na defesa de consumidores<sup>26</sup>, exemplo mais amplo do que se entende por direitos individuais homogêneos.

A sua experiência desenha histórico interessante na promoção da tutela coletiva, visto que as ações abaixo retratadas tratam de casos emblemáticos e propõem uma evolução no tratamento da tutela coletiva face a desafios e fracassos do passado que

---

<sup>26</sup> Essa atuação é bastante reconhecida inclusive pela doutrina que, em diversas oportunidades, cita a experiência da associação a título de enriquecimento de informações relativas ao trabalho na esfera judicial dos legitimados à ação coletiva. A título de exemplo, cita-se a obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 10ª edição, Volume II, em que há referência à associação, ao menos, nas páginas 82 e 139 da obra.

propiciaram superação e aprendizados, os quais, por sua vez, se transformaram em novos sucessos e insucessos e merecem uma reflexão sobre as razões de cada um deles<sup>27</sup>.

A defesa do consumidor em juízo, no caso estudado, evolui de uma perspectiva simplesmente patrimonialista e ressarcitória na realidade do legitimado associação civil<sup>28</sup> para o uso da ação coletiva com o fim de promover a regulação e a adequação de instrumentos contratuais, por exemplo, afastando e reduzindo a relevância, no objeto da lide, dos pedidos de cunho estritamente pecuniário. A promoção da tutela coletiva pretende, com isso, evoluir para uma perspectiva preventiva e restauradora de situações desequilibradas em contraposição à simples concepção retributiva em que prevalece, no que concerne à efetividade, a busca individual pelo resultado prático da propositura da ação civil pública.

Além disso, a sociedade organizada conta com a vantagem de ir a juízo pela defesa de um direito e conseguir, mediante o reconhecimento dos representados, conquistá-lo efetivamente. Cumpre avaliar se as iniciativas perpetradas pela sociedade organizada atingem o objetivo de ir além de possibilitar o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso à justiça visto de forma mais ampla, como acesso aos benefícios jurídicos em geral, como afirma Celso Fernandes Campilongo<sup>29</sup>.

Com isso, quer-se dizer que, ao contrário do Ministério Público, que tem impedimentos institucionais para a defesa de interesses de cunho patrimonial e, portanto, disponíveis, e a Defensoria Pública, que conta com um limite econômico de atuação<sup>30</sup>, a sociedade organizada desconhece tais impedimentos e, ao contrário, cumpre com sua finalidade institucional, bem como contribui para que a tutela coletiva não seja descaracterizada e a adjudicação também ocorra pela forma coletiva.

---

<sup>27</sup> No capítulo VII do presente trabalho intitulado “Anexos”, são apresentados quadros gerais sobre cada ação analisada com o intuito de auxiliar uma visualização panorâmica do caso colacionado.

<sup>28</sup> Perspectiva essa não necessariamente vivenciada por outros legitimados como o Ministério Público, tendo em vista a sua finalidade constitucional, focando na atuação para a proteção e defesa de direitos indisponíveis.

<sup>29</sup> *In: O Direito na Sociedade Complexa*, p. 26.

<sup>30</sup> Evidentemente que, com essa afirmação, não se tem qualquer intenção de não reconhecer a ampla legitimidade tanto do Ministério Público, como da Defensoria Pública na propositura de ações civis públicas. É reconhecida a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos “transindividuais de natureza indivisível” e, nos casos dos direitos individuais homogêneos, quando caracterizada a relevância social do bem jurídico tutelado permanece a legitimidade da instituição (nesse sentido, vide Kazuo Watanabe, *in: Código Brasileiro...*, p. 86). Do mesmo modo, inquestionável a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de demandas coletivas para além das limitações ligadas à hipossuficiência financeira. É sua missão institucional, também, a propositura de demanda coletiva não só aos economicamente necessitados, mas aos “necessitados de tutela jurídica” (terminologia de que se vale Celso Fernandes Campilongo, *in: op. cit.*, pp. 24 e ss.).

Inequivocamente, principalmente quando se trata de direito do consumidor, em uma sociedade que atrela a noção de cidadania ao consumo, e este indivíduo passa a se reconhecer como sujeito de direitos quando tem condição econômica de pagar por eles, a obtenção de vantagem individual é uma consequência que não pode ser desprezada, nem anular a força de uma demanda coletiva, principalmente quando bem representada.

Assim, além de todas as conclusões que se pretende alcançar nesse estudo, ligadas às contribuições dos Poderes Legislativo (diante dos avanços e limites legislativos) e Judiciário (diante dos julgados pesquisados) na viabilização da execução coletiva, há que se ponderar pelo papel determinante da sociedade organizada na evolução da execução coletiva, atribuindo-lhe muito mais legitimidade.

### III.1.1 MEDICAMENTOS

#### **BREVE APRESENTAÇÃO DA DEMANDA**

**Processo** nº 583.00.1998.028337-0/17ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo

**Partes:** Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor x Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.

**Data de ajuizamento:** 06/11/1998

**Situação atual do processo:** concluído com acordo após julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo favorável ao autor representante.

#### **Pedido inicial**

Para as mulheres que deram à luz<sup>31</sup>:

“antecipação de tutela *inaudita altera pars*, para pagamento de despesas médico-hospitalares para a realização do pré-natal, parto, pós-parto, enxoval para o nascituro, e

---

<sup>31</sup> Opta-se por não divulgar neste trabalho o nome das representadas, não porque correu o processo em segredo de Justiça, pois não é o caso, mas com o único fim de focar as atenções para as questões processuais, bem como, para a análise do caso concreto, desnecessária é a identificação daquelas.

demais necessidades correlatas, devendo, desde logo, para tanto, a ré ser obrigada a depositar em juízo a importância de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), sendo que os gastos realizados serão comprovados documentalmente em juízo, sem prejuízo de que a ré seja obrigada a realizar pagamento complementar eventualmente necessário aos atos precitados, bem como eventuais gastos emergenciais para tratamento de saúde da gestante se necessário; pagamento, pela ré, desde logo, de pensão alimentícia para manutenção, sustento e educação da criança no valor de cinco salários mínimos (R\$ 650,00), ou equivalente, mensais até a decisão final.”

(...)

...pensão em forma de indenização para criação, manutenção, educação e cuidados com a saúde da criança, em especial, em caso de alguma anomalia, cujo valor será estabelecido em momento próprio, estendendo-se esta pensão até a idade de 21 anos, ou até a idade de 25 anos ou mais para os filhos das vítimas que estejam realizando curso de natureza profissionalizante ou universitário; perdas econômicas relativas a perda de emprego ou dano de natureza profissional, lucros cessantes por cessação de eventual ganho e não realização de negócio; danos morais, a serem fixados por esse juízo, levando em consideração, sempre, o dantesco abalo emocional, psíquico e mesmo físico a que foram submetidas neste acidente de consumo”.

Para a mulher que não completou a sua gestação:

“danos morais, a serem fixados por esse juízo, levando em consideração, sempre, o dantesco abalo emocional, psíquico e mesmo físico a que foram submetidas neste acidente de consumo, sem prejuízo de perdas econômicas, em razão do evento, que serão apuradas em momento próprio.”

### **Decisão liminar (deferimento em parte)**

“Vistos. Cuida-se de pedido de tutela antecipada formulado em ação proposta pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor em defesa de (...) contra Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Objetivam o depósito de valores para garantir os gastos com o parto, pós-parto e enxoval, bem como de pensão mensal para sustento do bebê. Há indícios suficientes a demonstra a verossimilhança do direito alegado. (...) está grávida e (...) já deu à luz, trouxeram documentos que a princípio denotam a responsabilidade da ré. Outrossim, verifica-se serem as beneficiárias pessoas de parcas rendas e é de conhecimento comum que a gestação, parto e pós-parto exigem grandes gastos, principalmente se a gravidez não era desejada. Defiro a tutela antecipada para que a ré realize o depósito de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) quanto aos gastos descritos no item ‘a’ de fls. 47, e indefiro quanto ao pagamento de pensão mensal, não há comprovação dos gastos e a não possibilidade de arcarem as genitoras com o sustento dos infantes. Saliente-se que após a contestação poderá ser reapreciado o pedido de tutela, restringindo-o ou ampliando. Defiro a gratuidade processual. Cite-se a ré.”

### **Dispositivo da sentença**

“Pelo todo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido inicial, apenas para condenar a ré a pagar ao autor, enquanto representante de (...), indenização por danos morais correspondentes a 100 salários mínimos, e revogo a tutela antecipada deferida. Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com as custas e despesas processuais a que deu causa, bem como os honorários de seu respectivo patrono. Por ser o autor beneficiário da Justiça Gratuita, isento-o do pagamento da sucumbência, nos termos do artigo 12 da Lei 1060/50.”

O histórico da problemática que envolveu as ações ora analisadas movidas pelo instituto pesquisado, como se trata de um dano difuso causador de prejuízos individuais homogêneos, pode ser resumido na conduta adotada pelo laboratório Schering do Brasil e que propagou danos de grandes proporções em razão do seu caráter difuso, mas, quando avaliados individualmente, são bastante semelhantes entre si – ainda que não o sejam os prejuízos sofridos pelas vítimas.

O ato que ensejou o ajuizamento de inúmeras ações individuais contra um dos maiores laboratórios do país e uma ação civil pública<sup>32</sup> e foi intensamente noticiado na imprensa brasileira traduz-se no derramamento no mercado de consumo de produto inócuo (sem a presença do princípio ativo e, portanto, ineficaz), produzido exclusivamente para testes de embalagem, o que propiciou a sua aquisição por consumidoras de várias cidades do Estado de São Paulo que não tinham qualquer conhecimento do fato. O produto era a pílula anticoncepcional Microvlar, amplamente consumida pelas mulheres em todo o país<sup>33</sup>.

Conforme relatado em inquérito policial<sup>34</sup>, o laboratório recebeu uma carta anônima com uma cartela da pílula, informando que o produto estava adulterado. A carta tinha tom amigável e indicava que o medicamento havia sido adquirido na cidade de Mauá, no Estado de São Paulo. A carta era datada de 20 de maio de 1998. A partir de 01 de junho do mesmo ano, o laboratório recebeu mais três queixas de mulheres consumidoras da pílula que, apesar de tomarem regularmente o medicamento, engravidaram. Todas da mesma

---

<sup>32</sup> Tem-se conhecimento de uma ação civil pública movida pela Procuradoria do Estado de São Paulo, dado que o problema teve repercussão apenas em cidades do referido estado. A citada ação, sob o nº 0415831-35.1998.8.26.0053/10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, será objeto de análise comparativa com a iniciativa empreendida pela entidade civil pesquisada neste mesmo capítulo.

<sup>33</sup> Estima-se que, à época do fato, a pílula era consumida por 1,7 milhão de mulheres, conforme matéria da Revista Veja, edição 1637, de 23/02/2000. Disponível em [http://veja.abril.com.br/230200/p\\_064.html](http://veja.abril.com.br/230200/p_064.html). Consulta em 18/11/2012.

<sup>34</sup> Inquérito policial instaurado no 11º Distrito Policial de São Paulo, de acordo com a sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 0415831-35.1998.8.26.0053, movida por Estado de São Paulo e Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon contra o laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.



cidade. Até aquele momento, o laboratório permanecia sem se manifestar ou alertar a Vigilância Sanitária sobre as ocorrências.

Até que em 19 de junho daquele ano, o caso denominado das “pílulas de farinha” chegou a jornal televisivo de grande repercussão<sup>35</sup> e levou ao primeiro pronunciamento oficial do laboratório, que alegou ter sido vítima de furto e só então notificou a Vigilância Sanitária e levou o caso ao conhecimento da polícia, afirmando que desde janeiro daquele ano poderia haver produto impróprio para o consumo lançado no mercado.

Em seguida, procedeu a comunicados oficiais publicados em jornais impressos de grande circulação<sup>36</sup>. Todavia, isso não foi suficiente para evitar uma avalanche de processos judiciais requerendo indenização por danos materiais e morais decorrentes de gravidez indesejada, bem como custeio de despesas médicas e hospitalares para a realização de pré-natal e pensão para os nascituros.

---

<sup>35</sup> Reportagem do *Jornal Nacional*, da TV Globo.

<sup>36</sup> Segundo defesa da empresa nos autos nº 583.00.1998.028337-9, movidos por Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor em face do laboratório e objeto de análise no presente trabalho, desde 21/06/1998, a empresa realizou publicações de *recalls* nos veículos O Estado de S. Paulo, Correio Braziliense, Folha de S. Paulo, Zero Hora, Jornal do Brasil, Estado de Minas, Diário Popular, Diário do Grande ABC e O Globo com o seguinte teor: “ÀS NOSSAS CONSUMIDORAS A Schering do Brasil solicita às consumidoras do anticoncepcional Microvlar verificar se o produto que está em mãos apresenta uma das seguintes numerações: NA CARTELA: 00001111111111 00002222222222 NO ENVELOPE: 00000000000000 11111111111111 22222222222222 33333333333333 44444444444444 55555555555555 66666666666666 77777777777777 88888888888888 99999999999999 Em qualquer destes casos, pedimos que procurem o Serviço de Atendimento ao Consumidor da empresa, que dispõe do número especial 0800-551241 para receber a devida orientação. Pessoas com qualquer outro tipo de dúvida devem procurar-nos pelo telefone (011)536.4611, ramais 316, 356 e 386. Como é de conhecimento público, a empresa foi objeto de uma suposta ação criminosa, que colocou no mercado uma quantia ainda indeterminada do produto Microvlar impróprio para o consumo. As investigações policiais, requeridas pela Schering e acompanhadas por advogados especialmente contratados, certamente identificarão os responsáveis pelo delito. A Schering do Brasil, em obediência à determinação do Ministério da Saúde, está providenciando o recolhimento do estoque ainda porventura em mãos de farmácias e distribuidores em todo o território nacional. Sob a supervisão de uma empresa de auditoria externa reconhecida internacionalmente, todo o material será preservado para que seja submetido a um exame isento e imparcial por parte das autoridades sanitárias. A empresa informa que o medicamento voltará ao mercado quando todo o episódio estiver esclarecido, com a devida aprovação das autoridades sanitárias e com uma nova embalagem que permita identificar os padrões de qualidade e segurança que esse produto sempre ofereceu. A Schering reitera sua solidariedade com as usuárias do produto, reafirma a elas e à classe médica seu compromisso com a qualidade de todos os seus produtos e que assumirá as responsabilidades que a ela couberem, decorrentes do caso. Finalmente compromete-se a empenhar todos os esforços para que os responsáveis pelos atos criminosos sejam punidos. SCHERING.”. No jornal O Estado de S. Paulo, edição de 01/07/1998, o comunicado abordava os seguintes pontos: “A Schering do Brasil vem a público para se solidarizar com as consumidoras do anticoncepcional Microvlar, não aprovado para uso que chegou ao mercado de forma ilegal. A empresa entende a gravidade do ocorrido e cumprirá todas as responsabilidades que lhe couberem. (...) Desde a primeira reclamação de compra do medicamento Microvlar, impróprio para o consumo, a Schering averiguou todos os fatos que envolvem o episódio, acreditando que seria possível uma apuração por conta própria. (...) A empresa reitera, mais uma vez, o compromisso de assumir todas as responsabilidades éticas e legais que lhe cabem e coloca-se à disposição para mais esclarecimentos ao público.”.

A entidade pesquisada ingressou com quatro ações nesse sentido<sup>37</sup>, representando<sup>38</sup> o total de 10 supostas vítimas do anticoncepcional inócuo. Dada a semelhança entre a estratégia adotada pela entidade na propositura das demandas, analisar-se-á apenas uma para utilizá-la de parâmetro para as demais, trazendo sobre estas, apenas o resultado alcançado até o momento.

Em conjunto com a estratégia analisada, discorrer-se-á sobre a estratégia adotada pela Procuradoria do Estado de São Paulo e os resultados alcançados até o momento na propositura de ação civil pública.

### **A) A ação ordinária proposta pelo Idec**

Os autos do processo judicial sob o nº 583.00.1998.028337-9, que tramitou perante a 17ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, constituem ação ordinária movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec em face de Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. em defesa de três associadas.

A opção pelo ingresso de ação ordinária em contraposição da possibilidade de ajuizamento de ação civil pública justificou-se diante da já existente demanda coletiva promovida pelo Estado de São Paulo e pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, sob o nº 0415831-35.1998.8.26.0053, que tramitou diante da 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo.

Com isso, o fato é que aquilo não demonstrado na fase de conhecimento de uma ação civil pública – os prejuízos sofridos<sup>39</sup> –, já precisou ser apurado nas demandas ordinárias ajuizadas pelo instituto fonte de pesquisa, o que resultou em intensa produção

---

<sup>37</sup> As outras três ações tramitam sob os nº 583.00.1998.028335-3; nº 583.00.1998.028336-1 e nº 583.00.1998.028338-8 e ainda não transitaram em julgado.

<sup>38</sup> O Estatuto do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, aprovado pela Assembleia Geral Ordinária de associados, estabelece em seu artigo 3º, letra “f” que, para cumprir suas atividades, a entidade poderá “atuar judicial ou extrajudicialmente em defesa do consumidor, associado ou não, nas relações de consumo e qualquer outra espécie de relação correlata, coletiva ou individualmente, também perante os poderes públicos, inclusive nos casos em que o consumidor seja prejudicado com a exigência de tributos.” Disponível em <http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e-estatuto>. Consulta em 16/02/2013.

<sup>39</sup> Como define o artigo 95 da Lei nº 8.078/1990, “a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover esclarece que a certeza da sentença genérica é respeitada, “na medida em que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação de sentença” (op. cit., p. 152), ou seja, cada prejudicado deverá demonstrar a existência de prejuízos sofridos (op. cit., p. 158).

probatória, inclusive prévia, com o estabelecimento de critérios mínimos para sustentar as demandas em busca de resultados favoráveis.

Para tanto, o instituto pesquisado criou um questionário a ser respondido por todas as mulheres que o procuravam alegando o consumo da pílula inócua, cujo modelo é abaixo reproduzido:

<b>QUESTIONÁRIO – GRAVIDEZ RESULTANTE DO USO DE MICROVILAR</b>	
Nome:	
1– Quando ficou grávida?	
2 – Desde quando usa o produto?	
3 – Sempre usou este produto?	
4 – Já fez pausas no uso deste produto?	
5 – Você tem filhos? Quantos?	
6 – Possui cartelas do Microvlar nº 0000111111111111 ou nº 0000222222222222?	
7 – Informe se você possui cartelas, receitas médicas, notas de compra do produto, e se tem pessoas que podem atestar o seu uso contínuo do produto.	
8 – Você tinha recomendação médica para não engravidar?	
9 – A gravidez trouxe alguma complicação à sua saúde? Qual?	
10 – Já fez algum tipo de contato com a SCHERING DO BRASIL?	
11 – O trabalho do IDEC faz parte de uma luta de mobilização de consumidores, na qual os meios de comunicação são indispensáveis. Para isso, precisamos divulgar o que estamos fazendo para a imprensa. Por isso, precisamos saber:	
a) Seu nome pode ser divulgado à imprensa? ( ) SIM                      ( ) NÃO	
b) Você pode dar entrevistas?	
c) Você aceita divulgar o nome, mas não aceita dar entrevistas: (para “não” na pergunta anterior)	
d) Você pode comparecer à sede do IDEC no dia do ajuizamento do processo e se deixar mostrar, junto com todas as interessadas à imprensa?	

Na ação sob análise, os documentos levados ao instituto pesquisado datam de agosto de 1998, sendo que a ação foi ajuizada apenas em novembro do mesmo ano. Três mulheres foram selecionadas para integrarem a ação. Duas afirmaram e apresentaram exames com estimativa de data da gravidez, atestados médicos declarando o consumo regular da pílula, bem como testemunhas do seu hábito de consumo adequado, porém não apresentaram nenhuma prova física do produto inócuo, qual seja, uma cartela com a numeração fictícia ou uma nota fiscal da aquisição do produto. Uma terceira, por sua vez, possuía boletim de ocorrência tipificado em alteração de substância medicinal em que houve a apreensão de um invólucro do medicamento sem nenhum comprimido, mas com a numeração fictícia gravada e bula indicativa sobre a tal medicação.

Evidências de comportamento também foram objeto de alegação em favor das mulheres com o intuito de corroborar a produção probatória: estabilidade no casamento, idade avançada para uma gravidez, riscos pessoais para suportar uma gravidez, data da última gravidez bastante distante da ocorrida.

Em 02/12/1998, foi parcialmente deferida a antecipação de tutela para o pagamento das despesas médico-hospitalares e correlatas no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), indeferindo o pagamento de pensão mensal.

Enfim, nessa ação, em sentença proferida em 06/06/2000, o magistrado entendeu que o instituto não contava com legitimidade para deduzir pedido em favor dos menores, entendimento este compartilhado pelo Ministério Público na atuação como *custos legis*, julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais para as mulheres que deram à luz seus filhos por insuficiência de provas, pois a única prova aceita seria a cartela com a numeração fictícia, o que ambas não apresentaram, sendo que uma delas teve estimado o início da gravidez em data diversa da estimativa do derramamento do produto no mercado de consumo. A única que apresentou a prova irrefutável não completou a sua gestação e, portanto, recebeu cem salários mínimos a título de danos morais<sup>40</sup>. Rejeitadas as demais provas e evidências de regularidade no consumo do medicamento.

---

<sup>40</sup> Cumpre destacar alguns trechos da sentença proferida pela juíza Inah de Lemos e Silva Machado: “Como asseverado na decisão de fls. 519 e verso, falta ao autor legitimidade para requerer pensão mensal, somente poderia fazê-lo o menor, como bem ressaltado pela Promotora de Justiça a fls. 509. Qualquer pedido em favor dos menores, em nome deles deve ser formulado. Inexistente prejuízo aos infantes, pois poderão formular pedido noutra lide, desde que preencham os requisitos para tanto.

Desta forma, resta analisar o pedido de indenização por danos morais sofridos pelas representadas, bem como pelos danos patrimoniais a incluir os lucros cessantes com relação a elas somente.”. Em relação a uma das mulheres que concluiu a gestação: “Não há se falar em perdas econômicas por causa de sua gravidez pois, como afirmado por ela em seu depoimento pessoal, não trabalhava desde o nascimento do filho mais velho, ou seja, há treze anos dos fatos descritos na inicial. Consequentemente, não pode imputar à ré tal prejuízo.

Ambas as partes recorreram e apenas em 29/01/2007 foi publicado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em suma, reconheceu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e admitiu danos morais a uma das mulheres que concluiu a gestação e àquela que não pôde concluí-la, a primeira por maioria de votos (o voto vencido ponderou que a dor provocada pela falta de planejamento familiar não seria ensejadora de indenização, pois não se trataria de efeito lesivo durável) em patamar a significar a metade do ofertado à segunda, este aumentado para R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Desta vez, os testemunhos de pessoas próximas à representada confirmando a regularidade do consumo e o hábito de compra foram sopesados a seu favor, o que permitiu, ainda, o deferimento de pensão de um salário mínimo até 21 anos ou até 25 anos, se vier a cursar faculdade, afastada a falta de legitimidade do instituto para a representação do interesse dos menores. A decisão sobre a terceira, uma de duas que completou a gestação, exatamente por ter sido a data provável de gravidez um período diferente do derramamento do medicamento inócuo no mercado de consumo, negou procedência à demanda.

Novamente, ambas as partes recorreram agora ao Superior Tribunal de Justiça, o autor pela majoração das indenizações – recurso este inadmitido na origem, ensejador de agravos, também improvidos<sup>41</sup>, mantendo os termos do acórdão do Tribunal local, visto que o montante atribuído a título de indenização não foi irrisório, conforme entendimento exposto no julgado – e o réu contestando a valoração da prova. O primeiro teve o último acórdão publicado em 02/06/2009.

---

Ainda que prejuízo houvesse, inexistente prova de culpa da ré.” A respeito das demais provas e evidências, entendeu que “depoimentos estes que informam ter somente (...) reclamado sobre a pílula ineficaz. Não é crível que a farmácia possuísse apenas um blister de placebo, remédio este justamente adquirido por (...). A inversão do ônus da prova previsto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor não tem o elástico almejado pelo autor, pois obrigaria a requerida a demonstrar ter a representada (...) adquirido o medicamento e não o ter consumido de forma correta. De conhecimento público a dificuldade, ou a quase impossibilidade, de se fazer prova de fato negativo. Também não vislumbro a ocorrência de danos morais, quer por falta de ato culposo e nexos de causalidade quer por inexistência do próprio dano. A representada tem casamento estável e já possuía família, não podendo ser considerada a gravidez um estorvo ou mácula.” Em relação à outra que completou a gestação: “A gravidez teria ocorrido em janeiro de 1998 e, como bem ressaltado pela ré, em suas alegações finais, a data provável da gestação teria sido em 16 ou 17 de janeiro de 1998 e os testes com o anticoncepcional se iniciaram em 15 daquele mesmo mês e ano. Logo, somente na segunda quinzena de janeiro poderiam ter sido comercializados os placebos e não haveria tempo hábil para (...) adquiri-los e consumi-los.” Em relação à mulher que não teve a gestação completa: “Diversa é a solução com relação a (...), pois possui a representada a cartela do anticoncepcional que adquiriu, cartela esta do lote considerado ineficaz pela própria requerida. Ora, há indícios veementes de que a gravidez originou-se em razão do uso de medicamento ineficaz, realizar a prova pretendida pela ré é impossível. (...) Os danos morais não são decorrentes da gravidez em si (...), mas pela perda do feto e da necessidade de cirurgia invasiva (...). Ainda que a gravidez não tivesse sido programada, o aborto produz marcas profundas na psique da mulher, marcas estas a abalar a própria relação familiar.”

<sup>41</sup> AgRg nos EDcl no Agravo de Instrumento nº 1.087.560/SP.

O segundo, por sua vez, nem sequer chegou a ser julgado. Após quase 13 anos para iniciar o que seria a fase de cumprimento da sentença, tratativas de acordo iniciadas em agosto de 2011, com a autorização das representadas, chegaram à conclusão em outubro do mesmo ano gerando um pagamento de R\$ 445.000,00 (quatrocentos e quarenta e cinco mil reais) para as duas representadas com julgamento de procedência, havendo a desistência do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça pela empresa ré. Como estimativa dos cálculos, foram pagas a indenização por dano moral corrigida desde janeiro de 2007, data de publicação do acórdão do Tribunal local, e a pensão mensal deferida com projeção do salário mínimo até 21 anos.

No quadro abaixo é possível visualizar a evolução entre o que foi pedido na exordial e o que foi efetivamente entregue ao interessado na demanda:

<b>O QUE FOI PEDIDO</b>	<b>O QUE FOI DEFERIDO</b>	<b>O QUE FOI CONQUISTADO</b>
Em antecipação de tutela, R\$ 8.000,00 para custeio de despesas médico-hospitalares relacionadas ao parto e pensão alimentícia de 5 salários mínimos.	Apenas indenização de R\$ 8.000,00 para custeio de despesas médico-hospitalares.	
pensão para criação, manutenção, educação e saúde da criança até 25 anos (indenização) + indenização por perdas econômicas + danos morais	pensão de 1 salário mínimo até 25 anos + danos morais	indenização por danos morais corrigida + 1 salário mínimo projetado até 21 anos

As demais ações, propostas na mesma data, ainda não transitaram em julgado. Valeram-se dos mesmos critérios para a escolha das mulheres que detinham mais provas e evidências sustentáveis visando a um resultado favorável. A ação ora apresentada foi a única que não usufruiu de pensão alimentícia para os infantes; as outras três tiveram a concessão, em antecipação de tutela, de custeio de despesas médico-hospitalares na faixa

de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) ou a cobertura de plano privado de assistência à saúde, e de pensão alimentícia na faixa de um a três salários mínimos. Em nenhuma delas, os juízos monocráticos lhes deram razão. Porém, apenas em uma a tutela antecipada foi revogada com a prolação da sentença. Até o momento, aquelas já julgadas – das três restantes, duas já o foram – tiveram o resultado de improcedência revertido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, restando apenas uma para julgamento colegiado. Inclusive, esta aguardou 12 anos para ser julgada improcedente.

A estipulação de critérios de triagem com o fito de avaliar as chances de cada mulher que chegava ao instituto alegando ter engravidado após o uso de medicação inócua ganha relevância, principalmente, quando são observados os números de ações ajuizadas à época dos fatos. Conforme afirmou em entrevista concedida à Revista Veja na edição de 08/07/1998 o então diretor-presidente do laboratório, foram fabricadas 644 mil cartelas do medicamento fictício<sup>42</sup>. Não se sabe quanto disso foi derramado no mercado de consumo, porém mais de 200 ações foram ajuizadas e apenas cerca de 30 tiveram provas suficientes para a concessão de liminares<sup>43</sup>.

Observe-se que tais critérios puderam ser avaliados no caso concreto poucos meses depois da ocorrência, o que também tem grande peso na construção de provas para o processo, tendo em vista que várias delas traduziam-se em testemunhos, atestados de regularidade de consumo, perecíveis com o passar dos anos, visto que é forçoso concluir que quanto mais distante a reunião probatória dos fatos ocorridos, maior será a dificuldade para sucesso da demanda e medição da efetividade da tutela coletiva.

## **B) A ação civil pública movida pelo Estado de São Paulo e pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon**

Em 02/07/1998, o Estado de São Paulo e a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, representados pela Procuradoria do Estado de São Paulo, ingressaram com uma ação civil pública contra o laboratório Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. requerendo, conforme a exordial, o seguinte:

---

<sup>42</sup> Disponível em [http://veja.abril.com.br/080798/p\\_040.html](http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html). Consulta em 16/02/2013.

<sup>43</sup> De acordo com matéria da Revista Veja, edição 1637. Disponível em [http://veja.abril.com.br/230200/p\\_064.html](http://veja.abril.com.br/230200/p_064.html). Consulta em 18/11/2012.

“*Ex positis*, requerem os autores, sempre com o devido respeito e acatamento, que Vossa Excelência se digne mandar citar a requerida, através de Oficial de Justiça, para que a mesma, querendo, apresente a defesa que tiver, sob pena de confissão, prosseguindo-se até o final, quando a presente deverá ser julgada procedente para condená-la a:

1 – Em decorrência da falta de cuidado no preparo, utilização, transporte e destruição de material utilizado para testes, colocar à disposição de todos aqueles que se sentirem lesados, equipe médica neutra, sem custo algum para os consumidores, apta a fornecer todas as informações possíveis, inclusive realizando exames e acompanhamentos necessários, sendo que esta equipe fornecerá todos os meios para os interessados aferirem se a gravidez, se houver, decorreu ou não do uso do medicamento adulterado, com a finalidade de facilitar a prova no presente caso àqueles que desejarem ingressar com demandas individuais;

2 – Em decorrência da falta de informações, publicar em jornais de grande circulação, e anunciar no rádio e na televisão, em horários de boa audiência, notas explicativas de todo o ocorrido, bem como notícias sobre o risco a que estão sujeitos os consumidores, oferecendo aos mesmos a possibilidade de conferirem se os produtos (anticoncepcionais) que estão em seu poder são verdadeiros e aptos a produzir os resultados esperados, bem como informações sobre a equipe médica supra indicada, fornecendo o endereço e o telefone para contato;

3 – No caso de inadimplência no tocante às obrigações supra, pagar multa diária, fixada, no mínimo, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

4 – Pagar, ainda, indenização relativa aos danos morais causados à coletividade, os quais devem ser arbitrados em, *no mínimo*, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e destinados ao fundo de que trata a Lei de Ação Civil Pública.

5 – Pagar, também, todas as demais despesas e custas decorrentes do presente processo, nos moldes da lei.

Os autores requerem, ainda, que seja concedida, no presente caso, a *antecipação da tutela*, conforme permite o contido no artigo 273 do Código de Processo Civil, visto que existe prova inequívoca das alegações e fundado receio de dano irreparável (decorrentes, principalmente, da falta de informações precisas).

Também requerem, os autores, a tutela específica das obrigações de fazer, prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil, perfeitamente aplicável no presente caso.”

Decorre da leitura do pedido que a ação foi ajuizada para a defesa de interesses difusos. O foco, portanto, foi a indenização por danos morais causados à coletividade indeterminável pelo risco à saúde perpetrado pelo derramamento de medicamento inócuo no mercado de consumo, sem qualquer alerta aos consumidores para não adquiri-los. A tutela antecipada, parcialmente deferida, veio no sentido de conceder previamente os requerimentos sobre as obrigações de fazer.

A sentença, proferida em 17/02/1999, conta com particular brilhantismo, pois mesmo avançou na compreensão da ação civil pública ajuizada mais do que



conseguiram esclarecer os autores. Veja-se que, conforme se depreende do pedido, o foco da ação civil pública foi perseguir a indenização por danos morais coletivos combinada com medidas, em especial de informação, que reduzissem os danos – indetermináveis –, porém não se pode afirmar a precisa formulação do pedido condenatório para a indenização dos prejuízos sofridos, oportunamente individualizáveis, por todas as vítimas do dano, na medida em que estas se habilitassem na fase de liquidação da sentença genérica. Nem mesmo nas razões de direito, os autores chegaram a defender a tripartição legal definidora dos direitos violados pela conduta da empresa ré; detiveram-se essencialmente no reconhecimento da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor e na necessidade de comunicação às autoridades não efetuada oportunamente.

Todavia, a juíza Adriana Sachsida Garcia Abujamra em compreensão consideravelmente mais extensa dos fatos que lhe foram apresentados, entendeu que, para além do objeto de análise ser “o risco à saúde a que ficou exposta toda a comunidade de consumidores indistintamente considerados”<sup>44</sup> – o que motivou não só o dispositivo da sentença, mas muito mais o julgamento antecipado da lide –, em consonância com a manifestação do Ministério Público, ressaltaram-se “nos interesses objetos da lide os contornos próprios dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a um só tempo”<sup>45</sup>. Esta compreensão partilhada pelo juízo e pelo fiscal da lei permitiu que, logo no início da ação, fosse corrigido o pedido, em aditamento da inicial sob o comando do próprio juízo, no sentido de dele fazer constar também a condenação genérica para a compensação dos direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados, possibilitando futura liquidação individual.

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foi parcialmente provido para cancelar a antecipação dos efeitos da tutela no que ainda não havia produzido efeitos, nos seguintes termos:

“Ação civil pública – Propositura contra laboratório farmacêutico pelos danos morais causados à coletividade em decorrência de colocação no mercado de anticoncepcional feminino por ele produzido sem o princípio ativo – Procedência confirmada em sede de apelo, este provido em parte tão só para cancelar a tutela antecipada concedida em primeiro grau, no que não haja produzido seus efeitos”

---

<sup>44</sup> Trecho da sentença proferida na ação civil pública e disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol199/jurisprude.htm>. Consulta em 18/11/2012.

<sup>45</sup> Idem nota anterior.

Em 06/12/2007, foi publicado acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 866.636/SP, não o conhecendo por unanimidade, nos seguintes termos:

“Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos.

- Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos.

- Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese.

- A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação.

- Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.

- Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

- A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal ideia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos

assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras.

- A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor.

- A empresa fornecedora descumpre o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco.

- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido.”

Ainda houve a interposição de embargos de divergência não conhecidos, seguidos por Agravo Regimental não provido, todos na mesma instância. Posteriormente, seguindo para o Supremo Tribunal Federal, houve desistência do Agravo de Instrumento nº 752.482 por parte do laboratório agravante, o que foi homologado, resultando no trânsito em julgado dos autos em 11/09/2009.

De acordo com o decidido pela relatora Ministra Nancy Andrighi e seguido pelo colegiado julgador em sede de Recurso Especial – último recurso que, apesar de não conhecido, adentrou efetivamente às questões de mérito –, paira uma razoável dúvida sobre o destino da condenação em indenização por danos morais causados à coletividade.

Para a correta compreensão dessa afirmação, mister comparar o que foi pedido e o que foi decidido, em especial na instância monocrática e na instância superior, o que fica melhor visualizado no quadro abaixo:

<b>Ação Civil Pública nº 0415831-35.1998.8.26.0053</b>	
<b>Pedido deduzido para indenização por danos morais</b>	<b>Dispositivo da sentença</b>
Pagar, ainda, indenização relativa aos danos morais causados à coletividade, os quais devem ser arbitrados em, <i>no mínimo</i> , R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e destinados ao fundo de que trata a Lei de Ação Civil Pública + aditamento da inicial para <u>acrescer</u> o pedido de condenação genérica, incluindo-se no objeto da lide os direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados de forma a permitir futura execução individual da sentença.	<b>JULGO PROCEDENTE o pedido e torno definitiva a tutela parcialmente antecipada</b> , condenando ainda a ré a pagar indenização relativa aos danos morais causados à coletividade, os quais arbitro em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), nos termos dos artigos 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, ainda que não tenha ficado consignado na ementa do acórdão, o fato é que o voto redigido pela ministra relatora e seguido unanimemente, em razão da alegação do recorrente no sentido de ser a indenização por danos morais na perspectiva transindividual contrária à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consignou expressamente que:

“De qualquer sorte, houve, conforme já referido mais de uma vez, aditamento da petição inicial para que, nesta, o pedido de condenação por danos morais fosse vinculado a direitos individuais homogêneos e não diretamente aos demais direitos difusos e coletivos defendidos no bojo dessa mesma ação.”

E não somente nesta oportunidade quase na conclusão do voto, a ministra relatora deixou claro em alguns outros trechos que, em vista do aditamento da inicial para a inclusão de condenação à sentença genérica, o pedido de condenação à indenização por danos morais ficou vinculado a direitos individuais homogêneos e não diretamente aos demais direitos difusos e coletivos defendidos na ação e, portanto, os valores a que a ré foi condenada estariam destinados à repartição entre as consumidoras lesadas<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> De acordo com o acórdão do Recurso Especial nº 866.636/SP, disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), a ministra relatora optou por esse entendimento por diversas vezes. Ainda que admita que inicialmente os danos morais

Todavia, essa conclusão é verdadeiramente equivocada, pois se afasta do que foi pleiteado e do que foi deferido em sentença, conforme quadro acima. Mais além, o juízo de primeira instância precisou que a condenação seria genérica e ilíquida, pois não seria naquela fase que se daria a discussão sobre os “prejuízos concretamente experimentados por qualquer consumidora” e, de outra feita, foi categórico em afirmar que “indiscutível a ocorrência de danos morais que atingiram a coletividade indistintamente. Não há como duvidar do sofrimento psíquico das mulheres que receberam a notícia da colocação no mercado de produto ineficaz, sem saber se as drágeas por ela consumidas estavam dentre aquelas dos lotes impugnados. Mais ainda daquelas que engravidaram a contragosto. Juntamente com elas sofreram seus companheiros e familiares”<sup>47</sup>. Claro está, portanto, que efetivamente o juízo singular entendeu por bem estabelecer duas formas de indenização, uma direcionada ao fundo previsto na Lei nº 7.347/1985 relativa ao dano difuso<sup>48</sup>, e outra, que seria estimada conforme a prova de nexos de causalidade e quantificação do prejuízo sofrido pelas vítimas do dano.

Seguindo-se o entendimento esposado em sede de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de que o valor deferido a título de condenação por danos morais é direcionado para a compensação efetiva dos consumidores, a prévia definição do valor ainda na fase de conhecimento foge à lógica do sistema criado pelo Código de Defesa do Consumidor. Isto porque o resultado da liquidação prevista no artigo

---

estavam vinculados à sociedade, assume, por outro lado, que após o aditamento da inicial, a indenização por danos morais à coletividade deferida no montante de R\$ 1.000.000,00 ganhou contornos de compensação de direitos individuais homogêneos, como se observa nos seguintes trechos: “Quanto aos danos morais, de início, expressamente vinculou-os a inicial à sociedade e não a indivíduos especificados...”; “Contudo, houve um aditamento à inicial, a fls. 729/730, a pedido do Ministério Público de São Paulo, para acrescer à inicial o pedido de *condenação genérica* da requerida, incluindo-se no objeto da lide os direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados pela ora recorrente e de forma a permitir, por estes, futura execução individual da sentença.”; “...é preciso delimitar que *tal ofensa só seria possível de ser conhecida quanto à questão da compensação pelos danos morais, pois este é o único interesse veiculado na presente ação que pode ser identificado com um interesse individual homogêneo.*”; “Por outro lado, essa mesma possibilidade de execuções individuais a partir da condenação genérica aqui fixada mostra que o valor definido de um milhão de reais será repartido entre várias consumidoras, levando a valores bem menores para cada uma delas.”; e, “De qualquer sorte, houve, conforme já referido mais de uma vez, aditamento da petição inicial para que, nesta, o pedido de condenação por danos morais fosse vinculado a direitos individuais homogêneos e não diretamente aos demais direitos difusos e coletivos defendidos no bojo dessa mesma ação.”.

<sup>47</sup> Trecho da sentença disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol199/jurisprude.htm>.

<sup>48</sup> Para corroborar tal afirmação, cumpre retomar trecho da sentença que denota claramente que, a um só tempo são defendidos pela ação civil pública todas as espécies legais de interesses dos consumidores: “Portanto, o legislador pátrio autorizou a defesa dos direitos do consumidor por meio da ação civil pública sem perquirir sobre a natureza dos direitos defendidos. Mas ainda que assim não fosse, vale destacar a bem assentada manifestação ministerial, que ressalta nos interesses objetos da lide os contornos próprios dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a um só tempo.”

100 do Código de Defesa do Consumidor – o qual dispõe sobre a *fluid recovery* no sistema brasileiro – deve reverter ao Fundo de Direitos Difusos, tendo fins diversos dos reparatórios – pois considera o dano globalmente causado – e ocorrer residualmente. E se servir efetivamente de compensação, seria um resíduo não reclamado<sup>49</sup>. Em ambos os casos, deveria ser quantificado *a posteriori* – e não na fase de conhecimento –, seja pela via de construção de critérios que, a um só tempo, possam repreender o agente do dano, inibindo condutas ilegais futuras, em montante sensível à sua capacidade econômica e parametrizado no lucro ilegalmente obtido e atender a um propósito compensatório do direito violado<sup>50</sup>, seja pela semelhança com as indenizações até então apuradas, pois estas

---

<sup>49</sup> O parágrafo único do artigo 100 da Lei nº 8.078/1990 exige a reversão do produto da indenização prevista no *caput* para o Fundo de Direitos Difusos. Este, por sua vez, tem disciplina definida, em nível federal, na Lei nº 9.008/1995. O §1º do artigo 1º da lei não pode ser tido por categórico na definição da utilização desses recursos por apenas definir a sua finalidade. A determinação é muito vaga e não resulta na direta reparação dos prejuízos sofridos, principalmente na recomposição de interesses individuais homogêneos violados. Com efeito, é o §3º do mesmo artigo que dá algum direcionamento sobre a política de utilização desses recursos e, à evidência, esta não é reparatória, mas destinada a consecução de atividades que atinjam fins conexos à proteção e preservação de direitos difusos e coletivos. Ainda que o artigo 100 supra citado permita a soma de indenizações de forma residual, a atual previsão legal sobre o fundo não comporta tal hipótese.

<sup>50</sup> Nesse sentido, o *case* conhecido por *Simer v. Rios* (661 F.2d 655) indica tais critérios para entender em que situação a utilização do mecanismo da *fluid recovery* tem melhor aplicação, ou seja, se ele é consistente com a política que se quer adotar para reparar o direito violado. No original do julgado: “Rather, we believe that a careful case-by-case analysis of use of the fluid recovery mechanism is the better approach. In this approach we focus on the various substantive policies that use of a fluid recovery would serve in the particular case. The general inquiry is whether the use of such a mechanism is consistent with the policy or policies reflected by the statute violated. This matter can be more particularized into an assessment of to what extent the statute embodies policies of deterrence, disgorgement, and compensation.

First, we focus on whether a fluid recovery is needed to deter the defendant from illegal conduct. We think not. CSA has been charged with administering a large and complex program and it is inevitable that problems arise. While in no way do we applaud or encourage the passage of invalid regulations, there is no indication that CSA's actions have been in bad faith or with the specific intent of disobeying its statutory obligation. This is not a case where the defendant has intentionally violated a statute which was intended to regulate socially opprobrious conduct such as that reflected in the antitrust or securities laws. Thus, the deterrence factor weighs against the use of a fluid recovery.

The second factor, that of disgorging illegally obtained profits, also counsels against use of a fluid recovery. Those cases where a corporate defendant engages in unlawful conduct and illegally profits is most appropriate for a fluid recovery. In this manner, the *Bebchick* decision also involved the disgorging of profits illegally obtained. The transit system of Washington relied on private investment and profits were returned to investors. The court of appeals properly ordered that the Transit not retain the illegally obtained profits. In the present case neither CSA, nor any shareholders, benefited financially from its allegedly illegal conduct. Rather, if anything, CSA would have been able to disburse more funds had the regulation not been in effect. The money CSA refused to spend merely reverted to the Treasury. In sum, this is not a case where the defendant would retain illegally obtained profits once the termination date of the program passed CSA no longer had the money to spend and did not benefit from its unlawful conduct.

The final factor, whether the statute has a compensatory purpose, does weigh in favor of fluid recovery. The Act authorizing CSA to administer assistance programs had as its chief aim assisting low income individuals in dealing with the high cost of energy. Indeed, the purpose of the statute is purely compensatory.” (Disponível em <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/661/661.F2d.655.80-2544.html#fn38>. Consulta em 18/02/2013). Elton Venturi (*in*: Execução da Tutela Coletiva, p. 102), em busca de parâmetros quantificadores dessa indenização, destaca julgados que adotam uma estimativa econômica dos prejuízos causados ao bem violado e da capacidade econômica do autor do dano.

poderiam servir de parâmetro<sup>51</sup>. No entanto, a prévia definição do valor – foi requerido o pagamento atualizado de R\$ 2.236.460,96 e 10% de honorários advocatícios<sup>52</sup> – não se coaduna com a previsão legal, que exige a quantificação em número compatível com a gravidade do dano. Como parâmetro, tome-se o exemplo do caso apresentado movido pela entidade civil fonte da pesquisa: deferido o montante julgado naquela ocasião, cada consumidora teve direito à indenização a título de danos morais no montante de R\$ 35.000,00, se tivesse completado a gravidez, e R\$ 70.000,00, se não tivesse êxito na gravidez. O valor requerido para recolhimento ao Fundo de Direitos Difusos seria suficiente para pagamento de cerca de 30 mulheres que tivessem dado à luz seus filhos.

Os autos retornaram à primeira instância em maio de 2010. A depreender-se do prazo aguardado para início do cumprimento da sentença – esta iniciada na forma do artigo 475-J do Código de Processo Civil para perseguir o pagamento da indenização por danos morais prevista em sentença apenas um ano depois da descida dos autos –, o entendimento presente no Recurso Especial foi adotado.

Com efeito, a sequência dos acontecimentos demonstra que a falta de compreensão refletida em sede de Recurso Especial – ignorando a coexistência de uma indenização dirigida ao Fundo de Direitos Difusos decorrente da violação de direitos difusos<sup>53</sup> de risco à saúde da coletividade e falta de informação e de outras a serem apuradas em liquidação de sentença e direcionadas às vítimas do dano – é motivada pela inicial imprecisão do pedido formulado na exordial e possibilitou a confusão perpetrada e, agora, aparentemente, seguida em fase de execução. Afinal, para a execução de uma indenização para a reparação de dano moral coletivo não haveria a necessidade de aguardar um ano para o seu início.

---

<sup>51</sup> Nesse sentido, v. Ada Pellegrini Grinover, in. op. cit., pp.162/165. A doutrinadora, inclusive, é veemente em censurar a hipótese de pedido direto de recolhimento de indenização ao Fundo de Direitos Difusos quando se trata de direitos individuais homogêneos, o que não fere a possibilidade de que, na ação civil pública analisada houvesse deferimento para a indenização por dano moral à coletividade, diferente dos danos sofridos individualmente pelos consumidores, a serem apurados em fase de liquidação, certamente, objetivo da sentença.

<sup>52</sup> De acordo com o último andamento dos autos, datado de 07/11/2012 e disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=53&processo.codigo=1HZX1SZIV0000&processo.foro=53>. Consulta em 17/02/2013.

<sup>53</sup> Ainda que doutrina assuma a existência de dano extrapatrimonial de caráter metaindividual independente da indenização decorrente da violação de direitos individuais homogêneos (a exemplo de Leonardo Roscoe Bessa em artigo disponível em [http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano\\_moral\\_coletivo.pdf](http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano_moral_coletivo.pdf)), a jurisprudência ainda é polêmica sobre o assunto, por vezes, assumindo a sua existência prescindindo de prova (ver Recursos Especial n° 636.021 e n° 1.057.274) e outras negando a sua possibilidade, visto que ele não é presumível e tem vinculação individual (Recursos Especiais n° 821.891 e n° 971.844).

Comparativamente com o caso apresentando no tópico anterior, dirigido pela associação civil fonte de estudo no presente trabalho – e que reflete a tendência jurisprudencial que vem se formando no Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>54</sup> –, o *quantum* a ser recolhido e previamente definido não atende ao montante indenizatório quem vem sendo deferido em demandas individuais e, desse modo, deveria servir tão somente a fins correlatos com os reparatórios, pois insuficiente para tal finalidade.

Enfim, entre a propositura da ação civil pública e o início do cumprimento de sentença decorreram 13 anos, prazo este bastante semelhante à duração da demanda individual ordinária apresentada no tópico anterior.

Na comparação de ambos os casos, depreende-se que, em especial para fins de ressarcimento dos prejuízos sofridos pelas vítimas do dano, o manejo da ação civil pública não é eficiente, nem efetivo<sup>55</sup>. As razões para tal conclusão, tirada em cima dos exemplos trazidos, evidenciam a necessidade de precisão do pedido formulado na ação civil pública e um profundo cuidado com o disposto em lei para que não haja confusão dos institutos estabelecidos no processo coletivo, a ponto de prejudicar os interesses defendidos.

Há que se observar que, no caso apresentado da ação civil pública, a incorreta formulação do pedido condenatório de indenização na exordial resultou em uma sequência de equívocos processuais, visto que, primeiramente, não havia pedido de sentença condenatória genérica para a reparação dos direitos individuais homogêneos violados. Em seguida, o próprio dispositivo da sentença ateve-se somente ao destino e arbitramento de montante para a indenização por danos morais coletivos, sendo que a questão foi desvirtuada em instância especial. Porém, o prejuízo para as possíveis futuras habilitações é inegável, tendo em vista que o valor total da indenização é irrisório quando comparado às quantias concedidas em ações individuais que logram êxito sobre o mesmo objeto.

Além disso, a quantidade de fatos concretos que não guardam a homogeneidade necessária<sup>56</sup> para a boa consecução da ação civil pública no que concerne

---

<sup>54</sup> A exemplo das apelações nº 0099789-31.2007.8.26.0000; nº 0069603-66.2007.8.26.0000; 0121195-74.2008. 8.26.0000; 9171071-73.2007. 8.26.0000; e, 9215490-18.2006. 8.26.0000, que estabelecem, em geral, o patamar de 1 salário mínimo a título de pensão mensal, além das demais indenizações e reconhecem desde a prova irrefutável a evidências do hábito de consumo adequado.

<sup>55</sup> A esse respeito, vide capítulo V do presente trabalho.

<sup>56</sup> Como preleciona Kazuo Watanabe ao citar apontamento de Ada Pellegrini Grinover (*in: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 10ª ed. p. 76), “a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um



aos pedidos compensatórios inviabiliza a sua tramitação de tal forma que – não seria exagero afirmar – dobra o prazo de espera do indivíduo para ter o seu prejuízo reparado, já que a instrução probatória é extensa, difícil e, por vezes, pouco categórica e muito embasada em evidências – e não provas irrefutáveis –, exigindo grande valoração por parte do juiz e, quanto mais distante no tempo da época de ocorrência dos fatos, mais resta comprometida a robustez da prova.

Com isso não se afirma que a propositura de demanda coletiva foi de todo inútil. Ao contrário, o seu manejo para a garantia da preservação de direitos ainda considerados difusos foi fundamental. Todavia, não remediou a reparação do dano.

O caminho adotado pela associação civil, por outro lado, mostrou-se mais trabalhoso, mas adotou uma estratégia mais eficiente, já que considerou a desnecessidade da propositura de mais de uma ação civil pública – visto que o prejuízo concentrou-se no Estado de São Paulo – e ponderou a força probante para perseguir uma sentença favorável. Assevere-se, porém, que tal resultado não só tardou, como também não veio imediatamente no primeiro julgamento, considerando que todas as ações ordinárias foram julgadas improcedentes pelo juízo singular.

### **III.1.2 PLANOS ECONÔMICOS**

Nessa oportunidade serão analisadas duas ações civis públicas, também propostas pela mesma associação civil fonte da pesquisa sobre o mesmo tema, apenas contra réus diferentes.

#### **A) Ação civil pública movida por Idec em face de Banco Nossa Caixa S/A**

##### **BREVE APRESENTAÇÃO DA DEMANDA**

**Processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053/6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo**

---

produto potencialmente nocivo, por exemplo, pode inexistir homogeneidade de direitos entre um titular de fazer vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto, ou que fez deste uso inadequado. Ou seja, pode inexistir homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente.”.

**Partes:** Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor x Banco Nossa Caixa S.A  
(sucedido pelo Banco do Brasil S.A)

**Data de ajuizamento:** 26/03/1993

**Situação atual do processo:** transitado em julgado. Em fase de cumprimento de sentença, com 15 execuções plúrimas movidas pela associação civil desde 2001 (todas em andamento) e milhares de execuções individuais.

### **Pedido inicial**

“Isto posto, requer a V. Exa. citação, POR CARTA, nos termos do art. 221, inc. I, c/c art. 222, do CPC, do Banco-réu para responder aos termos da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, proposta com fulcro na Lei nº 7.347/85, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.078/90, devendo ser julgada PROCEDENTE, com a CONDENAÇÃO GENÉRICA, a que se refere o art. 95, do CDC, obrigando o réu a pagar, com a devida atualização monetária e juros, a diferença existente entre o rendimento de 71,13%, apurado em janeiro/89 (inflação de 70,28% apurada pelo IBGE, mais juros de 0,5%) e o índice creditado às cadernetas de poupança (22,97%), ou seja, 48,16%, aplicável ao saldo existente em janeiro de 1989, devendo o valor a ser pago a cada um dos titulares de cadernetas de poupança relativo à referida diferença, ser fixado em liquidação de sentença (art. 95/100, do CDC), a partir da oportuna e necessária comprovação de titularidade da conta-poupança, no período, in casu, e outras comprovações, se necessário.”

### **Dispositivo da Sentença**

“Isto posto, julgo PROCEDENTE o pedido formulado pelo autor IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR e CONDENO a ré a pagar aos titulares de caderneta de poupança, mediante comprovação da titularidade da conta, no período, a diferença existente entre a inflação divulgada por meio do IPC-IBGE (70,28%) e o índice creditado às cadernetas de poupança (22,97%), nos períodos referidos na inicial, no percentual de 48,16%, sobre o saldo existente em janeiro de 1989. Referidos percentuais deverão ser aplicados, de forma exclusiva, sobre o saldo efetivamente existente em cada conta nas datas referidas, vedada cumulação em decorrência deste julgado, anotado os juros que já foram pagos na ocasião. O montante será atualizado desde a data de cada expurgo até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora desde a citação.”

### **Complemento da sentença após julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público**

“Vistos.

1. O Ministério Público opôs embargos de declaração alegando que a sentença de fls. 346/356 contém dúvida pertinente à exclusão dos juros sobre o saldo existente em janeiro de 1989 atualizado pelo índice de 48,16%.

É o relatório.

DECIDO.

2. Adotando-se os argumentos de fls. 370, ACOLHO os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público para o fim especial de, mantido o dispositivo da sentença, acrescentar que os juros de meio por cento incidirão sobre o saldo das cadernetas de poupança atualizado pelo índice de 48,16%.”

A referida ação civil pública é uma dentre várias outras – ações ordinárias em número muito superior às ações civis públicas – que pleitearam diferenças oriundas de planos econômicos que se multiplicaram no fim da década de 1980 e início da década de 1990. O exemplo objeto da análise diz respeito ao popularmente denominado Plano Verão, vigente a partir de meados de janeiro de 1989.

As ações foram direcionadas em face das instituições financeiras em função do descumprimento do contrato de depósito sem que constasse da lei qualquer previsão violadora do direito adquirido dos poupadores. Esse entendimento foi corroborado em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Dentre outras batalhas, inclusive ligada à legitimidade da associação civil de estar em juízo pleiteando interesses de toda a coletividade independentemente de vínculo associativo – que rendeu exaustivas discussões durante longos anos na Justiça –, as duas maiores derrotas dizem respeito ao entendimento que se consolidou no Superior Tribunal de Justiça a respeito da redução do percentual a ser ressarcido aos consumidores<sup>57</sup>, bem como à redução do período de aniversário das contas para a primeira quinzena<sup>58</sup>, ou seja, para as contas com data de abertura entre os dias 01 e 15 do mês.

Desse modo, a jurisprudência consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça e, na ação civil pública em questão, ficaram consignadas tais reformas, assim como, ainda

---

<sup>57</sup> De acordo com o acórdão paradigmático proferido no Recurso Especial nº 43.055-0/SP, que, julgado na Corte Especial, definiu que o percentual a ser adotado como correto para a remuneração das cadernetas de poupança seria de 42,72% e não o IPC/IBGE de 70,28%, por não refletir precisamente a inflação do período de janeiro de 1989.

<sup>58</sup> Como constou do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 323.191, adotou o entendimento do Recurso Especial nº 43.055-0/SP sobre o índice a ser aplicado, bem como declarou procedente “o inconformismo do recorrente quanto à correção das cadernetas de poupança com aniversário posterior ao dia 15 de janeiro de 1989”, visto que “as disposições da Lei nº 7.730/89, no que se refere aos critérios de reajuste de cadernetas de poupança, não atingiram as contas já existentes ao tempo de sua vigência. Contudo, aquelas iniciadas ou renovadas na segunda quinzena de janeiro de 1989, que seriam remuneradas depois de 30 dias, na segunda quinzena de fevereiro, sujeitam-se à nova Lei.”. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?se q=1056739&formato=PDF>. Consulta em 19/02/2013.

por decisão do Tribunal local, que os efeitos da sentença alcançariam todo o território nacional<sup>59</sup>.

Antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, o instituto fonte de pesquisa iniciou execuções coletivas a partir de 2001, na forma dos artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor.

Com o trânsito ocorrido em 2011, as execuções coletivas assim como as individuais tiveram prosseguimento.

O foco da análise dessa ação é essencialmente a fase executiva e os problemas que decorrem de uma demanda coletiva que gerou a habilitação de mais de 80.000 credores distribuídos em aproximadamente 8.000 feitos<sup>60</sup>, além das execuções coletivas que totalizam apenas 1.576 pessoas – 1.427 associados já receberam, ao menos, a parte incontroversa dos valores pleiteados.

Ainda que os números impressionem quando considerado que tais demandas executivas dizem respeito a apenas um processo judicial, o fato é que a efetividade da demanda no que concerne ao alcance das vítimas do dano evidencia-se bastante reduzida.

A estimativa é de que havia 70 milhões de contas poupança à época dos planos econômicos<sup>61</sup>. De acordo com dados do Banco Central do Brasil<sup>62</sup>, que não dispõe de números relativos à época dos planos econômicos, mas somente a partir de 1994, observa-se que há uma relação inversamente proporcional entre o volume de recursos presentes na caderneta e a quantidade de contas<sup>63</sup>. Não seria absurdo deduzir que quanto

---

<sup>59</sup> Conforme a apelação nº 605.936-1, ficou consignado que “quanto aos efeitos da decisão, eles são, contrariamente ao postulado pela apelante, ‘erga omnes’.” Dessa decisão, ainda que provocado pela parte, não mais se decidiu a respeito para mantê-la ou modificá-la, tendo transitado em julgado nesse sentido.

<sup>60</sup> Esta estimativa foi declarada pela própria juíza da ação, Dra. Alexandra Fuchs de Araújo, em termo de audiência coletiva por ela convocada e ocorrida em 02/08/2012 para que houvesse tentativa de conciliação quanto à forma de pagamento dos valores pelo banco executado (disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=53&processo.codigo=1HZWYTJSV0000&processo.foro=53>. Consulta em 18/02/2013).

<sup>61</sup> Dados do Banco Central do Brasil e da Revista Bancária.

<sup>62</sup> Esses dados constam da petição PGBC-02222/2010 presente nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165, que tramita no Supremo Tribunal Federal. Dizem respeito à relação entre volume de recursos e quantidade de contas poupança nos anos de 1994, 2000 e 2009. Como a instituição não possui dados do período de 1987 a 1991 – advento dos planos econômicos – procura deduzir que a distribuição de recursos é muito desproporcional: a maior parte das contas (cerca de 80% em 1994) possuía valores até R\$ 500,00.

<sup>63</sup> Um estudo elaborado pelo Prof. Roberto Luis Troster em novembro de 2008 (disponível em [http://www.idec.org.br/pdf/0811PlanoVeraoV2\\_estudotroster.pdf](http://www.idec.org.br/pdf/0811PlanoVeraoV2_estudotroster.pdf)) esclarece que as caixas estaduais detinham, à época do Plano Verão, 9,1% de participação nas cadernetas de poupança abertas no Brasil. Nessa mesma época, havia 5 caixas estaduais (São Paulo, Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina). Que, na pior das hipóteses, a Nossa Caixa de São Paulo, tivesse a quinta parte dessa participação (o que não se crê, pois era a maior instituição estadual de poupança no país, mas não foi possível obter dados precisos para afastar essa conclusão) e, considerando que 70 milhões de contas estavam abertas e somente a primeira quinzena foi beneficiada, fazendo-se uma divisão ideal entre as contas no mês, ao menos 35 milhões

menor o volume de recursos em uma conta, menor será a busca do consumidor pela satisfação pecuniária da ação em seu benefício. Ainda que se acredite que os detentores dos maiores volumes de recursos certamente dirigiram-se ao Poder Judiciário para ver sua perda ressarcida, o fato é que para a imensa maioria essa justiça não foi alcançada – muito em razão do custo de se dirigir ao Poder Judiciário e a ponderação de que o esforço financeiro não compensaria em relação ao montante recuperado – e, conseqüentemente, há um explícito comprometimento da efetividade da ação civil pública.

Essa hipótese ganha reforço em vista de que apenas o instituto fonte de pesquisa executa os seus títulos – exclusivamente para seus associados, com o fim de reduzir debates judiciais sobre legitimidade – por meio de execuções coletivas, o que seria o meio ideal para concentrar pequenos valores de muitas pessoas. Todavia, o instrumento ainda é pouco aproveitado quando se observa que pouco mais de 1.500 pessoas foram beneficiadas.

Outro ponto, como retratado, que prejudica a efetividade dessas demandas coletivas é a dificuldade de administração de um processo com essa magnitude. Se consideradas as habilitações das vítimas, causa espanto o número assombroso de 8.000 execuções individuais vinculadas a um só processo. Além disso, é característica das execuções coletivas a reunião de centenas de vítimas dos danos com seus créditos devidamente individualizados, mas que somados, atingem cifras de dezenas de milhões de reais. A título de curiosidade, dado que tais depósitos, nas execuções coletivas, feitos para garantir o juízo por parte do executado e possibilitar a impugnação da execução, são realizados em uma única conta, quando os valores são liberados, resta à associação civil realizar a repartição proporcional entre os associados beneficiados e que integram determinada execução coletiva. Ou seja, mesmo para o legitimado, é preciso desenvolver sistemas administrativos e de informática para possibilitar o adequado pagamento em tempo hábil às vítimas, além de contar com recursos humanos suficientes e preparados para realizar os pagamentos. A necessidade desse investimento – de natureza claramente financeira – é mais um desestímulo, principalmente para associações civis que não contam com recursos financeiros de grande monta.

Em relação à dificuldade do juízo, merecem destaque algumas das iniciativas empreendidas pelo próprio órgão jurisdicional na tentativa de dar celeridade ao

---

de cadernetas foram atingidas. Portanto, a participação do Banco Nossa Caixa, em números grosseiros, seria de 637.000 cadernetas de poupança afetadas, número bastante superior àquele que chegou à Justiça brasileira.

processo em busca do ressarcimento das vítimas. Nesse sentido, destacam-se algumas das decisões proferidas na ação sob análise, na fase executiva:

1) Decisão proferida em 20/02/2008:

“Vistos. 1. Trata-se de execução de sentença, da lavra deste julgador, proferida nos autos de ação civil pública em que condenou a executada Nossa Caixa S/A a pagar a diferença existente entre a infração divulgada por meio do IPC-IBGE (70,28%) e o índice creditado às cadernetas de poupança (22,97%), nos períodos referidos na inicial, no percentual de 48,16%, sobre o saldo existente em janeiro de 1989. 2. Por força do julgamento de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça determinou que a correção monetária referente à remuneração das contas de poupança, iniciadas ou renovadas depois de janeiro de 1989, seja efetuada na forma da Lei 7.730/89, adotando-se o percentual de 42,72%, referente ao IPC de janeiro de 1989 ("Plano Verão"). 3. Independentemente do julgamento do agravo regimental interposto contra o despacho denegatório de recurso extraordinário, nesta data, no jornal "Folha de São Paulo" li a notícia de que "o lucro da Nossa Caixa recuou 33,2% e ficou com R\$ 303,1 milhões no ano passado. O resultado do banco estatal paulista foi prejudicado pela amortização do investimento feito com a compra por R\$ 2,084 bilhões da folha de pagamento dos servidores da ativa do Estado, além do aumento das provisões para contingentes trabalhistas e judiciais, como as correções da poupança nos Planos Bresser, Verão, Collor 1 e 2. Só com amortização do agiu na compra da folha dos servidores, deduziu R\$ 317,2 milhões do seu lucro. A provisão para contingências trabalhistas somou R\$ 149,2 milhões e as para correção dos planos econômicos, R\$ 492,8 milhões. O banco afirma que a maior parte das ações para correção da poupança foi feita no ano passado, o que deve reduzir os processos neste ano." (grifei) 4. **Portanto, sob pena de ofensa à dignidade da Justiça e de litigância de má fé, depois de quinze anos do ajuizamento da ação civil pública, é chegado o momento de resolver, definitivamente, a questão do pagamento da dívida.** 5. De um lado, é cômoda a situação do exequente (IDEC) porque, em tempos em tempos, paulatinamente, executa o julgado depois que alguns poupadores o procuram e não cria mecanismo de, uma vez por todas, exigir o cumprimento da sentença de forma global. 6. De outro, é cômoda a situação da Nossa Caixa porque, nos diversos embargos, de maneira incongruente, alega a ilegitimidade ativa do IDEC para promover as execuções e pretende rediscutir o julgado, mormente o percentual e forma de cálculo dos juros contratuais e moratórios. 7. **São inúmeros os comparecimentos pessoais de poupadores no cartório judicial, muitos deles octagenários, os quais solicitam o empenho pessoal do magistrado para que recebam os seus valores.** 8. Em que pese o número diminuto de escreventes na 6º Ofício da Fazenda Pública da Capital (em torno de quatorze) e da notícia de que o Tribunal de Justiça pretende a relocação de 450 escreventes de primeira instância para ocupar o cargo de 2º escrevente nos gabinetes dos ilustres desembargadores, não há pessoal para atender os poupadores que procuram o cartório judicial esperançosos de receber o dinheiro objeto da condenação judicial. 9. **Assim, para todos os poupadores (clientes da devedora no Estado de São Paulo), nos termos da sentença**

confirmada pela superior instância, como a executada Nossa Caixa mantém registro de quem são os titulares das contas, determino que a instituição financeira, diretamente na conta de cada titular, promova o depósito do valor da dívida, nos termos do julgado, no prazo de dez dias, a contar da publicação deste despacho no diário eletrônico, remetendo extrato bancário noticiando o ingresso dos valores para todos os poupadores do Estado de São Paulo, sob pena de bloqueio judicial de parte dos R\$ 2,084 bilhões destinados ao pagamento das condenações judiciais. 10. Em havendo sentenças individuais favorecendo os poupadores, para cada juiz deverá a executada Nossa Caixa noticiar que promoveu o depósito bancário dos valores e remeteu aos autores o extrato bancário comprovando o pagamento dos valores pertinentes aos expurgos inflacionários do "Plano Verão". 11. Descumprido o comando desta determinação, de uma só vez, deverá o exequente IDEC providenciar, em jornais de grande circulação ou em rede de televisão, a convocação dos poupadores para que, diretamente, forneçam ao IDEC os extratos bancários para fins de, nos próximos 90 dias, promover-se uma única e derradeira execução dos valores devidos aos que o procuraram no prazo assinalado e, a partir de então, determinar-se-á a penhora do valor total da instituição financeira. 12. Finalmente, recebidos os extratos bancários noticiando o depósito dos valores, pertinentes à condenação judicial, com todos os seus acréscimos, na hipótese de algum poupador discordar do montante depositado, deverá procurar o IDEC para que o próprio promova em execução complementar do valor remanescente do suposto crédito, de uma única só vez, com relação a todos os descontentes. Int.”

2) Decisão proferida em 08/06/2011:

“V I S T O S. Retifico item 1 da decisão de fls. 1351, para que passe a constar da seguinte forma: Com a baixa dos autos, finda a suspensão determinada pelos Tribunais Superiores, o processo agora prosseguirá nas diversas execuções individuais, e deverão os exequentes observar os seguintes parâmetros: Cada habilitante deverá comprovar ser cliente da antiga Nossa Caixa, em janeiro de 1989, e com caderneta de poupança com aniversário entre os dias 1 e 15 de janeiro de 1989, apresentar demonstrativo de débito, com o índice de correção apenas para janeiro de 1989 42,71%, acrescidos de juros contratuais de 0,5%, mais juros de mora desde a citação, no percentual de 0,5% até a entrada em vigor do NCC e após de 1%, mais verba honorária de 10% do valor da condenação. Outros expurgos inflacionários deverão ser excluídos dos cálculos, tendo em vista os limites objetivos da coisa julgada. **Quanto a eventuais execuções individuais a serem ajuizadas pelo IDEC, deverá o Instituto promover as execuções individuais já relacionando na inicial o nome dos favorecidos e providenciar a procuração de seus associados, a fim de se evitar eventual litispendência, pagamentos em dobro e ainda porque, conforme já decidido no Agravo de Instrumento nº 580.178-5/0-00, acórdão da lavra do Desembargador Oliveira Santos, em ação envolvendo um grupo menor de credores da Associação de Aposentados e Pensionistas da VASP, "o substituto individual não substitui o titular do interesse substancial no resultado prático da ação". Na ocasião, foi decidido que: "A entidade impetrante não necessita de autorização dos seus integrantes, porque**

esta já é fornecida pelo texto constitucional (alínea "b" do inciso LXX do artigo 5º). (...) Substituindo o titular do direito subjetivo, o legitimado extraordinário é autorizado por lei a tomar iniciativa e conduzir o processo eficazmente, inclusive promover a execução. É substituto processual. Tem legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal. Tem legitimidade para litigar em juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio. É sujeito da relação processual, da qual participa em nome próprio, não em nome do substituto. Mas não substituir o titular do interesse substancial no resultado prático da ação. Aqui, ausente a legitimidade. Ou seja, as quantias depositadas pertencem aos respectivos associados substituídos na ação. Não pertencem ao substituto processual. Consequentemente, daqueles precisa de autorização para os levantamentos. Inexistirá o "indesejável tumulto processual", nem "procrastinação do cumprimento do direito perseguido". Eventuais percalços que vierem a ser enfrentados para a obtenção da reclamada procuração, seriam os mesmos para a efetivação dos repasses das quantias depositadas. **As partes processuais são as mesmas, portanto, inexistirá a indispensável corrido dos substituídos ao processo. Estes outorgarão as procurações ao advogado da associação autora." Int."**

3) Trecho da decisão proferida em 01/07/2011:

“2) em relação à legitimidade do IDEC para iniciar a execução: inicialmente, destaque-se o disposto no art. 97 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), "a liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82", sendo que o art. 98 do mesmo diploma prescreve que "a execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação,..." ((Agravo de Instrumento nº 7367361-7, voto da lavra do Desembargador Coutinho de Arruda). **Assim, é certo que o IDEC possui legitimidade para iniciar a execução individual de seus associados, podendo figurar no polo passivo [sic] das execuções; entretanto, para levantar valores, transigir, dar quitação, necessita de poderes específicos, uma vez que estes poderes são atinentes a direitos individuais, e não coletivos. Assim, embora possa executar em nome de seus associados, para estes atos específicos (levantar valores, transigir, dar quitação), deverá apresentar procuração, judicial ou extrajudicial, com estas finalidades. Ainda, há necessidade de inclusão dos exequentes associados pelo IDEC no polo ativo da ação, a fim de que seja possível verificar eventual litispendência. A situação nestes autos, no que diz respeito à questão da legitimidade para efetuar levantamentos, não discrepa daquela mencionada no acórdão de mandado de segurança coletivo. A legitimidade extraordinária possui limites, Mas a legitimidade do IDEC não exclui a de demais poupadores, que não são associados do IDEC, e nem exonera o IDEC da obrigação de apresentar procuração para efetuar atos de disposição (levantar, dar quitação), incluindo os beneficiários no polo ativo, mesmo que dê início em nome próprio às execuções individuais.”**

4) Decisão proferida em 01/02/2012:



“Vistos. 1. **Designo audiência de mediação em relação a forma e critério de execução para o dia 15 de fevereiro de 2012**, às 14:00 horas, no Auditório da CAJUFA (Centro de Apoio aos Juizes da Fazenda), localizado no Fórum Central - Fazenda Pública "Hely Lopes Meirelles", 10º andar - Salas 1001/1002. 2. Convoquem-se autor e réu, bem como terceiros interessados para a audiência, sendo que o resultado do acordo será publicado em audiência e os advogados das partes saem devidamente intimados. 3. Relação de advogados de terceiros interessados que deverão ser intimados pela imprensa oficial:”

5) Decisão proferida em 06/09/2012:

“V I S T O S. 1) Fls. 2278/2311: a decisão de fls. 1571/1572 havia suspenso o andamento das execuções individuais do título coletivo e este prazo já venceu, não havendo, na verdade, nenhuma decisão hoje amparando a suspensão do processo, o que gera insegurança para o devedor e para os credores. **Apesar do anseio dos credores para que as habilitações voltem a ter andamento, a intimação das partes para a retomada dos prazos ainda não é conveniente para o bom andamento do processo. Isto porque, neste momento, estão sendo tomadas medidas administrativas, no âmbito do processo, para que as execuções caminhem de forma mais rápida e organizada, em razão do grande volume de interessados e da carência de meios materiais para o bom andamento das execuções de decisões coletivas, que necessitam, na verdade, de uma regulamentação específica mas ainda inexistente. Hoje já existem mais de 80.000 credores habilitados para a execução do título, e dar andamento nas execuções sem prévio planejamento significaria instaurar desde já o contraditório nas milhares de habilitações, indiscriminadamente; havendo impugnação ao valor apresentado, as execuções individuais teriam que ser encaminhadas ao contador, com prazo indeterminado para retorno, diante do acúmulo de serviços. Hoje, a espera no contador já é de aproximadamente um ano e meio. Com este processo este prazo iria, no mínimo, dobrar, com prejuízo para todos os jurisdicionados. Quanto à realidade específica deste cartório, hoje são 14 escreventes que dão andamento a um pouco mais de 8.000 feitos, sem contar as habilitações desta execução, que somam aproximadamente outros 8.000 feitos, representando aproximadamente 80.000 credores. Para solucionar este problema, e dar início à execução de forma planejada, entrei em contato com a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e ainda no mês de agosto, dia 21, formulei requerimento para que fosse elaborada uma planilha com os critérios de cálculo das decisões dos Acórdãos proferidos nestes autos. Ainda não existe uma autorização formal para a elaboração da planilha, é ainda um projeto em estudo. Mesmo não sendo certa a possibilidade de inclusão de planilha oficial no SAJ, nada impede desde já a elaboração de planilha oficial, a ser homologada pelas partes da ação principal, nos termos das decisões já existentes no processo, e acessível a todos os interessados. Assim, a fim de agilizar o procedimento, desde já estou determinando a extração de cópias para encaminhamento ao contador, a fim de seja elaborada planilha com os critérios já definidos judicialmente para o cálculo dos expurgos. Esta planilha será submetida à conferência pelo IDEC e**

**Banco do Brasil, nos autos principais.** Uma vez homologada, será disponibilizada no SAJ, ou em outro veículo, para os credores e devedor realizarem e conferirem os cálculos sem necessidade de remessa dos autos ao contador. **Ainda existe a questão dos depósitos, sendo solução ideal se evitar o depósito judicial dos valores, em razão da grande demora que haverá para os levantamentos. Esta questão também já se encontra em estudo, caso não haja acordo até a próxima audiência programada. Estas questões operacionais, necessárias para o bom andamento da execução, sem gargalos no futuro por falta de recursos humanos e materiais, recomendam a permanência da suspensão do andamento das habilitações, pelo menos pelo prazo de mais 90 (noventa) dias, ao menos enquanto não concluída a planilha a ser disponibilizada para os credores.** Neste mesmo prazo, repito, também estão sendo estudados por este juízo mecanismos para evitar o depósito judicial individual com o conseqüente levantamento judicial, ao menos no formato individual, tradicional, o que inviabiliza a rápida prestação jurisdicional em caso de execução coletiva de valores desta dimensão, caso não haja acordo. Esclareço ainda aos credores que o Banco do Brasil está realizando estudos para eventual acordo, mas os procedimentos internos ainda estão em andamento. O Banco tem me mantido informada, mas ainda não há uma notícia concreta. Assim, num primeiro momento, determino formalmente a extração de cópias das decisões dos Agravos e das últimas decisões judiciais, encaminhando-se ao Contador, por ofício, para elaboração da planilha oficial, com os critérios definidos para execução, de forma a ser realizada a prévia conferência pelos credores em relação ao quantum pleiteado. Fixo o prazo máximo de 30 (trinta) dias para a elaboração da planilha. Autorizo ao IDEC e ao Banco do Brasil indicar, no prazo de 5 (cinco) dias, assistentes técnicos para acompanhar os trabalhos do contador. Concluída a planilha, vista ao IDEC e ao Banco do Brasil, para conferência, no prazo comum de 10 (dez) dias. Com a homologação da planilha, e sua inserção no SAJ, aos credores será concedido um prazo para conferência dos cálculos, nos termos da planilha, prazo em que, havendo equívocos, será admitida a emenda da inicial para correção dos cálculos, nos termos da planilha. 2) Fls. 2439/2474: esclareço ao advogado peticionário que seu nome não está cadastrado no grupo porque não existe um meio preciso, ainda, de se vincular todas as habilitações a este processo, mas todos podem ser cadastrados, basta requerer. O cadastramento realizado até o momento foi manual e não guarda nenhuma relação com o número de habilitações. São anotações manuais, sujeitas a imprecisões. Já a audiência de mediação está aberta a todos os interessados. A inscrição prévia diz respeito a falta de lugares sentados para todos. A sala disponível tem espaço para apenas 80 pessoas. Espero também que a decisão acima tenha esclarecido ao advogado que, embora não esteja sendo dado andamento individual nas habilitações, o processo principal está tendo andamento, do ponto de vista administrativo, com o objetivo de criar instrumentos para uma prestação jurisdicional mais rápida do que aquela que poderia ser prestada caso as habilitações individuais caminham como se fossem 8.000 diversos processos de execução individual, número este que aumenta dia a dia. A solução individual, com conferência de cálculos caso a caso, sem o desenvolvimento de meios técnicos adequados levará certamente à paralisação da execução. Este juízo está empenhado em buscar soluções que garantam o rápido pagamento efetivo, para que os valores sejam rapidamente disponibilizados para os credores. De nada servirá o

depósito judicial se, depois do depósito, o contador tiver que conferir 100.000 cálculos e o cartório tiver que expedir 100.000 mandados de levantamento. Certamente, sem que seu busque por antecedência um procedimento alternativo e seguro, os depósitos permanecerão retidos em juízo por anos, durante o contraditório, e após em filas para expedição de mandados de levantamento, sem que os interessados tenham efetivo acesso aos valores. Ainda não existe um procedimento legal, previsto no CPC, que garanta uma execução de título coletivo rápida e eficiente. O tratamento legal concedido aos autores pela lei ainda é individual, e o Poder Judiciário, até por falta de um procedimento legal padronizado, não possui estrutura para absorver o impacto multiplicador do título coletivo. Procura-se evitar o colapso dos serviços deste cartório e do próprio prédio, no que pertine à Contadoria. 3) Por ora, está mantida a audiência de conciliação, já designada. Está sendo estudada a possibilidade de realização de convênio entre esta Vara e os escritórios interessados para que as intimações quanto a este processo e as habilitações possam ser realizadas por e-mail. São estas as informações mais atualizadas, até o momento, quanto a este processo. 4) A partir deste momento, em razão dos preparativos para a audiência e necessidade de deixar os autos disponíveis para o contador, os autos não poderão sair do cartório. Em razão do andamento administrativo do processo, poderá haver necessidade de consulta a decisões antigas; está sendo conferida a lista de advogados já cadastrados para a próxima audiência, com seus e-mails e processos; a partir de 15/09/2012 os advogados receberão e-mail do juízo (acaoidecbb@tjsp.Jus.Br), confirmando o cadastramento para a audiência e requerendo complementações de dados, caso necessário. Informações que sejam de interesse de todos serão publicadas nos autos principais. Int”

Em geral, todas as decisões foram objeto de recurso pelas partes por razões diversas no entendimento de que as prejudicavam de um modo ou outro. Porém, o interessante notar é que as tentativas empreendidas denotam um esforço, mas também a total inexperiência dos magistrados na condução da execução de títulos judiciais coletivos. E não se tratam de recém-chegados à carreira; são experientes, mas sem qualquer vida prática nesse tipo de processo. Não é demais concluir que mais de 25 anos de existência da disciplina da ação civil pública e mais de 20 desde o seu complemento pelo Código de Defesa do Consumidor e categorização dos direitos metaindividuais não foram suficientes para fazer chegar ao Poder Judiciário a vivência com processos complexos movidos para a salvaguarda de interesses da coletividade. Outra conclusão recai sobre a gravidade do problema de um Poder do Estado tão despreparado para lidar com tal temática, qual seja, a efetividade das demandas coletivas. Há que se considerar que a falta de aparelhamento é uma característica e uma alegação de longa data que, inclusive, encontra argumentos resistentes à sua aceitação e que não terá solução rápida, mas, por outro lado, não pode se tornar impeditivo do cumprimento de títulos coletivos.

Vale, ainda, ressaltar que, não só a administração desses processos sofre com a inexperiência do profissional que conduz a demanda – exigindo grande criatividade do magistrado na solução de problemas estruturais –, mas também institutos processuais são verdadeiramente desperdiçados pela, por vezes incorreta, interpretação do magistrado acerca da representatividade e legitimação do ente legitimado à promoção da execução, da competência para julgamento da execução, do lapso temporal previsto em lei para dar início às diversas espécies de execução que podem coexistir em um mesmo processo, entre outros problemas.

Em suma, os pontos problemáticos que sobressaem da análise das execuções decorrentes dessa ação civil pública são:

- 1) a ação civil pública deu ensejo, como era de se esperar, à propositura de diversas demandas executivas individuais decorrentes do seu título judicial e o órgão jurisdicional tem grande dificuldade de administrar essa demanda;
- 2) a despeito da iniciativa pouco explorada pelos legitimados de promoverem as execuções coletivas de danos individualmente sofridos, a associação civil fonte de pesquisa caracteriza-se pelo empreendimento da execução processada na forma coletiva para pagamento de prejuízos individualmente sofridos, porém sofre com o baixo alcance do título judicial em benefício das vítimas prejudicadas;
- 3) a liberação de valores para pagamento das vítimas sendo a execução provisória, quando ainda o era;
- 4) a legitimidade do instituto para representar as vítimas em juízo na fase executiva e praticar todos os atos processuais. Seria o levantamento de valores ato que conclui o *iter* processual ou propriamente o resultado prático da ação?<sup>64</sup>;
- 5) a falta de agilidade na solução da demanda executiva, reclamada pelas partes, pelos substituídos ou representados e pelo próprio juízo;
- 6) a falta de critérios de atualização monetária das diferenças em razão do silêncio da sentença, o que enseja longa discussão a respeito do *quantum debeatur*.

---

<sup>64</sup> Essa indagação tem íntima relação sobre o que se entende sobre atos de disposição, melhor explicado na nota 194.

Os problemas levantados serão objeto de análise nos itens futuros<sup>65</sup>.

## **B) Ação civil pública movida por Idec em face de Banco do Brasil S/A**

### **BREVE APRESENTAÇÃO DA DEMANDA**

**Processo** nº 1998.01.1.016978-9/12ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília

**Partes:** Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor x Banco do Brasil S.A

**Data de ajuizamento:** 30/03/1993

**Situação atual do processo:** transitado em julgado. Em fase de cumprimento de sentença, com 10 execuções plúrimas movidas pela associação civil desde 2004 (com exceção da primeira, encerrada com pagamento, as demais estão em andamento) e execuções individuais por todo o país dado que a abrangência da sentença é nacional. Pagamento total de uma das execuções.

#### **Pedido inicial**

“Isto posto, requer a V. Exa. citação, POR CARTA, nos termos do art. 221, inc. I, c/c art. 222, do CPC, do Banco-réu para responder aos termos da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, proposta com fulcro na Lei nº 7.347/85, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.078/90, devendo ser julgada PROCEDENTE, com a CONDENAÇÃO GENÉRICA, a que se refere o art. 95, do CDC, obrigando o réu a pagar, com a devida atualização monetária e juros, a diferença existente entre o rendimento de 71,13%, apurado em janeiro/89 (inflação de 70,28% apurada pelo IBGE, mais juros de 0,5%) e o índice creditado às cadernetas de poupança (22,97%), ou seja, 48,16%, aplicável ao saldo existente em janeiro de 1989, devendo o valor a ser pago a cada um dos titulares de cadernetas de poupança relativo à referida diferença, ser fixado em liquidação de sentença (art. 95/100, do CDC), a partir da oportuna e necessária comprovação de titularidade da conta-poupança, no período, in casu, e outras comprovações, se necessário.”

#### **Dispositivo da Sentença**

“Pelo exposto, julgo procedente o pedido inaugural para condenar a ré, de forma genérica, observado o art. 95, do Código do Consumidor, a incluir o índice de 48,16% quarenta e

<sup>65</sup> A esse respeito, vide item III.2.2 do presente trabalho.

oito inteiros e dezesseis décimos percentuais) no cálculo do reajuste dos valores depositados nas contas de poupança com ela mantidas em janeiro de 1989, até o advento da Medida Provisória nº 32, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.”

O destaque dessa ação diz respeito ao fato de ainda que inicialmente tenha sido proposta na Comarca de São Paulo, sede da associação civil fonte da pesquisa, ela foi remetida para Brasília sob a exata justificativa de perfazer danos de abrangência nacional após exceção de incompetência, nos seguintes termos:

“(…)

A ação foi proposta pela excepta, **visando beneficiar todos os clientes do banco do Brasil S/A, em qualquer localidade do Brasil e não somente no Estado de São Paulo, o que inviabilizaria a propositura da ação na Capital do Estado.**

No entanto, o objetivo do IDEC é **obter uma única sentença, permitindo a todos o recebimento dos índices expurgados da poupança**, sem que cada um dos poupadores tenha que promover sua demanda individualmente.

Em assim sendo, apesar das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, no presente caso, **por abranger toda uma coletividade no âmbito nacional, a ação deve ser proposta na sede do Banco do Brasil S/A., situado no Distrito Federal.**

Aliás, nesse sentido é a manifestação do Douto Promotor de Justiça.

Diante do exposto e do mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a exceção de incompetência, determinando a remessa dos autos para distribuição ao Juízo de Direito da Comarca do Distrito Federal.”

Os problemas que decorrem dessa decisão dizem respeito à competência de foro para ajuizamento da execução, seja ela processada na forma individual ou na forma coletiva.

A problemática do alcance efetivo do resultado da ação, como no caso anterior, também remanesce<sup>66</sup>. Exatamente pela decisão acima proferida, reconhecendo expressamente a abrangência nacional da demanda – situação que não sofreu alteração em nenhuma outra instância – deveriam multiplicar-se demandas executivas pelo país decorrentes do sucesso do título executivo judicial exatamente em virtude da competência de foro prevista no artigo 98, §2º, I, da Lei nº 8.078/1990. Porém, não é o que se verifica. E isso por duas razões: a primeira, que aflige o legitimado à ação coletiva e que está presente também no caso anterior, refere-se às dificuldades de divulgação eficiente e

---

<sup>66</sup> Nesse caso, o mesmo estudo mencionado na nota 52 indica que, no caso do Banco do Brasil, a participação em percentuais sobre o saldo das cadernetas de poupança era de 10,4%, ou seja, novamente valendo-se de cálculo grosseiro, cerca de 3,5 milhões de cadernetas de poupança poderiam ser beneficiadas com esse título.

duradoura do título executivo judicial coletivo; a segunda diz respeito à falta de compreensão do juízo da previsão legal acima exposta, ameaçando a coisa julgada e a própria eficácia da sentença.

A outra discussão que despontou nessa demanda tem como ponto central a natureza da execução – e, frise-se, fala-se em execução, não mais liquidação de sentença, fase já superada ou nem processada<sup>67</sup> – promovida pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor em benefício das vítimas do dano. Isto porque, como já colocado, a associação civil fonte de pesquisa das ações levantadas desenvolve trabalho bastante incomum – ainda que não devesse ser – de executar os títulos decorrentes das ações civis públicas que promove e o faz sob a forma coletiva, reunindo em planilha consolidada de meros cálculos aritméticos os valores individualizados de várias vítimas.

Para que se compreenda a primeira discussão, acerca do risco à eficácia da sentença com abrangência nacional, reproduz-se decisão proferida nos autos da ação civil pública após o seu trânsito em julgado em vista das inúmeras habilitações que se proliferaram no juízo da 12ª Vara Cível de Brasília após o trânsito em julgado da sentença – como já ressaltado no caso anterior, movimento natural para uma ação civil pública movida para a defesa de interesses individuais homogêneos e com respaldo legal – produzindo efeitos também nas habilitações individuais:

“DESPACHO - Encaminhem- se as informações ao Eminent Relator do Agravo de Instrumento, com as homenagens desse juízo. Considerando a decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento, aguarde-se pelo julgamento do Agravo de Instrumento. Brasília - DF, terça-feira, 26/07/2011 às 17h24. Daniel Felipe Machado, Juiz de Direito  
DESPACHO - Em atenção ao requerimento de 1474, expeça-se certidão de inteiro teor, anotando expressamente que, segundo o entendimento majoritário do eg. TJDF, **os efeitos do título judicial constituído na ação civil pública em epígrafe só alcançam aqueles poupadores que tinham conta poupança restritamente nas agências bancárias do Distrito Federal**, nos termos do disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, conforme já mencionado na certidão expedida à fl. 1462. Brasília - DF, sexta-feira, 01/07/2011 às 15h30. Daniel Felipe Machado, Juiz de Direito  
DECISAO - Trata-se de ação civil pública nomeada à epígrafe proposta com o objetivo de obrigar o Banco do Brasil a corrigir os depósitos mantidos em conta de poupança dos consumidores a ele vinculados com o percentual do expurgo do plano verão subtraído em janeiro de 1989. A ação foi julgada em 06 de novembro de 1998, após percorrer a longa trilha dos recursos, transitou em julgado em 27 de outubro de 2009. Com efeito, a conclusão do julgado assim se expressou... Pelo exposto, julgo

---

<sup>67</sup> A respeito desse posicionamento, ver discussão desenvolvida nos itens III.2.2 e III.2.3 do presente trabalho.

procedente o pedido inaugural para condenar a ré, de forma genérica, observado o art. 95, do Código do Consumidor, a incluir o índice de 48,16% (quarenta e oito inteiros e dezesseis décimos percentuais) no cálculo do reajuste dos valores depositados nas contas de poupança com ela mantidas em janeiro de 1989, até o advento da Medida Provisória nº 32, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Em Recurso Especial, o índice da correção do mês de janeiro de 1989 foi retificado para 42,72%. O comando do julgado ordena ao Banco a obrigação de corrigir os ativos disponíveis em todas as contas de poupança mantidas na instituição financeira em janeiro de 1989, com o índice do IPC de 42,72% que havia sido desprezado por força de aplicação das medidas do Plano Verão instituído pela Lei nº 7.730/89. Cuida-se de obrigação de fazer determinada em ação civil coletiva em defesa de interesses dos consumidores. Com efeito, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor dispõe como atributo da jurisdição em obrigação de fazer a adoção de medidas ou providências que assegurem o resultado prático da obrigação, inclusive com a cominação de multa diária para assegurar o cumprimento do preceito condenatório. O artigo 461 do Código de Processo Civil contempla semelhante prerrogativa. Assim, com apoio no que estabelecem os dispositivos instrumentais acima mencionados, considerando o tempo já decorrido desde o momento em que a sentença que determinou a obrigação transitou em julgado, em 27 de outubro de 2009, julgo conveniente estabelecer o prazo de 30 dias para a Instituição Financeira dar o efetivo cumprimento da obrigação de corrigir os depósitos de poupança daquelas contas que vigiam em janeiro de 1989 e que ainda são mantidas em atividade até o momento. **A correção dos ativos deve alcançar somente as contas que ainda estão mantidas na instituição financeira até o momento, restritamente nas agências bancárias do Distrito Federal**, em atenção ao disposto do artigo 16 da Lei 7.347/1985. Em esgotando o prazo de trinta dias sem o cumprimento, arbitro a multa diária de R\$ 1.000,00 por cada conta de depósitos de poupança que não receber a correção determinada. Ante o exposto, determino ao Senhor Diretor do Banco do Brasil S/A **adotar as providências para o efetivo cumprimento da obrigação de corrigir com o índice do IPC de 42,72% os depósitos das contas de poupança que estavam ativas no mês de janeiro de 1989 e que ainda são mantidas até o momento em todas as agências bancárias do Distrito Federal**, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 por cada conta de depósitos de poupança que não receber a correção determinada. Efetivada a correção, o banco deverá acrescentar os juros de mora nos termos da lei [0,5% e 1% ao mês], a partir de 08 de junho de 1993 quando foi citado na ação civil pública. Publique-se. Intime-se, pessoalmente, por mandado para o acatamento da medida ora decretada.”<sup>68</sup>

Com essa decisão, inúmeras pessoas que ingressavam com suas execuções individuais no juízo da 12ª Vara Cível de Brasília, mas não detinham contas abertas no Distrito Federal tiveram suas execuções declaradas nulas com base no artigo 618, I, do

---

<sup>68</sup> Decisão disponibilizada em 26/08/2011, sem destaques no original.



Código de Processo Civil e a disposição legal que constitui uma prerrogativa da vítima – ingressar no foro da liquidação ou da ação condenatória – foi absolutamente ignorada.

Como essa decisão foi proferida nos autos da ação civil pública, as próprias execuções coletivas promovidas pela associação civil em benefício de vítimas suas associadas estariam ameaçadas, porque a grande maioria é do Estado de São Paulo. A decisão foi objeto de recurso e foi revertida.

Como agravante dessa situação de ameaça às próprias execuções coletivas, convém colocar a segunda problemática, qual seja, a impossibilidade de ingressar com demandas executivas em benefício das vítimas do dano e processadas na forma coletiva fora do foro competente para a ação condenatória.

Após anos de batalha judicial, esse entendimento acabou por prevalecer, valendo expor o seu histórico por meio da transcrição de trechos relevantes das diversas decisões proferidas.

Inicialmente, a primeira execução promovida pela associação civil em benefício de parcela das vítimas do dano foi proposta na Comarca de São Paulo, também com base no artigo 98, §2º, I, da Lei nº 8.078/1990. Todavia, o juízo a quem foi distribuída a demanda não se julgou competente, fundamentando a negativa de prosseguimento em foro diferente do da condenação não na disposição do inciso I, mas na do inciso II, entendendo que a execução promovida, quando apresentada na forma coletiva, deve ser enquadrada no citado inciso.

Inconformada, a associação civil recorreu da decisão ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo proferido acórdão da relatoria do então desembargador Rizzatto Nunes<sup>69</sup>, cujo trecho mais relevante destaca-se a seguir:

“Ora, se a ação individual pode ser proposta no domicílio do Autor, é lá que será executada, e se o foro da Ação Coletiva pode ser deslocado pela regra do art. 93 do CDC, nada mais correto – e justo – que na fase de liquidação a ser feita pelo consumidor individual tenha vigência plena a regra de competência fixada por seu domicílio. E sem nenhuma dificuldade se fará tal execução, posto que ela se inicia com a certidão da sentença proferida na Ação Coletiva. Logo, quer por analogia com o art. 101, I, quer por integração com esta regra e a do art. 98, §2º, I, remanesce íntegro o direito do consumidor individual promover a execução no foro do seu domicílio.

Mas, há algo importante: o inciso I do §2º do artigo 98 só pode estar se referindo a execuções coletivas que remetem o valor liquidado ao fundo criado pela Lei 7.347/85. Dá-se as razões:

---

<sup>69</sup> Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 7.010.334-7.

Primeiramente, porque se, realmente, o Juiz da ação condenatória fixou valor a ser revertido ao fundo é ele o competente para sua execução. Segundo, e ao contrário, quando se tratar de execução individual, como caberá ao consumidor demonstrar o nexo de causalidade e o dano, trata-se de novo feito, justificando a permissão para o ajuizamento em outro local (e em benefício do consumidor).

(...)

Há, portanto, na lei omissão no trato da execução coletiva das indenizações individuais, sem reversão ao fundo, como ocorre no presente caso.

(...)

Logo, se não tivesse havido veto, o parágrafo único do artigo 97 geraria a terceira hipótese do §2º do artigo 98, vale dizer, seria o que regularia a execução coletiva de danos individuais.

(...)

Mas há meios de suprir a lacuna. Como se sabe, a colmatação deve ser feita primeiramente por analogia e ao fim pelos princípios gerais do direito. Aqui, em ambos os casos, deve-se entender como válido que as execuções coletivas ajuizadas pelas associações legitimadas do art. 82 do CDC, para liquidar danos individuais, podem ser propostas no foro do domicílio da entidade ou por lotes no domicílio dos consumidores, sendo execuções coletivas de danos individuais.

A analogia mais próxima se dá com a regra do inciso I do §2º do artigo 98, que é expreso nesse sentido:

(...)

Os princípios gerais, na hipótese, são mesmo o de facilitação da defesa do consumidor em juízo (...).”

Todavia, nesse ínterim, como ainda não havia ocorrido o julgamento do recurso e com o fim de não prejudicar as vítimas que a procuravam interessadas na liquidação da sentença, a associação adotou a estratégia de ingressar com a nova execução coletiva por dependência à 12ª Vara Cível de Brasília, onde a segunda execução coletiva tramitou regularmente.

Com o resultado do julgamento do recurso favorável, as demais execuções voltaram a ser propostas na Comarca de São Paulo, sede da associação civil fonte da pesquisa.

Desta vez, o inconformado foi o banco executado que, após um primeiro fracasso no Tribunal local, foi muito bem sucedido. Isto porque o seu Recurso Especial foi inadmitido na origem e, com a interposição de Agravo contra a decisão denegatória, em uma só oportunidade em decisão monocrática, viu o seu agravo ser provido com sua conversão em Recurso Especial, que também foi imediatamente provido. Toda a fundamentação do ministro Aldir Passarinho Junior despontou de forma bastante concisa, abaixo transcrita:

“Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento manifestado pelo Banco do Brasil em face de decisão que inadmitiu o seguimento do recurso especial, interposto pelas alíneas "a" e "c", do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, no qual se aponta negativa de vigência aos arts. 535, II, e 575, II, do CPC, 98, § 2º, II, da Lei n. 8.078/90, e dissídio sob o fundamento de que o acórdão restou assim ementado (fl. 206):

‘COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Execução coletiva ajuizada por associação de proteção ao consumidor legitimada no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, para liquidar danos individuais - Extração de carta de sentença com vistas a iniciar a execução provisória do julgado - Omissão legal quanto ao foro competente que deve ser suprida pela analogia com a regra do inciso I do § 2º do artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor e pela aplicação dos princípios gerais do direito, no caso o princípio da facilitação de defesa do consumidor em juízo (artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor) - Possibilidade do ajuizamento no foro do domicílio da referida entidade - Recurso provido para esse fim - Declarações de votos vencido e vencedor.’

Fundamentou o julgador **a quo** não ser o presente caso hipótese de aplicação o art. 575 do CPC, "que cuida apenas da execução dos processos individuais, e não da ação coletiva, como é o caso destes autos" (fls. 237). Razão assiste ao recorrente, conforme a orientação desta Corte. Nesse sentido:

‘Conflito de competência. Ação civil pública. Segurança do trabalho. Acórdão proferido pela Justiça Comum Estadual. Trânsito em julgado. Execução em curso quando da publicação da Súmula nº 736/STF, conferindo à Justiça do Trabalho competência para o julgamento de tais lides.

- A execução de acórdão já transitado em julgado é de competência do juízo que prolatou a decisão de mérito, nos termos do art. 575, II do CPC e do art. 98, § 2º, II do CDC, ainda que, no curso da execução, sobrevenha Súmula do STF disciplinando a competência de forma diversa. Precedentes. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado.’ (2ª Seção, CC 48017/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, unânime, DJ de 05.12.2005)

Ante o exposto, conforme o § 3º do art. 544, do CPC, converto o agravo de instrumento em recurso especial, e lhe dou provimento, para estabelecer que a execução coletiva de título judicial oriundo de ação civil pública seja da competência do juízo da condenação. Publique-se.”<sup>70</sup>

Provocado o colegiado para a reforma do posicionamento monocraticamente pronunciado, apenas corroborou os exatos termos da decisão singular. Apesar das seguidas tentativas de recurso, com interposição de embargos de divergência e incidente de uniformização de jurisprudência, a associação civil não teve sucesso e, com isso, viu todas as suas demandas coletivas serem remetidas para o Distrito Federal, para a mesma 12ª Vara Cível que processou uma das execuções coletivas.

---

<sup>70</sup> Agravo de Instrumento contra decisão denegatória de Recurso Especial nº 807.037/SP.

O conflito criado entre as partes na presente execução suscita questão duvidosa sobre a natureza da execução movida pelos legitimados em benefício das vítimas do dano. Isto porque a doutrina preleciona que a execução coletiva prevista no artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor é necessariamente individualizada, abrangendo o grupo de vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em fase de liquidação<sup>71</sup>. Todavia, ser “necessariamente individualizada” seria atribuir-lhe a mesma natureza – e, conseqüentemente, as mesmas condições – de uma execução individual?

Como exposto acima, o então desembargador relator do acórdão proferido pelo Tribunal local, entendendo que o Foro Central de São Paulo seria competente para processamento dessa execução coletiva, atribuiu-lhe efetivamente *status* de execução processada na forma coletiva, mas essencialmente de natureza individual e, portanto, daria a competência ao foro de domicílio do autor/exequente para o processamento da execução. Como afirmado, coletivas são exclusivamente as execuções cujo resultado financeiro é destinado ao Fundo de Direitos Difusos.

Esse posicionamento coaduna-se com a crítica doutrinária feita ao veto ao parágrafo único do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, acusando as suas razões<sup>72</sup> de descaso com a exigência de renovação de esquemas processuais clássicos, necessária para a efetiva tutela de direitos tratados coletivamente, ignorando a essência do princípio da isonomia, que busca a igualdade real das partes processuais<sup>73</sup>, evidentemente desequilibradas, mesmo que se considere a execução ajuizada pelos legitimados, que não contam com as mesmas condições de igualdade entre si<sup>74</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, não faz essa diferença; apenas assume que, sem exceção à regra geral do Código de Processo Civil no artigo 575, inciso II, as execuções coletivas devem ser processadas no juízo da condenação e classifica

---

<sup>71</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, *in: Código Brasileiro...*, p. 160.

<sup>72</sup> As razões apresentadas foram: “Esse dispositivo dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (Art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (Art. 5º, LV).”.

<sup>73</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, *in: Código Brasileiro...*, p. 159.

<sup>74</sup> Em especial no que concerne às associações civis, entidades essencialmente privadas, atreladas à noção escassa sobre o associativismo que impera em nossa cultura. Ao mesmo tempo em que a noção é a grande geradora de recursos financeiros para o desenvolvimento das atividades da entidade civil, pela ainda incipiente mentalidade paternalista que resiste em nossa sociedade, as associações veem-se, não raras vezes, carecedoras de recursos, inibindo a atuação judicial pelo custo envolvido na manutenção de uma área especializada para esse fim.

a execução movida pelos legitimados em benefício das vítimas feitas com base em certidões das sentenças de liquidação (artigo 98, §1º) como coletiva.

Embora se reconheça o vanguardismo da posição defendida pelo então desembargador Rizzato Nunes, o fato é que a construção do seu argumento considerou que a redação do parágrafo único vetado do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor estabeleceria a terceira hipótese relativa à competência para as execuções, estipulando àquelas em benefício das vítimas, independentemente por quem movida, a competência do foro do liquidante. Todavia, é forçoso reconhecer que o veto existe para ser considerado como limitador interpretativo da lei. Por consequência, não atenderia à melhor técnica construir interpretações da lei buscando como argumento a redação de dispositivos vetados, ao invés de basear-se nas razões do veto, por maiores que sejam as críticas que elas recebam.

Por outro lado, considerá-la execução individualizada processada na forma coletiva significaria que as prerrogativas conferidas aos legitimados na situação de partes processuais não poderiam ser utilizadas na sua tramitação? Quer-se dizer, exemplificativamente, prevaleceria ainda a isenção de custas e de despesas processuais? E a desnecessidade de apresentação de mandato judicial, bastando simples autorização para representação em juízo? Ou será necessário o pagamento de custas correspondente a cada representado e a apresentação de mandato judicial específico?

Com efeito, a redação da lei permite que essas duas interpretações – uma mais extensiva e benéfica à efetivação da tutela coletiva e outra mais restritiva, porém mais próxima da literalidade da lei –, conflituosas entre si, convivam no meio jurídico, cada uma com a sua defesa, exatamente pela imprecisão da redação hoje presente na lei e também pelo veto infeliz e inoportuno do parágrafo único do artigo 97 do estatuto do consumidor, ainda que, mesmo com a sua vigência, ainda que fortalecesse tal liberdade interpretativa, também causaria conflito pela inexistência de um dispositivo claro no sentido de diferenciar a execução movida por legitimados em benefício das vítimas como espécie de coletiva apenas em função do seu processamento.

### **III.1.3 TRANSPORTE AÉREO**

#### **BREVE APRESENTAÇÃO DA DEMANDA**

**Processo** nº 028224-49.2006.4.03.6100/6ª Vara Federal de São Paulo

**Partes:** Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor e MDC-MG – Movimento das Donas de Casas e Consumidores de Minas Gerais x União, Agência Nacional de Aviação Civil, BRA Transportes Aéreos Ltda., Gol Transportes Aéreos S/A, Ocean Air Linhas Aéreas, Pantanal Linhas Aéreas Sul-Matogrossenses S/A, Rio-Sul Linhas Aéreas S/A, Tam Linhas Aéreas S/A e Varig S/A Viação Aérea Riograndense

**Data de ajuizamento:** 09/01/2007

**Situação atual do processo:** ainda sem sentença. Liminares deferidas para impor à agência reguladora obrigação de elaborar normativa (iniciativa do juízo) e para os demais réus prestarem imediatamente assistência material e informativa aos consumidores em caso de atraso e cancelamento de voos. Resultado prático atingido para além das partes em sede de regulação. Utilização de audiências públicas na esfera do processo judicial organizadas na segunda instância.

### **Pedido inicial**

“Posto isso, requer-se de V. Exa.:

- a) Nos termos do art. 84, parágrafo 3º da Lei 8.078/90, a concessão de **MEDIDA LIMINAR** destinada a impor às companhias aéreas demandadas o dever de prestar assistência material e informativa aos passageiros nos termos colocados no item “11” supra, medida necessária à prevenção efetiva de danos materiais, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) por passageiro não assistido;
- b) Deferida a liminar, a transmissão, via fax, da decisão aos réus, para que desde logo a cumpram, tendo em vista a proximidade das festividades de final de ano (natal e ano novo);
- c) A citação dos réus para que, querendo, respondam à presente ação;
- d) Ao final, a procedência da ação para o fim de:
  - 1) Impor às empresas aéreas o **permanente dever** de assistência material e informativa, com base nos termos do item “11” e “12.a” supra, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 por passageiro na hipótese de descumprimento;
  - 2) Nos termos do art. 95 da Lei 8.078/90, condenar solidariamente os réus à reparação integral e efetiva dos danos materiais e morais experimentados pelos consumidores decorrentes dos atrasos ou cancelamento de vôos, que deverão ser objeto de liquidação em momento oportuno, nos moldes do art. 97 do mesmo diploma legal.

- 3) a condenação dos réus ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;
- e) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7347/85 e do art. 87 da Lei nº 8078/90;
- f) a publicação de edital no DJU, nos termos do art. 94 do CDC;
- g) Seja deferida a inversão do ônus da prova em favor da coletividade de consumidores substituídos pelos autores, nos termos do art. 6º, VIII do CDC;
- i) A intimação do Ministério Público para todos os atos a serem praticados na presente ação;"

### **Transcrição do mencionado item 11 da petição inicial**

#### **“A - Quanto ao dever de INFORMAÇÃO**

##### **I - Às empresas aéreas caberá:**

I.1) Informar os passageiros, com antecedência e por telefone, da ocorrência do atraso e a que horas o voo irá partir, a fim de evitar seu deslocamento desnecessário às dependências do aeroporto e, conseqüentemente, impedir o acúmulo de pessoas no aeroporto que tanto desconforto tem proporcionado aos consumidores;

I. 2) Acaso não se consiga evitar o comparecimento do consumidor, incumbirá às empresas aéreas o dever de disponibilizar pessoal treinado em número suficiente para alertar sobre os atrasos de voo e horário previsto para sua saída, que deverão ser espalhados pelo aeroporto e também posicionados na entrada do setor de embarque, a fim de evitar o indesejado confinamento dos passageiros naquele local, de pequenas proporções.

##### **II - À União e à ANAC caberá:**

II. 1) Disponibilizar pessoal em número suficiente para alertar sobre os atrasos de voo e horário previsto para sua saída, espalhados pelo aeroporto e também posicionados na entrada do setor de embarque, a fim de evitar o confinamento dos passageiros naquele lugar;

II. 2) Disponibilizar informações claras, precisas e em língua nacional nos painéis eletrônicos dos atrasos de voo e horário previsto para sua saída

#### **B - Quanto ao dever das companhias aéreas de prestar ASSISTÊNCIA MATERIAL**

**1) ALIMENTAÇÃO:** A partir da primeira ½ (meia) hora de atraso, caberá às empresas aéreas fornecer aos passageiros submetidos à espera alimentação *in natura*, por exemplo, por meio do fornecimento de lanches ou congêneres, inclusive dentro da área de embarque. Com isso, evitar-se-á a formação de filas nas lanchonetes existentes nos aeroportos que, certamente, não comportarão toda a demanda.

**2) LIGAÇÕES TELEFÔNICAS:** Para que os passageiros possam informar o atraso a quem lhes interessar, caberá às empresas aéreas disponibilizar linhas telefônicas ou cartões telefônicos gratuitos para a realização das chamadas a partir da primeira ½ (meia) hora de atraso, inclusive dentro da área de embarque;

**3) TRANSPORTE E HOSPEDAGEM:** Nos casos de atrasos superiores a 4 horas, incumbirá às companhias aéreas disponibilizar, gratuitamente e independente do horário do voo, traslado aeroporto-hotel-aeroporto e estadia aos passageiros submetidos à espera, desde que o consumidor não opte por aguardar nas dependências do aeroporto para embarque em outra aeronave.

**4) DEVOLUÇÃO DO VALOR DO BILHETE.** Se assim desejar, o consumidor poderá reclamar a devolução imediata e em dinheiro do valor integral da passagem aérea,

independente da forma de pagamento e do tipo de tarifa/bilhete vendido. Outrossim, para o caso de descumprimento do determinado, requer-se a fixação de multa diária no importe equivalente a **R\$ 1.000,00 (mil reais) por passageiro**, a fim de assegurar a efetividade da medida pleiteada.”

### **Decisão liminar (deferimento em parte)**

“(…) É o relatório. Decido.

A questão ora em apreciação cinge-se ao pleito liminar expresso na inicial e reiterado pelo Parquet Federal, qual seja, a determinação judicial para que as rés efetivem prestação de assistência informativa aos passageiros e a população referente aos vôos e respectivos atrasos, bem como assistência material, consistente em prover alimentação, comunicação telefônica, transporte, hospedagem e devolução do valor do bilhete.

Passo a avaliar a regularidade formal do processo e das partes.

Consoante exarado pelo MPF o feito em pauta necessariamente requer a participação da INFRAERO, pois cabe a essa empresa pública federal administrar e operar a infraestrutura aeroportuária - seu objetivo institucional, art. 2º da Lei 5.862/72, de forma que controla os painéis de vôos e outros suportes materiais para o desempenho das atividades de informação ao público e assistência material - de sorte que a determinação judicial desse decisor, necessariamente a alcança ex vi o artigo 47 do CPC. Necessária, pois, a sua citação, já devidamente requerida pelo MPF.

Fiel à limitação territorial do pleito de ressarcimento, na redação da Lei 9.494/97, art. 2º, a co-ré Total Linhas Aéreas é ilegítima, pois tal empresa aérea não opera na Capital de São Paulo, de sorte que o pleito indenizatório não a alcança.

Dada a substituição operacional da companhia aérea VARIG, pela empresa VRG Linhas Aéreas S/A, necessária sua inclusão na lide.

Diante da notória crise do sistema aéreo que se instaurou e ainda persiste, parece claro que a situação ora analisada advém de uma somatória de comportamentos inadequados ou até negligentes por parte das rés, sobretudo da União Federal que lamentavelmente limitou investimentos na gestão e modernização das facilidades operacionais dos aeroportos, consoante frisa o relatório do Tribunal de Contas da União. Assim, mantém-se intacto o interesse de agir da ação; inegável, também, a legitimidade passiva da União Federal na presente ação.

A insuficiência do quadro de controladores de vôo contribuiu de maneira decisiva para a crise e, sendo tais funcionários agentes públicos federais, muitos desses servidores diretamente vinculados às Forças Armadas, reforça a responsabilidade da União Federal ao pleito.

O descumprimento de determinações da ANAC é factível e, por óbvio, recai sobre as outras rés, o que não exclui a sua responsabilidade enquanto reguladora e fiscalizadora da atividade aérea civil. Assim, tendo a própria ANAC reconhecido sua função, deve ser excluída qualquer possibilidade de alegação de sua ilegitimidade.

De outro giro, é fato notório, seja na imprensa, seja no dia a dia do usuário de aeroportos, a ausência de informações precisas e confiáveis por parte das empresas aéreas, da INFRAERO quanto aos atrasos de vôos e da efetiva prestação material a qual o usuário tem direito, situação que clama pela legitimidade passiva de todos os réus.

Por outro lado, o regramento para a prestação de assistência material aos passageiros em vôos atrasados é firmado por tratados internacionais, entre esses a Convenção de Chicago e de Montreal, cuja imposição de tais obrigações vem delineada na forma do conteúdo



normativo da Instrução de Aviação Civil nº 2203-0339. Contudo quanto à assistência material, tais normas são insuficientes para determinar a precisa obrigação das companhias aéreas, frente aos usuários, consoante enfatiza o Douto Procurador da República Dr. Alexandre Gravonski em seu parecer.

Deveras, à luz das circunstâncias presentes e dos reiterados atrasos de vôos em nível nacional, o País tem assistido lamentavelmente situação que refoge ao controle das autoridades, de sorte que requer a reanálise institucional e normativa de alguns aspectos da operacionalidade da aviação, entre tais, a efetiva assistência de informação à população, premissa já exigida nas Convenções Internacionais de Aviação e condição inerente ao exercício de cidadania.

Resta, pois, presente a necessidade de se otimizar a normatização a esse respeito, dever-poder da ANAC, consoante expressa a sua lei de criação, Lei 11.182/05, in verbis (grifei): (...)

Ora, diante da normativa escassa sobre o assunto, tenho que a ANAC deverá normatizar o assunto - assistência de informação e material aos usuários dos vôos em atraso - de modo uniforme, estabelecendo padrões mínimos à assistência material, seguindo as diretrizes das Convenções Internacionais de Aviação em que a República Federativa do Brasil é signatária, sobretudo a Convenção de Chicago de 1944 e a Convenção de Montreal de 1999 e Anexos ([www.aerolex.com.br](http://www.aerolex.com.br)); bem como ao Código Brasileiro de Aeronáutica.

Friso que diante da natureza especial do tema, o Código de Defesa do Consumidor representa norma geral, de sorte que só é factível de incidência naquilo que não contrariar as disposições do Código de Aeronáutica e dos Tratados Internacionais, matéria de relevância internacional, cuja natureza do tema sobrepõe-se a normas de caráter local. Ademais, vale o princípio geral de direito *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, lei posterior geral não derroga a anterior especial.

Ora, como o País comprometeu-se a efetivar as diretrizes internacionais de aviação, concretizadas no Código Brasileiro de Aviação, não resta admissível sua derrogação frente a Lei 8.078/90, norma de caráter geral consumerista, pois destoaria dos compromissos internacionais e do campo especial de incidência normativa regrado pelas normas supra apontadas.

Por tal entendimento, indefiro a inversão ao ônus da prova quanto ao pleito indenizatório.

Acolho, pois, parte do pedido dos autores e do Ministério Público Federal, forte no artigo 461 do CPC e 11 da LACP, para determinar a ANAC, que elabore em 15 dias, minuta de resolução dispondo sobre assistência material e prevendo sanções para seu descumprimento, bem como abra o processo legal de consulta e audiências públicas previstos nos artigos 27 e 28 da Lei 11.182/05, de modo que em prazo de 90 dias seja editada e fiscalizada a norma pertinente, seguindo as diretrizes das Convenções Internacionais de Aviação e o Código Brasileiro de Aeronáutica, sob as penas da lei.

Esclareçam as rés, no prazo de 30 dias, mediante proposta conjunta de como assegurarão o direito à informação aos usuários dos aeroportos bem como será procedida a fiscalização do acesso à informação.

Excluo Total Linhas Aéreas da lide.

Cite-se a INFRAERO e a empresa VRG Linhas Aéreas S/A. Providencie-se ainda a citação dos réus ainda não citados. Intimem-se. Expeça-se ofício a Diretoria da ANAC para o cumprimento dessa decisão.

Após o cumprimento da liminar, e apresentação de contestação das rés, designe-se audiência na forma do artigo 331 do CPC.

I. C.

CONCLUSÃO DE 16.07.07:

Fls. 1950: conquanto os autores apresentem, no prazo de 5 (cinco) dias, as peças necessárias para instrução do mandado (8 conjuntos compostos por cópias da inicial e decisão de fls. 1940-1945), citem-se todos os réus, à exceção de GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A, OCEAN AIR LINHAS AÉREAS, PANTANAL LINHAS AÉREAS SUL MATO-GROSSENSSES S/A e VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE, que já contestaram o feito, respectivamente, às fls. 1786-1869, 1267-1431, 1229-1244 e 1568-1718.

Compareça a Dr.<sup>a</sup> Priscila Mafra Bernardes Lenza (OAB/SP 257.494) em Secretaria para retirada da petição de fls. 1923-1937, mediante recibo nos autos, por tratar-se de peça estranha ao processo. Sem o comparecimento, desentranhe-se a petição de fls. 1923-1937 e arquite-se em pasta própria nesta Secretaria.

I. C.”

### **Pedido do agravo de instrumento contra liminar parcialmente deferida**

“a) A concessão de **MEDIDA LIMINAR** destinada a impor às agravadas, desde logo, o dever de prestar assistência material e informativa aos passageiros nos termos colocados no item 6 supra, em substituição à determinação constante na decisão agravada, com o escopo de amparar adequadamente os consumidores que até hoje são indevidamente constrangidos a atrasos e cancelamento de vôos indevidos, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) por passageiro não assistido;

b) Deferida a liminar, a transmissão, via fax, da decisão aos réus, para que desde logo a cumpram;

c) A intimação dos agravados para que, querendo, apresentem resposta;

d) Ao final, o total provimento ao presente recurso, de forma a impor o plano de assistência material e informativa pleiteado no item 6 *supra*, inverter o ônus da prova em favor dos consumidores lesados pelos atrasos e cancelamentos de vôos, para estender os efeitos da liminar a todo território nacional e, por fim, determinar a reinclusão da empresa Total Linhas Aéreas S/A no pólo passivo da Ação Civil Pública.”

**\* Item 6 do agravo de instrumento idêntico ao item 11 da petição inicial.**

### **Liminar deferida no agravo de instrumento**

“Vistos.

Os agravantes interpuseram o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, *rectius*, antecipação de tutela da pretensão recursal, contra a r. decisão de fls. 1940/1945 dos autos da ação civil pública (fls. 430/435 destes autos), ajuizada com o propósito de compelir as agravadas a efetivarem prestação de assistência informativa aos passageiros e à população referente aos vôos e respectivos atrasos, bem como assistência material, consistente em prover alimentação, comunicação telefônica, transporte, hospedagem e devolução do valor dos bilhetes.

A liminar foi deferida parcialmente para determinar à ANAC, que elabore em 15 dias, minuta de resolução dispondo sobre assistência material e prevendo sanções para seu descumprimento, bem como abra o processo legal de consulta e audiências públicas previstos nos artigos 27 e 28 da Lei 11.182/05, de modo que em prazo de 90 dias seja

editada e fiscalizada a norma pertinente, seguindo as diretrizes das Convenções Internacionais de Aviação e o Código Brasileiro de Aeronáutica, sob as penas da lei, bem como para que as agravadas esclareçam, no prazo de 30 dias, mediante proposta conjunta de como assegurarão o direito à informação aos usuários dos aeroportos bem como será procedida a fiscalização do acesso à informação.

Pretendem os agravantes a reforma da r. decisão agravada, pelas razões que aduzem.

A decisão ora prolatada restringe-se à determinação de providências que visam assegurar a prestação de informações adequadas, com níveis crescentes de precisão e celeridade, aos usuários dos serviços de transporte aéreo, dando cumprimento e efetividade às disposições da IAC (Instrução de Aviação Civil) nº 2203/99, que regulamenta a matéria.

Ressalto que foram previamente agendadas e presididas por esta Relatora sucessivas reuniões com a participação de todas as partes que figuram na ação civil pública (cf. listas de presença de fls. 587/587 vº, 642/644), uma vez que a garantia do fluxo de informações adequadas aos usuários, na forma pretendida, depende: (a) da otimização e eficiência da infraestrutura existente e de sua ampliação e aperfeiçoamento, diante das demandas decorrentes do crescimento vertiginoso da aviação civil nos últimos tempos; (b) e da imprescindível atuação conjunta e coordenada de todos os setores, dentro das respectivas esferas de competências e atribuições.

Exposições técnicas sobre o sistema de controle do espaço aéreo brasileiro foram feitas por representantes do DECEA (documento de fls. 645/652), amplas discussões e debates tiveram lugar entre todos os participantes nas reuniões realizadas no edifício desta Corte nos dias 23/08/2007, 03/09/2007 e 17/09/2007; ao final, deliberações e compromissos consensuais foram firmados nas reuniões dos dias 24/09/2007 e 27/09/2007, esta última ocorrida na Procuradoria da República de São Paulo, com a presença de representantes do Ministério Público Federal, da ANAC, INFRAERO, Serviço Regional de Proteção ao Voo de São Paulo (cf. ata de reunião de fls. 643/648).

A INFRAERO reavaliou a viabilidade técnica da implantação de algumas providências na forma e nos prazos assinalados na ata da reunião mencionada (Ofício nº 10053PJGR/2007).

Dos esclarecimentos prestados acerca das atribuições da INFRAERO, ANAC, CGNA (Centro de Gerenciamento da Navegação Aérea) e companhias aéreas, quanto aos aspectos relacionados à disponibilização e repasse das informações e respectivo controle, pode ser dito, de forma resumida, que:

À INFRAERO incumbe a disponibilização dos recursos informatizados e físicos (sistemas de som e imagem); a capacitação das empresas aéreas, quando for o caso, para que possam transmitir aos usuários as informações; o repasse à ANAC das informações necessárias para o acompanhamento e fiscalização da adequada transmissão.

Ao CGNA incumbe a coordenação para manter o fluxo de tráfego aéreo, e detém informações acerca do tráfego aéreo nacional e das restrições ao respectivo fluxo (ex: seqüenciamentos na saída dos aeroportos, prováveis esperas provenientes de excesso de fluxo ou falhas do sistema; restrições devidas às condições meteorológicas; duração provável destas restrições)

À ANAC compete, entre outras atribuições, apurar omissões ou atrasos no repasse das informações pelos órgãos, setores e companhias aéreas na forma abaixo estipulada, bem como providenciar a elaboração e distribuição de cartilhas informativas dos direitos dos usuários dos transportes aéreos e procedimento para as reclamações.

Às empresas aéreas incumbem as providências que constam dos itens 3.1.4 e 3.1.6 da IAC nº 2203/99, entre outros itens que lhes dizem respeito.

Assim, considerando-se: (a) as atribuições acima delineadas; (b) o que foi acordado no prévio processo participativo e integrador desencadeado nas reuniões noticiadas; (c) a

viabilidade técnica da implantação das providências com a infraestrutura atualmente existente; (d) a necessidade de agilização da ampliação e melhoria da infraestrutura atual, determino que sejam implementadas nos prazos respectivos as providências a seguir discriminadas:

I- Pelas empresas aéreas:

1) a informação ao usuário, no momento do check in, sobre a situação do voo (previsão de atraso qualquer que seja a estimativa de tempo); a hora provável do embarque e respectivo portão de embarque; o motivo dos eventuais atrasos (problemas operacionais, condições meteorológicas ou tráfego aéreo);

2) o imediato endosso do bilhete aéreo para o primeiro voo disponível em qualquer companhia aérea, nos casos de comprovada urgência do embarque, em se tratando de atraso ou cancelamento de voo atribuído à companhia;

2.1) as companhias aéreas firmarão, no prazo de 60 (sessenta) dias, acordo disciplinando o endosso dos bilhetes aéreos;

2.2) a disponibilidade de vagas, em situações de emergência, será comunicada entre as companhias aéreas;

3) a atualização das informações sobre a situação do voo na sala de embarque a cada 15 (quinze) minutos, no mínimo, mediante a utilização do sistema de som e sem prejuízo da atualização do painel.

II - Pelos órgãos, setores e companhias aéreas, no âmbito das respectivas atribuições, o compartilhamento imediato das informações sobre a situação dos voos, com a previsão do tempo de atraso ("Atraso mín. 30m", "Atraso mín. 1h", Zh, 3h e 4h ...):

1) Independentemente da compatibilidade dos sistemas eletrônicos e da implantação e operação do Sistema Siso nos aeroportos, determino, de imediato, o compartilhamento das informações detidas, até o presente momento, com exclusividade, pelos diferentes órgãos, setores e companhias aéreas, utilizando-se cada qual dos meios disponíveis e viáveis, com a finalidade de gerar informações adequadas, em tempo real e com possibilidade de cruzamento e controle, acerca da situação dos voos.

2) O CGNA repassará em tempo real à ANAC, à INFRAERO e às empresas aéreas as informações disponíveis sobre restrições ao fluxo de tráfego aéreo diretamente aos seus representantes no CGNA ou por meio telefônico ou eletrônico, de modo a permitir que as empresas possam otimizar suas programações e precisar o máximo possível suas previsões de atraso, pousos e decolagens.

3) As companhias aéreas poderão obter as informações diretamente no próprio CGNA, sendo disponibilizado espaço para os representantes dessas empresas.

III - Pela INFRAERO, a adoção, no prazo de 30 dias, das providências necessárias para que as informações atualizadas sobre a situação do voo, com a previsão do tempo de atraso, sejam disponibilizadas nos painéis, diretamente pelas empresas aéreas, quando o sistema o permitir, ou pela própria INFRAERO, nas demais situações (ex: obtenção de informações de decolagens provenientes do sistema SGTC, confrontadas com a tabela de HOTRAN, mantida pela ANAC);

A Infraero envidará esforços para adotar as providências que viabilizem, no maior número possível de aeroportos, no prazo de 120 dias, a inserção direta e imediata de informações pelas empresas aéreas;

IV - Pela INFRAERO, CGNA e empresas aéreas deverão, desde logo, ser desenvolvidos, aperfeiçoados e agilizados os meios para a geração e disponibilização de relatórios contendo as informações que cada qual é detentor, para fins de controle e cruzamento de informações pela ANAC. Afora o relatório de atrasos, outros relatórios poderão ser solicitados pela ANAC.

V - Pela ANAC, deverá ser providenciada a designação imediata, nos aeroportos de Congonhas e Guarulhos, coordenada pela quarta Gerência Regional, de uma escala de inspetores especificamente incumbidos de apurar omissões ou atrasos no repasse das informações pelos órgãos, setores e companhias aéreas na forma estipulada, elaborando -se relatórios periódicos.

A ANAC deverá providenciar estudos de viabilidade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, para a elaboração e distribuição de cartilhas destinadas aos usuários do transporte aéreo quanto aos seus direitos como passageiro, bem como o procedimento para reclamações;

No prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da presente data serão apresentados a este Juízo recursal, relatórios pela ANAC, INFRAERO, Ministério da Aeronáutica e companhias aéreas, informando as datas da implantação das providências ora ajustadas para cada órgão /entidade, e avaliação quanto ao desempenho no que se refere à prestação de informações.

Nesse período caberão ao Ministério Público Federal e aos autores da ação civil pública acompanhar a avaliação quanto ao desempenho e efetividade das medidas determinadas quanto ao direito à informação, sem prejuízo do encaminhamento do relatório conclusivo por todos os envolvidos para juntada aos autos.

O óbice oposto por qualquer das partes à adoção das providências determinadas deverá ser comunicado a este juízo no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da ciência da dificuldade.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo, com urgência, dispensando-o de prestar informações, nos termos do art. 527, IV, do mesmo Código.

Traslade-se a cópia da presente decisão para os autos dos agravos de instrumento nºs 2007.03.00.086146-0 e 2007.03.00.085606-3.

Intimem-se

São Paulo, 05 de outubro de 2007.

CONSUELO YOSHIDA”

### **Acórdão proferido no agravo de instrumento**

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APAGÃO AÉREO. MEDIDAS ASSISTENCIAIS E INFORMAÇÕES AOS USUÁRIOS DE AEROPORTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

1. A implementação de providências inseridas nos pedidos da ação civil pública no curso da tramitação do feito, longe de caracterizar perda do objeto pela falta superveniente do interesse processual, comprova a utilidade e a necessidade da ação coletiva, e que subsiste até o julgamento definitivo do mérito.

2. Prejudicado o pedido de extensão dos efeitos da liminar a todo o território nacional. A eficácia das decisões judiciais prolatadas nos autos principais e nos autos recursais correlatos estende-se automaticamente a todo o território nacional, considerando-se a extensão nacional das lesões e das ameaças de danos apreciados, e a tramitação da ação civil pública originária no foro da Capital, que é o competente nos termos do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor. Interpretação conjunta do art. 16 da Lei n. 7.347/85 com o art. 93 do CDC.

3. Legitimidade passiva da empresa Total Linhas Aéreas, não sediada neste Estado, para integrar a lide, diante da eficácia automática das decisões prolatadas nestes autos a todo o território nacional.

4. Diversos procedimentos e providências foram adotados nestes autos, considerando-se, em especial, a complexidade da lide, diante das várias partes envolvidas, dependentes da atuação e do desempenho umas das outras para o melhor funcionamento do sistema de transporte aéreo, cientes todos da carência da infraestrutura e da logística, necessárias e compatíveis com o rápido e significativo crescimento do setor mais recentemente.
5. Realização de reuniões com a presença e ampla participação das partes e demais interessados, com resultados promissores na delimitação da esfera de competência e atribuição dos órgãos e setores implicados e com avanços observados no sentido do incentivo ao protagonismo e à integração de todos na gestão participativa da complexa crise dos transportes aéreos e na própria construção do processo decisório.
6. Estabelecidas de comum acordo para cada uma das partes e demais interessados providências visando "assegurar a prestação de informações adequadas, com níveis crescentes de precisão e celeridade, aos usuários dos serviços de transporte aéreo, dando cumprimento e efetividade às disposições da IAC (Instrução de Aviação Civil) nº 2203/99".
7. Fixadas as diretrizes para a elaboração e distribuição, pela ANAC, da cartilha informativa dos direitos dos usuários e procedimento para as reclamações, estabelecendo-se como diretriz e ponto fulcral, a menção expressa, na cartilha, da aplicação também do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), reconhecida amplamente pela jurisprudência. E que o usuário pode exigir o que lhe é assegurado, sem qualquer controvérsia, pela IAC nº 2203/99, cabendo-lhe comunicar à ANAC, para as atuações necessárias, em caso de descumprimento dessas normas, e que o Código de Defesa do Consumidor lhe garante postular perante os órgãos do consumidor, Juizados Especiais e demais instâncias judiciais a proteção mais ampla dos seus direitos.
8. Divulgação, pela ANAC, da Cartilha "Verão no Ar - 2008", "resultado do esforço comum de todos os órgãos, instituições e empresas que participaram das reuniões realizadas no decorrer da instrução do Agravo de Instrumento nº 2007.03.00.085418-2" e elaborada com base nas "normas que regem a Aviação Civil Brasileira, em especial, a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBAer, a Portaria nº 676/GC-5, de 13 de novembro de 2000, que regula as Condições Gerais de Transporte para os vôos domésticos, a Convenção de Montreal, cujo texto prevê as regras para os vôos internacionais, sempre respeitadas as diretrizes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor".
9. Edição pela ANAC, após discussões e deliberações em audiências e consultas públicas, da Resolução n.º 141, de 09/03/2010, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos, cancelamentos e hipóteses de preterição de passageiros.
10. Não é caso de prevalecerem as determinações das decisões anteriormente prolatadas nos autos originários e objeto de impugnação através dos AI nºs 2009.03.00.003123-0, 2009.03.00.002566-6 e 2009.03.00.008684-9, julgados também nesta mesma sessão de julgamento. Situações em que é difícil ou mesmo impossível às empresas aéreas informarem com a antecedência mínima de duas horas do embarque previsto, eventuais atrasos e cancelamentos de vôos, sob pena de multa diária. As empresas estão obrigadas ao cumprimento das disposições da IAC (Instrução de Aviação Civil) nº 2203/99, que regulamenta a matéria, exigindo o Código de Defesa do Consumidor o dever de prestar informação adequada e oportuna. A aplicação, de ofício, de multas pela ANAC, em valores diferenciados a depender das circunstâncias concretas, é a medida mais apropriada.
11. Com relação aos deveres de prestação material devem ser observadas as disposições da superveniente Resolução n.º 141/2010 da ANAC, a partir de sua entrada em vigor, com aplicação de multas pela ANAC, em valores diferenciados, conforme a situação fática apresentada.

12. Incabível a aplicação de multa diária à ANAC em caso de omissão no cumprimento do mister fiscalizatório, incidindo, se for o caso, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF e art. 43 do CC, incidindo as penas do art. 11, II, da Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), como já reconhecido nos autos originários.

13. Para facilitar e agilizar a tramitação dos pedidos de indenização aos usuários nos casos e situações previstos nas normas em vigor, foram implantados os Juizados Especiais nos principais aeroportos brasileiros.

14. Como noticiado pelos meios de comunicação, ainda são recorrentes, com maior ou menor gravidade, e duração e extensão variáveis, os períodos de crise aérea, atribuída a fatores isolados ou a um conjunto de elementos, inclusive estruturais, incumbindo à ANAC, sempre que cabível, a aplicação de multas às empresas aéreas e/ou demais responsáveis, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

15. Agravo de instrumento provido e prejudicados os embargos de declaração da corre GOL Linhas Aéreas.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, restando prejudicados os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de dezembro de 2010.

Consuelo Yoshida

Desembargadora Federal”

A ação civil pública sob análise foi proposta em 2006, em meio ao que foi denominado pela mídia brasileira de “apagão do setor aéreo” deflagrado em 27/10/2006<sup>75</sup>. O episódio ficou caracterizado por uma operação padrão de controladores de voo, denominada “greve branca”, em decorrência do afastamento de oito controladores de voo para investigações de possível falha operacional em acidente aéreo de 29/09/2006<sup>76</sup>. A operação causou atraso nos voos de aeroportos de seis estados brasileiros: Porto Alegre, Rio de Janeiro (Galeão), São Paulo (Congonhas e Guarulhos), Minas Gerais (Belo Horizonte), Paraná (Curitiba e Londrina) e Goiás (Goiânia) e evidenciou problemas estruturais no setor aéreo brasileiro. Os atrasos persistiram durante os meses seguintes e chegavam a situações desesperadoras às vésperas de feriado. Já era rotina dos passageiros não terem qualquer informação sobre o atraso dos voos, permanecerem horas, senão dias esperando a partida nos aeroportos, sem qualquer assistência material, apoio completamente ignorado pelas empresas aéreas<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Apag%C3%A3o\\_a%C3%A9reo\\_de\\_2006](http://pt.wikipedia.org/wiki/Apag%C3%A3o_a%C3%A9reo_de_2006). Consulta em 24/02/2013.

<sup>76</sup> Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL110704-5598-10360,00.html>. Consulta em 24/02/2013.

<sup>77</sup> Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u129039.shtml>. Consulta em 24/02/2013.

Diante desse cenário, a associação civil fonte da pesquisa, juntamente com a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, de São Paulo, e outras duas associações do país, ingressou com demanda coletiva no sentido de requerer a imediata prestação de assistência material e informativa aos consumidores, passageiros do setor aéreo, além da indenização material e moral pelo atraso e cancelamento de voos a ser apurada em liquidação de sentença.

Como se denota da descrição acima dos pedidos, a estratégia desenvolvida na demanda coletiva inaugurou um novo direcionamento das demandas do instituto: a persecução pela sentença mandamental, ou seja, aquela que busca a realização de uma tutela específica de obrigação de fazer dada a omissão do Poder Público, já contendo o comando legal plenamente exequível, dispensando a fase executiva. Não que outras demandas coletivas anteriormente propostas pela associação civil não tivessem atingido a realização de tutelas específicas de obrigação de fazer, porém a demanda analisada caracteriza com mais veemência a **iniciativa** expressa do legitimado, valendo-se precisamente das alternativas trazidas pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso vertente, o pedido não se limitou aos fins reparatórios, mas incluiu exposto pedido preventivo de danos, como denominado na exordial, inclusive especificando como se daria o cumprimento da obrigação de fazer em detalhes, o que permitiu requerê-lo liminarmente.

O entendimento limitado do juízo monocrático a respeito da aplicação secundária do Código de Defesa do Consumidor não diminuiu a surpresa causada no atendimento – não imediato, mas após a oitiva da parte ré, em especial, pela presença de entes públicos no polo passivo – do pedido liminar, determinando a elaboração de minuta de resolução normativa para a assistência material e informativa pela agência reguladora do setor, Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, pela falta, no seu julgamento, de norma específica para o tratamento dos passageiros nas hipóteses de atrasos e cancelamentos de voos.

Ainda não contente com o resultado parcial da concessão da liminar, e perseguindo o resultado imediato embasado na necessidade de tutela específica para proteção dos consumidores do setor aéreo, as partes autoras recorreram ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, almejando a concessão de assistência informativa e material imediata nos termos requeridos.



Dessa demanda, é possível extrair dois pontos de destaque da atuação processual do legitimado e da interação com o Poder Judiciário: melhor aproveitamento da técnica processual disponível em legislação, bem como iniciativas empreendidas pelos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instâncias, considerando que, em primeira instância, foi emitida ordem específica que interfere na agenda regulatória do Estado sem expresse pedido dos autores nesse sentido – o pedido limitou-se a impor às empresas aéreas o **permanente dever** de assistência material e informativa – bem como inaugura nova concepção do Poder Judiciário – nesse caso, em segunda instância – de se “reunir” diversas vezes com as partes da ação – autores e réus – para acompanhar a evolução do cumprimento da ordem emitida. Outra medida de destaque, que caracterizou as iniciativas futuras a esta do instituto pesquisado, é o intuito de tornar a causa de pedir fática o mais próximo do real para sensibilizar o julgador: a descrição de situações fáticas reais que acometem os consumidores que vivenciam pessoalmente os transtornos da omissão do Poder Público ou do descumprimento da lei por parte do fornecedor.

Em segunda instância, a condução do processo notabilizou-se pela realização de audiências públicas que envolviam todos os atores processuais, os quais se muniam de relatórios minuciosos no sentido de demonstrar o cumprimento – no caso dos réus – ou o descumprimento – no caso dos autores – das diversas ordens emanadas do Poder Judiciário, porém também precisaram se manter dispostos a concessões de prazos para adequado cumprimento das obrigações.

Além disso, a ação judicial redundou em efetiva intervenção na agenda regulatória do setor. A Resolução nº 141, de 09 de março de 2010 é resultado específico da propositura da demanda, trazendo disposições expressas sobre assistência material e informativa aos passageiros em casos de atrasos e cancelamentos de voos, em termos bastante semelhantes aos requeridos na exordial<sup>78</sup>, tendo sido precedida de consultas e

---

<sup>78</sup> Dentre as disposições da Resolução, temos:

“Art. 2º O transportador, ao constatar que o voo irá atrasar em relação ao horário originalmente programado, deverá informar o passageiro sobre o atraso, o motivo e a previsão do horário de partida, pelos meios de comunicação disponíveis.

§ 1º O transportador deverá manter o passageiro informado quanto à previsão atualizada do horário de partida do voo.

§ 2º Quando solicitada pelo passageiro, a informação deverá ser prestada por escrito pelo transportador.

Art. 3º Em caso de atraso no aeroporto de partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador deverá oferecer as seguintes alternativas ao passageiro:

I - a reacomodação:

a) em voo próprio que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, na primeira oportunidade;  
b) em voo próprio a ser realizado em data e horário de conveniência do passageiro;

II - o reembolso do valor integral pago pelo bilhete de passagem não utilizado, incluídas as tarifas.

audiências públicas das quais a associação combinou a atuação judicial com a atuação política, característica já adotada de longa data pelo legitimado, qual seja, não se limitar à atuação judicial com a exclusão dos foros políticos ou vice-versa, mas combinar ambas as atuações em busca de resultados mais efetivos na proteção do consumidor.

Com efeito, a medida é histórica, visto que evidencia uma compreensão bastante inovadora do Poder Judiciário na concepção da efetividade da demanda coletiva.

Vale observar que essas demandas tendem a ter um *iter* processual ainda mais lento, não só pela presença de diversos interessados nos polos ativo e passivo da ação, mas muito em razão da condução permanente do processo pelo juiz que determina medidas

---

Parágrafo único. O transportador também poderá oferecer ao passageiro, nas hipóteses deste artigo, a opção de acomodação em voo de terceiro que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino.

Art. 4º Em caso de atraso no aeroporto de escala ou de conexão por mais de 4 (quatro) horas, o transportador deverá oferecer as seguintes alternativas ao passageiro:

I - a acomodação:

a) em voo próprio ou de terceiro, que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, na primeira oportunidade;

b) em voo próprio, a ser realizado em data e horário de conveniência do passageiro;

II - o reembolso:

a) integral, assegurado o retorno ao aeroporto de origem;

b) do trecho não utilizado, se o deslocamento já realizado aproveitar ao passageiro;

III - a conclusão do serviço por outra modalidade de transporte.

Art. 5º O transportador só poderá invocar o prazo de 4 (quatro) horas para adotar as providências de que tratam os arts. 3º e 4º caso não estejam disponíveis medidas para pronta acomodação em voo próprio.

Parágrafo único. Sempre que o transportador já dispuser de estimativa de que o voo irá atrasar mais de 4 (quatro) horas em relação ao horário originalmente previsto, deverá, de imediato, disponibilizar ao passageiro, conforme o caso, as alternativas previstas nos arts. 3º e 4º.

Art. 6º Em caso de atraso, será devida assistência na forma prevista no art. 14.

§ 1º Nos voos com conexão, assim consignados no bilhete de passagem, o transportador que realizar o transporte até o aeroporto de conexão e que, por atraso do voo, der causa à perda do embarque no voo subsequente, deverá providenciar a acomodação do passageiro, bem como proporcionar a assistência prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º Cessará o dever de assistência caso o passageiro opte por qualquer das alternativas contidas nos arts. 3º, incisos I, alínea 'b', e II, e 4º, incisos I, alínea 'b', e II, alínea 'b'.

Art. 7º O transportador deverá informar o passageiro, imediatamente, sobre o cancelamento do voo ou interrupção do serviço e seu motivo pelos meios de comunicação disponíveis.

§ 1º O cancelamento programado de voo e seu motivo deverão ser informados ao passageiro com, no mínimo, 72 (setenta e duas) horas de antecedência do horário previsto de partida.

§ 2º Quando solicitada pelo passageiro, a informação deverá ser prestada por escrito pelo transportador.

Art. 8º Em caso de cancelamento de voo ou interrupção do serviço, o transportador deverá oferecer as seguintes alternativas ao passageiro:

I - a acomodação:

a) em voo próprio ou de terceiro que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, na primeira oportunidade;

b) em voo próprio a ser realizado em data e horário de conveniência do passageiro;

II - o reembolso:

a) integral, assegurado o retorno ao aeroporto de origem em caso de interrupção;

b) do trecho não utilizado, se o deslocamento já realizado aproveitar ao passageiro;

III - a conclusão do serviço por outra modalidade de transporte, em caso de interrupção.

Art. 9º Em caso de cancelamento de voo ou interrupção do serviço será devida assistência na forma prevista no art. 14, exceto nos casos em que o passageiro optar por qualquer das alternativas contidas no art. 8º, incisos I, alínea 'b', e II, alínea 'b'.".

constantes para cumprimento de acordo com os resultados que são apresentados no decorrer do processo. A medida liminar não foi concedida *inaudita altera pars* exatamente em função da presença de entes governamentais no polo passivo, o que, por disposição legal, exige o pedido de informações previamente à concessão de liminar, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.437/1992<sup>79</sup>. A quantidade de réus foi o principal motivador para que somente em 10/07/2007 (data da decisão) houvesse a apreciação do pedido de liminar elaborado na exordial, ensejador de recurso, cuja liminar também foi concedida somente em 05/10/2007, ou seja, 10 meses depois do ajuizamento da demanda houve resultado efetivo inicial do pleito. A resolução normativa, por sua vez, após escuta da sociedade civil, foi publicada somente em março de 2010.

Assim, 10 meses separam o reclame na esfera judicial do resultado prático da demanda, bem como quase 3 longos anos separam a medida inicialmente concedida para a elaboração de normativo específico para regular os direitos do consumidor no setor aéreo no que concerne a atrasos e cancelamentos de voos e a publicação da norma. Por fim, tenha-se que ainda não houve sentenciamento da demanda.

### III.1.4 PLANOS DE SAÚDE

#### **BREVE APRESENTAÇÃO DA DEMANDA**

**Processo** nº 0010245-69.2009.4.03.6100/15ª Vara Federal de São Paulo

**Partes:** Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor x Avimed – Aviccena Assistência Médica Ltda., Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo – Sinamge, Itálica Saúde Ltda., Plano de Saúde Ana Costa Ltda. e Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS

**Data de ajuizamento:** 30/04/2009

**Situação atual do processo:** ainda sem sentença. Liminares deferidas para impor à agência reguladora obrigação de elaborar nova normativa, entre outras obrigações,

---

<sup>79</sup> “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

inclusive aos demais réus. Resultado prático atingido para além das partes em sede de regulação.

### **Pedido inicial**

“Diante do exposto requer:

a. a citação dos Réus por carta, conforme artigo 221, inciso I, combinado com artigo 222 e 230, do CPC, com a urgência que o caso exige, para responder aos termos da presente ação, sob pena de revelia, bem como a aplicação dos benefícios previstos no artigo 172, § 2º, do Código de Processo Civil;

b. sejam concedidos, *inaudita altera pars*, os pedidos liminares, acima especificados, quais sejam:

Para determinar que a Ré Avimed, desde já, garanta:

b.1. garanta a assistência à saúde dos seus consumidores, incluindo atendimento médico em toda a rede credenciada contratada.

b.2. garanta o funcionamento do atendimento telefônico e pessoal da operadora, até que seja autorizada pela ANS e concretizada a transferência de sua carteira para uma outra empresa.

Por sua vez, deverá a ANS ser instada a:

b.3. fiscalizar devidamente e garantir que a Avimed Saúde cumpra os itens a e b;

b.4. informar adequada e amplamente os consumidores, através de variados veículos de comunicação, sobre todos os fatos relacionados à transferência da carteira da Avimed Saúde;

b.5. fiscalizar e punir as operadoras que descumprirem a legislação no procedimento de transferência compulsória da carteira da Avimed;

b.6. promover a possibilidade dos consumidores ligados à operadora portarem suas carências para outras empresas, independentemente da data de pactuação do contrato de plano de saúde, medida que poderá retirar-lhes desta difícil situação em que se encontram;

b.7. possibilitar a participação e o acompanhamento de todas as etapas, reuniões e decisões relativas ao processo de transferência para outra operadora de um grupo de associados da Avimed.

c. seja a presente ação julgada PROCEDENTE, com a condenação:

c.1. confirmar o pedido de antecipação de tutela nos termos anteriormente requeridos;

c.2. da Ré Avimed Saúde a manter a assistência à saúde dos seus consumidores, incluindo atendimento médico em toda a rede credenciada contratada, e o atendimento telefônico e pessoal da operadora, até que seja autorizada pela ANS e concretizada a transferência de sua carteira para uma outra empresa, bem como a indenizar seus consumidores pelos danos sofridos;

c.3. da Ré ANS a fiscalizar a manutenção da assistência à saúde por parte da Avimed Saúde e a transferência regular da carteira desta operadora; e

c.4. das Rés Avimed Saúde e ANS a indenizar os consumidores da Avimed pelos danos sofridos, nos termos do art. 95 do CDC, bem como ao pagamento de honorários periciais e advocatícios e despesas processuais decorrentes da sucumbência.”

### **Decisão liminar (deferimento em parte)**

“Presentes, pois, os requisitos necessários à concessão da liminar, consubstanciados no *fumus boni juris*, na forma acima reconhecida, bem como no *periculum in mora*, na medida em que se a ação cuida dos direitos fundamentais à saúde e à vida, cuja proteção não pode aguardar a solução final do processo. Diante do exposto, DEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR para determinar: I-) à Avimed Saúde - Aviccena Assistência Médica Ltda. que a-) garanta a assistência à saúde dos seus consumidores, incluindo o atendimento médico em toda a rede credenciada contratada; e b-) garanta o funcionamento do atendimento telefônico a pessoal, até que seja autorizada pela ANS e concretizada a transferência de sua carteira a outra pessoa jurídica; II-) à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que proceda à fiscalização do cumprimento do que foi determinado nos itens a e b acima. Para assegurar o cumprimento que foi acima determinado à Avimed Saúde - Aviccena Assistência Médica Ltda., fixo, ex vi do disposto no art. 461 do Código de Processo Civil c.c. art. 12 da Lei 7.347/85, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a multa diária em caso de descumprimento desta decisão. Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 92 do Código de Defesa do Consumidor. Publique-se o edital a que alude o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Citem-se. Intimem-se. Adote a Secretaria as providências de praxe para verificação das possíveis prevenções apontadas pelo SEDI às fls. 143/146, eis que em face da urgência na apreciação da presente medida, não foram devidamente constatadas.”

#### **Aditamento do pedido inicial e novos requerimentos liminares**

“Por todo o exposto, requer seja aditada a inicial, para que sejam acrescidos a esta demanda as novas razões de fato e de direito ora narrados, bem como o pedido para que sejam anulados a oferta pública da carteira da Ré Avimed, bem como todos os atos que a ela se seguiram, inclusive a oferta de novos contratos aos consumidores integrantes desta carteira pela Itálica Saúde e pela Ana Costa Saúde.

E, ainda, requer, em caráter liminar, que:

- a) seja imediatamente suspensa a oferta pública da carteira da Ré Avimed, bem como todos os atos que a ela se seguiram, inclusive a oferta de novos contratos aos consumidores integrantes desta carteira pela Itálica Saúde e pela Ana Costa Saúde; e
- b) seja determinado à Ré ANS que defina novo procedimento para assegurar a transferência dos usuários da Ré Avimed para empresas com reconhecida capacidade de garantir assistência à saúde e com transparência; ou, alternativamente
- c) seja suspenso, ou ao menos prorrogado, o prazo para os consumidores aderirem aos novos contratos ofertados pela Itálica Saúde e pela Ana Costa Saúde, que se encerrará em 19/06/2009.
- d) seja permitida a portabilidade de carências dos consumidores ligados à operadora da Avimed para outras empresas, independentemente da data de pactuação do contrato de plano de saúde, conforme já asseverado na petição inicial e também em posteriores embargos declaratórios ainda não apreciados.

#### **Deferimento do aditamento e do pedido de liminar**

“Diante do exposto, DEFIRO EM PARTE A LIMINAR, para determinar à Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no prazo de 10 (dez) dias, proceda à regulamentação

da opção de contratar plano privado de assistência à saúde de escolha dos beneficiários, sem a obrigatoriedade de cumprimento de novos períodos de carência.

Para assegurar o cumprimento que foi (...) à Agência Nacional de Saúde Suplementar, fixo, *ex vi* do art. 461 do Código de Processo Civil c.c. art. 12 (...), em R\$ 5.000 (cinco mil reais) a multa diária em caso de descumprimento desta decisão.

Considerando que os novos pedidos em questão afetarão diretamente a Itálica Saúde e a Ana Costa Saúde, requer sejam estas operadoras incluídas no pólo passivo da demanda”

**Aditamento da decisão que deferiu o último pedido liminar  
após requerimento para que a agência reguladora incluísse  
a portabilidade de carência parcial temporária**

“A decisão que deferiu a liminar, às fls. 409/417, determinou à Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no prazo de 10 (dez) dias, regulamentasse a opção de contratação de plano privado de assistência à saúde de escolha dos beneficiários da AVIMED, sem a obrigatoriedade de cumprimento de novos períodos de carência. Em cumprimento à decisão, a ANS fez publicar a Resolução 194/09, estabelecendo a garantia de contratação de outros planos privados de assistência à saúde, sem o cumprimento de novos períodos de carência. Contudo, segundo definição constante da Resolução Normativa nº 186, de 14 de janeiro de 2009, portabilidade de carência ‘é a contratação de um plano privado de assistência à saúde com registro de produto na ANS na mesma ou em outra operadora, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei 9.656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária.’ Desta forma, a fim de que se dê completo cumprimento ao que ficou estabelecido na decisão de fls. 409/417, adito à decisão liminar para determinar à ANS que, no prazo de 10 (dez) dias, regulamente a opção de contratação de plano privado de assistência à saúde de escolha dos beneficiários da AVIMED, sem a obrigatoriedade de cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Intimem-se, com urgência.”

Com o fim de contextualizar os requerimentos da ação, é preciso trazer, a título de histórico, as informações fáticas que antecederam à decisão pelo ajuizamento da ação civil pública.

A operadora de planos de assistência à saúde Avimed na ação é sucessora de outras operadoras que foram à bancarrota (Interclínicas e Saúde ABC) e, antes de encerrarem suas atividades, tiveram suas carteiras de conveniados adquiridas pela primeira. Os seus usuários passaram a relatar negativa de atendimento dos prestadores da operadora sob a alegação de falta de pagamento desta pelos serviços prestados e o descredenciamento de profissionais sem a sua substituição. A ação, de 2009, relata que a operadora ré já enfrentava dificuldades financeiras de conhecimento da agência reguladora do setor –

Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – desde 2007, ano em que foi campeã de reclamações de consumidores conforme indicadores de órgãos públicos voltados à defesa e proteção do consumidor. Relata, ainda, que em abril do ano seguinte a agência reguladora do setor instaurou regime de direção fiscal e técnica na ré<sup>80</sup>. No início do mês de março de 2009, a ANS decretou alienação compulsória da carteira<sup>81</sup> e, em 19/03/2009, outra operadora – Itálica Saúde – protocolou proposta de aquisição da carteira daquela, aceita pela ANS. No entanto, a operadora adquirente estava mal avaliada pela agência reguladora e já havia passado, também, por regime de direção fiscal e técnica. No mês seguinte, a agência voltou atrás na sua decisão, mas também não deu solução aos consumidores conveniados à Avimed, que permaneciam sem atendimento médico.

Esse histórico, corroborado pelo testemunho de consumidores, associados ou não, que procuraram pessoalmente a associação civil fonte de pesquisa, os quais foram transcritos na exordial, fundamentou pedidos que levaram à intervenção judicial na esfera regulatória do Poder Executivo, por meio de medidas de tutela específica, seguindo a mesma estratégia da ação coletiva colacionada acima.

A exordial requereu que a operadora Avimed prestasse adequadamente assistência médica a todos os seus consumidores, garantindo atendimento em toda a rede credenciada e adequado atendimento telefônico e pessoal na operadora até a concretização da transferência da sua carteira à outra operadora, a fiscalização da manutenção da assistência pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e a condenação à reparação dos danos sofridos pelos consumidores.

---

<sup>80</sup> Resoluções Operacionais nº 518 e nº 520. A então vigente Resolução Normativa nº 52/2003 determinava que a direção fiscal poderia ser instalada quando ocorresse: 1) atraso contumaz no pagamento aos prestadores; 2) desequilíbrio atuarial da carteira; 3) evasão excessiva de beneficiários; 4) rotatividade da rede credenciada ou referenciada; 5) totalidade do ativo em valor inferior ao passivo exigível; 6) insuficiência de recursos garantidores, em relação ao montante total das provisões técnicas; 7) não apresentação, não aprovação ou não cumprimento do Plano de Recuperação; 8) obstrução ao monitoramento da capacidade técnico-operacional ou da situação econômico-financeira que possa vir a colocar em risco a qualidade e a continuidade do atendimento à saúde. No caso de direção técnica, os motivos ensejadores seriam 1) não atingimento de metas qualitativas e quantitativas no procedimento de Revisão Técnica autorizado pela ANS; 2) desequilíbrio atuarial da carteira, refletindo na queda da qualidade da rede assistencial; 3) demasiada evasão de beneficiários em função da perda da credibilidade da operadora; 4) rotatividade injustificada da rede credenciada ou referenciada, trazendo como consequência a queda da qualidade; 5) criação de óbices ao acesso dos beneficiários; e 6) alteração da segmentação assistencial do produto sem a autorização do beneficiário. Ela foi revogada pela Resolução Normativa nº 316/2012.

<sup>81</sup> Providência que pode ser adotada quando não surtirem efeito as medidas determinadas para sanar irregularidades ou nas situações que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira, conforme previsão no artigo 24 da Lei nº 9.656/1998 e artigo 4º, inciso XXXV, da Lei nº 9.961/2000.

<sup>82</sup> Resolução Operacional nº 599.

Em pedido para aditamento da inicial diante de fatos novos que impossibilitariam a efetividade da antecipação da tutela<sup>83</sup>, foi requerida a criação de opção de portabilidade especial por meio de regulação normativa, ou seja, para além da portabilidade de contratos de planos de saúde já vigente à época dos fatos e que contava com restrições de ordem temporal, limitando o seu exercício a meses específicos no ano relacionados ao mês de contratação do plano (aniversário), o que proibiria, no caso vertente, o aproveitamento da regra por grande parcela dos usuários do plano de assistência à saúde. A portabilidade atenderia exatamente os consumidores beneficiários da Avimed de modo que eles não tivessem que cumprir novos períodos de carência.

Observe-se que, neste momento, inaugura-se nova percepção do legitimado, já possibilitada na ação judicial anteriormente analisada – porém, não provocada por ele, como no caso vertente – na tentativa de interferir diretamente na agenda regulatória do agente regulador do setor. Dada, também, a omissão, inércia ou morosidade do agente do Poder Público na regulamentação do setor de modo a garantir a proteção da parte vulnerável da relação, cuja vulnerabilidade salta aos olhos – e se transforma em hipervulnerabilidade<sup>84</sup> – diante do contexto de concreta falta de atendimento e negativa de cobertura, ferindo a garantia de usufruto e salvaguarda do direito à saúde, avaliou-se que seria motivo suficiente para, nessa situação excepcional, exigir a intervenção de outro poder na esfera de prerrogativas do poder competente para a adoção de medidas não destinadas à solução particular e de natureza coercitiva ou punitiva, mas destinadas à regulação do mercado e de natureza preventiva.

Com o deferimento do pedido liminar, a ANS editou a Resolução Normativa nº 194/2009 em atendimento exclusivo ao determinado na ação civil pública. Entretanto, como resultado, antes do sentenciamento que, até o momento, não ocorreu, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou norma para a portabilidade especial,

---

<sup>83</sup> A ANS, após ter vedado a aquisição da Avimed pela Itálica, autorizou a aquisição da carteira daquela por esta e por outra operadora que passou a integrar o polo passivo da demanda (Ana Costa), não ofertando ao consumidor qualquer direito de escolha a não ser aderir a uma das duas novas empresas ou perder a cobertura do plano de saúde, visto que a Avimed teria declarada sua liquidação extrajudicial.

<sup>84</sup> A vulnerabilidade é princípio basilar do direito do consumidor e condição *sine qua non* para a sua efetivação. Esse princípio decorre do princípio maior da igualdade, do qual, por sua vez, contém a ideia não só da igualdade, mas da desigualdade entre os sujeitos. Enquanto aquela é analisada em uma visão macro do homem e da sociedade, esta se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas. A vulnerabilidade, no entanto, como noção mais flexível e subjetiva, não necessita da comparação entre sujeitos, como explica Claudia Lima Marques (*in: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., pp. 197-199), mas constitui mais um estado da pessoa, inerente de risco ou sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, desequilibrando a relação. A hipervulnerabilidade, por sua vez, é admitida na jurisprudência pátria (vide Recurso Especial nº 586.316/MG), quando se tem como sujeito a criança e o idoso, o doente ou aquele com necessidades especiais.



estendendo o entendimento outrora pleiteado na ação civil pública a todas as situações em que se verifique o insucesso da transferência compulsória de carteira, sem a necessidade de cumprimento de novos períodos de carência, nem parciais temporárias<sup>85</sup>.

As principais estratégias adotadas foram:

- 1) a escuta de consumidores para embasar os aspectos fáticos da demanda coletiva, atribuindo maior veracidade às alegações pela via casuística: a associação civil reuniu-se com diversos consumidores, associados ou não, que detinham interesse pessoal na questão fática a ser defendida em ação civil pública. Tais relatos foram transcritos na exordial no intuito de sensibilizar o julgador na concessão das medidas satisfatórias;
- 2) o pedido de antecipação de parte de tutela requerida ao final, no intuito de atribuir resultado prático à ação civil pública, mas também resultado célere: separação clara dos diversos requerimentos e pedido de antecipação para aqueles que não têm natureza pecuniária – sobre os quais existe bastante receio e resistência do magistrado em conceder antecipadamente pelo risco “econômico” que uma demanda coletiva proporciona ao réu;
- 3) requerimentos de controle do Poder Judiciário na formulação de políticas reguladoras das relações de consumo em face da inércia do Poder competente, o que exige o ingresso do Estado no polo passivo e, portanto, a mudança de competência do órgão judiciário, assim como o prolongamento do prazo para julgamento da demanda; e,
- 4) oportunidade de viabilizar pedidos liminares durante a demanda, de acordo com o dinamismo dos fatos que envolveram o inicial ajuizamento da ação, permitindo ao Poder Judiciário um acompanhamento da regularidade das medidas determinadas e eventuais alterações e complementos para dar efetividade ao direito que se quer assegurar, garantido, evidentemente, o contraditório e a ampla defesa.

---

<sup>85</sup> Resolução nº 252, de 28 de abril de 2011.

### III.1.5 QUALIDADE DA INTERNET BANDA LARGA

#### BREVE APRESENTAÇÃO DA DEMANDA

**Processo** nº 0000952-41.2010.4.03.6100/6ª Vara Federal de São Paulo

**Partes:** Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor x Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, Telefonica Brasil S/A, Net São Paulo Ltda., Brasil Telecom S/A, Telemar Norte Leste S/A

**Data de ajuizamento:** 15/01/2010

**Situação atual do processo:** ainda sem sentença. Liminares deferidas para impor às empresas ré s alteração da publicidade veiculada sobre internet banda larga e permitir a rescisão contratual a pedido do consumidor ainda no período de fidelidade, sem incidência da multa. Audiência de conciliação, realizada em 01/09/2011, convertida em diligência com o fim de tentativas de acordo para a redação da frase publicitária e da nova cláusula contratual. Tratativas de acordo ainda não concluídas.

#### **Pedido inicial**

“Diante do exposto requer-se:

I. a citação das Ré s por carta, conforme artigo 221, inciso I, combinado com artigo 222 e 230, do Código de Processo Civil, com a urgência que o caso exige, para responder aos termos da presente ação, sob pena de revelia, bem como a aplicação dos benefícios previstos no artigo 172, § 2º, do Código de Processo Civil;

II. sejam concedidos, inaudita altera pars, os pedidos liminares, acima especificados, quais sejam:

II.1. relativamente às Ré s Telefonica, Net São Paulo, Brasil Telecom e Telemar:

a. garantam que na publicidade e em qualquer tipo de oferta (televisiva, impressa, rádio, *site*) de pacotes de acesso e tráfego de banda larga, fornecidos por seus produtos de internet banda larga, haja a divulgação da efetiva velocidade que os consumidores poderão usufruir no serviço prestado sob pena de, não o fazendo dentro do prazo de 30 dias – exceto para a publicidade veiculada em *site* oficial das ré s, cujo prazo requer-se seja de 48 horas - , serem impedidos de continuar com qualquer publicidade ou oferta e de terem suspensa a comercialização do serviço de acesso de banda larga;

b. a possibilidade de rescisão contratual, ainda que o contrato esteja no período de fidelidade, sem imposição de multa ao consumidor, em virtude de vício de serviço pelas Ré s;

c. por fim, a incidência de multa diária, a ser definida a critério desse MM. Juízo, em caso de descumprimento da liminar eventualmente indeferida.

II.2. com relação à Anatel:

a. fiscalização do cumprimento da cessação da publicidade e da oferta nos termos do pedido anterior, sob pena de imposição de multa diária, a ser definida a critério desse MM. Juízo.

III. seja a presente ação julgada PROCEDENTE, com a condenação para:

III.1. Relativamente às Co-Rés Telefônica, Net, Brasil Telecom e Telemar:

a. confirmar o pedido de antecipação de tutela nos termos anteriormente requeridos;

b. declarar nula a cláusula contratual que proporciona a variação unilateral da prestação do serviço, dada a sua abusividade;

c. determinar a elaboração de cláusula nos contratos que garanta a informação da velocidade efetiva atingida mensalmente nas faturas ou sempre que o consumidor solicitar;

d. determinar a cobrança de valor exatamente proporcional a referida velocidade real de acesso e tráfego de dados;

e. determinar a possibilidade de rescisão do contrato sem imposição de multa ao consumidor, em virtude de conduta ilícita perpetrada pela Ré;

f. determinar a devolução dos valores pagos a mais relativamente aos valores cobrados, contemplando-se a revisão contratual nos moldes do artigo 20, III do Código de Defesa do Consumidor.

III.2 No que pertine à Anatel

a. determinar a reformulação dos contratos consoante às regras de defesa e proteção das relações de consumo, subsidiariamente complementada com as regras específicas do setor (Resolução 272 ou outra posterior), em especial para garantir ao consumidor, na oferta publicitária e no contrato, o acesso à informação da velocidade efetiva atingida e a cobrança proporcional ao serviço prestado;

b. fiscalizar o cumprimento da oferta formulada e o afastamento das cláusulas contratuais abusivas, nos termos desta demanda.”

### **Decisão liminar (deferimento em parte)**

“Diante do exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PRETENDIDA**, para determinar aos réus TELEFÔNICA - TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO, NET SÃO PAULO LTDA, BRASIL TELECOM S.A e TELEMAR NORTE LESTE S.A, a inclusão, em todas as ofertas publicitárias, da ressalva de que a velocidade anunciada de acesso e tráfego na Internet é a máxima virtual, podendo sofrer variações decorrentes de fatores externos, sob pena de suspensão da publicidade e da comercialização do serviço até que seja realizada a devida adequação, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Determino ainda aos mesmos réus isentarem da multa contratual os consumidores que rescindirem os contratos em razão da lentidão do serviço contratado, ainda que no período de fidelidade, sob pena de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada usuário. Intime-se o Ministério Público Federal, dando ciência da propositura desta ação e de todos os atos já praticados. Citem-se os réus para a apresentação de contestação.”

### **Oposição de embargos declaratórios pelo autor em face da decisão liminar**

“Consoante às razões apresentadas, requer-se o recebimento dos presentes embargos para acolhê-los em virtude da omissão e da obscuridade suscitadas, sanando-as, para que haja:

(i): a determinação de que a oferta/publicidade no site seja alterada em 48 (quarenta e oito) horas; e

(ii): a aposição, em letra que receba fonte do mesmo tamanho do que a oferta veiculada, a advertência de que “*a velocidade anunciada de acesso e tráfego na Internet não corresponde à velocidade contratada, podendo sofrer variações decorrentes de fatores externos*”, com as ressalvas para os seguintes veículos:

a) nas peças publicitárias televisivas, que a advertência permaneça nas condições já mencionadas durante todo o tempo em que a publicidade é veiculada; e,

b) nas peças publicitárias radiofônicas, que a advertência seja transmitida ao final da veiculação da publicidade.”

### **Decisão dos embargos de declaração para complemento da liminar**

“Assim, acolho os embargos declaratórios opostos pelo IDEC para substituir a expressão velocidade máxima virtual por velocidade nominal máxima, complementando ainda a decisão anterior, para determinar que a advertência seja fixada de modo claro e facilmente perceptível pelo consumidor, com a utilização da letra com fonte no mesmo tamanho que a oferta veiculada. Nas peças publicitárias televisivas a advertência deve permanecer legível durante todo o tempo em que a publicidade é veiculada, e nas peças publicitárias radiofônicas, a advertência deve ser transmitida ao final da veiculação da publicidade. Acolho também os embargos opostos pelo autor IDEC para reconhecer a omissão quanto ao prazo de alteração da oferta/publicidade divulgada nos sites dos réus. Foi formulado pedido para que tal alteração ocorra em 48 horas, e nos demais veículos de publicidade no prazo de 30 dias. Em que pese as alegações do IDEC e a manifestação do Ministério Público Federal, reputo o prazo de 48 horas insuficiente para a providência determinada. Fixo, assim, o prazo de dez dias para que os réus providenciem a alteração nos seus respectivos sites, nas condições acima especificadas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00. Quanto à alegação de que o efetivo cumprimento da liminar depende da fiscalização pela ANATEL, mantenho a decisão anterior pelos seus próprios fundamentos. Diante do exposto, acolho parcialmente os embargos e declaro a decisão liminar, cujo dispositivo passa a ter a seguinte redação: Diante do exposto, DEFIRO PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PRETENDIDA, para determinar aos réus TELEFÔNICA - TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO, NET SÃO PAULO LTDA, BRASIL TELECOM S.A e TELEMAR NORTE LESTE S.A, a inclusão, em todas as ofertas publicitárias, da ressalva de que a velocidade anunciada de acesso e tráfego na Internet é a nominal máxima, podendo sofrer variações decorrentes de fatores externos, sob pena de suspensão da publicidade e da comercialização do serviço até que seja realizada a devida adequação, no prazo de 10 (dez) dias nos respectivos sites e no prazo de 30 (trinta) dias nos demais veículos publicitários, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A advertência deve ser fixada de modo claro e facilmente perceptível pelo consumidor, com a utilização da letra com fonte no mesmo tamanho que a oferta veiculada. Nas peças publicitárias televisivas a advertência deve permanecer legível durante todo o tempo em que a publicidade é veiculada, e nas peças publicitárias radiofônicas, a advertência deve ser transmitida ao final da veiculação da publicidade. Determino ainda aos mesmos réus isentarem da multa contratual os consumidores que rescindirem os contratos em razão da lentidão do serviço contratado, ainda que no período

de fidelidade, sob pena de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada usuário. No mais, persiste a decisão tal como lançada. Int.”

O caso ora analisado caracteriza-se por mais uma inovação na técnica para a propositura de ações civis públicas empreendidas pelo legitimado. A experiência na atuação judicial e, ao mesmo tempo, no que concerne aos serviços regulados, na sua participação nos fóruns oficiais de discussão da agenda e do conteúdo regulatório vem possibilitando ao legitimado a percepção de como trabalhar em conjunto com a equipe responsável pela representação institucional no foro político e com a equipe responsável pelo ambiente judicial.

Também levou à percepção dos cuidados necessários ao incluir nas demandas o Estado – ponderando as suas prerrogativas legais e os receios dos órgãos jurisdicionais na concessão de medidas antecipatórias ou cautelares – e pleitos que interfiram na agenda regulatória de determinado setor econômico.

Na ação sob análise, a primeira estratégia notável é a dissociação do conteúdo dos requerimentos finais – sobre os quais existem bastante receio e resistência do magistrado em conceder antecipadamente pelo risco “econômico” que uma demanda coletiva proporciona ao réu – daqueles liminares, sem que isso resulte na incompatibilidade dos pedidos ou do objeto da lide. Do mesmo modo, por vezes, “poupa-se” o poder estatal dos pedidos de cumprimento, ao menos pela via judicial, de obrigações, principalmente as regulatórias – limitando-se àquelas de cunho fiscalizatório – com o fim de viabilizar a imediata concessão da liminar – dispensando a aplicação da Lei nº 8.437/1992 – contra as entidades privadas.

Além disso, outra estratégia que ganha força é a concentração de pedidos com resultados mandamentais, sendo cada vez menor o espaço para os pedidos com fim exclusivamente ressarcitório. Estes têm cada vez menos importância, sempre visando a um resultado mais efetivo, ainda que não sejam abandonados.

Todavia, por maior que seja o objetivo da efetividade, o legitimado ainda esbarra no óbice do insistente descumprimento de decisões judiciais por parte dos réus – e inércia do magistrado para impingir, pela adoção de meios executivos alternativos, o cumprimento da obrigação deferida – bem como se vê pouco aparelhado para impedir a conduta protelatória dos réus em diversas oportunidades, em especial, no período de

composição<sup>86</sup>. Veja-se que as tratativas tiveram início desde a realização de audiência de conciliação em setembro de 2011 e, passado mais de um ano, essa fase ainda não foi concluída, ou seja, não há nenhuma composição sobre o texto publicitário ou o novo texto da cláusula contratual objeto da lide.

Por outro lado, na esfera administrativa, já está em vigor a Resolução nº 574/2011, que aprovou o Regulamento de Gestão de Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia, que guarda plena identidade com o objeto da demanda coletiva, estipulando prazos e percentuais mínimos e médios para a velocidade de conexão à internet banda larga<sup>87</sup>.

No caso em tela, a efetividade da demanda é de difícil mensuração e dada a morosidade para a sua solução amigável, pode-se afirmar que ela resta, mesmo, comprometida.

---

<sup>86</sup> Nesse aspecto, a insistência em não cumprir com a obrigação imposta pelo juízo chama ao dever o próprio juiz de adequar medidas processuais à necessidade do direito material que permanece sendo violado. Ao legitimado, por sua vez, resta valer-se da execução da *astreintes*, ainda que interlocutória, processada na forma definitiva, como medida aceita na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (ver Agravo Regimental no Recurso Especial nº 724.160/RJ, Recurso Especial nº 885.737/SE e Recurso Especial nº 1.098.028/SP, exemplificativamente).

<sup>87</sup> Conforme artigos 16 e 17 do Regulamento, com eficácia a partir de novembro de 2012, haverá uma escala de prazos para atingir o mínimo de 40% e a média de 80% da velocidade contratada no período de maior tráfego ao final de 36 meses do início da vigência do regulamento (outubro de 2011):

“Art. 16. Durante o PMT, a Prestadora deve garantir uma velocidade instantânea de conexão, tanto no *download* quanto no *upload*, em noventa e cinco por cento dos casos, de, no mínimo:

I - vinte por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme estabelecido no art. 46 deste Regulamento;

II - trinta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo; e

III - quarenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.

Art. 17. Durante o PMT, a Prestadora deve garantir uma velocidade média de conexão, tanto no *download* quanto no *upload*, de, no mínimo:

I - sessenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme estabelecido no art. 46 deste Regulamento;

II - setenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo; e

III - oitenta por cento da velocidade máxima contratada pelo Assinante, a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.”

## **III.2 INSTITUTOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PROBLEMÁTICOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA EXECUÇÃO COLETIVA NO PODER JUDICIÁRIO**

Dado que se partiu da pesquisa empírica para o estabelecimento dos problemas enfrentados pelos legitimados à ação coletiva, a seguir têm-se quais são essas questões mais sensíveis na atuação judicial e como a doutrina se coloca diante de tais problemas.

Além disso, é possível afirmar que a jurisprudência acompanhou a *mens legis* na interpretação da lei? Valeu-se dos ensinamentos doutrinários, na maioria das vezes, ao menos nessa temática, formulados por aqueles estudiosos que contribuíram diretamente na elaboração da lei? E os legitimados, como têm enfrentado eventuais limitações jurisprudenciais e como “encaram” a interpretação doutrinária a respeito dos assuntos que lhe afetam na consecução de seus objetivos institucionais?

### **III.2.1 LEGITIMIDADE**

Nos primórdios da disciplina da tutela coletiva no direito brasileiro, a legitimidade de entidades públicas e privadas sempre foi um dos maiores desafios a viabilizar o acesso ao Poder Judiciário das demandas na defesa de interesses difusos e coletivos.

A doutrina sempre foi mais ousada, vanguardista e visionária do que o Poder Judiciário no exercício dos seus agentes. Isto é de se esperar, pelo próprio dinamismo e movimento do sistema político e do sistema jurídico. Este age para garantir direitos, na tomada de decisões jurídicas, e é alimentado das premissas advindas das decisões coletivas tomadas por aquele<sup>88</sup>. A contribuição para a tomada de decisões coletivas é feita a partir dos anseios da sociedade e a doutrina – como detentora de conhecimento especializado – está entre as fontes para a tomada das decisões coletivas,

---

<sup>88</sup> Trazer a comparação entre sistema jurídico e o sistema político, alimentando-se da Teoria dos Sistemas trabalhada por Campilongo em diversas oportunidades de palestras e artigos (*in: O Direito na Sociedade Complexa*, p.78) justifica-se na medida em que se compreende as limitações do sistema jurídico, referindo-se àquele que tem a obrigação de decidir, ao mesmo tempo em que a sociedade anseia por normas e decisões que reflitam as noções de participação, solidariedade e acesso à justiça, sendo os teóricos do direito, ao mesmo tempo, integrantes dessa sociedade e tradutores desses anseios, que acabam por trabalhar com o sistema político para que leis sejam aprovadas.

traduzindo tais anseios<sup>89</sup>. O sistema jurídico age quando existe o conflito e, portanto, precisar aguardar a adequação da lei. A função de garantir expectativas normativas quando é provocado para tanto exige do referido Poder um lapso temporal para a evolução do entendimento pretoriano.

Ainda em 1982, Kazuo Watanabe<sup>90</sup> – antes da vigência da Lei da Ação Civil Pública e da aprovação da Constituição Federal de 1988 – já vislumbrava a possibilidade de legitimação para agir às associações organizadas para a defesa de interesses difusos, pelas disposições da Carta Constitucional então vigente relativas ao estímulo à criação de sindicatos e associações e ao estímulo à solidariedade e que asseguravam, assim, os instrumentos para a consecução dos fins perseguidos, inclusive mediante o acesso ao Poder Judiciário. Além disso, já antevia, em algumas normas já vigentes, a concepção presente em leis materiais (Código Civil e leis civis extravagantes) sobre a possibilidade de qualquer representante de uma classe exigir o cumprimento de uma obrigação indivisível ou, ainda, a faculdade conferida a entes despersonalizados de representar interesses em juízo (como o condomínio).

A lacuna sobre a legitimação para agir de entidades públicas e privadas na defesa de interesses difusos e coletivos veio a ser preenchida em 1985 com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública. A opção legislativa, neste caso, em observância à lição de Mauro Cappelletti<sup>91</sup>, adotou uma posição mista e heterogênea ao reconhecer legítimos órgãos públicos e entes privados – corpos intermediários, aptos a compartilhar o poder com o Estado – e, excepcionalmente, o cidadão<sup>92</sup>, complementando a Lei nº 4.717/1965 a legitimação no microsistema da tutela coletiva.

---

<sup>89</sup> Preciosa observação de Barbosa Moreira nesse sentido: “Não colhe, pois, invocar a primazia da vontade política para recusar valor à atuação dos juristas, como tais, nos programas de reforma. Os dois elementos são igualmente necessários, e devem conjugar-se. Aquele pode, aliás, se suscitado, em certa medida, por esta: não foi uma, nem duas vezes, na história do direito em geral, e do processo particular, o clamor partido da doutrina conseguiu fazer-se ouvir nas instâncias políticas e incitá-las à ação.” (*in*: Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Temas de Direito Processual*. VI Série. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 20-21)

<sup>90</sup> Em conferência proferida em 02 de dezembro daquele ano na Faculdade de Direito de São Paulo, transcrita na obra *A Tutela dos Interesses Difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, pp. 85-97.

<sup>91</sup> *Access to Justice, vol. I – A world survey*: “There must indeed be a ‘mixed’ or ‘pluralistic’ solution to the problem of representing diffuse interests. Such a solution, of course, need not to be embodied in a single reform proposal. What is important it to recognize and confront the basic problem in this area: to restate it simply, these interests require effective private group action whenever possible, but private groups are not always available and are often difficult to organize. Hopefully, combinations of such devices as class and group actions, the public interest law firm, the public counsel, and the public advocate can help overcome this problem and lead to the effective vindication of rights of diffuse interests.”

<sup>92</sup> Como explica Ricardo de Barros Leonel, *in: Manual do Processo Coletivo*, 2ª ed. p. 148.



Alguns anos foram necessários para que esse entendimento fosse agraciado pela consolidação na esfera judicial, sofrendo, em especial as associações civis – em face da posterior previsão legal trazida somente com o Código de Defesa do Consumidor e as exigências específicas para a sua atuação –, para comprovar o seu direito ou faculdade de estar em juízo em nome próprio para a defesa de direito alheio.

No que concerne à fase de reconhecimento do direito, desenvolveram-se doutrinas hábeis a explicar a natureza dessa legitimação para agir em juízo. Divide-se a doutrina entre entender a legitimação como ordinária – a clássica regra do Direito – ou extraordinária, exercida por meio da substituição processual<sup>93</sup>. Aqueles que a entendem como legitimação ordinária defendem que o ente legitimado, ao agir em juízo, o faz perseguindo seus fins institucionais, previstos em Constituição, lei ou estatuto. Tratar-se-ia, portanto de legitimação ordinária, porque se está em juízo para a defesa de um interesse próprio<sup>94</sup>.

Por fim, há quem não concorde com nenhuma das duas posições, pois nenhuma delas seria suficiente, a uma porque entende que a explicação da legitimação ordinária se sustenta apenas para os interesses difusos<sup>95</sup> e coletivos, excluindo os interesses individuais homogêneos, e a duas, porque na legitimação extraordinária com base na substituição processual, os substituídos são necessariamente conhecidos, o que não ocorre em todas as categorias de direitos metaindividuais. Nesse caso, haveria uma legitimação autônoma<sup>96</sup>.

Porém, o problema que hoje se apresenta e que se aborda no presente trabalho é como subsiste essa legitimação nas fases de liquidação e de execução da sentença. Os posicionamentos divergentes fundam-se, em suma, em dois pontos:

- 1) A questão da natureza da legitimação para agir, entre as naturezas autônoma e extraordinária e, neste último caso, ainda por substituição ou por representação; e,

---

<sup>93</sup> Partilham dessa opinião Ada Pellegrini Grinover (*in: Código Brasileiro...*, 10ª ed., vol. II, p. 138) e Hugo Nigro Mazzilli (*in: A defesa dos interesses difusos em juízo*, 25ª ed. pp. 64-65), entre outros.

<sup>94</sup> Como defende Rodolfo de Camargo Mancuso, *in: Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 7ª ed., p. 261.

<sup>95</sup> “visto que a ação do grupo e os interesses difusos aí veiculados tornam-se de tal modo indissociáveis, que se pode dizer que o grupo age em nome próprio, por direito próprio”, como explica Rodolfo de Camargo Mancuso, *op. cit.*, p. 217.

<sup>96</sup> Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, notas ao artigo 5º da Lei nº 7.437/1985, assim como Arruda Alvim, *Ação Civil Pública*, p. 156.

- 2) A questão, da anterior decorrente, sobre a perspectiva forense: subsiste a hipótese de isenção de custas? Exigindo a representação mediante autorização, com qual detalhamento viria esta? Na forma de mandato ou como mera autorização? Haveria separação na prática de atos processuais e atos de disposição?

Inicialmente, cumpre asseverar que não reside controvérsia sobre a legitimação para agir das vítimas ao liquidar a sentença coletiva genérica, sendo pacífico tratar-se, por óbvio, de legitimação ordinária.

A controvérsia reside na legitimação para agir dos legitimados à propositura das ações coletivas em defesa dos interesses individuais homogêneos, dado que ainda persiste a legitimação extraordinária por meio da substituição processual em caso de execução para ressarcimento de danos provocados a interesses difusos. É majoritário, todavia, o entendimento de que, nas fases de liquidação e de execução, a legitimação dos entes elencados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (para o ingresso com execução das sentenças coletivas das ações em defesa de direitos individuais homogêneos) dá-se por representação.

Nelson Nery Jr. expressa entendimento absolutamente minoritário, ao admitir tratar-se a legitimação para agir do legitimado como substituição processual concorrente, porque o titular do direito também pode agir em juízo. De fato, como já afirmado, a sua concepção difere, também, dos entendimentos majoritários quanto à legitimação para ingresso com a ação civil pública, entendendo que a dicotomia havida entre legitimação ordinária e extraordinária é insuficiente, cabendo falar em legitimação autônoma. No entanto, em algumas oportunidades, o entendimento acerca da substituição processual subsistir na fase executiva encontra coro em alguns julgados expressivos<sup>97</sup>.

Quanto à legitimidade do Ministério Público, Érica Barbosa e Silva em sua dissertação do mestrado, opinião expressa também em artigo elaborado em parceria com Paulo Henrique Lucon<sup>98</sup>, entende que o óbice do Ministério Público levar adiante liquidação persiste, ainda que presente os casos de relevante interesse social ou número

---

<sup>97</sup> Como nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 941.108/RS, objeto de análise no item IV.1.1 letra C, e os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 760.840/RS, situações em que se reconhece a subsistência da substituição processual mesmo na fase executiva, porém apenas para os sindicatos, atendendo precedente do Supremo Tribunal Federal também analisado na mesma oportunidade.

<sup>98</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Cumprimento de Sentença em Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 171.

notável de interessados. Ada Pellegrini Grinover<sup>99</sup> separa, necessariamente, a fase de liquidação da fase de execução e entende que não há legitimidade do Ministério Público na fase de liquidação, mas não vê como inadequada a legitimação do Ministério Público na fase de execução dado o relevante interesse social.

Em função da apresentação dos *cases* acima retratados, alguns problemas surgiram relativos à legitimidade da associação civil fonte da pesquisa na esfera da execução coletiva.

O caso a que ora se refere está detalhado na letra B do item anterior, dizendo respeito a uma ação civil pública movida em decorrência do descumprimento de contrato por parte de instituição financeira que, em um só ato, trouxe prejuízo para toda a massa de consumidores. Assim sendo, trata-se da defesa em juízo de interesses individuais homogêneos.

No caso vertente, além da origem comum exigida para a categorização do direito individual homogêneo, está presente, também, a homogeneidade – concordando com o entendimento de que não basta a origem comum para caracterizar o direito individual homogêneo, mas a própria homogeneidade entre os direitos dos indivíduos é condição para a sua caracterização. Isto porque a origem comum (causa) está na medida da instituição financeira de antecipar os efeitos da medida provisória instituidora do plano econômico, provocando, assim, a sua retroatividade e a violação do contrato de depósito a uma gama de poupadores cujas cadernetas aniversariavam na primeira quinzena do mês. Trata-se de uma causa de pedir próxima, permitindo que haja grande homogeneidade entre os direitos. A única peculiaridade de cada titular é o montante depositado nas cadernetas. No mais, os critérios para a atualização dos valores a serem pagos pela condenação genérica serão os mesmos.

Com isso, perto do que se concebe a respeito da liquidação e execução de sentença coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, há grande facilidade procedimental em se empreender uma execução em benefício das vítimas do dano e dos seus sucessores: os critérios de cálculo não dependem de condições pessoais, são amplamente conhecidos, pois baseados em indicadores oficiais públicos e a definição do *quantum debeat* depende de meros cálculos aritméticos. Mais do que isso, tais vítimas podem ser reunidas em um mesmo processo, com o fim de cumprir com os princípios processuais de economia e celeridade.

---

<sup>99</sup> In: *Código Brasileiro.....*, 10<sup>a</sup> vol. II. p. 160.

As questões levantadas surgem a partir desse ponto. Como o legitimado deve se dirigir ao juízo?

Observe-se que no caso apresentado (letra B - Ação civil pública movida por Idec em face de Banco Nossa Caixa S/A), foram exigências do juízo:

- 1) relacionar na inicial o nome dos favorecidos para que integrassem o polo ativo da demanda junto com a associação autora;
- 2) providenciar a procuração de seus associados, a fim de evitar eventual litispendência; a procuração será outorgada aos advogados da associação autora;
- 3) trata-se de substituição processual com limites para atos de disposição, tais como levantamentos<sup>100</sup>.

Tais exigências chegam a ser relativamente contraditórias e têm o condão de descaracterizar a legitimação para agir na fase executiva do legitimado associação civil.

Em primeiro lugar, é pouco defensável que se trate de substituição processual, ao mesmo tempo em que tenha que se apresentar procurações dos associados e eles tenham que figurar no polo ativo, ao lado da associação autora. A uma, porque não haverá diferença em relação ao litisconsórcio e, neste caso, multitudinário, o qual, mais do que não recomendável (pois permite o desenvolvimento de relações plurissubjetivas, mas ainda na concepção clássica), já não se afigura como hipótese desde o Código Processual de 1973, mesmo antes das alterações empreendidas nas últimas duas décadas; a duas, porque descaracteriza plenamente o objetivo da tutela coletiva, pois, ao invés de contar com o acesso racional à justiça e o fortalecimento dos “corpos intermediários” para a “divisão de tarefas” com o Estado na gestão da “coisa pública”<sup>101</sup> – aqui entendida como o bem jurídico a ser tutelado, mas a quem não se pode atribuir propriedade exclusiva, não sendo pela via clássica que se alcança a representatividade adequada para a defesa desse bem –, mantém-se a velha mentalidade individualista e egoísta que caracteriza a concepção clássica do processo.

E mais, toda a estrutura da tutela coletiva, que tem um dos seus alicerces na legitimação para agir, em que, inclusive, é dispensada a autorização assemblear por estar ínsita na própria razão de ser das associações<sup>102</sup>, resta comprometida diante de uma

---

<sup>100</sup> Entendimento este defendido por Teori Albino Zavascki, como explicado na nota 194.

<sup>101</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela de interesses difusos. *Revista de Processo* n<sup>o</sup> 97, p.10.

<sup>102</sup> Cf. Kazuo Watanabe, *in: Código Brasileiro...*, 10<sup>a</sup> ed., vol II, p.95.

imposição como esta. As exceções a essa regra, exigindo autorização assemblear e relação nominal de associados para a instrução das ações em face do Estado, já recebem veementes críticas em razão do obstáculo que representam para o acesso das associações à justiça<sup>103</sup>.

Exigências como as apresentadas na pesquisa empírica precisam ser avaliadas com bastante parcimônia, zelando pela integral compreensão da força social da tutela coletiva, conduzindo o processo não só para a sua eficácia, mas para a sua eficiência e sua efetividade, compelindo o próprio Poder Judiciário a se organizar administrativamente para a recepção desses processos.

Por fim, cumpre salientar que a exigência de mandato aos advogados da associação descaracteriza toda a ordem organizacional e estatutária da instituição, visto que o associado não se interessa em ser representado por advogado constituído por outrem. Ele participa da entidade civil que, por disposição estatutária, tem a previsão de representá-lo em juízo ou extrajudicialmente, e nela confia – ainda que, *mutatis mutandis*, o advogado da instituição estaria administrando o processo, a relação de confiança é outra, e protegida pela Ordem dos Advogados do Brasil<sup>104</sup>, e o compromisso do patrono é com a entidade civil –, confiando nas escolhas dos profissionais por ela feita. A outorga de poderes ao advogado da instituição altera os vínculos associativo, havido entre associação e associado, e empregatício, havido entre associação e advogado empregado.

Compondo os diversos entendimentos doutrinários ora trazidos, observa-se que não reside tranquilidade na legitimação para agir na fase liquidatória e executiva. O fato é que, pelo que se apresenta na doutrina, seja qual for a tese que se adote, inclinando-se para aquela que tem mais adeptos – a legitimação extraordinária, dividida em quem a entende por representação e por substituição –, a dispensa de mandato para agir em juízo não se aplica a nenhuma delas, parecendo restar necessária a outorga específica de poderes ao advogado – o que, à autora do presente trabalho, fere relação de confiança protegida pela OAB, como defendido no parágrafo anterior – para realizar, ao menos, atos de disposição (se entendido o ato de levantamento de valores depositados judicialmente como ato de disposição e não fim do *iter* processual), remanescendo a incidência da benesse do

---

<sup>103</sup> Novamente Kazuo Watanabe, assertivo ao consignar ser “flagrantemente inconstitucional, por ferir a igualdade e obstaculizar o acesso à justiça, do ponto de vista processual o dispositivo confunde a figura da representação, para a qual a própria Constituição prevê a necessidade de autorização dos associados (art. 5º, inc. XXI), com a da legitimação às ações coletivas, introduzindo regra própria dos processos individuais, em que as associações litigam em nome próprio, representando os associados, para os processos de índole coletiva, em que as associações agem por direito próprio.” (op. cit. p.96)

<sup>104</sup> Art. 16 do Código de Ética e Disciplina da OAB: “O mandato judicial ou extrajudicial não se extingue pelo decurso de tempo, desde que permaneça a confiança recíproca entre o outorgante e o seu patrono no interesse da causa.”

artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor à fase executiva pelo simples fato de que a previsão indica que a isenção é aplicável “às ações coletivas de que trata este Código”, visto que a execução, nos moldes empreendidos pela entidade fonte da pesquisa, constitui espécie de ação capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos pelo Código (artigo 83 do referido diploma).

Nem a Lei da Ação Civil Pública, nem o Código de Defesa do Consumidor preveem um procedimento para as execuções promovidas pelos legitimados em favor dos lesados, apenas permitindo essa hipótese. A disciplina prevista no Código de Processo Civil, eminentemente individualista, não é suficiente para o tratamento dessa espécie de execução coletiva e as concepções doutrinárias adotadas para a fase liquidatória e executiva não se aprofundam em esclarecer a legitimação para agir do ente legitimado na fase executiva quando promovida em benefício das vítimas de forma coletiva.

O Poder Judiciário, por sua vez, pela sua característica morosidade – no sentido do lapso temporal para que a lei ganhe uma interpretação uniformizada –, vê-se, por meio dos seus agentes, necessitado de direcionamento legal para assumir o seu entendimento em relação à legitimação do ente legitimado na fase executiva e, diante desse cenário, diversos entendimentos se proliferam, gerando a interposição de recursos (agravos) pelo inconformismo da compreensão, por vezes, limitadora da atuação do legitimado ou, quando mais extensiva, trazendo indignação ao réu afetado com a iniciativa.

Como tratado acima, o Projeto de Lei nº 5.139/2009 mostrava um norte para esse entendimento em diversas de suas disposições, dando prioridade à execução coletiva<sup>105</sup>, dispensando a liquidação de sentença quando a apuração dependesse de documentos<sup>106</sup> e determinando o depósito de indenizações individuais diretamente em conta bancária individualizada, com o ônus atribuído ao réu de comunicar os lesados<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Art. 40, p. un.: “Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.” (Do texto disponível em [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)).

<sup>106</sup> Art. 43: “A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.” (idem anterior).

<sup>107</sup> Art. 44: “Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários. Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.” (idem anterior).

Todavia, nem todas estas disposições não foram contempladas no Projeto de Lei iniciado no Senado nº 282/2012, verificando-se uma forte tendência para que remanesçam dúvidas a respeito desse procedimento.

### III.2.2 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

#### A) As condenações genéricas e a natureza da liquidação nos processos individual e coletivo

Para a adequada compreensão da relevância da discussão e da extensão do problema intrínseco à natureza da liquidação no objeto do presente trabalho, cumpre tecer algumas breves considerações sobre a possibilidade de pedido e sentenças genéricos e as características e natureza da liquidação de sentença em nosso ordenamento jurídico.

No processo individual, a necessidade de liquidação surge quando a condenação não é ordinária. A sentença condenatória ordinária, completa por si só por definir o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, cumpre a tarefa inerente ao processo condenatório, pois declara a existência do crédito, define seus sujeitos e, desde logo, coloca todos os requisitos indispensáveis para executar<sup>108</sup>. A sentença condenatória, portanto, está pronta para executar, pois conta com o requisito da certeza (determinabilidade dos sujeitos e precisão sobre o objeto) e da liquidez. Esta, por conseguinte, pode ser definida como a qualidade da obrigação cuja quantificação não depende da investigação de fatores externos ao título que a institui, seja porque no título já é indicado o valor, seja porque a descoberta deste depende somente de simples operações aritméticas com parcelas, índices ou coeficientes ali declarados ou notórios. Então, a liquidez não é só o estado de determinação da obrigação, mas também a sua determinabilidade sem busca de elementos externos ao título. Mediante a presença de tais requisitos, o título torna-se exequível.

Todavia, nosso ordenamento permite, excepcionalmente, a formulação de pedido genérico que poderá resultar, se até o provimento final não for possível ao autor trazer elementos para a sua determinação, em uma condenação genérica. O artigo 286 do Código de Processo Civil prescreve que é lícito formular pedido genérico: I – nas ações

---

<sup>108</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação da sentença. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 99.

universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Observa-se que o pedido é genérico somente em relação à quantificação da obrigação e nunca em relação à certeza, ou seja, à identificação do objeto.

Todas as hipóteses previstas enquadram-se na defesa dos direitos transindividuais. Em uma ação civil pública para a defesa do meio ambiente, o legitimado pode ter dificuldades para levar a juízo, desde logo, a individualização dos bens demandados ou, ainda, em exemplo de ação civil pública para a defesa de direitos do consumidor categorizados como difusos, mensurar as consequências do ato ou fato ilícito, por exemplo, no ingresso de produto nocivo ao consumidor no mercado<sup>109</sup>.

Há que se ponderar, então, que a sentença condenatória na ação coletiva, sempre genérica, versará somente sobre a potencialidade danosa, ou seja, sobre os danos causados. A avaliação dos prejuízos sofridos sempre ficará para um momento posterior, independentemente da categoria dos direitos metaindividuais. Contudo, cumpre fazer uma diferenciação. Fica evidente que pedidos formulados para a reparação de direitos estritamente difusos e coletivos podem se aproximar mais das hipóteses já previstas no Direito Processual para a solução da lide individual, pois, apesar de a sentença condenatória na ação coletiva reconhecer somente a potencialidade danosa, a exequibilidade do título dependerá de fatores para a definição em processo liquidatório já previstos no artigo 286 do Código de Processo Civil – o inciso II é hipótese que facilita essa compreensão – e o resultado dessa indenização não será revertida a indivíduos, mas ao fundo de direitos difusos, o que dispensa a necessidade de determinação do sujeito, que é a coletividade. A disciplina clássica, contudo, pode não responder às necessidades da liquidação dos prejuízos sofridos na defesa de direitos individuais homogêneos.

Quanto à natureza da liquidação, resta evidente, após tais considerações, o seu cunho declaratório, tendo em vista que um dos dois momentos lógicos (declaratório e sancionatório) da sentença condenatória – declaratório – fica diferido para o momento da

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, vale se dirigir ao capítulo III, item III.1.1 do presente trabalho para avaliar concretamente as dificuldades em uma ação civil pública com esse objeto. Há a comparação entre a iniciativa do ente legitimado associação civil, fonte da presente pesquisa, com a proposta de ingresso com ações individuais, dada a dificuldade de tratamento coletivo da situação, porém que também só foi adotada como estratégia diante da prévia propositura de ação civil pública para a defesa de direitos difusos e, ainda que mediante aditamento da inicial (vide apresentação do *case*), individuais homogêneos.



liquidação, oportunidade em que restarão definidos os elementos identificadores da obrigação.

No que concerne à disciplina destinada à apuração da exequibilidade do título em ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, é possível afirmar que sim, revoluciona a compreensão da fase de liquidação, visto que se espera desta fase a própria determinação do sujeito lesado, além da quantificação da obrigação.

No entanto, defende-se que a revolução está muito menos na disposição legislativa – ao menos, na atualmente vigente<sup>110</sup> – do que na atuação dos operadores do direito com o fim de viabilizar e racionalizar a efetividade da demanda, necessariamente condenatória, por se tratar, neste capítulo, da liquidação. Isto porque a demanda uma vez conduzida coletivamente por força da origem comum, inevitavelmente sofrerá atomização na fase executiva, seja pela interpretação da previsão legal, seja pela expectativa social. Cumpre, portanto, o desenvolvimento da técnica de manter a molecularização da demanda, na medida do possível, na fase executiva. Tarefa que não é fácil, já reconhecida como um “passo de gigante” em nome da plena acessibilidade dos conflitos ao Judiciário<sup>111</sup>.

Retornando ao estudo do processo liquidatório, Teori Albino Zavascki<sup>112</sup> afirma que as situações de liquidez são de variados graus, o que vai exigir do operador do direito avaliar o que se chamaria “extensão” da fase liquidatória.

Efetivamente, a sentença condenatória líquida, certa e exigível permite desde logo a execução forçada. Para conter o atributo de liquidez, todavia, é necessária a presença dos seguintes elementos: (a) o *an debeatur* (a existência da dívida); (b) o *cui*

---

<sup>110</sup> É cediço que o Código de Defesa do Consumidor, ao trazer a disciplina processual para a defesa de interesses individuais homogêneos, não adentrou a questões específicas sobre a liquidação de sentença. A única tentativa que traria previsão mais detalhada foi alvo de veto presidencial (artigo 97, parágrafo único). As atuais tentativas de reforma do Código de Defesa do Consumidor (PLS nº 282/2012) já se preocupa em trazer disposições mais específicas sobre o avanço da sentença coletiva na fase liquidatória, na intenção de dispensá-la se o objeto da lide reunir condições para tanto. Nesse sentido, a redação proposta ao artigo 95-A do referido projeto de lei: “Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano. §1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual. §2º Quando a determinação do valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo depender de informações em poder do réu, este deverá prestá-las, no prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária, e outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias (...)”. O PLC 5.139/2009 também trazia disposição semelhante no que concerne ao adiantamento para a sentença condenatória dos critérios de cálculo utilizados na fase de liquidação.

<sup>111</sup> Como afirma José Marcelo Menezes Vigliar no artigo “Tutela Coletiva do Consumidor: avaliação da sua efetividade vinte anos após a edição da ‘Lei da Ação Civil Pública’”. In: *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, p. 325.

<sup>112</sup> In: *Título Executivo e Liquidação*, 2ª ed. RT, São Paulo: 2002, p. 175.

*debeatur* (a quem é devido); (c) o *quis debeat* (quem deve); (d) o *quid debeatur* (o que é devido); e, (e) o *quantum debeatur* (a quantidade devida)<sup>113</sup>.

Em geral, para as ações individuais, ainda que a sentença seja genérica, o aspecto que prevalece inespecificado é o *quantum debeatur*, não sendo o que ocorre nas sentenças condenatórias coletivas, como é destacado no próximo ponto na lição de Cândido Rangel Dinamarco. A sentença genérica prevista no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, em contrapartida, apenas possui os elementos descritos nas letras (a), (c) e (d), ou seja, não se sabe a quem nem quanto é devido. Esta característica nunca sofrerá mudanças, razão pela qual, a efetivação da defesa de direitos individuais homogêneos sempre dependerá de um procedimento mínimo para a identificação desses dois elementos faltantes, por mais sincrético que se conceba o processo. Todavia, essa travessia entre a sentença genérica e a sua liquidez pode eventualmente se mostrar mais longa ou mais curta a depender do avanço do juiz no momento de proferir a sentença, a ponto de se considerar a completa eliminação da fase liquidatória para a identificação dos elementos faltantes, possibilitando sua identificação diretamente na execução<sup>114</sup>.

Estes são os grandes esforço e sensibilidade que deve ser munir o juiz para a facilitação da defesa dos substituídos/representados na fase executiva, que geraria grandes impactos na celeridade do processo e, portanto, da fruição da tutela obtida.

## **B) Hipóteses de liquidação nas sentenças de ações coletivas**

Quanto às hipóteses de liquidação na tutela coletiva, não há pleno consenso sobre a forma de sua utilização. Consideremos as espécies de liquidação propriamente ditas, quais sejam, **liquidação por artigos** e **liquidação por arbitramento**.

Aliada a essa distinção, cabe agregar que se distinguem, também, as liquidações e execuções para a reparação de direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos, exatamente pela indivisibilidade dos primeiros e divisibilidade dos últimos. Estes últimos ainda guardam extrema peculiaridade já destacada por

---

<sup>113</sup> Idem nota anterior.

<sup>114</sup> Solução aventada no Projeto de Lei nº 5.139/2009, no artigo 45 (“Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu”), mas não aproveitada no PLS nº 282/2012, que tem o exato condão de tratar de aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas.

Dinamarco, que afirma ser esse conteúdo declaratório muito mais reduzido do que o conteúdo declaratório de sentenças ilíquidas proferidas em ações individuais. A sentença genérica proferida em ação coletiva para a reparação de direitos individuais homogêneos destinaria à fase de liquidação a verificação da própria existência de danos a indivíduos, apenas estabelecendo, de imediato, a responsabilidade pela potencialidade danosa, colocando-se entre o abstrato da lei e o concreto das sentenças em litígios individuais. Assim, inevitavelmente, a liquidação da sentença genérica proferida em ação coletiva para a reparação de danos decorrentes da violação a direitos individuais homogêneos carregaria um cunho declaratório muito mais significativo, quando comparado às sentenças ilíquidas tradicionais e, mesmo, às sentenças proferidas em ações cujo objeto é a defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*<sup>115</sup>.

Em relação aos direitos difusos e coletivos, Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que a liquidação ocorrerá por arbitramento. Explica que não cabe falar de liquidação por artigos da sentença condenatória referente à reparação de danos difusos e coletivos, pois não se cogitaria a produção de fatos novos. Como, na maioria destes casos, ocorreria somente a necessidade de quantificação da obrigação relacionada à reparação do dano, entende que, para os casos de quantificação, realizar-se-á liquidação por arbitramento, face à intenção de apuração de bens e serviços<sup>116</sup>.

Ainda, quanto à hipótese de arbitramento, Luiz Rodrigues Wambier<sup>117</sup> e Patrícia Pizzol<sup>118</sup> entendem haver possibilidade eventual de sua utilização, principalmente no caso de dificuldade ou impossibilidade de traduzir-se em dinheiro, com precisão, o valor do prejuízo. Essa hipótese, afirma Pizzol, é muito mais palpável no caso de direitos difusos, como danos ao meio ambiente, mas pode-se, eventualmente, trabalhar essa hipótese na esfera dos direitos individuais homogêneos, principalmente em ocasiões da *fluid recovery*<sup>119</sup>.

No que concerne à liquidação e à execução para a reparação de violação a direitos individuais homogêneos, a doutrina majoritária já não entende ser possível a

---

<sup>115</sup> op. cit. p. 106.

<sup>116</sup> op. cit. p. 168.

<sup>117</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, *in: Liquidação da Sentença Civil Individual e Coletiva*, 4ª ed., p. 318.

<sup>118</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. *In: op. cit.*, p. 207.

<sup>119</sup> Foi o que restou decidido no Recurso Especial nº 1.187.632/DF, julgado em 05/06/2012. O acórdão não está disponível, mas o resultado do julgamento já foi publicado no Informativo nº 499 do Superior Tribunal de Justiça. Nele consta que a liquidação do valor devido em execução coletiva com base no artigo 100 do CDC deve ser realizada por arbitramento, tendo em vista que todos os beneficiários da decisão são conhecidos e há possibilidade de apurar o valor efetivamente devido com base nos critérios fixados judicialmente.

liquidação por arbitramento. Ada Pellegrini Grinover entende que, quando se trata de liquidação de sentença em ações coletivas para benefício das vítimas, as disposições legais tratam de liquidação por artigos, cabendo a alegação e prova sobre fatos novos, os quais seriam a existência de dano individual, o nexo de causalidade com o dano genérico reconhecido pela sentença, bem como o montante do primeiro<sup>120</sup>.

Elton Venturi<sup>121</sup> pondera que a adoção da modalidade da liquidação não fica ao livre arbítrio do liquidante, pois se trata de matéria de ordem pública. A opção deve ser vinculada à aferição do legítimo interesse processual em cada caso. Desse modo, todas as hipóteses de liquidação seriam passíveis de utilização.

Nesse ponto, surge a questão que tem sido, algumas vezes, enfrentada em nossos Tribunais<sup>122</sup>, e que não é consensual: considerando que a apresentação de meros cálculos aritméticos não constitui propriamente uma liquidação, haveria possibilidade de sua aplicação à realidade dos processos coletivos, ultrapassando, desse modo, a fase de liquidação? Ainda que se entenda impossível dispensar a liquidação, seria a melhor interpretação do sistema denominar esse procedimento de liquidação?

Melhor compreensão ocorrerá mediante exemplos<sup>123</sup>. Há inúmeras ações versando sobre reajuste em planos de saúde, ou restituição de valores retidos por administradoras de consórcios, ou, ainda, requerendo a restituição de diferenças de aplicações financeiras resultantes do advento de planos econômicos. Proferida a sentença em casos como os ora descritos, resta para a próxima fase processual a apresentação de meros cálculos aritméticos, com base em índices de ampla divulgação, em documentos simples de posse dos titulares do direito – boletos e extratos, por exemplo – capazes de

---

<sup>120</sup> *In: Código Brasileiro....*, 10ª ed. Vol. II, p. 158.

<sup>121</sup> *In: Execução da Tutela Coletiva*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 101.

<sup>122</sup> Nesse sentido, além dos julgados objetos de análise no presente trabalho (Recurso Especial nº 880.385/SP e Recurso Especial nº 1.026.217/SP), destaca-se o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do Agravo de Instrumento nº 896.983-5/3-00, a Sexta Câmara de Direito Público declarou categoricamente que “no caso dos autos, depreende-se que, na forma como foi formulado o dispositivo do julgado, é possível atingir o montante a ser pago, com todas as suas atualizações, por meio de memória de cálculo, dispensando-se, dessa forma, o procedimento de liquidação.”. Por outro lado, destaca-se, também, entendimento oposto proferido pelo mesmo Tribunal por força de decisão no Agravo de Instrumento nº 990.09.345720-2 da 36ª Câmara de Direito Privado, que declarou que na execução de sentença coletiva na defesa de direitos individuais homogêneos, “a liquidação deve ser promovida na forma do art. 475-A, do CPC, não cabendo o simples cálculo aritmético do art. 475-B do mesmo diploma”.

<sup>123</sup> No que concerne aos trazidos por este trabalho, vide item III.1.1, sobre medicamentos, que torna a fase liquidatória muito mais trabalhosa, em razão da prelecionada por Ada Pellegrini Grinover causa remota que gera baixa homogeneidade dos direitos em razão das profundas peculiaridades das condições pessoais das vítimas, e, por outro lado, os planos econômicos, questão financeira com lastro contratual cuja causa, próxima, foi a retroatividade de disposições legais advindas durante o transcorrer do período contratual, facilitando, ao menos, na teoria, a adoção de critérios de cálculo, visto que embasados em indicadores oficiais públicos e, portanto, de amplo conhecimento não só das partes, mas do juízo. Todavia, mesmo neste caso, o fato de tais critérios não estarem estipulados na sentença condenatória gera longa discussão na fase executiva.

demonstrar a titularidade do direito e o *quantum debeatur*. Seria o provimento jurisdicional ali proferido meramente declaratório com o único fim de complementar a declaração do direito, sem qualquer força executiva? O fato de restar à fase executiva a individualização das vítimas, quer dizer que o dano em si reconhecido na sentença não conta com qualquer critério de quantificação que faça superar a liquidação por artigos? A individualização de vítimas seria alegação e prova de fato novo em todos os casos ou apenas a finalização da quantificação diferida em momentos diferentes no processo coletivo?

A previsão de meros cálculos, em substituição à liquidação por cálculos do contador, remonta às alterações do Código de Processo Civil empreendidas ainda em 1994. As recentes alterações que redefiniram a execução de título judicial, que passou a ser denominada, simplesmente, de cumprimento de sentença, corroboraram as alterações anteriores. A intenção do legislador foi atribuir facilidade ao início da fase executiva, visto que a liquidação por cálculo do contador gerava infinitas discussões e recursos em torno do acerto das contas elaboradas<sup>124</sup>. E ainda, cumpre retomar a lição de Cândido Rangel Dinamarco acima transcrita, quando trata da liquidez. Se a quantificação não depende da investigação de fatores externos, ou a averiguação dessa quantificação depende, no máximo, de simples operações aritméticas com a utilização de índices ou coeficientes declarados ou notórios, está a se cumprir o requisito da liquidez, ou seja, os elementos identificadores do objeto e da sua quantificação estão presentes.

O Projeto de Lei nº 5.139/2009, que instituiria o Novo Código de Processos Coletivos se não tivesse sua aprovação rejeitada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados<sup>125</sup>, traria dispositivo no sentido de atribuir maior discricionariedade à atividade jurisdicional. Dispositivo permitindo que, quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo fosse uniforme, prevalentemente uniforme ou pudesse ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicaria esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinaria que o réu promovesse, no prazo que o juiz fixasse, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo, evidenciou a intenção de tornar a sentença condenatória em ação coletiva o menos genérica possível. O mesmo ocorre com o Projeto de Lei iniciado no

---

<sup>124</sup> LUCON, in: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>125</sup> Em 24/03/2010, o Deputado Antonio Carlos Biscaia interpôs recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados contra a apreciação conclusiva pela Comissão de Constituição e Justiça. Não se tem, todavia, prazo para a análise do recurso (disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_recursos.jsessionid=97A66DC920AE3D53DAFD15864A71CCA5.node2?idProposicao=432485](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_recursos.jsessionid=97A66DC920AE3D53DAFD15864A71CCA5.node2?idProposicao=432485). Consulta em 10/03/2013).

Senado nº 282/2012, que integra a iniciativa de atualização do Código de Defesa do Consumidor, em que há sugestão redacional não só semelhante, mas até mais completa do que a do Projeto de Lei nº 5.139/2009, visto que prevê hipótese ainda não vislumbrada pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, mas com inspiração nas medidas previstas nas cortes americanas, em que existe a possibilidade de se fixar um montante equivalente à soma das indenizações individuais e atrelar esse fundo à ação judicial para a sua reversão aos interessados<sup>126</sup>.

Lucon<sup>127</sup> já ressalta que quanto mais elementos da obrigação a sentença condenatória genérica contiver, estabelecendo a maior quantidade de elementos da obrigação, menor será o espaço para a investigação na fase liquidatória, permitindo celeridade no procedimento para satisfação do crédito.

Portanto, ainda que seja impossível dizer que a sentença condenatória em ação civil pública possa atingir todos os requisitos para transmudar-se em sentença condenatória ordinária, talvez seja possível simplificar o procedimento posterior à fase de conhecimento, estreitando os procedimentos liquidatório e executório a ponto de atribuir uma eficácia satisfativa a um único procedimento após a prolação da sentença, que poderá se fundir e permitir o ressarcimento mais célere das vítimas.

Luiz Rodrigues Wambier, porém, não compartilha desse entendimento. Na última edição do Livro “Liquidação da Sentença Civil Individual e Coletiva”, afirma categoricamente que é impossível proceder-se a meros cálculos aritméticos, alterando posição anterior<sup>128</sup>, justificando a necessidade de averiguação da legitimidade do credor individual e o acerto do valor que lhe é individualmente devido.

No entanto, a atual jurisprudência já entende que há possibilidade de apresentação de meros cálculos, não ocorrendo propriamente uma liquidação. No Recurso Especial 1.026.217/SP, objeto de análise nesse trabalho, a Ministra Nancy Andri ghi entendeu que, como o Código de Defesa do Consumidor não prevê procedimento específico de liquidação, não há nada que impeça a liquidação por simples cálculos, entendendo que determinados créditos dependeriam, para sua fixação, da comprovação de situação mediante documentos em posse do credor, levando a simples operação aritmética. Em outra oportunidade, em 2008, do mesmo modo, consignou o mesmo entendimento no Recurso Especial nº 880.385/SP, também objeto de análise no capítulo seguinte.

---

<sup>126</sup> Nesse sentido, vide nota 50.

<sup>127</sup> op. cit., p. 177.

<sup>128</sup> op. cit., p. 310.

Com efeito, muitas indenizações dependem tão somente da coleta de documentos em poder do credor e requerem, apenas, atualização monetária mediante índices amplamente divulgados, descaracterizando o objetivo da fase de liquidação que é também trazer ao conhecimento de ambas as partes os elementos que fixarão o *quantum*. Na medida em que tais critérios são do conhecimento de ambas as partes e resultam em simples operação aritmética, não haveria sentido em, como afirma Kazuo Watanabe<sup>129</sup>, atomizar a solução de conflitos de natureza molecular, criando obstáculos para a sua satisfação.

### III.2.3 COMPETÊNCIA DE FORO PARA A PROMOÇÃO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL OU COLETIVA

As questões enfrentadas no âmbito da competência, além da profunda incompreensão da finalidade da demanda coletiva e o absoluto desvirtuamento de conceitos e institutos processuais provocado por elaborações legislativas perniciosas ao ordenamento jurídico dedicado aos processos coletivos (Lei nº 9.494/1997, por exemplo) acabaram por contribuir para a criação de absurdos jurídicos, pois estabeleceram contradições não somente jurídicas, mas fáticas sobre a mesma situação de direito violado<sup>130</sup>. Barbosa Moreira já faz o alerta que a efetividade do processo não dispensa a

---

<sup>129</sup> *In*: Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 185-196.

<sup>130</sup> Conferir, como exemplo, as discussões travadas no Conflito de Competência nº 47731/DF. Esse julgado, que reflete uma decisão bastante técnica, é um ótimo exemplo da manutenção de “absurdos jurídicos”, pois deixou de solucionar questão suportada por vários consumidores do serviço de telefonia. Apesar de todos estarem na mesma situação – cobrança de tarifa de assinatura básica – diante da decisão que não conheceu do conflito, soluções distintas foram criadas: alguns consumidores deixaram de ter a tarifa cobrada e outros permaneceram com a cobrança. O Superior Tribunal de Justiça abriu mão de solucionar a controvérsia sobre a competência e agir com racionalidade na solução dessas demandas para evitar decisões conflitantes. O resultado foi exatamente a existência de decisões conflitantes, principalmente a depender da jurisdição (guardadas as ressalvas no uso do termo) que se procura, tendo em vista que no Juizado Especial Cível, a chance de haver provimento à demanda do consumidor permaneceu grande, tendo efetivamente ocorrido. A solução, para acabar com o impasse ocorreu somente 4 anos depois, bem longe do característico foro de decisão de um Tribunal, a Corte: como o entendimento dos Juizados Especiais Cíveis prevaleceu contra a Súmula 356 do STJ (“É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”) e, em virtude da competência deste, tais decisões não poderiam ser por ele reformuladas, bem como não ascendiam ao Supremo Tribunal Federal, por constituírem questão infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça resolveu editar a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009, que em seu artigo 1º prevê: “As reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil serão oferecidas no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo”, e, dessa maneira, pôde “uniformizar” o entendimento do tema no país, quando poderia tê-lo feito em 2005. Mais tarde ainda, como se vê na exposição da controvérsia repetitiva representada pelo Recurso Especial nº 1.110.549/RS

técnica processual, sendo a competência uma das matérias mais sensíveis, em que falhas de ordem técnica podem toldar as perspectivas da condução efetiva do processo<sup>131</sup>.

Contudo, independentemente das alterações legislativas empreendidas, padece de compreensão o funcionamento da competência de foro – ainda que o Código mencione ser de juízo<sup>132</sup> – no caso de execuções de sentenças coletivas, principalmente, execuções coletivas.

Como já sobredito, execuções processadas na forma coletiva, porém em benefício das vítimas nada mais são senão uma série de execuções individuais, procedimento coletivo este que deve ser incentivado na medida do possível e do adequado para o caso concreto, a fim de contribuir para a redução de processos nos cartórios judiciais, sendo assim possível a prolação de uma única sentença em benefício de significativo grupo de pessoas, cumprindo assim com a garantia fundamental de duração razoável do processo e com o princípio da economia processual. Se uma série de execuções individuais que é, merece ter, em seu benefício, até para que o incentivo tenha resultados, a mesma disciplina dispensada para as execuções individuais de sentenças coletivas.

No entanto, essa compreensão não parece ser tão simples. Como apresentado no item III.1.2 letra B do presente trabalho (Ação civil pública movida por Idec em face do Banco do Brasil S/A), no AgRg no Ag 807.037/SP, sob a relatoria, originalmente, do Ministro Aldir Passarinho Jr., ao decidir-se pela incompetência do foro de São Paulo para processamento de execução em benefício das vítimas e seus sucessores de ação coletiva que tramitou em Brasília, afastando a disciplina específica para aplicação do Código de Processo Civil (artigo 575, II), ou a confundindo com a execução coletiva propriamente dita (aquela cujos legitimados são aqueles definidos por lei em razão da natureza do direito metaindividual envolvido e do destino da indenização, o que justifica

---

(item IV.1.2, letra C do presente trabalho), o entendimento jurisprudencial vigente e decorrente do julgamento do referido conflito de competência (“O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas.”) sofreu um revés em 2010, sob a justificativa, de viabilizar a atividade judiciária.

<sup>131</sup> *In: op. cit.*, p. 24.

<sup>132</sup> A terminologia utilizada no artigo 98, §2º do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, definição da competência de juízo, na verdade, conta com uma justificativa: o parágrafo único vetado do artigo 97 do mesmo diploma. Isto porque o dispositivo vetado trazia a competência de foro para o caso de liquidação, atribuindo essa competência ao foro do domicílio do liquidante e o artigo 98, §2º, I complementaria essa disposição em relação à competência de juízo para a execução individual, escolhendo entre o juízo que se desenvolveu a liquidação, no foro do domicílio do liquidante, ou no juízo da ação condenatória.



que a execução seja desenvolvida no juízo da condenação), contribui somente para o enfraquecimento dessa forma de execução.

Retomando, resumidamente, a discussão anteriormente travada, tem-se em debate a possibilidade de a execução promovida pelos legitimados à ação coletiva em benefício das vítimas ser promovida no juízo da condenação ou no foro do domicílio das vítimas envolvidas.

Para tanto, merece leitura o artigo 98, em seu *caput* quando prescreve que “a execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82”. O fato de ser promovida pelos legitimados tira da execução o seu caráter individualizado?

Como exposto anteriormente, há quem entenda que o parágrafo único vetado do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor estabeleceria a terceira hipótese do artigo 98, a ser utilizada para as execuções promovidas pelos entes legitimados em benefício das vítimas (visto que ao tratar do liquidante, não especificou se este seria o titular do direito ou o legitimado à ação, abordando, portanto, os dois), tendo em vista que a primeira é utilizada para as execuções promovidas diretamente pelas vítimas e a segunda, para as execuções verdadeiramente coletivas, tais como aquelas cujo resultado financeiro é revertido para o Fundo de Direitos Difusos. Todavia, ainda que prevalecesse esse entendimento, o artigo 98 somente diz respeito às execuções decorrentes da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, cuja disciplina processual foi inaugurada pelo Código<sup>133</sup>.

Por que, então, a parte processual do Código de Defesa do Consumidor – que, com exceção da categorização dos direitos metaindividuais, traz disciplina específica para a defesa de direitos individuais homogêneos – traria disposição específica sobre a disciplina de direitos difusos e coletivos ou ainda simplesmente redundaria em algo que já era adotado pela disciplina processual clássica, qual seja, o juízo da execução é o mesmo da condenação, no capítulo que trata da ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos? Entende-se que não é isso o que ocorre. Com efeito, ao admitir a possibilidade de execução coletiva dos direitos individuais homogêneos, infelizmente o Código tratou de esclarecer que, ao contrário das execuções promovidas pelas vítimas –

---

<sup>133</sup> O Código, de modo relevante, categorizou os direitos metaindividuais para a sua adequada tutela (diga-se, em capítulo diferente daquele que trata da disciplina sobre a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos), tendo em vista que havia uma lacuna na Lei nº 7.347/1985 sobre a definição sobre o que seriam os direitos difusos e coletivos. Contudo, categorizá-los e tutelá-los não significa criá-los: leis específicas o fizeram, assim como os direitos individuais não foram criados com o Código, nem a sua homogeneidade, que depende de aspectos fáticos, mas apenas a disciplina processual para a sua tutela, sendo que a categoria foi criada exatamente para facilitar a sua defesa em juízo.

que podem ser ajuizadas no foro do liquidante (disposição clara antes do veto ao parágrafo único do artigo 97 e passível de interpretação pela combinação entre os artigos 98 e 101) –, as execuções promovidas pelos legitimados, mesmo em benefício das vítimas, devem ser ajuizadas no juízo da condenação. Não parece ser a intenção do legislador repetir disposição geral do Código de Processo Civil, nem estipular competência para direitos disciplinados em outra legislação (ainda que se reconheça a interação entre Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública).

Esta é a dicção do Código de Defesa do Consumidor. De fato, a redação especificamente desse dispositivo no Código não contribui para a efetividade da tutela coletiva<sup>134</sup>; ao contrário, causa divergência de entendimento, criando barreiras para a sua evolução na direção de reconhecer na coletivização da demanda executiva mais uma técnica processual no sentido de trazer o máximo aproveitamento do procedimento em atendimento às necessidades do direito material.

Contudo, seria essa a melhor interpretação? Não, se admitirmos que a execução promovida pelos legitimados – e exercitada pela entidade civil fonte da pesquisa – não se trata propriamente de execução coletiva, mas uma execução plúrima que se enquadra na previsão constitucional contida no artigo 5º, XXI, da Constituição Federal (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”), em que figura no polo ativo a associação civil, ente legitimado à representação de seus filiados, ingressando, portanto, somente em benefício destes, apresentando, para tanto, listagem específica dos filiados que serão beneficiados com o resultado da execução.

Assim, para corrigir tal “equivoco” do artigo 98, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, pode se valer de interpretação extensiva e da analogia para justificar que a execução movida por ente legitimado a representar seus filiados em juízo, não se tratando de execução coletiva, enquadra-se no inciso I – e não no inciso II – do artigo acima referenciado. Com isso, seria plenamente possível ingressar com a execução em nome do ente legitimado, em favor dos filiados, mediante autorização expressa, entendida como aquela que consta de estatuto, no foro do domicílio destes.

É essencial que, para o fomento de execuções coletivas, haja a correta compreensão sobre a inteligência do diploma em questão, a fim de construir a adequada

---

<sup>134</sup> O que, ao menos em parte, novamente poderia ser superado pelo artigo 40 do PL nº 5.139/2009: “É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.”

conexão entre os institutos, sem que haja prejuízo da melhor interpretação para a plena efetividade da proteção de direitos metaindividuais.

### III.2.4 EFICÁCIA DA SENTENÇA NO PROCESSO COLETIVO

A eficácia da coisa julgada da sentença proferida em ação coletiva, vilipendiada em nosso ordenamento jurídico, por contribuições legislativas e jurisprudenciais, ainda é objeto de resistência às alterações impostas pela Lei nº 9.494/1997, obra dos legitimados junto aos Tribunais brasileiros, porém, sem sucesso duradouro.

Há julgados, inclusive, que buscam diferenciar o alcance das disposições expressas nos artigos 93 e 103 do Código de Defesa do Consumidor, separando-as entre direitos difusos e coletivos – estes atingidos pela disposição do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, alterada pela Lei nº 9.494/1997 – e individuais homogêneos, tendo em vista que o referido artigo 16 consta de legislação que não alcança os direitos individuais homogêneos<sup>135</sup>.

Muito já se debateu sobre a medida limitadora de acesso à justiça, causadora de desequilíbrio substancial entre as partes do processo, pois cria privilégios injustificáveis e de extrema imprecisão técnica trazida pela referida lei, não criando relevância a rediscussão desses pontos, de forma exaustiva – e até extenuante – nesse trabalho.

Cabe apenas retomar ponto essencial ao desate do tema: o legislador que aprovou a Lei nº 9.494/1997 claramente confunde coisa julgada e competência<sup>136</sup>, ignorando por completo a unidade da jurisdição – determinadora da eficácia da sentença – repartida apenas para atender critérios organizacionais de competência, enquanto as qualidades de imutabilidade e de indiscutibilidade da sentença encontram limites subjetivos (partes) e objetivos (pedido) exclusivamente ligados à ação judicial<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 411.529/SP. Posição essa defendida por Ada Pellegrini Grinover na última edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 191.

<sup>136</sup> A esse respeito, manifesta-se Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*, cit., 5ª ed., 2001, p. 1541.) e Ada Pellegrini Grinover (*Código Brasileiro...*, 10ª ed., p. 192).

<sup>137</sup> Nesse diapasão, Antonio Gidi esclarece que “(...) se determinada empresa for condenada a restituir em dobro a todos os seus clientes a ‘taxa de intermediação’ indevidamente cobrada (violação de direito individual homogêneo), qualquer consumidor, em qualquer Estado do País, poderá executar a sentença coletiva favorável após liquidar o seu prejuízo, provando o dano, o seu montante e o nexo de causalidade”. (in: *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 89)

Por mais prolíferas que sejam as explicações doutrinárias diagnosticando o absurdo de atribuir limitações territoriais à eficácia da sentença – não a confundindo com a autoridade da coisa julgada –, esta também tem sofrido limitações que se toma a liberdade de denominar de “subjetivo-temporais”<sup>138</sup> (impostas pela mesma Lei nº 9.494/1997), bem como o Poder Judiciário tem se posicionado de forma surpreendente, também, no caso de execuções de ações civis públicas reconhecidamente não atingidas pela limitação territorial do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, seja pelo trânsito em julgado das sentenças, seja por uma compreensão que vigorou durante anos e ainda é adotada: para que a sentença tenha eficácia nacional, a ação coletiva deve ser proposta na Capital federal.

É o que se evidenciou da apresentação do *case* ação civil pública Idec x Banco do Brasil S/A, em que, mesmo com a previsão clara em sentença da abrangência nacional da decisão, o juízo monocrático entendeu por bem emitir decisão que renegava tal abrangência. A questão é colocada em detalhes no item III.1 letra B e denota, também, o desrespeito à coisa julgada.

Sobre a divergência que ainda paira sobre a questão, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, conferir o próximo capítulo, item IV.1.4, letra B, que expõe a mais recente iniciativa empreendida no Superior Tribunal de Justiça para suscitar o tema da vigência do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, que recai sobre o Recurso Especial nº 1.243.386/RS. Este recurso diz respeito à ação coletiva movida por Sindicatos Rurais contra a empresa Monsanto para que os agricultores representados possam reservar sementes de plantio, vender o produto como alimento e, quanto aos pequenos produtores rurais, multiplicar as sementes para doação ou troca, independentemente do pagamento de qualquer taxa a título de tecnologia ou royalties.

Observa-se que se trata de ação coletiva para a defesa de interesses de entidade de classe e, portanto, classificado como direitos coletivos *stricto sensu*, não fosse pelo último pedido deduzido na inicial, para condenação da demandada à repetição de valores indevidamente cobrados, o que possibilita a defesa mista com direitos individuais homogêneos. A decisão em sede de Recurso Especial, ensejadora de posterior interposição

---

<sup>138</sup> Dotado de certa liberdade técnica, o termo faz referência à limitação imposta pelo artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997 (A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.), pois esta combina, além da limitação territorial expressa no artigo antecedente, critérios subjetivos e ligados ao tempo de propositura da ação.

de Embargos de Divergência ainda não julgados – mas admitidos à Corte Especial –, entendeu, por unanimidade, que a abrangência da decisão é nacional.

A tentativa, parece-nos, sempre surge na urgência de encontrar novos argumentos para reduzir o âmbito de incidência do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, com redação dada pela Lei nº 9.494/1997. A relatora, ministra Nancy Andrighi repisa seus argumentos aplicáveis ao já mencionado Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 411.529/SP<sup>139</sup>, diferenciando a disciplina sobre o alcance da coisa julgada nos direitos difusos e coletivos, de um lado e, de outro, os direitos individuais homogêneos. O voto-vista do ministro Sidnei Beneti vai ao encontro do voto da ministra relatora e ressalta, como motivo a ensejar a abrangência nacional da decisão, que o conflito levado à apreciação do Poder Judiciário por meio da ação civil pública tem como causa de pedir lei nacional cuja interpretação não pode ser relegada ao território do juízo de primeiro grau.

Denota-se, assim, que essa questão, ainda que pacífica na doutrina, dada a clareza do combate à redação dos dispositivos que têm o condão de limitar a abrangência de uma decisão judicial em espaço territorial inferior à da própria jurisdição, longe está de ter a tranquilidade de entendimento na jurisprudência, o que, de fato, é um bom sinal, dado que atualmente o entendimento dominante é um ataque à lógica do sistema processual<sup>140</sup>.

### **III.2.5 TUTELA ESPECÍFICA: INSTRUMENTO AINDA POUCO EXPLORADO EM PROL DA EFETIVIDADE DA SENTENÇA?**

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor inaugurou a disposição acerca da tutela específica no ordenamento jurídico brasileiro, visando ao resultado jurídico-prático equivalente ao adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer descumprida, e foi acolhida pelo artigo 461 do Código de Processo Civil.

Para os direitos individuais homogêneos e, especificamente, para os direitos dos consumidores, objeto do presente trabalho, a previsão do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor mostra-se como uma das melhores técnicas para o efetivo cumprimento de um provimento jurisdicional, por duas razões: uma de ordem material e outra de ordem processual.

---

<sup>139</sup> Destacados no item IV.1.4 letra B do presente trabalho.

<sup>140</sup> O PLS nº 282/2012 tenta resolver essa questão

A de ordem material diz respeito às características das relações de consumo<sup>141</sup>, tais como contratações adesivas e massificadas, em caso de produtos, para aquisição de bens de consumo e, em caso de serviços, por contratos de longa duração, de tratos sucessivos, de serviços, muitas vezes, essenciais e em regime de monopólio ou com grandes setores econômicos extremamente concentrados. Tais características contribuem para que tutelas simplesmente ressarcitórias tenham efetividade reduzida, em razão da “dispersão” dos resultados, pela individualização dos prejuízos. Além disso, o objetivo do consumidor ao adquirir o produto ou serviço não é ter que, diante do defeito, se desfazer dele e, por isso, ser indenizado, mas, diante do cumprimento imperfeito da obrigação, poder ter o que é a contraprestação ao pagamento devidamente satisfeita.

A razão de ordem processual, por sua vez, está relacionada com a técnica processual. Segundo a máxima chiovendiana, segundo a qual “o processo dever dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito”<sup>142</sup>, o grande objetivo do processo é dar a maior efetividade possível<sup>143</sup> à vontade concreta da lei<sup>144</sup>, mediante a técnica adequada, que permita, portanto, prestar ao titular do direito uma tutela jurisdicional efetiva<sup>145</sup>. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de

---

<sup>141</sup> Já destacadas no capítulo II.

<sup>142</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1942, §12, p. 84.

<sup>143</sup> Cf. Kazuo Watanabe *in: Código Brasileiro...*, 10ª ed., p. 117.

<sup>144</sup> Explica Dinamarco (*in: A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. pp. 207-212) que diante da suficiência do direito substancial, este não tem relação de dependência com o processo, pois novas situações jurídicas constituem-se entre sujeitos na dinâmica da vida social. Todavia, o processo aparece como algo sem o qual o direito substancial não terá vida prática, na sua imposição concreta e efetiva, visto que ele não se presta somente a produzir efetivamente os efeitos predispostos por aquele, mas é apenas através dele (o processo) que esses efeitos podem ser produzidos. Trata-se de uma instrumentalidade potenciada, interessando dar efetividade ao direito, promover a atuação da regra no caso concreto, que previamente existe, perfeita e acabada. Assim, o escopo do processo é atuar o direito, independentemente do procedimento adotado, pois são todos voltados para que haja essa atuação, mesmo os declaratórios, cautelares e constitutivos são instrumentos para que o direito seja atuado oportunamente.

<sup>145</sup> Luiz Guilherme Marinoni (*in: Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. pp. 112-115) faz interessante diferenciação entre a tutela jurisdicional, a tutela do direito e a tutela jurisdicional do direito. A primeira surge com o que seria o direito de ação, pois exige do Estado o dever de prestá-la, independentemente do conteúdo da sentença. A tutela do direito, por sua vez, surge apenas com a procedência da ação, pois há o reconhecimento do direito alegado. Por fim, a tutela jurisdicional do direito diz respeito aos meios de execução que o ordenamento jurídico confere para tanto, além do procedimento e da cognição, todos fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional efetiva. As sentenças seriam técnicas que **permitem** a prestação da tutela jurisdicional dos direitos, mas elas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Elas refletem o modo (ou técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos.

técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem<sup>146</sup>.

Nesse sentido é a persecução pela prevalência da tutela específica em relação à tutela ressarcitória: oferecer a prestação ideal para a reconstituição do direito violado e não o seu equivalente em pecúnia.

Assim, tanto em termos de técnica processual como na persecução do processo pelo fim ideal de conferir à parte lesada o seu direito em si e não o seu equivalente monetário – já que este não será o suficiente para recompor todos os direitos, tendo em vista a natureza não patrimonial de grande parte deles –, a tutela específica apresenta-se como instrumento adequado à proteção dos direitos.

Com efeito, o artigo 84 é uma verdadeira revolução na técnica processual. A sua redação recupera uma percepção do processo que havia sido relegada pelo direito liberal, para quem não havia distinção entre pessoas e bens, ou seja, o princípio da igualdade era considerado no seu extremo, pois pela igualdade formal, não era possível ao Legislativo e ao Judiciário oferecer tratamento diversificado conforme as diferentes posições sociais. Em relação aos bens, não havia um mais importante do que o outro e todos poderiam ser convertidos em dinheiro. Portanto, face ao inadimplemento, o bem lesado sempre poderia ser monetizado<sup>147</sup>.

Os direitos fundamentais em todas as suas gerações ou dimensões<sup>148</sup> permitiram um novo olhar sobre como se deve dar a sua proteção. A liberdade defendida pelos iluministas<sup>149</sup>, individual e distante ao máximo da interferência do Estado, ficou enfraquecida diante das exigências dirigidas a esse mesmo Estado de condutas ativas capazes de colocar à disposição dos particulares meios jurídicos e materiais indispensáveis

---

<sup>146</sup> Idem anterior, op. cit., p. 114.

<sup>147</sup> Código Napoleônico, artigo 1.142, segundo o qual toda obrigação de fazer e não fazer resolvesse em perdas e danos em caso de inadimplemento do devedor (in: MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 32)

<sup>148</sup> Sobre a classificação, como já mencionado, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 562e ss. Em especial da primeira para a segunda geração, em que se evolui para a concepção de que o direito à liberdade garante-se pelo não agir do Estado para aquela em que o agir do Estado é fundamental para a garantia do exercício da liberdade.

<sup>149</sup> Como explica Dalmo Dallari (in: *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 2ª ed., 1973, pp. 239 e ss), o Estado Moderno nasceu absolutista e todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto eram confundidos com o Estado. Isso explica porque no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em nome do coletivo era tida como ilegítima. Contudo, essa concepção teórica não se observou na prática, pois o individualismo extremo, sem qualquer interferência estatal, fez produzir profundas injustiças sociais, beneficiando os economicamente fortes, levando à compreensão de que o direito à liberdade não garantia o poder de ser livre, visto que os fundamentos baseados na natureza e no mérito não eram suficientes para assegurar a justiça plena.

à realização de suas necessidades (de proteção, sociais e de participação)<sup>150</sup>. A liberdade garantida pelos direitos fundamentais não inclui somente a liberdade jurídica, portanto, mas também a liberdade fática, a capacidade de exercício de direitos. Aqui a capacidade é vista como uma liberdade substantiva para alguém levar um determinado tipo de vida, sendo a pobreza, nesse contexto, a privação de capacidades básicas<sup>151</sup>.

O processo, por sua vez, como expressão do poder-dever-função-atividade do Estado que exerce a jurisdição não pode se furtar a essa visão. Um ordenamento que não admite a tutela específica em caso de inadimplemento, permitindo somente a sua conversão no equivalente monetário, não reconhece o direito ao bem, mas apenas o direito ao dinheiro. Essa visão ocorre no exclusivo benefício daquele detentor de condição economicamente superior, que se sente livre para proceder ao descumprimento do contrato sempre que o seu cumprimento mostra-se desvantajoso diante da situação de mercado, pois sempre poderá haver a sua conversão em dinheiro. Essa concepção, no entanto, não se amolda à necessidade de proteção da posição de consumidor em uma sociedade de massa<sup>152</sup>, em que bens essenciais também se valem da relação de consumo, não podendo ser substituídos por dinheiro, mas sendo essencial o seu adimplemento mediante a entrega específica.

Por isso, o artigo 84, como se estabelecesse um escalonamento, dá prioridade aos meios que garantam o específico cumprimento da obrigação convencional (“o juiz concederá a tutela específica da obrigação”), a utilização de medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra em rol exemplificativo (“ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, “poderá o juiz determinar as medidas necessárias, **tais como** busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”) e, em último caso, a conversão de obrigação em perdas e danos, se por ela

---

<sup>150</sup> Cf. Marinoni. Op. cit., p. 119.

<sup>151</sup> Nesse sentido, ver Robert Alexy (*in: Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 415 e ss) que aprofunda de forma bastante interessante a sua concepção quando liga a defesa dos direitos fundamentais com o argumento do exercício da liberdade fática e não meramente jurídica. De fato, a liberdade jurídica nada é se não existir faticamente e esta só poderá ser exercida mediante a garantia a um direito subjetivo a prestações na esfera de um padrão mínimo existencial. Dependendo da necessidade do indivíduo, maior significado terão os direitos sociais, tendo em vista que o indivíduo mais necessitado é o que conta com menor liberdade fática, sendo sem valor a liberdade jurídica para ele quando ele vive abaixo do mínimo existencial, está condenado ao desemprego e está excluído da vida cultural de seu tempo. A liberdade garantida pelos direitos fundamentais não inclui somente a liberdade jurídica, portanto, mas também a liberdade fática, a capacidade de exercício de direitos. Aqui a capacidade é vista como uma liberdade substantiva para alguém levar um determinado tipo de vida, sendo a pobreza, nesse contexto, a privação de capacidades básicas. Esse é o âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

<sup>152</sup> Ver Marinoni, op. cit., pp. 283-284.



optar o autor. Ainda prevê a possibilidade de imposição de multa, que em nada se confunde com quaisquer das medidas de sub-rogação ou com a conversão da obrigação em perdas em danos, podendo multa e quaisquer outras formas de cumprimento da obrigação coexistirem. Ao contrário, a multa pode ser imposta pelo juiz com fim coercitivo, ou seja, de indução do devedor para o cumprimento espontâneo da obrigação, assim visando à tutela específica da obrigação, a fim de evitar o retardamento no seu cumprimento. A multa, contudo, somente é adequada quando capaz de viabilizar a finalidade almejada pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional<sup>153</sup> e tem como limitador o direito do réu em não se ver compelido a pagar quando não possui patrimônio<sup>154</sup>.

A utilização dessa técnica pressupõe um incentivo à discricionariedade do juiz<sup>155</sup> e se coaduna com a essência da proteção de direitos que estão em constante mutação – muitas vezes, dentro da mesma demanda – e precisam de um olhar flexível, evidenciando uma mudança de paradigma, com o comprometimento do juízo com o resultado concreto do processo. Nesse sentido, destacam-se a mitigação de alguns princípios processuais (tais como os princípios dispositivo, da congruência entre o pedido e a sentença e da inércia) e a condução ativa do processo pelo juiz.

A doutrina<sup>156</sup> vem defendendo que, em conformidade com o que vem disposto no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (e no artigo 461 do Código de Processo Civil), o peso de tais princípios precisa ser reduzido, para que haja a adequada

---

<sup>153</sup> Ver Marinoni, *in*: op. cit., p. 332.

<sup>154</sup> É o sentido do julgamento proferido nos autos do Recurso Especial nº 743.185/SP: “Há, aqui, um verdadeiro descompasso entre a possibilidade jurídica de exigência de uma determinada prestação, no caso, a de apresentar documentos, e a possibilidade material de fazê-lo, pois multa nenhuma é capaz de coagir a ré a apresentar o que não mais existe. Em um cálculo aproximado, essa multa já ultrapassa, hoje, os cento e oitenta milhões de reais, e ainda que chegue a um bilhão de reais, os documentos perdidos não se materializarão novamente de forma a ser possível apresentá-los em juízo. As consequências dessa impossibilidade, repita-se, devem ser consideradas pelo juízo da execução quando este analisar o efetivo cumprimento ou não da obrigação principal estabelecida pela sentença, mas não podem influenciar a mera constatação de que o valor da multa já deixou, há muito tempo, de ter alguma correlação com a exigência que pretendia tornar coativa. Dessarte, tendo em vista a inutilidade da manutenção da multa diária, conquanto impossível o fim a que se destina, imprescindível é o seu afastamento.”

<sup>155</sup> Kazuo Watanabe (*in*: *Código Brasileiro...*, 10ª ed. p. 115) ressalta a necessidade de bom preparo e permanente reciclagem dos juízes em seus conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano com a perfeita aderência à realidade socioeconômico-política em que estão inseridos, de tal modo que os direitos dos consumidores consagrados na legislação sejam efetivamente tutelados sem perder de vista a compatibilização dessa proteção com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico prevista como princípio no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>156</sup> A exemplo de Marinoni (op. cit., pp. 104 e ss, 170 e ss e 223 e ss), que defende a mitigação do princípio contido no artigo 460 do Código de Processo Civil, para a possibilidade de alteração pelo das medidas requeridas pelas partes tanto ao que se refere ao pedido mediato (“quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”) e ao pedido imediato (sentença de “natureza diversa da pedida”), assim como defende o dever do juiz de conformar o procedimento ao caso concreto, interpretando as normas processuais à luz dos valores da Constituição, adequando as tutelas às necessidades do direito material e da realidade social, tratando da **elasticidade** do seu poder.

interpretação do artigo. Afinal, com o fim de permitir o resultado prático equivalente, caberá ao juiz, diante da impossibilidade de cumprimento da obrigação e, sendo insuficiente a sua reparação monetária, adotar medidas que imponham um fazer diverso do pedido, o que não se confunde com a imposição de meios executivos diversos para o cumprimento da obrigação. Mais do que permitir que o devedor seja compelido a pagar uma multa pelo atraso no cumprimento espontâneo da obrigação ou a reparar monetariamente o dano perpetrado, cabe ao juiz modificar, eventualmente, o pedido por uma obrigação de fazer para uma obrigação de não fazer<sup>157</sup>.

O que não quer dizer que o poder do juiz – extremamente reduzido com a Revolução Francesa, negando todo o *Ancien Régime* – não tenha parâmetros para o seu exercício: a técnica processual adequada à necessidade do direito material à luz dos valores da Constituição Federal, usando como ponderação das posições dos sujeitos processuais e relevância do bem protegido, no caso concreto, a regra da proporcionalidade<sup>158</sup>.

Além disso, na proteção de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, cumpre destacar a fundamental característica da indivisibilidade que permeia, em geral essa espécie de direitos, ou seja, a atenção para garantir a utilização do mesmo bem em iguais condições de qualidade e quantidade, por todos que queiram dele utilizar. Desse modo, o juízo deve sempre atentar às características e peculiaridades do direito sob tutela e aproximar o direito material das disposições processuais, de modo a integrá-los e, assim, alcançar o resultado jurídico-prático equivalente previsto em lei. Cumpre esclarecer que, mesmo no caso de direitos individuais homogêneos, em que a indivisibilidade não é sua característica, a dimensão irrisória que o proveito de determinados direitos toma na realidade de uma sociedade de massa – em que a distinção do indivíduo perde força – não pode ser tida como empecilho à análise e compreensão da preferência por tutelas

---

<sup>157</sup> Exemplo mais evidente é o pedido, relacionado à proteção ambiental, de deixar de poluir e, em não sendo suficiente a determinação, instalar filtros ou criar medidas de despoluição ambiental à parte poluidora, trazido por Kazuo Watanabe pela transcrição dos comentários presentes na obra “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)” . Na realidade do consumidor, nesse mesmo item será apresentada a iniciativa do legitimado pesquisado nesse sentido.

<sup>158</sup> Sobre a proporcionalidade, vide ALEXY, Robert (in: op. cit., pp. 85 e ss), que expõe os critérios e as teses sobre as diferenças entre regras e princípios, afirmando que o principal critério para essa diferenciação é a generalidade. Princípios e regras reduzem-se a normas em qualquer ordenamento, sendo que aqueles têm um grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade destas é relativamente baixo. Para Alexy, a proporcionalidade é uma máxima que contém três outras máximas parciais: a adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso), ambas que decorrem do mandamento de otimização das possibilidades fáticas, e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

específicas que visam ao alcance de todos os titulares do direito individual homogêneo indiscriminadamente.

Com efeito, a divisibilidade pode se constituir em entrave se não sopesada a realidade fática, considerados aspectos sociais e econômicos do proveito que determinada proteção judicial pode alcançar, absolutamente minimizados se esperarmos que cada indivíduo tenha a iniciativa consciente de buscar a preservação do seu direito.

A experiência do legitimado fonte de pesquisa demonstra a inefetividade de medidas que visam à reparação pecuniária do dano, em contraposição às recentes iniciativas de se garantir o exercício pleno do direito, seja ele abstrato – pois previsto em lei, seja ele concreto – pois previsto em contrato –, por exemplo.

No primeiro caso, em que se destacam as ações cujos temas são medicamentos e planos econômicos, a ação coletiva permite uma inicial aglutinação dos direitos individuais homogêneos com o fim de garantir a sua reparação pecuniária por meio de uma sentença genérica. A partir do momento da individualização necessária da demanda, exigida na fase liquidatória, todo o esforço empreendido na molecularização da demanda esvazia-se quando ela leva necessariamente à atomização dos pedidos, provocando a inefetividade da medida coletiva inicialmente impetrada por duas razões. A primeira diz respeito à dificuldade, após anos do evento danoso, de encontrar as vítimas prejudicadas pela conduta lesiva do fornecedor, o que aumenta o desinteresse pelo ressarcimento do titular do direito alcançado pela ação coletiva (pela ideia de que a dor do dano provocado cicatriza com o passar dos anos e até cai no esquecimento). A segunda, por sua vez, refere-se às condições pessoais das vítimas do dano, que exigem nova cognição exauriente, fazendo da fase liquidatória por artigos – pela necessidade de conhecimento do *cui debeat* e do *quantum debeat* – um novo processo, principalmente pelo tempo da produção probatória e pelas atividades a serem desenvolvidas pelo juiz, de consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, a saber as questões de fato e de direito<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Kazuo Watanabe (*in: Cognição do Processo Civil*, 4ª ed., pp. 67-68) ressalta – e com ele estão Chiovenda, Liebman e Calamandrei – que a cognição é prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar, avaliar e valorar questões de fato e de direito deduzidas no processo e cujo resultado é o fundamento do julgamento do objeto litigioso do processo, que, por mais que seja uma operação lógica, não é desprovida de complexidade, pois no transcorrer dos atos processuais, o juiz se pronuncia sobre grande quantidade de questões prejudiciais e interlocutórias com conteúdo de mérito.

As mais recentes iniciativas descritas nos casos cujos temas são planos de saúde, transporte aéreo e acesso à banda larga evidenciam várias das discussões aqui colocadas.

Observa-se a mitigação do princípio da congruência entre pedido e sentença partindo da atuação judicial em que não se solicitou intervenção no poder regulatório do Estado – caso do transporte aéreo –, mas que resultou na determinação judicial de elaboração de minuta de resolução que regulasse a assistência material e informativa aos passageiros sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Porém, o pronunciamento do juízo singular mostrou-se insuficiente diante do pedido elaborado, pois não determinou a imediata assistência material e informativa, denotando uma incompreensão da sua função jurisdicional (prevista no § 3º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor) na concessão liminar da medida, que foi suprida em segunda instância.

A mesma reação do órgão jurisdicionado observa-se no *case* dos planos de saúde, em que houve uma modificação do pedido inicialmente formulado – antes da citação dos réus – para que, diante de novos fatos que davam conta da insuficiência da medida deferida até aquele momento, nova medida fosse deferida mediante o uso da técnica processual prevista no já referido artigo 84 para adequá-la às necessidades da realidade social que se impunha (incapacidade econômica da operadora de saúde potencial adquirente – demonstrada no processo para garantir atendimento às demandas dos consumidores transferidos – da carteira daquela em condição financeira precária e submetida à intervenção da agência reguladora) e ao direito material que precisava ser tutelado (direito à saúde e ao adimplemento da obrigação contratual prevista).

O caso da ação civil pública movida para reclamar a baixa qualidade de acesso à banda larga que visa, ao final, a uma sentença constitutiva (nulidade de cláusula contratual, bem como redação de novos dispositivos contratuais que garantam o direito à informação do consumidor apostos na fatura), bem como tem, ainda que em segundo plano, uma sentença condenatória genérica (para o ressarcimento dos valores indevidamente cobrados em razão do não fornecimento do serviço pago), denota muito mais a atuação do legitimado no sentido de, na tentativa de adequar técnicas processuais às realidades impostas – não só no âmbito social, mas também no judicial –, separar os pedidos finais daqueles que tinham por objetivo a concessão liminar *inaudita altera pars*. Com isso, mais do que a técnica prevista no §3º do indigitado artigo 84, foi possível,

mesmo, a utilização da técnica prevista no artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil<sup>160</sup>, permitindo que o jurisdicionado não seja prejudicado quando, diante de vários pedidos formulados no processo, algum ou alguns se tornem incontroversos no curso desse mesmo processo<sup>161</sup>.

Assim, medidas que revertam valores cobrados indevidamente diretamente nas faturas de serviços públicos a todos os consumidores, independentemente de um pleito executivo específico, ou ainda, a garantia do exercício de um direito mediante uma obrigação de fazer imposta ao réu em uma ação coletiva permitem o movimento em busca das vítimas, mostrando-se mais condizentes com a efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Nessa esteira, há que se ponderar que temos muito a avançar, pois o processo coletivo, a tutela de interesses metaindividuais não permite um olhar para o passado, que se pauta apenas na ideia de puro ressarcimento de danos causados, mas exige a estagnação imediata do dano causado mediante o cumprimento de obrigações específicas de fazer ou não fazer, sob pena de inutilizar ou esgotar o bem jurídico tutelado.

Demonstração da melhor compreensão da inteligência desse dispositivo foi recentemente veiculada no voto do Ministro Sidnei Benetti proferido no Recurso Especial nº 767.741/PR, ao afirmar que **“na peculiar situação de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos (...), é possível se conferir eficácia mandamental à sentença, sem que se verifique qualquer prejuízo processual ou de ordem material aos envolvidos. No caso, a aplicação de tradicional procedimento executório pelos indivíduos beneficiados pela sentença, causaria insuperáveis transtornos ao Judiciário, traria desnecessário ônus aos titulares de direito e, posteriormente ao próprio devedor, razão pela qual admite-se a hodierna aplicação do direito, para se atingir a finalidade social de lei”**<sup>162</sup>.

A compreensão emanada senão inédita, ainda é bastante rara, mas demonstra um caminho a se trilhar no intuito de atribuir a máxima efetividade à demanda coletiva.

---

<sup>160</sup> “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

<sup>161</sup> Técnica que, como bem alerta Marinoni (*in*: op. cit., pp. 295-296), foi instituída para eliminar a impossibilidade de tutela imediata do direito que se torna incontroverso no curso do processo, tendo em consideração o direito à tempestividade da tutela jurisdicional que decorre do próprio direito de ação. Diante de parte dos pedidos que, antes dos demais, estão maduros para julgamento ou não dependem de dilação probatória, fundando-se somente em questões unicamente de direito ou cujas provas sejam documentais e a produção já seja suficiente antes do fim do processo, a técnica se justifica.

<sup>162</sup> Ver análise desse julgado no item IV.1.2 letra E.

### III.3 DIREITO COMPARADO: CASES E CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA NO QUE SE REFERE À EFETIVIDADE

A ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos recebeu clara inspiração do direito norte-americano, como bem ressaltam os autores do anteprojeto ao Código de Defesa do Consumidor<sup>163</sup>.

A construção da disciplina legal brasileira, guardadas as diferenças culturais e sociais, pautou-se em grande parte na compreensão das definições trazidas pela reforma empreendida em 1966 às *Federal Rules of Civil Procedure*. A *Rule 23*, a partir de 1966, abandonou a diferenciação entre *true, hybrid and spurious class actions*, de certo modo, mantida em nossa legislação, adotando duas grandes espécies de *class actions*: *mandatory*, ou seja, aquelas que obrigatoriamente seguem como ações de classe, alcançando todos os interessados na tutela, e *not mandatory*, ou seja, aquela em que se pode optar por não ser alcançado pelo resultado da demanda.

É a partir de 1966 que a *class action not mandatory* é criada, aí se enquadrando a *class actions for damages*, inspiração para a previsão legal contida no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, para que seja possível reconhecer uma ação de classe, atribuindo-lhe a denominada *certification*, todos os pré-requisitos constantes da *Rule 23(a)* precisam estar presentes e, para que a ação de classe prossiga nessa condição, um de três requisitos estabelecidos na *Rule 23(b)* devem ser diagnosticados. Especificamente, em relação àquela *not mandatory*, deve prevalecer os critérios estabelecidos na *Rule 23(b)(3)* percebidos nos fundamentos de fato estipulados de (A) a (D). Tais requisitos foram, em certa medida, recepcionados em nossa legislação.

A *Rule 23(a)* traz os quatro pré-requisitos que o juiz deve avaliar se estão presentes para qualquer ação de classe: *numerosity, commonality, typicality* e *adequacy of representation*<sup>164</sup>. Guardadas as devidas proporções, tais critérios estão previstos em nossa

---

<sup>163</sup> Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover em obras coletivas como o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 10ª ed., pp. 124-137 e Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law – uma análise do direito comparado, 2ª ed.

<sup>164</sup> “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

legislação, na medida em que os direitos individuais homogêneos, para serem assim caracterizados, são aqueles decorrentes de origem comum, ou, estão presentes questões de fato ou de direito comuns a todos os envolvidos (*commonality*), mas também precisam contar com a homogeneidade como critério, ou, os direitos demandados devem ser típicos a toda a coletividade (*typicality*). Os legitimados definidos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor assim o são, porque em razão do dano, seria impossível trazer todos os prejudicados a juízo (*numerosity*) e, para alguns deles (associações civis), há que se ter um tempo mínimo de existência e, dentre os seus fins institucionais, estar a defesa dos interesses previstos no Código (*adequacy of representation*).

No mesmo diapasão, para as ações coletivas norte-americanas categorizadas como não obrigatórias, o juiz entende que as questões de fato ou de direito comuns a todos os membros da classe **predominam** em relação a quaisquer questões que afetam somente os indivíduos e que a tutela coletiva é **superior** a outro meio processual disponível para o julgamento justo e eficiente da lide<sup>165</sup>.

Ada Pellegrini Grinover defende que os critérios da predominância das questões de fato e de direito comuns em relação às questões individuais e a superioridade da tutela coletiva sobre a tutela individual como forma de melhor alcançar um julgamento justo e eficaz da controvérsia estão presentes em nosso ordenamento, sendo que o primeiro é identificado com a presença do critério da homogeneidade para justificar a defesa coletiva dos direitos e se coaduna com a condição da ação possibilidade jurídica do pedido, assim como o segundo encontra conexão com o interesse de agir e a efetividade do processo, criando, assim, contato com o interesse-utilidade e o interesse-adequação da *civil law*. Neste último caso, há necessidade de se averiguar a causa de pedir, se próxima ou remota, pois responsável para se avaliar o nexo causal existente entre a conduta do agente e os danos provocados<sup>166</sup>.

Ainda que se pondere pela implícita existência, em nosso ordenamento jurídico, dos critérios estabelecidos para a *class action* norte-americana, fato é que o nosso processo não conhece a figura da *certification*, nem a análise a respeito da presença de todos esses critérios é feita até o momento de estabilização da demanda, qual seja, o saneamento do processo.

---

<sup>165</sup> Livre tradução de “the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.”

<sup>166</sup> In: Código Brasileiro..., Vol. II, 10ª ed., pp. 133-136.

Ao contrário, a disciplina norte-americana somente permitirá o prosseguimento de uma ação de classe nessa condição, se tais critérios estiverem presentes, fazendo com que a *certification* tenha o condão de ser peça-chave para se garantir, ao menos em tese, a efetividade do processo. Assim, apenas mediante a adequada representatividade de uma classe numerosa, com a predominância de questões de fato e de direito comuns às individuais e a superioridade da tutela coletiva em relação à individual é que pode haver garantias mínimas para a efetividade do processo, segundo o direito norte-americano.

As diferenças entre os sistemas não param por aí. Ao contrário do *opt out* norte-americano para as *class actions for damages*, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor cria verdadeira hipótese de *opt in* no direito brasileiro<sup>167</sup>. E, ainda, a importação da *fluid recovery* não guarda plena similitude com a previsão norte-americana<sup>168</sup>. Observa-se, também, um forte incentivo à discricionariedade do juiz<sup>169</sup>, o que o sistema nacional não dota exatamente aos nossos órgãos jurisdicionais.

Por outro lado, a avaliação dos critérios para a atribuição da *certification*, na prática, não é garantia de efetividade do processo. Este, ainda, segue sendo um dos pontos mais sensíveis à disciplina norte-americana da *class action*, em especial pelo fato de que a efetividade adviria, também, do sucesso das *notices*<sup>170</sup> sobre a certificação da ação

---

<sup>167</sup> Escolha mitigada após o julgamento da controvérsia repetitiva estabelecida no Recurso Especial nº 1.110.549/RS, como demonstrado no capítulo seguinte.

<sup>168</sup> Como já exposto na nota 39, o caso *Simer v. Rios* consigna que a *fluid recovery* é usada nos Estados Unidos para os casos em que os indivíduos lesados não estão aptos a reunir provas do seu interesse pessoal ou não receberam as *notices* do caso. A reparação, por sua vez, é feita através da distribuição do dinheiro no sistema de mercado pela redução de preços, ou para patrocinar projeto que beneficiará adequadamente os membros da classe, enquanto o recolhimento que se faz ao Fundo de Direitos Difusos na lei brasileira não garante a reparação direta e adequada, nem mesmo mediante atividades conexas com o direito lesado, porque os projetos aprovados com os recursos do Fundo de Direitos Difusos servem para atendimento de todos os interesses vivenciados pela coletividade.

<sup>169</sup> Com exceção da previsão trazida no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. A propósito, o PLS nº 282/2012 pretende inserir na realidade brasileira grande parcela dessa discricionariedade, ao permitir que o juiz avalie a adequação do tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela (artigo 81, §1º, III), bem como abre-lhe oportunidade para uma condução muito mais ativa do processo (artigo 90-A).

<sup>170</sup> O sistema jurídico norte-americano conta com uma importante contribuição de uma agência federal, a Federal Judicial Center ([www.fjc.gov](http://www.fjc.gov)). Esta agência é responsável por pesquisas e educação voltadas aos juízes federais, cortes trabalhistas, entre outros, conduzindo e promovendo orientação e educação e desenvolvendo recomendações sobre a operação das cortes federais, com base nos estudos desenvolvidos pelo órgão. Existe uma área no site (Class Actions Notice Pages) em que são expostos modelos de notificações voltadas para comunicar a certificação de ações coletivas e de acordos celebrados nesse tipo de ação, desenvolvidos a partir de pesquisas empíricas sobre a linguagem e a compreensão da população sobre as notificações recebidas, para entender se os termos são claros e levam os interessados a adotarem condutas para defenderem seus interesses. Além disso, a agência possui o Manual for Complex Litigation, que na sua quarta edição (2004), publicação que descreve abordagens que juízes tem se valido para a administração de casos complexos (classificação das ações coletivas no sistema norte-americano). A respeito das *notices*, há considerações a respeito do aumento da efetividade da medida, os diversos formatos de comunicações (um



coletiva, sobre o resultado do processo ou sobre os acordos (*settlements*) celebrados no âmbito das *class actions*.

Dado que as comunicações são avaliadas empiricamente, havendo centros de pesquisa e estudos para demonstrar a efetividade da medida, seja pela análise dos meios utilizados para o alcance da comunicação, seja pela linguagem utilizada de modo a facilitar a compreensão dos interessados, vale expor a experiência de *cases* norte-americanos que tratam da presença dos critérios autorizadores para a condução de acordos sob a regra da *class action*. Dá-se destaque aos acordos, porque a maioria dos pedidos para certificação de uma *class action* são feitos para esse fim. Em outros casos, antes mesmo da decisão sobre a certificação, as partes envolvidas chegam a um acordo<sup>171</sup>. Os *cases* destacados foram decididos em épocas bastante distintas – o primeiro em 1997, e o segundo, em 2012 – e apresentam ponderações diferentes sobre a certificação para fins de acordo.

Em *Amchen Products, Inc. v. Windsor*, famoso *case* sobre a exposição ao amianto de trabalhadores e seus familiares, cuja onda de processos teve início nos anos 1970 e cuja certificação para fins de acordo alcançou a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1997, a questão travada disse respeito aos critérios a serem observados da *Rule 23* para o propósito de acordo.

O *Earnest District of Pennsylvania*<sup>172</sup> reuniu todas as ações em andamento no sistema federal sobre danos pessoais pela exposição ao amianto (*abestos*). As negociações para um acordo tiveram início entre os advogados dos querelantes e dos réus, incluindo o *Center for Claims Resolution (CCR)*, um consórcio de 20 ex-produtores de amianto. Após sucessivas tentativas de negociação, chegou-se a um acordo entre o CCR e aqueles que foram – ou tiveram parentes – expostos ao amianto, havendo, entre estes, aqueles que já percebiam as consequências da exposição e aqueles que só tinham sido

---

sumário salientado os principais pontos, ou na forma de perguntas e respostas), bem como experiências relativas à forma de entrega da comunicação, se por correio ou pela internet ou, ainda, pela veiculação de comunicações em jornais de grande circulação, avaliando-se as vantagens e desvantagens de cada meio, sempre levando em conta “a melhor comunicação exequível consideradas as circunstâncias” (em referência a diversos julgados que entendem que o devido processo legal não exige a real comunicação para as partes que não podem ser razoavelmente identificadas, assim como outros julgados que listam práticas recomendadas para expandir o conjunto de nomes dos membros da classe para a real comunicação).

<sup>171</sup> Cf. *Manual of Complex Litigation, Fourth Edition*, 2004, p. 313 (Disponível em [http://www.fjc.gov/library/fjc\\_catalog.nsf/autoframepage!openform&url=/library/fjc\\_catalog.nsf/DPublication!openform&parentunid=5420134DE13A58AD85256E58006ED0BC](http://www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf/autoframepage!openform&url=/library/fjc_catalog.nsf/DPublication!openform&parentunid=5420134DE13A58AD85256E58006ED0BC)).

<sup>172</sup> O sistema judicial norte-americano é composto por 2 sistemas independentes: o federal court system, que tem organização hierárquica e geográfica (11 Circuits dividem o território norte-americano, havendo um número de District Courts subordinadas aos Circuits; a Suprema Corte é a última instância do sistema federal), e os state court systems, que são controlados autonomamente por cada estado soberano (*in: Understanding Federal Courts and Jurisdiction*, pp. 385 e ss).

expostos (*exposure-only*), sem sofrer as consequências. Um ponto relevante do acordo diz respeito à possibilidade de exercer o *opt out*, mas aqueles que o fizessem estariam impedidos de buscar os *punitive damages*. O *Third Circuit* reverteu a decisão distrital com base na predominância de questões não comuns às partes e à falta de representatividade adequada requerida pela *Rule 23* em razão dos conflitos havidos entre os membros da suposta classe. Não houve enfrentamento de questões relacionadas à *justiciability*<sup>173</sup>, à jurisdição e à adequação da comunicação escolhida pela corte distrital. O *Third Circuit*, ainda, entendeu irrelevante a existência de um acordo para avaliação dos requisitos da *Rule 23(a)* e *(b)*.

A Suprema Corte, seguindo na mesma linha do *Third Circuit*, decidiu que a corte distrital errou em reconhecer predominância das questões comuns apenas na experiência de exposição ao amianto compartilhada entre os membros da suposta classe e o interesse comum em obter compensação justa e rápida. Concluiu, ademais, que a classe na verdade estava “pulverizada”, dado o grande número de questões peculiares às várias categorias da classe e aos indivíduos dentro da mesma categoria e a importância das questões não comuns. Discordou, todavia, da instância inferior no que concerne à relevância do acordo para a certificação. Entendeu que questões relativas à administração de uma suposta ação de classe são de menor importância quando um acordo é alcançado, mas enfatizou que os critérios para a certificação têm grande importância no contexto do acordo. Assim, ainda que a existência de um acordo possa ser relevante para a certificação da *class action*, uma suposta classe criada somente para o acordo precisa, no entanto, ser analisada do mesmo modo que uma classe requerida para propósitos judiciais.

A crise judicial instaurada por conta do afluxo de ações para a reparação dos danos provocados pela exposição ao amianto, contudo, não teve uma solução judicial, pois a Suprema Corte deixou de estabelecer critérios interpretativos para a avaliação dos requisitos para a certificação contidos na *Rule 23* e as questões relativas às ações de classe no caso de reparação de danos também ficou sem solução, assim como a questão da efetividade no caso do amianto.

O *case* conhecido como *De Beers S.A.* diz respeito à certificação de um acordo celebrado entre o cartel De Beers (maior fornecedor de diamantes brutos do

---

<sup>173</sup> Por falta de um termo apropriado em português, deixa-se de traduzir o termo utilizado, mas esclarece-se que a *justiciability*, essencial para o prosseguimento das demandas no sistema judicial norte-americano diz respeito à existência de um caso concreto a ser analisado pelo tribunal, não podendo ser levado ao conhecimento do tribunal uma situação hipotética, sem que tenha havido uma violação concreta do direito (*in: Understanding....*, pp. 45 e ss). Nesse sentido, o termo assemelhar-se-ia ao interesse de agir.

mundo) e seus adquirentes diretos e indiretos (que adquiriam os diamantes no varejo e, portanto, consumidores). Por disposição expressa da lei federal antitruste, o adquirente indireto não pode alegar violação à lei antitruste, não tendo direito de ação perante o sistema federal. Apenas adquirentes diretos teriam essa prerrogativa. Àqueles só restaria a discussão nas cortes estaduais.

Muitas ações se proliferaram em todo o país, em ambos os sistemas – federal, para adquirentes diretos (*direct purchases*), e estadual, para adquirentes indiretos (*indirect purchases*) – alegando que o réu monopolizava ilegalmente o fornecimento de diamantes, conspirava na fixação, aumento e controle do preço dos diamantes e promovia propaganda enganosa.

O *District of New Jersey* avocou para si todas as ações coletivas que tramitavam pelo país no sistema federal e nos estaduais e procedeu, em 2008, a *fairness hearing*<sup>174</sup> e, em seguida, aprovou o acordo proposto, no valor total de US\$ 272,5 milhões. Algumas entidades fornecedoras, rés em outras ações, não participaram do acordo e o contestaram diante da Corte de Apelação do *Third Circuit*. Inicialmente, a turma julgadora (*panel*) decidiu não certificar a ação coletiva para fins de acordo, mas em decisão do colégio de juízes (*en banc*, expressão francesa que se assemelha à Corte Especial dos Tribunais brasileiros, mas nos Estados Unidos diz respeito a todos os juízes de um Tribunal), essa decisão foi revertida.

Neste caso, a questão também recaía sobre o atendimento dos requisitos da *Rule 23* para a *certification* da *class action*, em especial, ao requisito de predominância das questões comuns às individuais. Todavia, o caso reuniu membros de duas classes claramente distintas – *direct purchases* e *indirect purchases* – as quais não possuíam a principal questão de direito comum: a possibilidade de ingressar no sistema federal alegando violação à lei antitruste, não possuindo os adquirentes indiretos o que denominam de *colorable legal claim*, livremente traduzida como uma questão legal plausível, uma reivindicação válida (*valid claim*).

A corte julgadora, no entanto, focou sua argumentação na certificação da classe para fins de acordo, em que não há a preocupação de se avaliar como um julgamento afeta membros com diferentes direitos e um acordo global é um objetivo válido e

---

<sup>174</sup> Um dos procedimentos adotados para avaliação dos acordos propostos em ações coletivas. Três requisitos precisam ser avaliados segundo a *Rule 23(e)(2)*: *fairness, reasonableness and adequacy*.

desejável<sup>175</sup>. A decisão, proferida por maioria de votos<sup>176</sup>, veio do mesmo *Third Circuit* que não reconheceu a certificação no caso anteriormente apresentado – lá entendendo pela irrelevância do contexto de acordo para aferição dos requisitos para a *certification* – e aqui admitindo a mitigação dos requisitos para a certificação em razão do contexto do acordo<sup>177</sup>.

Os casos apresentados denotam a dificuldade prática de se avaliar a adequação da tutela coletiva, inclusive com a mitigação de requisitos com o fim de evitar longas demandas, bem como evidenciam a evolução do entendimento pretoriano na realidade norte-americana. A liberdade de negociação existente mesmo em ações coletivas não dispensa uma atuação judicial pautada em deveres de controle e de proteção de interesses de membros ausentes atribuídos ao juiz da causa, exigindo do julgador incrível sensibilidade na ponderação de inúmeros fatores, que não o livram de infundáveis contestações até o alcance da Suprema Corte.

---

<sup>175</sup> Do julgamento, no original, trecho do voto do juiz Scirica, acompanhando o voto condutor: “A responsible and fair settlement serves the interests of both plaintiffs and defendants and furthers the aims of the class action device. Plaintiffs receive redress of their claimed injuries without the burden of litigating individually. Defendants receive finality. Having released their claims for consideration, class members are precluded from continuing to press their claims. Collateral attack of settlements and parallel proceedings in multiple fora are common realities in modern class actions—features that can imperil the feasibility of settlements if defendants lack an effective way to protect bargained-for rights. (...) If the indirect-purchaser claims at issue here were excluded, nothing would bar the plaintiffs from bringing them as separate class actions or as aggregate individual actions, leaving defendants “exposed to countless suits in state court” despite the settlement. (...) Perhaps a defendant will be willing and able to defend or settle all of these actions separately, or perhaps it won’t. Either way, the costs (direct and indirect) and risks of continuing litigation will be greater. A defendant, therefore, may be motivated to pay class members a premium and achieve a global settlement in order to avoid additional lawsuits, even ones where it might be able to file a straightforward motion to dismiss for failure to state a claim.”

<sup>176</sup> Dos votos dissidentes dos juízes Jordan e Smith: “On its own terms, then, the Majority’s decision is short-sighted and counterproductive. In the interest of short-term peace, it sacrifices long-term legitimacy and, with that, a more stable, lasting peace. By failing to enforce the limits of Rule 23, today’s decision will encourage frivolous class action claims and have the predictable consequence of weakening the incentives – the sheltering shadow – under which non-frivolous disputes would otherwise be properly resolved. In sum, when a federal court issues an order certifying that there are questions of fact or law common to all class members, it necessarily concludes, whether explicitly stated or not, that all class members have at least some colorable legal claim. When there are members of a putative class who do not, under the operative substantive law in a case, have a colorable claim, certification of the class enlarges the substantive rights of those members. Any such order is thus a violation of the Rules Enabling Act, and, when it occurs in a class whose only claims are based in state law, it also violates core principles of federalism. The damage done by that judicial usurpation is not made better by invoking the benefits of social peace through litigation settlement. Private parties have a free hand in settling their own disputes, but class action settlements require federal courts to determine the rights and obligations of people who are not there to speak for themselves – hence the Supreme Court’s insistence that class action settlements “demand undiluted, even heightened, attention ...,” especially when there is a risk of “unwarranted or overbroad class definitions,” *Amchem*, 521 U.S. at 620. That risk has been realized here.”

<sup>177</sup> A título de informação sobre como seu deu a comunicação aos membros ausentes das classes no caso analisado, vale consultar o website planejado para dar ciência de todos os atos processuais (Disponível em <https://diamondsclassaction.com/index.htm>).

## **IV. CONFRONTO DAS INICIATIVAS DOS LEGITIMADOS COM A JURISPRUDÊNCIA FORMADA**

### **IV.1 SISTEMATIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PARADOXO ENTRE O FORTALECIMENTO DA TUTELA COLETIVA E ENFRAQUECIMENTO DA EXECUÇÃO COLETIVA**

O estudo da jurisprudência é um instrumento precioso para compreender se o anseio legislativo e doutrinário foi abraçado pelo Poder Judiciário que, afinal, é o responsável por transformar situações fáticas e atribuir direitos.

O caso da execução coletiva merece ênfase, pois as repercussões das decisões judiciais proferidas em ações coletivas são de significativa magnitude não apenas pela relação com a competência do Tribunal, mas em especial pela natureza do direito defendido e a sua categorização, que possibilita o desenvolvimento de tutela direcionada e integrante de microsistema específico.

Além disso, debruçar-se sobre a jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, permitirá a definição de estratégias mais eficazes à concretização da execução coletiva e, mesmo, identificar como se constrói – ou se desconstrói – o acesso à justiça de forma eficiente.

A sistematização pressupõe o levantamento de julgados que tratam de questões da fase executiva ou que tragam posicionamentos que interferem diretamente nessa fase. O objetivo é avaliar o que já foi objeto de debate no Superior Tribunal de Justiça, a fim de perceber quais questões já chegaram àquela instância e, dentre tais questões, quais têm posicionamento consolidado e em que sentido e quais ainda não têm, mas se já contam com uma orientação. No caso dos posicionamentos consolidados, qual a força do precedente e como ele evoluiu dentro da Corte.

O primeiro critério adotado na sistematização da jurisprudência compreendeu a consulta aos julgados disponíveis no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Os parâmetros foram definidos com base em palavras-chaves<sup>178</sup> que indicam

---

<sup>178</sup> A pesquisa foi realizada exclusivamente em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). No link disponível para a consulta de jurisprudência, foi utilizada a ferramenta Pesquisa Livre, que diz respeito à pesquisa simplificada, com base

relação com o assunto discutido no presente trabalho. Ao fim, destacaram-se 44 julgados para leitura e possível sistematização.

Após a leitura dos 44 julgados destacados, apenas 19 foram avaliados determinantes para diagnosticar a orientação que vem se formando – ou já está consolidada – no referido Tribunal Superior sobre as execuções dos títulos obtidos em ações coletivas movidas em defesa do consumidor.

Em decorrência do conhecimento prático que se tem sobre a matéria, outros doze julgados foram destacados, pois tratam das problemáticas identificadas nesse trabalho e foram proferidos na fase executiva das ações civis públicas que os ensejaram, retratando, também, a orientação da Corte. Ao todo, foi submetido à análise o universo de 30 julgados.

A análise buscou separar os julgados por ano de julgamento – com o fim de observar a época indicativa da maturidade do Tribunal para proferir as decisões impactantes na fase executiva –, conforme Tabela II<sup>179</sup>, e, posteriormente, destacam-se, ainda, as que foram proferidas em Turma, Seção e Corte Especial – com o fim de avaliar o peso do julgado na uniformização do entendimento –, conforme Tabela III<sup>180</sup>.

Procedeu-se, em seguida, à leitura das ementas e separação dos julgados atinentes à temática do trabalho, bem como, dentre estes, destacam-se aqueles proferidos por Seção ou Corte Especial para a leitura da íntegra dos acórdãos. Mediante tais providências, é possível avaliar e destacar os pontos relevantes considerados nos debates e empreender a sistematização dos posicionamentos para observar e identificar a evolução dos temas sensíveis à execução coletiva dentro do Tribunal.

Como o objetivo desse capítulo é a sistematização da jurisprudência com o fim de avaliar seus impactos na formulação dos caminhos para a efetividade do título executivo coletivo, não se quis apresentar a íntegra de cada acórdão no corpo do capítulo.

---

nas palavras-chave CUMPRIMENTO, SENTENÇA, EXECUÇÃO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA e AÇÃO COLETIVA, combinando-as com os operadores disponíveis “E” e “PROX” a fim de refinar a busca. Os tipos de documentos localizados subdividem-se em Súmulas, Acórdãos, Decisões Monocráticas e Informativos de Jurisprudência. Algumas combinações localizaram um número expressivo de julgados. Com o fim de refinar ainda mais a busca e tornar viável a pesquisa, em algumas combinações que havia expressiva quantidade de decisões monocráticas e acórdãos, deu-se preferência aos informativos de jurisprudência e súmulas, o que tornou possível um recorte suficiente para retratar a jurisprudência da Corte. Assim, na combinação (CUMPRIMENTO PROX SENTENÇA) E (AÇÃO PROX CIVIL PROX PÚBLICA), foram localizados 6 decisões monocráticas e 1 informativo de jurisprudência; em (CUMPRIMENTO PROX SENTENÇA) E (AÇÃO PROX COLETIVA), foram localizadas 3 decisões monocráticas; em (EXECUÇÃO) E (AÇÃO PROX CIVIL PROX PÚBLICA), foram localizados 886 acórdãos, 24.671 decisões monocráticas e 45 informativos de jurisprudência com julgados relacionados ao assunto; por fim, em (EXECUÇÃO) E (AÇÃO PROX COLETIVA), foram localizados 643 acórdãos, 1 súmula, 14.942 decisões monocráticas e 21 informativos de jurisprudência com julgados relacionados.

<sup>179</sup> Vide Capítulo VII – Anexos.

<sup>180</sup> Idem nota anterior.

Por isso, as ementas dos acórdãos estão no Capítulo VII – Anexos para conhecimento do seu teor, aqui simplesmente destacando trechos relevantes para o debate em torno do tema.

### **VI.1.1 LEGITIMIDADE**

Os julgados que tratam da legitimidade subdividem-se em dois tipos: debatem 1) a legitimidade da vítima e de seus sucessores para a promoção da liquidação e execução de sentença previstas no artigo 97 da Lei nº 8.078/1990; e, 2) a legitimidade dos entes elencados no artigo 82 do mesmo diploma para a promoção dos mesmos instrumentos de tutela e qual a natureza dessa legitimidade.

Na primeira situação retratada, é inquestionável a legitimidade das próprias vítimas e seus sucessores para executarem os julgados decorrentes de ações coletivas, como dispõe o próprio artigo 97 da Lei nº 8.078/1990. A possibilidade, mais do que decorrer somente de lei especial, decorre da própria lógica do direito de ação, em que, tendo o titular de um direito subjetivo material violado<sup>181</sup>, surge a pretensão<sup>182</sup> e, portanto, o direito (ou poder) de invocar a função jurisdicional exigindo-lhe uma prestação (favorável ou desfavorável), que visa à solução efetiva da pretensão<sup>183</sup>. Negar à vítima diretamente afetada pela ação danosa a possibilidade de pleitear a reconstituição do seu direito ou o ressarcimento diante da sua impossibilidade, seria, de fato, negar a vigência de todo o sistema jurídico.

A real discussão surge não com o que dispuseram as leis criadas para o desenvolvimento do processo coletivo, mas decorre da interpretação a que se dá àquelas que, por iniciativa do Poder competente – o Poder Legislativo –, vieram a limitar a compreensão da tutela coletiva.

Como já afirmado, o direito de ir a juízo para pleitear o direito substancial violado é incontestavelmente do seu titular. O debate, todavia, girou em torno da hipótese de o titular do direito, se não tendo exercido o seu direito de ação diretamente para reconhecimento judicial da violação, poderia fazê-lo em seu benefício, já na segunda fase –

---

<sup>181</sup> Não se nega, por óbvio, a natureza autônoma do direito de ação, que independe da existência do direito subjetivo material, porém, de fato, admite-se que, diante da violação, surge a pretensão, que, resistida, abre ao titular do direito a oportunidade de exigir do Estado uma prestação jurisdicional.

<sup>182</sup> Artigo 189 do Código Civil.

<sup>183</sup> Sobre noções gerais das diversas concepções do direito de ação, o alicerce “Teoria Geral do Processo”, de Cintra, Grinover e Dinamarco.

a executiva – valendo-se de tutela deferida a outrem, legitimado, que moveu medida judicial para seu reconhecimento.

Invocando as limitações impostas pela Lei nº 9.494/1997, as partes recorrentes aos Tribunais Superiores – decerto, aqueles que figuraram como réu em demandas coletivas – tentaram, por vezes, exigir do Poder Judiciário a interpretação pela necessidade de vínculo entre o titular do direito então executado e o legitimado que obteve a tutela judicial em demanda coletiva, combinada com limites temporais para proveito da tutela genérica (artigo 2º da referida lei) e os já consolidados limites territoriais de eficácia do julgado.

Vê-se que, nesse primeiro momento, as discussões eram provocadas por teorias elaboradas com o fim de limitar o efeito potencialmente extensivo e pleno da tutela coletiva no que diz respeito aos beneficiados.

A segunda situação retratada já remonta anos mais recentes e desenvolveu-se no fim da primeira década do século XXI, dizendo respeito não mais ao proveito do título judicial oriundo da ação coletiva pela vítima do dano que não se dirigiu ao Poder Judiciário para pleitear seu reconhecimento, mas valeu-se de medida pleiteada por terceiro legitimado. O que está em foco agora é a possibilidade daquele mesmo ente que outrora moveu ação pleiteando direito alheio, se nesta fase executiva pode-se valer da mesma condição processual para dar efetividade à declaração judicial uma vez obtida. O ponto central do debate é a natureza da legitimidade do ente instituído por lei para uso da ação coletiva na fase executiva: se permanece ele como substituto processual, assim como o era na ação condenatória ou se passa a agir como representante processual das vítimas titulares do direito.

De início, portanto, em 2004, as discussões acerca da legitimidade ainda se limitavam a reconhecer ao indivíduo a possibilidade de ingressar diretamente – sem demonstração de vínculo associativo – no Poder Judiciário requerendo o cumprimento da sentença obtida em ação coletiva, se preenchesse os requisitos previstos na sentença genérica.

Dado que o debate dava-se em torno, principalmente, de ações civis públicas ajuizadas por associações civis pleiteando diferenças monetárias oriundas das mudanças ocorridas com o advento de planos econômicos passados, a Corte começou a posicionar-se no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado (Segunda Seção).



Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte julgado:

**A) Recurso Especial nº 651.037/PR, julgado em 05 de agosto de 2004**

O presente é o que melhor desenvolve a argumentação iniciada para dar cabo da discussão acerca da legitimidade do indivíduo para promover sua execução da sentença de ação civil pública, independentemente de provar vínculo associativo com o legitimado que a propôs. No âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, constituiu-se como precedente para casos ulteriores.

No mesmo diapasão, seguiram-se os Recursos Especiais nº **651.039/PR** – ainda que julgado em data anterior ao destacado, a saber, 03/08/2004 – e nº **641.066/PR**, que, em maior ou menor extensão, repisaram os argumentos postos no Recurso Especial nº 651.037/PR.

Nos termos da relatoria, “a questão posta a desate pela recorrente consiste em aferir se o recorrido possui legitimidade ativa para propor ação de execução da sentença, proferida em ação civil pública, que determinou o pagamento das diferenças de correção monetária relativa aos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989 a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas nesses períodos”.

A argumentação do recorrente pousou na Lei nº 9.494/1997 e nas consequentes alterações empreendidas na Lei nº 7.347/1985, na intenção de fazer prevalecer o artigo 2º-A<sup>184</sup> daquela, com o fim de que o *decisum* tivesse como fronteira os substituídos que, na data de propositura da ação, tivessem domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator<sup>185</sup>, exigindo, para a prova do requisito, a lista de associados até a data de propositura da ação.

Para a evolução da argumentação desenvolvida pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, foi fundamental retomar o dispositivo da sentença proferida em sede de ação civil pública, transcrito no corpo do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e repisado no teor da decisão proferida na instância especial:

---

<sup>184</sup> “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

<sup>185</sup> A respeito da eficácia da coisa julgada com o advento da Lei nº 9.494/1997 e seus impactos na Lei da Ação Civil Pública, ver item III.2.4 do presente trabalho.

“Como se depreende do trecho a seguir transcrito, a sentença exequianda foi expressa ao beneficiar a todos os poupadores do Estado do Paraná e não limitou os efeitos da coisa julgada aos associados da APADECO, verbis:

'(...) a pagar aos poupadores do Estado do Paraná, nas contas de caderneta de poupança mantidas junto à ré, iniciadas ou renovadas até 15.06.87 e 15.01.89, o valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado em suas contas nos meses referidos com o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC apurado no período - em junho/87 e 42,72% em janeiro/89 - (...)’ (grifei)”

Com o fim de criar consenso e lógica interpretativa com legislação amplamente criticada por doutrina especializada na tutela coletiva, o esforço deu-se no sentido de afirmar que o artigo 2<sup>o</sup>-A da Lei n<sup>o</sup> 9.494/1997 apenas “limita os efeitos da coisa julgada aos associados somente quando a ação é proposta exclusivamente no interesse deles”. Respeitado que foi o artigo 2<sup>o</sup> da referida lei, que levou à alteração do artigo 16 da Lei n<sup>o</sup> 7.347/1985, dado que os poupadores beneficiados com a decisão foram os domiciliados no Estado do Paraná, competência territorial do órgão prolator da decisão, não haveria que se exigir o vínculo associativo com o legitimado que propôs a ação coletiva cumprindo com seus fins institucionais.

Portanto, ainda nos idos de 2004, no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento que começou a ganhar força reconheceu a legitimidade da vítima para a propositura da execução individual, sem que, para tanto, houvesse a necessidade de fazer prova do vínculo associativo.

Com efeito, há que se reconhecer que o debate ainda padecia de certa timidez, tendo em vista a clareza da lei nos termos do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor.

Desse debate, chegou-se a duas conclusões:

1) Se a sentença proferida em ação civil pública movida por associação legitimada estendeu os seus efeitos a todas as vítimas do dano, delimitando-os na forma do artigo 16 da Lei n<sup>o</sup> 7.347/1985, prevalece o ora disposto, beneficiando, inclusive, aqueles que não possuem vínculo associativo com a instituição, porquanto está ela cumprindo com seus fins institucionais. Não há, com isso, incidência do disposto no artigo 2<sup>o</sup>-A da Lei n<sup>o</sup> 9.494/1997 por não se tratar de ação coletiva em exclusivo benefício dos seus associados; e,

2) Se não se enquadra no referido artigo 2º-A, tendo a execução proposta lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, dispensada está a vítima de fazer prova do vínculo.

Observa-se, todavia, que a solução dada, ainda nos idos de 2004, visava tão somente construir uma forma de interpretar a legislação limitadora da extensão da tutela coletiva que trouxe restrições tanto com base em critérios territoriais (eficácia do julgado segundo limites territoriais ligados à competência de foro do órgão prolator da sentença), como em critérios subjetivo-temporais (eficácia do julgado àqueles que, à data de propositura da ação, tenham domicílio no âmbito da competência do órgão prolator). Claramente, observa-se a intenção de afastar ao máximo as suas disposições da tutela propiciada pela ação prevista na Lei nº 7.347/1985 quando considerada no microsistema complementado pela Lei nº 8.078/1990. Com essa linha interpretativa, as disposições da Lei nº 9.494/1997, com exceção do artigo 2º, não seriam aplicadas à ação proposta por entidade associativa de caráter coletivo não limitada à defesa dos direitos exclusivamente de seus associados, pois ligada à consecução de seus fins institucionais.

Não se enfrentou, todavia, nos julgados retratados, a incógnita relativa à possibilidade do indivíduo enquadrado na situação genérica reconhecida na sentença condenatória de ação ajuizada por associação representativa de classe ou categoria, porém não associado à categoria, seja no momento do ajuizamento da demanda ou posteriormente, poder aproveitar o título judicial para dele se beneficiar em fase de cumprimento de sentença.

Dada a legislação vigente e limitadora das ações coletivas promovidas em benefício de determinada classe ou categoria, a interpretação daí decorrente, ainda que prejudicial à tutela coletiva, seria a restrição aos associados em tal condição até a data de propositura da ação coletiva.

Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como demonstra o presente trabalho na análise jurisprudencial, mostra-se bastante ousada quando se trata de definir a legitimidade de sindicatos, bem como a oportunidade de demanda dos seus associados. Com efeito, as demandas sobre a legitimidade sindical são as verdadeiras pioneiras para a evolução da representatividade das associações legitimadas à propositura de ações coletivas.

Nesse sentido, segue-se o seguinte julgado:

**B) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.153.359/GO, julgado em 16 de março de 2010**

O acórdão seguiu assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE INDIVIDUAL PARA EXECUÇÃO DE TÍTULO OBTIDO EM AÇÃO COLETIVA. INTEGRANTE NÃO FILIADO À ASSOCIAÇÃO DE CLASSE NO MOMENTO DO AJUIZAMENTO. RECONHECIMENTO.

1. Esta Corte, filiando-se ao entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, afirmou a legitimidade ativa ad causam dos sindicatos e entidades de classe para atuarem na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Também afastou a necessidade de autorização expressa ou relação nominal dos associados, por se tratar de substituição processual.
2. Estabelecido no título executivo que a sentença contemplava os associados, o servidor público integrante da categoria beneficiada, desde que comprove essa condição, tem legitimidade para propor execução individual.
3. Impossibilidade de restrição, na fase de execução, dos efeitos de sentença proferida em ação coletiva, ainda que o exequente tenha se filiado à associação de classe após o ajuizamento da ação de conhecimento. Precedentes.
4. Agravo regimental improvido.

No caso em testilha, conforme relatado, o título judicial fixou o pedido como procedente para benefício dos associados à autora Associação Goiana do Ministério Público. O indivíduo agravado ingressou com sua execução de sentença na condição de associado, porém a União, agravante *in casu*, alegou que o mesmo não mantinha tal qualidade na data da propositura da ação.

O voto do ministro Relator Jorge Mussi, além de se valer de entendimento então recente proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre a legitimidade dos sindicatos<sup>186</sup>, também traz como paradigma acórdão da lavra do ministro Arnaldo Esteves Lima, proferido no Recurso Especial nº 936.229/RS, julgado em 19/02/2009, o qual também entendeu, de forma ainda mais inovadora, que “*à míngua de determinação em sentido contrário na sentença judicial transitada em julgado, o servidor público integrante da categoria beneficiada, desde que comprove essa condição, tem legitimidade para*

---

<sup>186</sup> Esse entendimento foi prolatado em acórdão de 196 páginas no Recurso Extraordinário 193.503-1, da lavra do Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12/06/1996.

*propor execução individual, ainda que não ostente a condição de filiado ou associado da entidade autora da ação de conhecimento*”<sup>187</sup>.

A inovação está em, inclusive, decidir, em sede de execução de sentença, contra limites postos em fase de conhecimento sobre os quais recai a coisa julgada. Esta colocação é confirmada pela análise do relatório do Recurso Especial nº 936.229/RS, o qual transcreve o acórdão proferido na instância local, objeto do inconformismo e que consubstancia que no *decisum* transitado em julgado há limitação da eficácia do julgado aos servidores vinculados à entidade sindical<sup>188</sup>. O Tribunal local, por sua vez, na fase de execução de sentença, nada avançou nesse entendimento senão para definir que os beneficiados seriam aqueles servidores associados ao sindicato na data de propositura da ação, pois apenas nesta condição dar-se-ia a substituição processual. Contudo, o ministro relator superou o óbice imposto pelo trânsito em julgado e foi além, cumprindo destacar trecho da sua declaração:

“De fato, se o direito a determinado reajuste ou vantagem já fora reconhecido para certa categoria por decisão judicial transitada em julgado, proferida em ação em que se permite ampla cognição fático-probatória, não vislumbro óbices para que seus integrantes, individualmente, promovam a execução desse título.

Essa compreensão visa atribuir maior efetividade às ações coletivas movidas por associação profissional ou sindicato, tal como ocorre nas ações civis públicas. Não se justifica, sob o ponto de vista prático, o estabelecimento de restrições ao direito de executar das partes efetivamente beneficiadas por decisões judiciais proferidas nessas ações. Entendimento em sentido contrário tão-somente contribuiria para o aumento de processos em tramitação no Poder Judiciário e, por conseguinte, para demora na prestação da tutela jurisdicional, na medida em que a segurança do juízo não remanesce comprometida.”<sup>189</sup>

A base infraconstitucional que serve de fundamento para corroborar, pelo argumento da legalidade, a legitimação do sindicato para substituir toda a categoria profissional, independentemente da filiação do indivíduo é o artigo 3º da Lei nº

---

<sup>187</sup> Trecho da ementa do Recurso Especial mencionado.

<sup>188</sup> Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COMPROVAÇÃO DE FILIAÇÃO AO SINDICATO AUTOR DO PROCESSO COGNITIVO.

1. Afastada a preliminar suscitada em contrarrazões, dizendo com a falta de interesse para recorrer. 2. Mantida a decisão que, em sede de execução de sentença, determina que os exequentes comprovem sua filiação com o Sindicato autor do processo de conhecimento, quando há *decisum* trânsito em julgado declarando serem beneficiados no feito apenas os servidores vinculados à entidade sindical.

<sup>189</sup> Recurso Especial nº 936.229/RS, p. 6. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=858944&sReg=200700657779&sData=20090316&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=858944&sReg=200700657779&sData=20090316&formato=PDF). Consulta em 10/12/2012.

8.073/1990<sup>190</sup>, o qual apregoa que as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.

Contudo, é mister reconhecer que a digressão do ministro relator, contida no seu voto, relativa à efetividade das ações coletivas transcende à atuação de sindicatos e invade a esfera de toda e qualquer entidade associativa legitimada à tutela coletiva. Suas considerações mereceriam servir de norte para a consolidação do entendimento mais favorável a todas as entidades associativas.

Seguindo-se as discussões travadas, passaram a enfrentar, agora, a natureza do legitimado da fase executiva e, com isso, alguns pontos ganharam destaque: a natureza de substituto processual permanece na fase executiva assim como o era na fase condenatória? Haveria limitação na substituição ou representação exclusivamente de associados, caso o legitimado fosse uma associação? Haveria a necessidade de comprovação da filiação para validar a substituição ou representação?

Nesse sentido, cumpre destacar o primeiro julgado:

**C) Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 941.108/RS, julgado em 18 de dezembro de 2009**

A controvérsia trazida no recurso em epígrafe disse respeito à possibilidade do legitimado permanecer na demanda condenatória coletiva, agora, com o trânsito em julgado da sentença, dando-lhe cumprimento e qual seria a natureza dessa legitimidade.

Nos comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto<sup>191</sup>, a professora Ada Pellegrini Grinover defende que quando a liquidação e execução da sentença forem ajuizadas pelos entes e pessoas enumerados no artigo 82, “a situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91”. Dado que as pretensões à liquidação e à execução da sentença serão necessariamente individualizadas, o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumeradas no artigo 82 do referido diploma consumerista agirem em nome das vítimas e seus sucessores.

---

<sup>190</sup> Lei que pretendia estabelecer a Política Nacional de Salários, tendo três dos seus principais artigos (a lei, ao todo, possui cinco artigos) vetados pela Presidência da República, restando-lhe tão somente estabelecer que aos sindicatos é reconhecida a legitimação extraordinária sob a natureza de substituição processual de todos os integrantes da categoria, o que leva à interpretação da dispensa de filiação à entidade sindical.

<sup>191</sup> Volume II, 10ª ed. revista, atualizada e reformulada, Forense, p. 157-158.

A ressalva que a professora faz na última edição refere-se aos sindicatos, razão de diversas interpretações no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que levou à necessidade de uniformização da jurisprudência por intermédio da provocação da divergência na Corte.

No caso em testilha, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça vê-se diante da divergência de duas de suas turmas: a Primeira Turma, com dois arestos pela defesa da propositura da execução pelo legitimado na qualidade de representante processual (Recurso Especial nº 637.837/RS, julgado em 22/02/2005, e Recurso Especial nº 487.202/RJ, julgado em 06/05/2004), e a Quinta Turma, com julgado objeto do questionamento, julgando pela legitimação extraordinária do Sindicato dos Trabalhadores da Justiça Federal do Rio Grande do Sul – Sindijusfe na qualidade de substituto processual dos seus filiados, independentemente de autorização expressa.

O ministro Relator Hamilton Carvalhido filiou-se ao entendimento defendido no âmbito da Quinta Turma, indicando que a atuação processual do sindicato na fase executiva trasveste-se também de substituição processual, pois decorrente de determinação constitucional (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe “*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”) e legal (de acordo com o artigo 3º, da Lei nº 8.073/1990). Ademais, asseverou:

“Com efeito, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 193.503 e 210.029, em sessão realizada em 12 de junho de 2006, interpretando o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, decidiu que a Constituição atribuiu legitimidade extraordinária aos sindicatos para a defesa em juízo ou fora dele dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, não se restringindo aos direitos individuais homogêneos, e que essa legitimidade, ampla, se estende à liquidação e à execução do julgado, também na qualidade de substituto processual.”

O acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 193.503-1, na esfera do Supremo Tribunal Federal, paradigma sobre a natureza da legitimidade sindical em juízo, restou assim ementado:

"PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido." (Relator p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00056 EMENT VOL-02286-05 PP-00771)"

Com efeito, essa temática teve uma evolução bastante peculiar na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pautada fundamentalmente pela consolidação do entendimento na Suprema Corte do país.

Isto porque os julgados mais antigos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e que serviam como paradigma de decisões posteriores apontavam para a natureza de representação processual do ente legitimado na fase executiva, entendimento que emanava, em especial, da Primeira Seção, segundo os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais nº 637.837/RS, julgado em 22/05/2005 e nº 487.202/RJ, julgado em 06/05/2004, aquele da relatoria do então ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux e o último da relatoria do então também ministro da referida Corte Teori Albino Zavascki, ambos hoje nomeados para ocuparem assento no Supremo Tribunal Federal.

Ambos os casos são paradigmas do entendimento superado, que se deu no sentido de que a legitimação ativa para demandar em juízo a tutela de direitos individuais subjetivos dos integrantes da categoria, desde que tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do Sindicato demandante opera-se em regime de substituição processual, visando obter sentença condenatória de caráter genérico, dispensando a autorização individual dos substituídos. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria a ser promovida pelos interessados ou pelo Sindicato, em **regime de representação**.

Todavia, o entendimento que vinha sendo repisado até então, como demonstraram os paradigmas acima, sofreu um movimento reverso devido ao julgamento proferido na Suprema Corte e publicado em 2007, o que levou, já nos **Embargos de**



**Divergência no Recurso Especial nº 1.082.891/RN, julgado em 06/05/2009<sup>192</sup>** à total mudança de paradigma.

O entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão que conta com 196 laudas merece ser analisado para observar como o pensamento dos ministros da máxima Corte do país evoluiu.

Tratou-se de ação de cumprimento de sentença objetivando dar cumprimento às disposições da Convenção Coletiva de Trabalho ajuizada por Sindicato. A Junta de Conciliação e Julgamento julgou improcedente o pedido. O Tribunal Regional do Trabalho rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso ordinário. O Tribunal Superior do Trabalho acolheu preliminar de ilegitimidade de substituição processual e extinguiu o processo sem julgamento de mérito. O Ministério Público Federal opinou contra o recurso extraordinário.

O julgamento teve início em 15/10/1997, com o voto do então relator, ministro Carlos Velloso, e chegou à conclusão em 12/06/2006, longe de atingir a unanimidade do entendimento: o placar terminou em 6 a 5.

Fundamentalmente, todos atribuíram ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, em termos de legitimação processual dos sindicatos, a natureza da substituição processual.

A diferenciação se deu por conta da extensão. Os vencidos entenderam que a substituição processual, para a defesa de direitos coletivos e individuais da categoria, recairia sobre a fase de conhecimento do processo, sendo que a legitimação para defesa permaneceria na fase de liquidação e execução da sentença, mas sob a forma de representação processual. Dentre os vencidos, o ministro Nelson Jobim teceu considerações jurisprudenciais e doutrinárias profundas, mas, inaugurando a divergência, pautou-se essencialmente no que farta e abalizada doutrina brasileira já entende: a substituição é plena para o reconhecimento do direito alheio, mesmo porque a substituição pressupõe que o substituto aja em nome próprio e, em seu próprio interesse, defenda direito alheio. Avança para a liquidação e execução, quando da defesa de direito coletivo.

---

<sup>192</sup> Cujas ementas são: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO *LATO SENSU*.

1 - O cerne da controvérsia gira em torno da legitimidade dos sindicatos para atuar na fase executiva do processo coletivo "lato sensu". Consoante recente entendimento consignado no âmbito da Quinta e Sexta Turmas desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados.

2 - Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

Citando Calamandrei, afirmou que entre o substituto e o substituído existe um relação ou situação jurídica de caráter substancial, pela qual através do direito do substituído, vem o substituto a satisfazer interesse que lhe é próprio<sup>193</sup>. Todavia, essa plenitude, nos casos em que se mantém na defesa coletiva de interesses individuais homogêneos e de origem comum, não avança para a fase de liquidação e execução da sentença, em que surge a figura da representação. A exceção seriam as disposições do Código de Defesa do Consumidor que, para o ministro, autorizam expressamente a substituição processual, sendo concorrente com as vítimas do dano e seus sucessores a legitimação para a liquidação e execução. Todavia, mesmo neste caso, haveria limitações aos substitutos que necessitariam de autorização expressa para práticas que importem disposição de direito material<sup>194</sup>.

Por outro lado, os votos que prevaleceram invocaram, dentre outros argumentos, a hipossuficiência do trabalhador para agir sozinho, assim como a necessidade de “impessoalizar” a demanda com o fim de fortalecê-la; a posição constitucional de sindicatos – ao lado de partidos políticos – cuja atuação, na Magna Carta, foi especificada em relação a outras associações, indicando a sua relevância; a interpretação do dispositivo constitucional (art. 8º, III) que apresenta vocábulos genéricos, tais como “defesa”, sem especificar a forma de atuação processual, “de interesses coletivos e individuais da categoria”, que alcançaria, desde que identificada a homogeneidade entre os afiliados à classe, todas as categorias dos direitos metaindividuais; e, tal reconhecimento seria mesmo medida de boa política judiciária, para a racionalização dos atos, sendo conducente à concentração, à economia e à celeridade processuais<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> É interessante notar na definição a existência dos termos “interesse” e “direito”. O substituto defende “direito” alheio, mas age no seu próprio “interesse”. No caso da representação, o direito seria alheio e o interesse também. Como explica Ricardo de Barros Leonel (*in: Manual do Processo Coletivo*, pp. 75-82), essa distinção na doutrina e na legislação brasileira são irrelevantes, pois ambos merecem a tutela jurídica e jurisdicional. Em outros ordenamentos (a exemplo do italiano) essa distinção teria validade. Porém, pela menção à definição de Calamandrei (também aceita por Chiovenda, que ensina que a relação havida entre substituto e substituído constitui interesse como condição da substituição processual, interesse este totalmente diferente daquele como condição da ação. *Apud*: Oliveira Jr., Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*, pp. 95-97), importa buscar essa diferenciação apresentada pelo citado autor. Assim, o direito (subjutivo) seria a posição de vantagem assegurada pela lei material, que permite ao seu titular invocar a norma a seu favor, enquanto que o interesse (legítimo) é uma posição jurídica subjetiva, substancial e autônoma com respeito à demanda. Os interesses supraindividuais podem merecer a tutela judicial em detrimento até mesmo dos direitos subjetivos.

<sup>194</sup> Citando Teori Albino Zavascki, *in: Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, p. 58.

<sup>195</sup> Aqui vale o destaque das considerações do ministro Marco Aurélio de Mello, apresentando razões salutares para a extensão da substituição processual às associações civis: “É de se perguntar a partir do bom senso: a quem interessa obstaculizar, na execução, a substituição? A quem interessa obstaculizar a substituição pelos sindicato dos integrantes da categoria justamente diante de algo que não deveria ocorrer se estivéssemos em estágio cultural mais adiantado: o descumprimento de uma decisão judicial, lei entre partes,

#### **D) Recurso Especial nº 880.385/SP, julgado em 02 de setembro de 2008**

O entendimento benéfico proferido em favor dos sindicatos, porém, ainda não alcançou as demais entidades associativas legitimadas ao ajuizamento de ações coletivas.

É o que se observa do julgado em epígrafe, o qual ainda não chegou a retratar a mudança de paradigma da Corte no que concerne, especialmente, às entidades sindicais.

Não só pela parte legitimada à ação coletiva não ser uma entidade sindical – até o momento, única espécie de entidade associativa alcançada pela favorável interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre a sua ampla legitimidade na tutela da classe que representa –, certo é que o pronunciamento proferido no âmbito das Turmas de Direito Privado não se mostrou tão benéfico pela ampla legitimidade de associações civis na substituição de seus associados.

Observa-se que, ao mesmo tempo em que as Turmas da Primeira e da Terceira Seção divergiam sobre a natureza da legitimação extraordinária dos sindicatos, o que ensejou a provocação da Corte Especial para pacificação da questão, no âmbito das Turmas de Direito Privado, o debate iniciava-se também em razão de outras espécies de entidades associativas legitimadas à propositura das ações coletivas, porém a questão ainda não ascendeu à Corte Especial e nem se estendeu a base interpretativa conferida aos sindicatos às demais associações.

No recurso em epígrafe, a ministra Relatora Fátima Nancy Andrichi delimita claramente a discussão, afirmando que “o Recurso Especial não versa, portanto, sobre a legitimidade da associação autora para o ajuizamento da ação de conhecimento, mas apenas para a execução do julgado. (...). Trata-se apenas de examinar se a associação autora pode representar seus associados no processo de execução”<sup>196</sup>.

---

transitada em julgado? Não sei a quem socorreria essa visão, mas evidentemente, haverá o envolvimento de inadimplentes quanto ao que decidido após o exercício, à exaustão, do direito de defesa.”

<sup>196</sup>

Disponível

em

[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=814332&sReg=200601249802&sData=20080916&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=814332&sReg=200601249802&sData=20080916&formato=PDF). P. 6

Delimitada a questão, decidiu a ministra pela diferença entre substituição e representação processual a depender do instrumento processual para a tutela de interesses individuais homogêneos.

Com isso, afirmou que, sendo eficaz o título executivo judicial extraído de ação coletiva, nada impede que a associação, que até então figurava na qualidade de substituta processual, passe a atuar, na liquidação e na execução, como representante de seus associados, na defesa de direitos individuais homogêneos a ele assegurados.

Ao contrário, portanto, dos sindicatos, a legitimidade das associações civis para a liquidação e execução da sentença ainda permanece na natureza da representação processual.

#### **IV.1.2 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA**

No que concerne à liquidação de sentença, alguns pontos já constituíram destaque dos debates travados no Superior Tribunal de Justiça. Dentre eles, destacam-se o procedimento para a liquidação da sentença genérica, permeando, mesmo, a discussão sobre a concreta existência dessa etapa diante do direito reconhecido em sentença, ou seja, sobre a prévia necessidade de liquidação individual do julgado, como individualizar os créditos e evitar duplicidade de pagamentos, chegando até às hipóteses de conversão de ações individuais em cumprimento de sentença após julgamento definitivo de ação civil pública com a mesma temática e depósito decorrente de sentença mandamental a ser realizado pelo réu a todos os beneficiados da sentença genérica.

Tais debates, que já contam com algumas decisões proferidas, mesmo, em sede de Recurso Repetitivo, demonstram o avanço que se pretende para alguns temas relativos a execuções coletivas, enquanto outros padecem de solução e constituem verdadeiros vácuos tormentosos para a solução e proveito efetivo dos títulos executivos judiciais de ações coletivas.

Nesse diapasão, cumpre retornar à análise de julgado já apresentado anteriormente, porém pela vastidão de pronunciamentos que possui, serve também como importante paradigma no que concerne à necessidade de prévia liquidação de sentença.

**A) Recurso Especial nº 880.385/SP, julgado em 02 de setembro de 2008**

Para a adequada análise, mister a transcrição, ainda que parcial, da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE QUE A EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SEJA PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO NA QUALIDADE DE REPRESENTANTE DE SEUS ASSOCIADOS. A SENTENÇA CONDENATÓRIA COLETIVA PODE, EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS, SER LIQUIDADADA POR CÁLCULOS, PRESCINDINDO-SE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE LIQUIDAÇÃO. A PENHORA DEFERIDA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PODE RECAIR SOBRE VALORES QUE ESTA TENHA EM CONTA-CORRENTE.

(...)

- Diante das circunstâncias específicas do caso, a execução coletiva pode dispensar a prévia liquidação por artigos ou por arbitramento, podendo ser feita por simples cálculos, na forma da antiga redação do art. 604, CPC.

O destaque que ora se dá ao trecho da ementa diz respeito ao procedimento a ser adotado para liquidação da sentença genérica da ação coletiva. No corpo do voto, a ministra Relatora Nancy Andrichi optou por adotar a inteligência dos artigos 95, 97 e 98 na linha de que a sentença proferida em ação civil pública será sempre ilíquida, porém o *Codex* não determinou previamente o procedimento liquidatório a ser utilizado, o que deve ser avaliado no caso concreto.

Nessa oportunidade, cumpre retomar o entendimento defendido pela professora Ada Pellegrini Grinover no que concerne à liquidação de sentença proferida em ação coletiva, quando afirma que, como há a necessidade de alegação e prova de fatos novos, a liquidação deverá ser necessariamente feita por artigos, na forma dos artigos 475-E e 475-F do Código de Processo Civil<sup>197</sup>.

Em que pese abalizada doutrina atribuindo exclusivamente à liquidação por artigos a viabilidade de efetivar título executivo judicial coletivo, não compartilha desse entendimento a relatora do acórdão em epígrafe. Nas suas palavras, “*se é certo que muitas sentenças coletivas exigem processo de liquidação em que se prove a condição de vítima, como é o caso de acidentes ambientais, há outras hipóteses em que o procedimento prévio de liquidação revela-se desnecessário, como se verifica no processo sob julgamento. Os*

---

<sup>197</sup> Op. Cit., p. 158

*representados (...) nesta execução apresentaram documentos que indicam o número e agência da respectiva conta, bem como o valor em depósito em janeiro de 89. Daí, para que se chegue ao valor devido basta uma simples operação matemática com planilha de cálculo. Certamente, a situação poderá ser diversa se outros beneficiados pela sentença não puderem comprovar sua condição de vítima com extratos ou documentos. Diante da diversidade de situações fáticas postas no processo coletivo, não se pode ler a lei de forma restritiva, como se ela estivesse a exigir sempre a liquidação por artigos.”*

Observa-se, assim, que a exigência restringe-se em fazer prova da condição de beneficiário da ação coletiva e em individualizar o crédito a ser recebido. Todavia, em sentido estrito, a prova da condição de beneficiário ainda que mediante singela documentação, redundando na elaboração de meros cálculos aritméticos com base em critérios de ampla divulgação e indicadores oficiais, bem como de comum conhecimento às partes, enseja o reconhecimento do procedimento previsto nos artigos 475-E e 475-F do Código de Processo Civil? A tentativa de responder à questão pode ser acompanhada no item III.2.2, letras A e B.

#### **B) Recurso Especial nº 766.134/DF, julgado em 15 de maio de 2008**

O julgado em epígrafe merece destaque, apesar da data de julgamento – que acarreta o retrato de entendimento ultrapassado relativo à entidade representativa de categoria –, tendo em vista a longa digressão a respeito da viabilidade de execução sob a forma coletiva empreendida pela entidade representativa da categoria e quais são seus requisitos, demonstrando, ainda, discordância entre os ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No caso vertente, a Federação Brasileira de Hospitais – FBH ajuizou ação ordinária contra a União, substituindo-se aos seus filiados. À ocorrência do trânsito em julgado, procedeu à sua execução, também, sob a forma coletiva, e aqui vale ressaltar os pontos que a caracterizam, decorrentes da investigação do acórdão.

Os fundamentos da União foram assim pontuados:

- 1) que o título não estaria líquido, uma vez que não estaria especificado qual o valor correto para cada uma das filiadas da Federação Brasileira dos Hospitais;
- 2) que a liquidação não poderia ser feita com base no artigo 604 do CPC, mas sim de acordo com o artigo 608 do mesmo diploma legal (substituídos hoje por

redação trazida nos artigos 475-B e 475-E, com a reforma empreendida pela Lei nº 11.232/2005);

3) que a falta de definição dos valores individuais para cada filiado poderia redundar em grande prejuízo para União, haja vista que poderia ter que pagar duas vezes e sem saber para quem estaria pagando, implicando violação ao artigo 918 do CC/1916 e 312 do CC/2002;

4) que somente em processo de liquidação por artigos seria viável comprovar fato novo incidente sobre o título executivo judicial, qual seja, o de que as empresas filiadas estariam ajuizando ações autônomas, visando receber em duplicidade;

5) que a exceção de pré-executividade pode ser manejada a qualquer tempo e visa a revelar a nulidade observada;

6) que a ação executiva, a exemplo da ação ordinária, deveria ser coletiva, sendo que inexistente ação executiva coletiva no nosso ordenamento, o que inviabilizaria a referida execução;

7) que o ora recorrido não poderia pleitear os créditos objeto da execução, uma vez que não teria procuração dos estabelecimentos filiados;

Com efeito, ressalvadas algumas alegações da União relativas à inexistência de ação executiva coletiva em nosso ordenamento, como exemplo, algumas preocupações sobre a efetividade do título executivo judicial coletivo mediante a segura e adequada reversão do benefício – eminentemente pecuniário, no caso – são plenamente justificáveis e padecem de solução que passa por grande criatividade das partes e dos juízos envolvidos com execuções de vultosos valores decorrentes de condenação em ação coletiva<sup>198</sup>.

No recurso sob análise, o ministro relator Francisco Falcão entendeu que entre as mais fortes questões apresentadas, aponta-se a falta de individualização dos créditos, haja vista que o título executivo decorre de sentença obtida em ação coletiva, não cuidando o exequente de individualizar os valores, concluindo que incorre em nulidade a execução que não individualiza os valores da execução.

O voto do ministro José Delgado transcreve trecho do voto condutor do acórdão recorrido, de onde se retira a compreensão sobre as características da execução

---

<sup>198</sup> Nesse sentido, voltar à letra B do item III.1.2 do presente trabalho, em que se analisa as iniciativas empreendidas pelo juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo na ação movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor contra o Banco Nossa Caixa (hoje substituída pelo Banco do Brasil) e que movimenta grande contingente de servidores no cartório da referida Vara e vem exigindo de partes e juiz grande habilidade de negociação e logística para dar celeridade a provimentos e recebimentos por parte dos poupadores.

coletiva empreendida, reconhecida pela instância local, produtora de decisão que gerou o inconformismo retratado no recurso em epígrafe: entendeu o Tribunal *a quo* que a sentença de cognição condenou a Fazenda Pública em valor certo; quando apresentada a memória de cálculos e requerida a citação da União, esta citada, deixou transcorrer o prazo para embargos *in albis*; no entendimento da Corte local, o título exequendo tornou-se líquido e certo em face da inércia da União; dado que o valor devido em virtude do título judicial depende apenas de cálculos aritméticos do *quantum debeatur*, a execução contra a Fazenda Pública inicia-se com a apresentação de memória discriminada e atualizada de cálculos pelo credor e o pedido de citação, não havendo, em tal hipótese, espaço para liquidação por artigos, porque a condenação teria sido estabelecida em valor certo<sup>199</sup>; em relação à duplicidade de pagamentos, para evitá-la deveria a União ficar atenta às ações individuais supervenientes, pois o efetivo pagamento do débito poderia ensejar exceção de pré-executividade nas demandas individuais dos beneficiários da ação coletiva.

Valendo-se das razões expendidas pela instância local, o ministro repisou os fundamentos do Tribunal *a quo*, depreendendo-se que, pelo fato de, na sentença condenatória, constar percentual que deve ser ressarcido aos hospitais brasileiros oriundos de deflator que descontou a quinta parte do crédito devido aos beneficiários, a sentença já contaria com liquidez. A reforçar esse entendimento, memória discriminada e atualizada de cálculos foi apresentada e, no entanto, não foi tempestivamente embargada, o que resultou na sua homologação, trãnsita, restando incontestes a liquidez do crédito e, portanto, preenchido o requisito para a execução. Votou, assim, pela regularidade da execução.

Com efeito, prevaleceu a nulidade da execução no âmbito da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos. Em suma, o voto condutor – proferido pelo relator – colocou em dúvida a segurança dos pagamentos das indenizações pelo motivo de não haver vedação para ajuizamento de ações individuais, o que levaria à realização de concurso de credores para pagamento dos substituídos por particular (a federação), o que ensejaria enriquecimento ilícito; não reconheceu a suficiência dos cálculos aritméticos, atribuindo exclusividade de adequação à liquidação por artigos; deu interpretação ao artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor, excluindo a previsão de execução pela via da ação coletiva.

---

<sup>199</sup> Os autos originários, que correspondem à ação coletiva são de nº 95.00.06459-6 (sob o novo nº 0006425-39.1995.4.01.3400) e tramitaram pela 17ª Vara Federal do Distrito Federal. O cumprimento de sentença corre sob o nº 0045259-38.2000.4.01.3400.



Contudo, há que se destacar o posicionamento, naquela oportunidade, divergente, sobre a viabilidade de procedimento liquidatório diferente daquele desenvolvido à luz do artigo 475-E do Código de Processo Civil, ou seja, por artigos, considerando que o próprio título executivo judicial coletivo traz parâmetros para feitura de meros cálculos aritméticos.

Na mesma linha, o julgado apresentado no item anterior, cuja relatoria foi defensora da dispensa de prévia liquidação no caso em julgamento, sob a justificativa de que se trata de hipótese em que seria desnecessário comprovar a condição de vítima por meio de processo liquidatório, bastando a apresentação de documentos combinada com uma simples operação matemática com planilha de cálculo para se chegar ao valor devido.

A justificar a conveniência e oportunidade da execução coletiva – ainda que tratando de reconhecer a legitimidade do ente autor da execução – e, portanto, a reunião de vários créditos em um único momento, julgando inadequada a liquidação por artigos, valeu-se de argumentos claramente socioeconômicos, relativos a custo do processo e efetivo acesso à justiça, ao afirmar que se pode constatar que o valor ínfimo do montante atribuído a cada vítima não justificaria o ônus econômico que envolve o processo de liquidação e execução. Na esteira de extensa doutrina que atribui ao próprio processo coletivo um alcance de objetivos sociais de acesso à justiça, declara que, de forma consentânea com as diretrizes que orientam o processo coletivo, deve-se admitir a execução coletiva como forma idônea de pulverizar o custo do processo, autorizando a satisfação dos direitos individuais reconhecidos na sentença.

Percebe-se aqui uma interpretação da jurisprudência em relação ao que está disposto em lei e uma evolução da concepção trazida pela doutrina, com base em critérios que transcendem ao exclusivamente jurídico ou legal, o que importa dizer que a situação posta revela uma preocupação em defender argumentos embasados em critérios socioeconômicos. Carlos Alberto de Salles<sup>200</sup> destaca essa nova função assumida pelo Poder Judiciário, ao considerar o alcance do interesse público. Entende o autor que a maneira como se dá a definição do interesse público não se limita a uma pauta preestabelecida, mas surge ao longo de um processo gradual de confronto de preferências grupais ou sociais submetidas a princípios previamente definidos. Passa o Poder Judiciário a conceber o interesse público sob uma perspectiva assentada em como as decisões sociais sobre determinados valores e objetivos são incorporadas no sistema jurídico e político.

---

<sup>200</sup> *In: Execução Judicial em Matéria Ambiental*, RT, 1998, São Paulo, p. 75.

A evolução do pensamento da Corte, neste caso, ainda que não absolutamente consolidado não desmerece a evidência da necessidade de se definir uma forma facilitadora de acesso à justiça de parcela da sociedade totalmente inibida e desencorajada de fazê-lo individualmente diante de montante tão insignificante quando individualmente considerado.

O julgado da Primeira Turma ainda levantou a questão de facilitação de acesso ao Poder Judiciário, porém confrontando uma associação representativa de pessoas jurídicas, supostamente menos hipossuficientes para acesso ao Poder Judiciário quando comparadas a pessoas físicas. No segundo julgado, no entanto, já se apresenta uma visão que vislumbra tímida conduta que poderia eventualmente alimentar a formulação de uma política judiciária para o trato de execuções decorrentes de títulos executivos judiciais coletivos com o fim de viabilizar a sua efetividade.

Todavia, a formulação de políticas judiciárias raramente se mostra como o viés condutor das decisões colegiadas proferidas no âmbito de tribunais superiores, tendo em vista que os processos, em sua grande maioria, não geram debates entre Turmas (que poderiam ser incentivados remetendo o julgamento à Seção correspondente) ou, mesmo, na esfera da Corte Especial. Raras decisões nessa linha, de caráter eminentemente político – denotando uma percepção perspicaz da realidade judicial brasileira –, sobressaem em processos absolutamente pontuais e que levarão muito mais tempo para se estabelecerem como precedentes a ponto de influenciar situações semelhantes que ascendem ao mesmo tribunal<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> Nesse sentido, não recentemente, o ministro da Corte Herman Benjamim já alertou em seu voto-vista nos autos do Recurso Especial nº 911.802/RS: “**1. Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores** A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois freqüentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas. Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal “afetação”, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve - e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto - não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores). Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a “afetação” de processos à Seção “em razão da

A justificar essa conclusão, vale tecer breve comentário sobre o acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.026.217/SP, cujas partes recorrente e recorrida são idênticas ao Recurso nº 880.385/SP. Isto porque, ao se observar, naquele recurso, o objeto de inconformismo a fundamentar a sua interposição, conclui-se que se trata da mesma execução coletiva do último e as discussões de semelhança ímpar. Nesse sentido, cumpre destacar parte das conclusões da mesma relatora, ministra Nancy Andrighi:

“Mas não apenas isso. O julgamento de tal recurso especial, outrossim, também possibilita a imediata rejeição de todos os demais pedidos aqui formulados. Em primeiro lugar, porque a respeito deles não há prequestionamento: O agravo de instrumento *sub judice* não se destinou ao enfrentamento específico das questões de legitimidade do IDEC ou de necessidade de prévia liquidação. Limitou-se, em vez disso, a discutir se há ou não necessidade de prévia suspensão do processo executivo. Em segundo lugar, porque a ação de execução que deu origem a este recurso, que se refere ao segundo bloco de indenizações decorrentes sentença em ação civil pública, tem, do ponto de vista processual, os mesmos requisitos e pressupostos da primeira execução. Assim, todos os argumentos relativos à ilegitimidade do IDEC para propor a segunda execução, ou à necessidade de prévia liquidação da sentença em ação civil pública por cada consumidor, individualmente, foram devidamente

---

relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma *ação individual*, de uma contratante do Rio Grande do Sul, *triplamente vulnerável* na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias *ações civis públicas*, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados. Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. (...) Curvo-me à decisão técnica dos meus ilustres Pares, posição essa que também é político-pragmática. (...) Como minoria que sou neste julgamento, mantenho a esperança de que, no futuro, a hoje Maioria - ou, quem sabe, uma *outra* Maioria - aperfeiçoe sua forma de pensar. E se assim não for, que o legislador, observador atento das perplexidades da prática judicial, possa fazer as alterações legislativas pertinentes a uma adequada, eficaz e justa proteção dos sujeitos vulneráveis: *in casu*, os consumidores de telefonia fixa. Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC).

repelidos no julgamento do REsp 880.385/SP, cujas razões transcrevo, nas partes relevantes para o julgamento da presente controvérsia: (...)"

### **C) Recurso Especial nº 1.110.549/RS, julgado em 28 de outubro de 2009**

No que se refere à liquidação de sentença, além da abordagem relativa ao procedimento liquidatório a ser usado na fase executiva, ou seja, na individualização dos créditos para cumprimento de sentença em benefício das vítimas do dano reconhecido em ação coletiva, em que se reconhece atualmente a dispensa de prévia liquidação e a possibilidade de elaboração de meros cálculos aritméticos, desde que a sentença apresente pressupostos suficientes para considerá-la líquida, merece, também, destaque a prioridade que eventualmente se confere ao processo coletivo, determinando, neste caso, a suspensão de ações individuais para posterior conversão em cumprimento de sentença.

É nesse sentido que se segue o julgado em epígrafe. Da relatoria do ministro Sidnei Beneti, foi alçado à situação de paradigma decorrente da utilização do procedimento previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 08/2010. Efetivamente, foi um dos primeiros recursos em que se adotou a regra prevista para os Recursos Repetitivos.

Cumpre discorrer sumariamente sobre o histórico que precede esse julgamento.

No Estado do Rio Grande do Sul, com a proximidade do término do prazo prescricional para ajuizamento das demandas que pleiteavam as diferenças oriundas do advento de diversos planos econômicos e, no vertente caso, do Plano Bresser – visto que a maioria das ações data de 2007 –, a Defensoria Pública do Estado e o Ministério Público Estadual ajuizaram demandas coletivas com o mesmo objeto: a restituição das diferenças de vários planos econômicos (Plano Bresser, Plano Verão e Planos Collor I e II)<sup>202</sup>. Tendo

---

<sup>202</sup> Como exemplos podemos citar os processos 001/1.07.0102594, 16ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco ABN AMRO Real); 001/1.07.0102566-6, 15ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco do Brasil S/A); 001/1.07.0102632-8, 16ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco Itaú); 001/1.07.0102579-8, 15ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banrisul – Banco do Estado do Rio Grande do Sul); 001/1.07.0102582-8, 15ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco Bradesco); 001/1.07.0102575-5, 15ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco HSBC); 001/1.07.0104162-9, 16ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco HSBC como sucessor do Banco Bamerindus); 001/1.07.0104379-6, 15ª Vara Cível (Ministério Público contra Banco Santander Banespa e Safra); 001/1.07.0102637-9, 15ª Vara

em vista a proliferação de processos individuais em conjunto com o ajuizamento de demandas coletivas, os juízos responsáveis para administrar e julgar as últimas decidiram suspender<sup>203</sup> as ações individuais com o mesmo objeto para, com a procedência da demanda coletiva, convertê-las em liquidação/execução<sup>204</sup>, justificando para tanto a litispendência entre estas e aquelas, tendo em vista serem idênticos os pedidos e a causa de pedir, figurando o autor da ação individual como substituído processual na demanda coletiva<sup>205</sup>, assim como, por motivos de política judiciária com o fito de evitar decisões conflitantes<sup>206</sup>, preservando da medida apenas as ações individuais propostas em outras

---

Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco Santander Meridional); e, 001/1.07.0102625-5, 16ª Vara Cível (Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra Banco Unibanco), conforme pesquisa em <http://www.tj.rs.gov.br/proc/custas/planos.php?PHPSESSID=4422cbfb5179c0d8b8ab66c9c1b7e6f4>.

<sup>203</sup> A título exemplificativo, cumpre destacar, nesta e nas notas seguintes, a decisão interlocutória proferida nos autos do processo nº 001/1.07.0102594-1 em 21/06/2007 conforme consulta a <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>: “Necessário empreender uma intervenção judicial que possibilite a concentração decisória na demanda coletiva, de forma que possa atingir todos que estão envolvidos na relação jurídica posta em juízo, tanto os que ajuizaram ações individuais pendentes de julgamento, como os que não ajuizaram e, ao mesmo tempo, preservar os direitos fundamentais das partes envolvidas, quer no que diz aos direitos de petição, contraditório e devido processo legal. (...) Como o objetivo é suspender o andamento de todas as ações individuais que tramitam nesta unidade judicial, pelos argumentos expendidos, antecipo entendimento que tal postura processual, ao contrário de suprimir direito constitucional, reforça a preservação das tutelas de direito material, porque preserva o direito de petição e, mais ainda, o amplo acesso à justiça, que engloba o direito fundamental do tempo razoável de duração do processo.”

<sup>204</sup> “Caberá, renovo, então a liquidação individual deste e daquele direito, com base na decisão então coletiva. Eliminar-se-á o conhecimento caso e caso e parte-se diretamente para uma fase já de liquidação-execução dos direitos individuais, oriundos da decisão coletiva. Lógico que tal pensamento somente encontrará solução se a lide coletiva obtiver sucesso de procedência.”

<sup>205</sup> “Logo, a regra do art. 104 do CDC que reza não haver litispendência entre as ações coletivas previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do CDC em relação às ações individuais não é aplicável ao presente feito que, como dito alhures, envolve direitos individuais homogêneos (inciso III do citado dispositivo), com o que cabível e razoável a suspensão das milhares de ações individuais que versam sobre o mesmo tema pela litispendência, sendo idênticos os pedidos e a causa de pedir, figurando o autor da ação individual como substituído processual na demanda coletiva.”

<sup>206</sup> “Não bastasse a questão meramente legal, há uma plêiade de outras razões, umas já expostas, que fazem concluir pela imperiosa suspensão das ações individuais já propostas sobre a mesma matéria. A mais evidente é evitar-se o risco de decisões conflitantes sobre o mesmo objeto porquanto a ação coletiva, que no caso abrange todas as pessoas que possuíam depósitos em cadernetas de poupança no período referido na inicial, pode ser julgada num determinado sentido e a ação individual em outro. Ora, sendo o autor da ação individual também substituído processual na ação coletiva, não se mostra razoável que seu pleito - absolutamente idêntico na ação coletiva e na ação individual - seja julgado de forma não coincidente, havendo expressa previsão de que a sentença de procedência na ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos faz coisa julgada erga omnes (art.103, inc. III, do CDC). (...)Quando uma demanda coletiva pode resolver milhares de demandas individuais, não há razão para que estas não sejam suspensas até julgamento definitivo daquela. Diria mais, é imperiosa a suspensão destas em razão daquela porquanto a estrutura judicial não comporta tramitação de dezenas de milhares de ações de cunho repetitivo, com iguais argumentos, além de não ser minimamente racional a discussão individualizada de direitos individuais mas homogêneos que, além do mais, correm o risco de serem decididas de forma divergente, o que sempre causa profunda indignação entre aquele que alcance sua pretensão e aquela que a vê negada.”

comarcas, em respeito à independência judicial<sup>207</sup>, e aquelas que já estivessem na conclusão para sentenciamento<sup>208</sup>.

Como a medida foi adotada imediatamente nos processos que tramitavam no foro da comarca de Porto Alegre, muitos autores das ações individuais interpuseram agravos, improvidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – que encampou a medida e, inclusive, criou o projeto “Caderneta de Poupança”<sup>209</sup> –, que ensejaram a interposição de recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, destaca-se verdadeira política judiciária empreendida pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul no anseio de dar vazão a milhares de ações com o mesmo objeto, seja pelo motivo de racionalizar o trabalho dos juízes diante da quantidade das ações – que, por certo, resultaria ou na espera excessiva por um provimento judicial de boa parte dessas ações, ou no trabalho exclusivo em prol dessas ações, prejudicando a tramitação das demais demandas com pedidos diversos dos ora defendidos<sup>210</sup> –, seja pelo motivo de evitar decisões conflitantes nos processos com o mesmo objeto.

Esse é o histórico que envolve o recurso em epígrafe. No caso, tendo como origem ação movida pelo Ministério Público Estadual contra o Banco Santander (autos nº 001/1.07.0104379-6), a mesma medida de suspensão das demandas individuais foi

---

<sup>207</sup> “...o presente processo deverá atingir todas as pessoas que, no Estado do Rio Grande do Sul, mantiveram com a parte requerida a relação de consumo litigada, atendendo a restrição imposta pela independência judicial no que diz às partes que ajuizaram ações individuais em outras unidades judiciais, seara em que a suspensão dependerá, obviamente, de manifestação dos titulares da jurisdição.”

<sup>208</sup> “Diante o exposto, determino a suspensão de todos os processos individuais que versem sobre a matéria da presente ação coletiva, tramitando contra a parte ré, exceto os que estão conclusos para sentença nesta data, incluindo demandas cautelares e de conhecimento, lançando certidão nos processos individuais e intimando as partes por nota de expediente, inclusive indicando que o inteiro teor desta decisão estará disponível no sistema Themis, podendo ser consultado pelo número do processo.”

<sup>209</sup> De acordo com o Edital nº 141/2007 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, disponibilizado no DJe em 18/12/2007, que autorizou “**A INSTAURAÇÃO DE REGIME DE EXCEÇÃO NA MODALIDADE JURISDIÇÃO COMPARTILHADA – PROJETO CADERNETAS DE POUPANÇA - JUNTO ÀS 19 VARAS CÍVEIS DO FORO CENTRAL DE PORTO ALEGRE, TENDO POR OBJETO A LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA DE TAIS AÇÕES, E, NUM SEGUNDO MOMENTO, O CUMPRIMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO DAS SENTENÇAS PROLATADAS NAS AÇÕES COLETIVAS, E QUE ABRANGERÁ AS AÇÕES NOVAS, INCLUSIVE EXIBITÓRIAS, E AQUELAS QUE FORAM OBJETO DE DECISÃO SUSPENSIVA, EXCLUÍDAS AQUELAS NAS QUAIS FORAM PROLATADAS SENTENÇAS DE MÉRITO, TUDO CONFORME PLANO DE TRABALHO ELABORADO PELA EGRÉGIA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA, NOS TERMOS QUE SEGUEM (PROC. THEMIS ADMIN Nº 0010-07/002315-5): PARA O ATENDIMENTO DA 1ª FASE, NO PERÍODO DE 05-12-07 A 29-02-08, FICA DESIGNADA A DRA. ROSANE WANNER DA SILVA BORDASCH, JUÍZA DE DIREITO, MEDIANTE PAGAMENTO DE SUBSTITUIÇÃO, AUTORIZADA A CONTRATAÇÃO DE 02 (DOIS) ESTAGIÁRIOS E A DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR FACILITADOR POR PARTE DAS SERVENTIAS. PARA A 2ª FASE, COM INÍCIO FIXADO EM 03-03-08, SERÃO DESIGNADOS 02 (DOIS) JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE ENTRÂNCIA FINAL, NA FORMA DA RES. 522/05-COMAG, AUTORIZADA A NOMEAÇÃO DE 02 (DOIS) ASSESSORES E A CONTRATAÇÃO DE 02 (DOIS) ESTAGIÁRIOS REMUNERADOS”.**

<sup>210</sup> Em sentido contrário, conferir descrição de problemas organizacionais semelhantes enfrentados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no item III.1.2 do presente trabalho, letra A.

utilizada dada a existência da demanda coletiva. Sob a égide do artigo 543-C do Código de Processo Civil e Resolução nº 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça, o ministro relator Sidnei Beneti entendeu por bem manter as decisões de primeiro e segundo grau, prevalecendo o raciocínio pelo qual, diante da macro-lide multitudinária, suspendem-se as ações individuais até o julgamento da demanda coletiva, sem qualquer negativa de vigência aos artigos do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil que garantem o direito de petição, pois se deve diferenciar o direito de ajuizamento da demanda do de prosseguimento do processo, visto que este é avaliado sob o ponto de vista do juízo e do interesse público de preservação da efetividade da Justiça<sup>211</sup>.

O ponto mais interessante desse julgamento é a clara mudança de paradigma, que até então defendia o prevalecimento das demandas individuais sobre as demandas coletivas com o intuito de preservar o interesse individual, para colocar em primeiro plano a demanda coletiva, com parcial sofrimento da demanda individual, a qual dependerá da evolução e do desfecho daquela para a sua conclusão.

No referido julgado, além da mudança da interpretação até então consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a alteração do entendimento ocorre não como simples precedente, mas efetivamente sobre recurso destacado para servir de óbice para todos os futuros que defenderem posição oposta. E, mais do que isso, a iniciativa empreendida corroborando medida adotada em um estado federativo, em um único julgamento tomou conta de toda a realidade nacional.

A justificar a iniciativa, elementos típicos de política judiciária foram utilizados como fortes argumentos<sup>212</sup> para levar o Superior Tribunal de Justiça em direção

---

<sup>211</sup> Restou assim ementado o acórdão: RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.

<sup>212</sup> “No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores, mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido.

diametralmente oposta do entendimento predominante sobre o artigo 81 da Lei nº 8.078/1990, ressaltando que a faculdade para ajuizamento permanece com o indivíduo, mas não a faculdade de processamento. Também colocou como fundamento legal a própria existência da Lei nº 11.672/2008 para motivar o “enxugamento” dos processos individuais diante da multiplicidade de lides – a lei refere-se, por óbvio, a recursos – com fundamento em idêntica questão de direito.

Além disso, o acórdão ainda tratou de dar direcionamentos à validade e à eficácia da suspensão para os casos de processos com questões incidentais, estas que deveriam aguardar eventual movimentação do processo no futuro ou analisadas na defesa da execução de sentença coletiva<sup>213</sup>.

Por fim, o voto condutor ainda permite a intervenção da figura do *amicus curiae* em processos coletivos<sup>214</sup>.

Com efeito, o julgado ora destacado não encontra precedentes no âmbito do Tribunal objeto de pesquisa empírica, mas, ao contrário, o que vinha se percebendo era a solução de conflitos de cunho reconhecidamente coletivo a ser alcançada no âmbito de cada juízo e a impossibilidade de suspensão de demandas individuais de ofício para aguardar o julgamento de demandas coletivas<sup>215</sup>.

---

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.”

<sup>213</sup> “No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema.

Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva.

Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa.”

<sup>214</sup> “E sempre sobrar a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, atendidos seus pressupostos, na dinâmica moderna dos processos coletivizados, como dá mostra a previsão recente na Lei dos Processos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008).”

<sup>215</sup> Nesse sentido foram as decisões proferidas nos CC 47.731/DF e CC 48.177/SP, que retratam a solução dada para o tratamento da questão de interesse coletivo. Confira nota 130.



A nova interpretação é bastante inovadora, talvez pelo recente acréscimo do artigo 543-C ao Código de Processo Civil, porém, o julgamento avançou em questões que dependem da compreensão dos próprios juízes monocráticos e Tribunais locais para ser alcançada. De fato, uma mudança na visão individualista do processo, permitindo, inclusive, entre várias medidas, maior atividade jurisdicional independente de provocação das partes no intuito de melhor administrar o processo e até a oitiva de entidades públicas e privadas especialistas nos temas objeto das ações (amigos da Corte) foi sugerida pela instância especial, mas indaga-se se constitui prática na rotina dos juízes e Tribunais locais<sup>216</sup>.

#### **D) Recurso Especial nº 1.189.679/RS, julgado em 24 de novembro de 2010**

O recurso sob análise em muito se assemelha ao anterior, no sentido de promover uma das consequências ali afirmadas, qual seja, a conversão em liquidação provisória coletiva de ação individual proposta com o mesmo objeto da ação civil pública.

Julgada que foi, em repetitivo da controvérsia anteriormente analisado, como adequada a suspensão do andamento das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, a medida foi repetida em todas as demais ações civis públicas ajuizadas com o mesmo objeto<sup>217</sup>, visando a cumprir a mesma finalidade então levantada naquele acórdão.

A controvérsia, suscitada nessa oportunidade pela instituição financeira<sup>218</sup> foi objeto de análise da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, “dada a relevância da matéria a ser decidida”, conforme relato da ministra relatora Nancy Andrighi, fazendo menção a ofício recebido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul indicando o acúmulo de processos que lá tramitam sobre a mesma questão – no mesmo julgamento, o ministro Luis Felipe Salomão indica a existência de 13.997 processos sobre a mesma

---

<sup>216</sup> Nesse sentido, vide iniciativa pontual empreendida em ação civil pública objeto de análise no presente trabalho, item III.1.3, em que a administração da demanda incentivou a realização de audiências públicas, das quais participaram não só as partes do processo, mas indivíduos e outras organizações interessadas no deslinde da questão.

<sup>217</sup> Vide nota 202, com exemplos de outras ações civis públicas ajuizadas na mesma época pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública contra várias instituições financeiras visando à restituição das diferenças expurgadas pelo advento de planos econômicos.

<sup>218</sup> Reforce-se que muitos dos julgados ora analisados têm como objeto o ressarcimento aos poupadores das diferenças originadas com o advento de diversos planos econômicos no final da década de 1980 e início da década de 1990, pois é neles exatamente que se desenvolve grande parcela do entendimento jurisprudencial acerca da fase executiva de ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos.

controvérsia – e traduz-se em consequência da medida adotada no julgamento anteriormente analisado.

Ainda que o presente julgado tenha sido analisado pela Segunda Seção, afetado pela própria relatora, não constitui precedente uniformizador do entendimento com base na Resolução nº 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, a questão central do julgado ora analisado já havia – antes desse julgamento – sido afetada à Segunda Seção em conformidade com o procedimento dos Recursos Repetitivos pelo atualmente aposentado ministro Fernando Gonçalves, tendo como representativo da controvérsia o Recurso Especial nº 1.105.205/RS, que, até o momento, não foi julgado.

Desse modo, tendo havido prosseguimento da demanda coletiva na realidade do “Projeto Caderneta de Poupança” criado e desenvolvido no Rio Grande do Sul, esta foi julgada procedente e o apelo interposto pela instituição financeira foi recebido com efeito suspensivo apenas em parte, com o exclusivo fim de evitar atos que provocassem danos irreparáveis ao apelante, porém na tentativa de não anular o disposto no artigo 14 da Lei nº 7.347/1985, ou seja, permitindo que, conforme mandamento em sentença, houvesse a conversão das ações individuais em liquidação provisória de sentença para a prática de atos não expropriatórios, mas capazes de antecipar a apuração de valores e, com isso, assegurar, ao menos em parte, a efetividade de eventual sentença favorável às vítimas do dano e, portanto, titulares do direito.

A decisão abriu, propositadamente, precedente condutor do entendimento a ser proferido futuramente em sede de Recurso Repetitivo.

Observa-se que a utilização do procedimento previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil não é dotada, ainda, de um método claramente conhecido pelas partes interessadas no processo ou na controvérsia. A corroborar, mister lançar os olhos sobre o caso anterior – o qual parece motivador para a presente lide não só por versar sobre matéria que se constituiu causa desta, mas também por ajudar a pautar o *modus operandi* do Tribunal na consideração ao procedimento previsto no dispositivo processual previamente citado para os casos posteriores – objeto do procedimento de Recurso Repetitivo, em situação absolutamente inovadora para o próprio Tribunal. Ainda que se enquadre na hipótese prevista no § 2º do artigo 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, por iniciativa do relator do processo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quando a matéria já está afeta à Corte, a lide exposta no caso anterior nunca havia alçado às instâncias superiores, dada a inovação do Poder Judiciário no Rio Grande do Sul no

tratamento das demandas que se multiplicaram à beira do término do prazo prescricional para pleito das diferenças oriundas do advento dos planos econômicos.

Ao submeter o Recurso Especial nº 1.110.549 ao procedimento previsto para controvérsias repetidas, a matéria já havia sido objeto de análise da Corte, que atribuiu entendimento diametralmente oposto à possibilidade de suspensão de ofício das ações individuais<sup>219</sup>. Todavia, ainda que, como nas oportunidades de julgamento dos Conflitos de Competência nº 47.731 e nº 48.177, a relevância da matéria fosse de interesse coletivo, o Tribunal, diante de matéria, se não inovadora, objeto de debate e solução completamente oposta à adotada, viu por bem prosseguir no julgamento da lide sem qualquer consulta à sociedade e, sem precedentes, alterando totalmente o entendimento até então previsto na Corte. Por mais justa que seja a intenção de concentrar conflitos multitudinários, dando-lhe tratamento uniforme e simultâneo, com o fim de garantir a efetividade da Justiça, o fato é que não houve escuta da sociedade e a jurisprudência dominante na Casa sofreu plena alteração sem qualquer identificação de controvérsia novamente suscitada.

A medida ora adotada no julgamento de um Recurso Especial não utilizado como representativo de controvérsia já afetada ao procedimento dos Recursos Repetitivos veio exatamente para permitir inicial debate sobre assunto ainda não construído na jurisprudência da Corte, nem enfrentado em oportunidade anterior, assim como para se fazer como precedente do entendimento emanado na Seção a influenciar o julgamento do recurso representativo da controvérsia.

Entretanto, novamente fere o Tribunal disposição legal ao permitir o julgamento de recurso com idêntica controvérsia presente em peça representativa afeta ao regime dos Recursos Repetitivos, quando aquele deveria permanecer suspenso no aguardo da solução teórica trazida na peça recursal afetada, como determina o § 1º do artigo 543-C do diploma processual.

Ambos os recursos ora analisados com o fim de delinear o que já alcançou o Tribunal Superior, já tendo sido objeto de debate e decisão no que concerne à liquidação de sentença, têm íntima ligação com o procedimento dos Recursos Repetitivos e seus contornos alçados à condição de precedentes definidores de teses a serem adotadas em todos os Tribunais estaduais. Ao mesmo tempo, permitem a observação sobre o tratamento técnico da medida uniformizadora de jurisprudência e o método de que o Tribunal tem se

---

<sup>219</sup> Vide nota 130.

valido – ou não – para oportunizar não só a solução uniformizadora, mas também o debate acerca do tema a ser decidido pela Corte.

Não bastasse a iniciativa de mitigar as formalidades exigidas para a regularidade procedimental, o fato é que, embora não tenha havido ainda o julgamento daquele recurso afetado ao procedimento dos Recursos Repetitivos (Recurso Especial nº 1.105.205/RS), hábil a definir a tese a ser adotada pelos Tribunais estaduais, o entendimento emanado no recurso sob análise vem sendo exaustivamente repetido em decisões monocráticas em recursos excepcionais que ascendem à Corte<sup>220</sup>.

Desses fatos decorrem duas constatações: a falta de um método claramente conhecido na aplicação do artigo 543-C do Código de Processo Civil que respeite o definido em regimento interno leva à insegurança das partes envolvidas na lide representativa, comprometendo, inclusive, a sua isonomia processual<sup>221</sup>; por outro lado, a tão almejada efetividade da Justiça cujo anseio também é motivação para o uso do procedimento é questionável, tendo em vista que, até agora, um julgamento ocorrido em 2010 ultrapassou o próprio julgamento do representativo da controvérsia – ainda não julgado – e produz efeitos apenas na esfera especial, sendo que recursos das instâncias locais continuam ascendendo à Corte, que permanece julgando pontual e monocraticamente os recursos especiais, quando o julgamento daquele representativo poderia encerrar não só o trabalho da Corte Especial, mas também das Cortes locais, mas passados mais de 2 anos, isso ainda não ocorreu.

### **E) Recurso Especial nº 767.741/PR, julgado em 15 de dezembro de 2009**

O recurso sob análise, como asseverou o ministro relator Sidnei Beneti, tem controvérsia que gira em torno da forma de execução do julgado de ação coletiva.

---

<sup>220</sup> Nesse sentido, as decisões proferidas monocraticamente nos Recursos Especiais nº 1.217.909, 1.227.658 e 1.217.727, todos da lavra do ministro Ricardo Villas Boas Cueva e oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como recorrente a instituição financeira, que tem sempre negado o provimento do seu recurso interposto para o fim de impedir a conversão de ação individual em liquidação provisória de sentença.

<sup>221</sup> Dinamarco ensina que a garantia do devido processo legal é o elo que existe entre a instrumentalidade e a efetividade do processo. Como expressão particularizada do princípio constitucional da legalidade, enquanto voltado ao processo, demonstra que a observância das regras é o caminho mais seguro para a efetividade do processo. Ao lado das garantias do ingresso em juízo, do contraditório e da igualdade entre as partes, visam a um único fim, qual seja, o acesso à ordem jurídica justa (*in: A Instrumentalidade do Processo*, 7ª ed. pp. 303-306).

A decisão corroborada em segunda instância, de conteúdo mandamental, determinou que o banco depositasse diretamente nas contas-poupança – mais um recurso a demonstrar a relevância das ações que versaram sobre planos econômicos na construção das linhas de debate judicial no que concerne à execução de julgados coletivos – o valor a ser pago a título de ressarcimento dos danos sofridos pelas vítimas. A medida veio após o trânsito em julgado da sentença objeto de execução e do deferimento de pedido elaborado pelo legitimado autor da ação civil pública para que o banco informasse os correntistas beneficiados com a decisão a fim de que ele pudesse informá-los do sucesso da ação. Diante da resistência alegada do banco em cumprir a medida, lançou-se decisão para a efetivação dos depósitos diretamente nas contas dos poupadores, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, evidenciando a incidência do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (ou artigo 461 do Código de Processo Civil).

Como apresentado no capítulo anterior<sup>222</sup>, a iniciativa não é exclusividade do juízo paranaense. O legitimado fonte de pesquisa no presente trabalho também passou por situação semelhante na fase de execução de sentença coletiva, quando o banco executado recebeu ordem de providenciar o depósito nas cadernetas de poupança dos valores devidos decorrentes da ação civil pública.

Nota-se um objetivo e um esforço particular do Superior Tribunal de Justiça em por um fim no que se chama de “‘esqueletos’ há décadas conservados sem solução pela sociedade brasileira, produzido por sucessivos planos econômicos, cujo sub-produto, entre outros, foi a verdadeira inundação multitudinária do Poder Judiciário com algumas centenas de milhares de processos individuais (...)” e o anseio por “superar essa matéria, pena de ocupar-se exclusivamente dessas centenas de milhares de processos (...) e impossibilitar-se de atender às demais lides existentes no território nacional”<sup>223</sup>.

O surpreendente no presente julgado refere-se à interpretação ampla, adotada pelo ministro relator, da sentença proferida ainda na ação civil pública. Segundo ele, a sentença, respeitando os limites do pedido, feito no sentido de determinar-se “que o réu faça o ressarcimento dos contribuintes-poupadores junto a sua carteira de Caderneta de

---

<sup>222</sup> Nesse sentido, vide item III.1.2, letra B. Para auxílio, transcreve-se trecho da sentença mencionada: **“Assim, para todos os poupadores (clientes da devedora no Estado de São Paulo), nos termos da sentença confirmada pela superior instância, como a executada Nossa Caixa mantém registro de quem são os titulares das contas, determino que a instituição financeira, diretamente na conta de cada titular, promova o depósito do valor da dívida, nos termos do julgado, no prazo de dez dias, a contar da publicação deste despacho no diário eletrônico, remetendo extrato bancário noticiando o ingresso dos valores para todos os poupadores do Estado de São Paulo, sob pena de bloqueio judicial de parte dos R\$ 2,084 bilhões destinados ao pagamento das condenações judiciais.”**

<sup>223</sup> Trecho do voto do ministro relator Sidnei Beneti no julgado sob análise.

Poupança (...)", julgou procedente o pedido inicial para "condenar o réu para que pague aos litisconsortes habilitados nos autos as diferenças de percentual do rendimento da Caderneta de poupança (...)" e, portanto, **"vê-se que o decidido pelo Juízo (...), determinando que o próprio Banco deposite o devido a cada um dos seus depositantes nas contas bancárias que lhe são pertinentes é perfeitamente adequado ao julgado. Com efeito, a petição inicial pediu (...) que o Banco "faça o ressarcimento dos contribuintes-poupadores junto a sua carteira de Caderneta de Poupança", isto é, pediu que o Juízo mandasse colocar o dinheiro nas próprias cadernetas de poupança; a sentença (...), julgando totalmente procedente o pedido, isto é, nos termos em que deduzido na petição inicial, inclusive a forma de pagar, decidiu "condenar o réu para que pague", sem determinar, repita-se, forma diversa do que havia sido pedido e julgado procedente sem reparos; o Acórdão não interferiu na forma de pagamento (...)."**

Causa surpresa a iniciativa pelo simples fato de ela não ser tão difundida, quando traduz prática que deveria ser incentivada em todas as instâncias do Poder Judiciário, dotando o processo judicial da sua maior característica, a saber, da instrumentalidade, valendo-se das medidas disponíveis em lei para alcançar a efetividade do direito garantido por meio da ação judicial.

O entendimento emanado deste julgamento é absolutamente inovador e, oriundo de uma instância especial, é verdadeiro trunfo na definição do posicionamento jurisprudencial, a ser observado – ainda que com parcimônia, preservando as peculiaridades dos casos concretos, não desprezado pela decisão colegiada exposta<sup>224</sup> – pelos Tribunais e juízos monocráticos estaduais.

Todavia, é preciso salientar que a permissão para a ampla interpretação do conteúdo decisório afasta-se por completo do entendimento consolidado também na Corte Superior, visto que reside no referido Tribunal a concepção de que "distingue-se o pedido implícito, que pode ser incluído na condenação (CPC, art. 293), da condenação implícita, que inexistente e não pode ser reclamada na condenação"<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Ao afirmar que "casos discrepantes da normalidade – como o de não haver mais conta de algum interessado no Banco – serão resolvidos individualmente, de acordo com as circunstâncias de cada caso."

<sup>225</sup> Nesse sentido, leia-se acórdão proferido em 2003 nos autos do Recurso Especial nº 306.353/PR. Esse entendimento foi repisado em diversas outras oportunidades pelo mesmo Tribunal (a título exemplificativo, Recursos Especiais nº 479.721/RS, nº 730.325/PR, nº 1.123.036/RS), tratando da impossibilidade de condenação implícita. À evidência, os julgados igualam-se no posicionamento sobre o conteúdo condenatório de natureza material, ou seja, todo o conteúdo condenatório a respeito do principal e dos acessórios (salvo as exceções legais) deve estar explícito e, por óbvio, deve coadunar-se com o pedido (princípio da congruência).

Efetivamente, a medida adotada bem poderia encontrar respaldo no artigo 461 do Código de Processo Civil – ou no seu equivalente artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor –, pois seria consequência do descumprimento, no caso concreto, do pedido deferido para a indicação dos poupadores beneficiados pelo julgado coletivo a ser feita pelo banco, então resistente no cumprimento da medida, como conta o relatório do acórdão sob análise. Afinal, seria ela a persecução pelo resultado prático equivalente ao que se esperava alcançar no processo e a imposição de multa estaria em consonância com o §5º do indigitado artigo e em nada feriria o sistema processual, mas, ao contrário, dar-lhe-ia a adequada compreensão no uso dos mecanismos à disposição.

Entretanto, a fundamentação do ministro relator seguiu outra linha, ou seja, a de justificar a medida mandamental buscando a sua correspondência com a sentença proferida – no nosso entender, correspondência desnecessária. Ao agir nesse sentido, descolou-se da jurisprudência da Casa, abrindo precedente que permite dizer que a sentença contém condenações implícitas.

Isto porque, ainda no caso concreto, a condenação seguiu no sentido de fazer o réu pagar aos litisconsortes habilitados a diferença pleiteada. O dispositivo da sentença tem conteúdo eminentemente condenatório de obrigação de pagar e, portanto, exige uma segunda fase, executiva, prevista a partir do artigo 475-I do Código de Processo Civil, por tratar-se de obrigação por quantia certa, após a liquidação de sentença prevista no artigo 475-A e seguintes do mesmo diploma por se tratar de sentença condenatória genérica. A fase de execução por quantia certa exerce dupla função: quando se trata de dívida pecuniária *ab origine*, bem como é expediente destinado a proporcionar ao credor prestação *substitutiva*<sup>226</sup>. No caso descrito no acórdão, trata-se de dívida pecuniária.

Além disso, não se pode afirmar que a sentença coletiva teria conteúdo mandamental, dispensando a fase executiva. Ao contrário, o dispositivo denota o conteúdo puramente condenatório, exigindo, para a sua concretização, a tutela jurisdicional executiva forçada.

Sendo assim, inovou o Tribunal Superior na sua interpretação, não por atribuir ao processo a sua característica instrumentalidade, que deve estar presente em cada

---

No entanto, sendo o provimento jurisdicional perseguido que serve de base para a classificação doutrinária das ações e, conseqüentemente, para a diferenciação tripartite das ações condenatórias, defende-se mister analisar o conteúdo condenatório a fim de assumi-las puramente condenatórias, mandamentais ou executivas *lato sensu*.

<sup>226</sup> Nesse sentido, Barbosa Moreira, *in: O Novo Processo Civil Brasileiro*, 23ª ed. rev. e atu., p. 222.

ato processual, mas por contrariar a compreensão de que não existe condenação implícita, como consolidado na Corte.

**F) Recurso Especial nº 940.274/MS, julgado em 07 de abril de 2010**

A relevância do julgado acima referenciado, em relação ao demais, justifica-se porque, em uma só oportunidade, houve decisão sobre questões de grande debate na fase executiva: a incidência de juros compensatórios<sup>227</sup>, a incidência de multa pela inércia do devedor em proceder ao cumprimento espontâneo da sentença e qual seria o foro competente para promover a execução individual.

O primeiro problema diz respeito ao procedimento adotado na realidade processual instaurada pela vigência da Lei nº 11.232/2005. Dado que, dentre as ações coletivas movidas para a defesa de interesses individuais homogêneos, prevalecem aquelas que perseguem um provimento jurisdicional condenatório que exige individualização dos créditos em uma segunda fase – liquidatória – do processo, acabam por ter razoável relevância precedentes que respondem às dúvidas relativas à memória de cálculos a ser apresentada para a execução de título coletivo.

No entanto, a temática mais interessante, que reforça o debate também levantado no primeiro recurso a ser analisado no próximo tópico, está relacionada com a competência de foro para o processamento da execução individual tirada de título judicial coletivo. Esta discussão ganha peso principalmente quando contraposta à decisão proferida nos autos da ação civil pública movida pelo legitimado fonte de pesquisa no presente trabalho e objeto de análise no item III.1.2, letra B.

Retoma-se a ocasião do capítulo anterior, em que se apresentou a ação civil pública movida pelo legitimado fonte da pesquisa contra o Banco do Brasil, ação esta

---

<sup>227</sup> Essa questão não será profundamente explorada, tendo em vista que diz respeito a debate de direito material decorrente de objeto litigioso que, de fato, integra várias das decisões ora analisadas, considerando que grande parte das definições sobre liquidação de sentença e outros temas sensíveis à execução decorrente de sentença coletiva vêm despontando no Superior Tribunal de Justiça a partir de processos que tratam da restituição das diferenças de planos econômicos, mas que não se mostra oportuno por ora. Todavia, vale ressaltar que restou consignado nesse julgamento, a respeito dos ditos juros compensatórios, também entendidos como remuneratórios ou contratuais, o entendimento inaugurado, no âmbito deste recurso, pelo ministro Ari Pargendler – já firmado em outras oportunidades pelo mesmo julgador –, no sentido de que os juros moratórios estão compreendidos no pedido, enquanto os compensatórios, não, só podendo ser exigidos mediante ajuste prévio. Houve complemento na redação final do acórdão para considerar, também, a sua incidência se previamente fixados na sentença.



ajuizada na Comarca de São Paulo e, posteriormente, remetida ao Distrito Federal, em virtude da abrangência nacional dos danos.

Naquela oportunidade, debruçou-se sobre a problemática enfrentada diretamente pelo legitimado, relacionada ao foro competente para a propositura de execuções movidas em benefício das vítimas sob a forma coletiva.

Agora, a título de comparativo com o acórdão sob avaliação, cumpre trazer o que lá apenas foi pincelado, ou seja, a problemática enfrentada pelos beneficiados do resultado favorável da ação coletiva e que ajuizaram suas execuções individuais.

Nesse sentido, é importante retratar brevemente um histórico das decisões. Após o trânsito em julgado da sentença, a procura pela extração da carta de sentença com o fim de ajuizar execuções individuais foi grande no foro da 12ª Vara Cível de Brasília. Antes mesmo do trânsito em julgado, tamanho interesse já ficava estampado no Supremo Tribunal Federal com pedidos de extração de carta de sentença, enquanto os autos aguardavam o julgamento do último recurso movido pela instituição financeira.

Não só a procura pela extração da carta de sentença se intensificou, mas, logicamente, a propositura de demandas executivas individuais na própria 12ª Vara Cível de Brasília. O acúmulo de demandas ensejou a prolação de decisão nos autos da ação civil pública, agora retornada ao juízo originário, já transcrita<sup>228</sup>. Por consequência, dado o entendimento proferido nos autos centrais, o mesmo foi repetido nas execuções individuais<sup>229</sup>. Em grau de recurso, as decisões ou mantiveram o entendimento do juízo monocrático ou o reformaram. O que mais chama a atenção, todavia, foram aqueles que mantiveram o entendimento. Em pesquisa às execuções individuais e aos acórdãos proferidos em sede de apelação interposta pelo inconformismo com a extinção dos processos, salta aos olhos a compreensão de que, mesmo sob o risco de se ferir a coisa julgada<sup>230</sup>, a limitação da eficácia da sentença ao território do Distrito Federal prevalece em boa parcela dos julgados<sup>231</sup>. Contudo, o que mais causou surpresa ocorreu nos autos da apelação nº 20120110406672, cujo acórdão foi proferido no âmbito da 5ª Turma, e asseverou:

---

<sup>228</sup> Vide item III.1.2 letra B do presente trabalho.

<sup>229</sup> A título exemplificativo, vale citar os autos nº 2011.01.1.077092-6, nº 2010.01.1.005413-0, nº 2009.01.1.199149-9, todos que tramitaram pela 12ª Vara Cível do Distrito Federal e foram extintos com fundamento no artigo 618 do Código de Processo Civil, disponíveis em [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br).

<sup>230</sup> Para que se esclareça, consta expressamente da sentença proferida nos autos em Brasília que “fica portanto, extreme de dúvidas a abrangência nacional e o efeito *erga omnes*.”.

<sup>231</sup> Nesse sentido, cumpre destacar as apelações nº 20120110450716, nº 20120110502427, nº 20120020073426, nº 20120110380287, entre outras, cujos acórdãos estão disponíveis em [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br).

“Contudo, não é autorizado ao consumidor escolher aleatoriamente o foro que melhor atenda aos seus interesses; as regras apontadas apenas facultam à parte hipossuficiente ajuizar ações (i) no foro de seu domicílio, (ii) no foro do domicílio do demandado (regra geral, art. 94 do CPC), (iii) no foro de eleição, (iv) no foro da liquidação da sentença, ou, ainda (v) no foro da ação condenatória. Merece ser ressaltado que a escolha do foro deve ser feita visando beneficiar a defesa do consumidor, a exposição de seus argumentos e o acompanhamento de perto do trâmite da ação, e não promover a facilitação do trabalho do advogado.

Nesse diapasão, entendo que a jurisdição que melhor atenderia à filosofia de proteção ao consumidor seria o foro de seu domicílio. E, no caso em exame, nenhum dos exequentes possui domicílio no Distrito Federal, inexistindo motivo relevante para a propositura da ação de execução no foro de Brasília, motivo pelo qual a manutenção da decisão hostilizada se impõe.”

O acórdão sob análise, por outro lado, opõe-se a esse entendimento, preservando a escolha do credor. Todavia, sustenta-se no artigo 475-P, inciso II, do Código de Processo Civil, o qual determina que o cumprimento de sentença dar-se-á no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição, ou, à escolha do credor, no local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou no atual domicílio do executado, nada falando sobre a prerrogativa do domicílio do credor. Porém, há que se ponderar que o acórdão analisado não se põe a tratar de uma questão decorrente da propositura de ação coletiva na defesa de direitos coletivos *lato sensu*, o que impede a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor. O que, entretanto, não afasta a sua adequada ponderação sobre as alterações trazidas pela inserção dos artigos 475-A e seguintes no Código de Processo Civil, estas mesmas que transformaram a execução de título judicial e uma das grandes mudanças foi o moderno e bem querido descolamento da fase de conhecimento da fase executiva no que se refere à competência para processamento de cada um deles, fazendo prevalecer critérios fundamentais para a efetividade do *decisum*, ou seja, ainda que mantido o razoável pressuposto que o juiz que atuou na fase de conhecimento detenha melhores condições para enfrentar incidentes que surgirem na fase executiva, este é mitigado quando outros pressupostos tão importantes quanto este para a efetividade do julgado sobressaem, quais sejam, a existência de bens para a expropriação em outras comarcas ou, ainda, eventual alteração de endereço do executado no decorrer do processo judicial, a fim de facilitar a sua localização e intimação para a prática dos atos processuais.

**G) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.348.512/DF,  
julgado em 18 de dezembro de 2012**

O julgado sob análise é destacado oportunamente, mesmo que o julgamento tenha ocorrido após o encerramento da pesquisa no Superior Tribunal de Justiça. O destaque é merecido em função de, ainda que seja um julgamento realizado em uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, constrói-se a partir dela um entendimento que conta com o potencial de ser replicado, visto que decorre de uma execução individual de ação civil pública de abrangência nacional.

Além da relevância descrita no parágrafo anterior para o trabalho, o mérito do recurso denota mais um passo que o Superior Tribunal de Justiça dá na direção do que se quer compreender por tutela coletiva, visto que dois entendimentos despontam desse recurso: a disciplina do artigo 475-J, §1º, do Código de Processo Civil, no que diz respeito à intimação do executado na pessoa do seu advogado não se aplica às fases de liquidação e execução da ação coletiva, assim como os juros moratórios só poderiam ser contados a partir da citação na fase de individualização do crédito.

O recurso trata de execução individual movida para a satisfação de benefício reconhecido em ação civil pública que, novamente, versou sobre a restituição de diferenças oriundas do advento de planos econômicos. A ação civil pública é de abrangência nacional, tendo sido movida na Capital do país<sup>232</sup>.

Entendeu que o termo inicial para a contagem dos juros moratórios ocorre somente com a citação na fase de liquidação da sentença, afirmando, que, sendo a sentença condenatória genérica ilíquida, há que se aplicar o contido no artigo 397 do Código Civil em combinação com o artigo 219 do Código de Processo Civil, determinando que, nas obrigações ilíquidas, a mora ocorra com a interpelação do devedor.

A corroborar o entendimento sobre a necessidade de citação na fase de liquidação, há julgamento proferido anteriormente, da lavra da ministra Nancy Andrichi – Recurso Especial nº 1.091.044/PR<sup>233</sup>, julgado em 17 de novembro de 2011 –, em que ficou

---

<sup>232</sup> A propósito, é a mesma analisada no item III.1.2 letra B.

<sup>233</sup> Cujas ementas dizem: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. AJUIZAMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.232/2005. DESPACHO INICIAL PROFERIDO NA VIGÊNCIA DA NOVA LEI. APLICABILIDADE DA NOVA DISCIPLINA PROCESSUAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. INTIMAÇÃO DO INÍCIO DO PROCESSO NA PESSOA DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

consignado que a sentença coletiva assemelha-se aos títulos judiciais definidos no artigo 475-N do Código de Processo Civil em que há necessidade de citação do devedor, a saber, sentenças penal condenatória, arbitral e estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, e não mera intimação definida no artigo 475-J do mesmo diploma, em vista da inexistência de relação jurídica precedente entre o exequente e o executado. Vale ressaltar que, no referido julgado, há a ressalva – ainda que em relação a sindicatos – que, em não sendo execução coletiva de direitos individuais homogêneos, exercendo os exequentes individualmente a sua pretensão, a citação é indispensável. Portanto, desponta o entendimento de que, sendo uma execução coletiva, a citação estaria dispensada. Porém, o que o julgado quis dizer ao fazer menção à execução coletiva? Toda e qualquer execução movida por legitimado ou, em uma interpretação restritiva, a execução movida para a reparação dos danos globalmente causados (reparação fluida)?

Opta-se pela primeira hipótese, apenas em razão de manifestações anteriores da mesma ministra, ao denominar a execução promovida por legitimados em benefícios das vítimas do dano de execução coletiva<sup>234</sup>.

Expressado o posicionamento que desponta na referida Corte desde 2011, recentemente, como evidencia o recurso sob análise, o Tribunal fonte da pesquisa deu mais um passo em direção da restrição ao acesso aos proveitos da tutela coletiva. De fato, a limitação da incidência de juros moratórios a partir da citação na fase de liquidação, inibe o interesse individual pela solução da demanda por meio da tutela coletiva e enfraquece o instrumento e configura retrocesso do sistema de processos coletivos.

Ademais, tal entendimento vai na contramão do que se vem entendendo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça até então, que reconhece categoricamente como termo inicial dos juros a citação na ação civil pública<sup>235</sup>.

#### **IV. COMPETÊNCIA DE FORO PARA A PROMOÇÃO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL E DA EXECUÇÃO COLETIVA**

---

COLETIVA E INDIVIDUAL. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU PARA RECORRER. DEFEITO SUPRIDO.

<sup>234</sup> Vide Recurso Especial nº 880.385/SP, objeto de análise neste mesmo tópico, na letra A e no tópico anterior, na letra D.

<sup>235</sup> Nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.209.595/ES, tratando do tema FGTS, citando outros com o mesmo posicionamento.

**A) Recurso Especial nº 1.098.242/GO, julgado em 21 de outubro de 2010**

A análise de ambos os recursos relacionados nesse item tem o condão de apresentar um contraponto àquele também proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo nº 807.037/SP – apresentado no capítulo anterior, o qual definiu que a execução movida por legitimado em benefício das vítimas do dano, reunindo-as em uma mesma demanda, deveria respeitar a competência definida no artigo 575, inciso II do Código de Processo Civil.

Este, primeiro, pondera sobre as insuficiências das normas processuais gerais para a disciplina atinente às execuções decorrentes de títulos judiciais coletivos. Destacam-se dizeres da ministra relatora Nancy Andrichi:

“As decisões de mérito proferidas no julgamento das ações coletivas, contudo, apresentam particularidades que tornam complexa a aplicação das regras dos arts. 475-A e 575, II, do CPC à execução judicial. De fato, as sentenças que advém dessa espécie de ação contém alto grau de generalidade, visto que não podem estabelecer concretamente o direito de cada um dos substituídos processuais; essas decisões estão limitadas a declarar, de modo inespecífico, a obrigação de indenizar os danos causados aos consumidores ou outros lesados, abstratamente considerados.

Dessa forma, as execuções individuais ajuizadas pelos titulares dos direitos individuais homogêneos que foram violados sempre demandarão uma ampla dose de cognição, pois cada substituído deverá comprovar a titularidade do direito cuja lesão foi reconhecida pela sentença da ação coletiva. Não se trata, aqui, de somente proceder à liquidação de uma sentença ilíquida, porque o grau de indeterminação é muito maior: não há certeza quanto à existência do débito e da titularidade do direito resguardado, já que cada exequente deverá comprovar a subsunção de sua situação fática pessoal à hipótese de que trata o título judicial consubstanciado pela sentença proferida no julgamento da ação coletiva. A execução individual da sentença coletiva exige a demonstração do nexo causal entre o dano genericamente experimentado e os prejuízos por concretamente suportados.

Inexiste, portanto, interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento da ação de execução individual deste título judicial. A decisão proferida pelo TRF da 1ª Região, no sentido de considerar aplicável à espécie os arts. 475-A e 575, II, do CPC, não se ajusta aos preceitos que orientaram a elaboração desses dispositivos, haja vista que ignora as peculiaridades das ações coletivas e respectivas execuções.”

E, na esteira da doutrina mais abalizada, afirma que:

“As peculiaridades da execução de sentença proferida em ação coletiva, como visto no tópico anterior, impedem a aplicação irrefletida das regras gerais que tratam das execuções (e ações) judiciais encontradas no CPC. A legislação, no entanto, foi omissa no que diz respeito às execuções individuais do título judicial coletivo. (...)”

Somente a interpretação sistemática dos dispositivos contidos no CDC fornece a solução para o problema apontado. O art. 101, I, do CDC dispõe que ‘a ação [de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços] pode ser proposta no domicílio do autor.’”

O primeiro trecho transcrito afasta a incidência da disciplina geral prevista no diploma processual para a compreensão da efetividade da tutela jurisdicional ofertada em ações coletivas. A sua incidência – como efetivamente ocorreu no Agravo Regimental no Agravo nº 807.037/SP – é tida por desajustada, pois ignora as peculiaridades das ações coletivas e a sua execução.

#### **B) Conflito de Competência 96.682/RJ, julgado em 10 de fevereiro de 2010**

O julgado em epígrafe, por sua vez, destaca que a regra insculpida no artigo 575, II, do Código de Processo Civil, já considerada desajustada para a disciplina das execuções decorrentes de ações civis públicas no julgado anteriormente analisado, já foi mitigada por regra presente no mesmo diploma após as alterações de 2005, reduzindo a relevância do elo entre as fases de conhecimento e de execução para a definição da competência para julgamento, em prol da efetiva prestação jurisdicional.

No mesmo diapasão, afirma que a efetividade da tutela jurisdicional a ser alcançada na seara das ações coletivas reclama ponderação entre princípios da proporcionalidade, da ampla defesa e o direito de ação, “sob pena de inviabilizar a efetiva tutela dos direitos individuais, bem como congestionar o órgão jurisdicional”.

Nesse sentido, Araújo Filho<sup>236</sup>, ao discorrer sobre a efetividade afirma:

“A plena efetividade desse sistema reclama indubitavelmente a competência centralizada para o julgamento da ação coletiva, mas a disseminação da competência para as ações de liquidação individual da sentença, sob pena de ser irremediavelmente desperdiçada a tutela coletiva, pelo congestionamento dos feitos individuais.”

---

<sup>236</sup> *In: Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 189.

Observa-se que o acórdão então proferido nos autos da execução tirada do título judicial coletivo obtido em face do Banco do Brasil pelo legitimado fonte de pesquisa ignorou em sua totalidade os ditames específicos que disciplinam e levam em conta as peculiaridades do processo coletivo. Veja-se que, quando do julgamento do recurso, as mudanças profundas no Código de Processo Civil em relação ao cumprimento de sentença já estavam vigentes havia cerca de 3 anos, não eximindo, portanto, o Tribunal de aplicação de *lege lata*.

#### IV.1.4 EFICÁCIA DA SENTENÇA<sup>237</sup> NO PROCESSO COLETIVO

A eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada já renderam longos debates tanto na doutrina como na jurisprudência, ambas afastando-se completamente uma da outra, seguindo caminhos diametralmente opostos.

A doutrina tem sustentado, com base no ensinamento pioneiro de Liebman<sup>238</sup>, a diferença entre a eficácia da sentença – aptidão da sentença em produzir efeitos, o que está atrelada à sua validade e incide sobre os limites do seu objeto, sem qualquer limitação subjetiva – e da coisa julgada – também denominada autoridade, dado que constitui atributo da sentença pela sua imutabilidade e, neste caso, limitada às partes do processo. Com isso, decorre a afirmativa de que o Código de Defesa do Consumidor, ao classificar os efeitos da coisa julgada – nomenclatura processualmente adequada – o faz com o fim de estender a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença para além das partes do processo. Com isso, também, decorre a conclusão de que o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, cuja redação foi trazida pelo artigo 2º da Lei nº 9.494/1997, além da sua tamanha imprecisão técnica<sup>239</sup>, é inócuo, visto que apenas prescreve conteúdo a respeito da

---

<sup>237</sup> Atente-se para a terminologia utilizada, tentando-se, com isso, manter a precisão técnica. Isto porque não se tem dúvida sobre a eficácia da coisa julgada (ou autoridade da coisa julgada) nos processos coletivos, tendo em vista o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. O que se combate é a concepção de que seja possível limitar os efeitos objetivos da sentença, a ponto de ela não ser válida contra todos, não importando limites territoriais internos, desde que respeitados os limites da jurisdição.

<sup>238</sup> In: Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada, 4ª ed., 2006.

<sup>239</sup> O referido artigo é recheado de imprecisões técnicas. A primeira diz respeito à confusão que se faz entre a eficácia da sentença – como sobredito, atrelada aos limites objetivos da lide – e a eficácia (ou autoridade) da coisa julgada – atrelada, neste caso, aos limites subjetivos da lide. Não é possível limitar a validade da sentença, que é oponível a todos a partir do trânsito em julgado, ou, mesmo, antes, diante da inexistência de recurso com efeito suspensivo. A segunda concerne à confusão entre as regras de jurisdição (esta poder, função e atividade estatal, cujo exercício visa à pacificação de conflitos, e como expressão do poder estatal, não comporta divisões) e de competência (distribuição do exercício da jurisdição entre os órgãos jurisdicionais). A competência do órgão prolator não divide a eficácia e validade da sentença, mas apenas

autoridade da coisa julgada já presente no Código de Defesa do Consumidor (artigo 103, I) cuja vigência é anterior à alteração propiciada pela Lei nº 9.494/1997 e por ela não foi revogada.

Por outro lado, a jurisprudência decepciona no afã de dar sentido às disposições da Lei nº 9.494/1997, seguindo à risca a regra de que a lei não contém palavras inúteis, atribuindo às sentenças de ações coletivas limitações injustificáveis e absolutamente desencaixadas do sistema processual coletivo.

Todavia, a suposta consolidação do entendimento jurisprudencial sobre o campo de aplicação do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 longe está de estar pacificada. Vez ou outra o debate ressurgiu nas pontuais tentativas de alguns ministros cuja posição se contrapõe ao posicionamento então consolidado.

Este é o caso do segundo julgado a ser avaliado, que traz recente ressurgimento do debate sobre a aplicabilidade do artigo 16, provocado pela ministra Nancy Andrighi, voz dissonante em relação ao posicionamento firmado na Corte a esse respeito.

O primeiro traz, na verdade, mais um elemento que contribui para o diagnóstico das questões que ascendem à Corte de cunho estritamente processual e que fazem somente rediscutir princípios e valores absolutos do Direito Processual.

#### **A) Recurso Especial nº 917.974/MS, julgado em 05 de abril de 2011**

O recurso em epígrafe teve como objetivo a reforma de decisão proferida em sede de agravo de instrumento que, aceitando as alegações da Brasil Telecom S/A inicialmente levantadas em exceção de pré-executividade, reconheceu a sua ilegitimidade para responder pela execução. Contudo, ainda na fase de conhecimento a questão da legitimidade passiva da Brasil Telecom S/A já havia sido objeto de decisão, não tendo sido alterada em sede recursal.

O que pretendeu, portanto, a Brasil Telecom S/A foi a rediscussão na fase executiva de matéria transitada em julgado. O ministro relator Luis Felipe Salomão asseverou:

---

influi administrativamente, na organização judiciária. Nesse sentido, fundamental para possuir conceitos bem alicerçados é a obra conjunta de Cintra, Grinover e Dinamarco, Teoria Geral do Processo, na sua 28ª edição em 2012.



“Deveras, as questões efetivamente decididas no processo de conhecimento (ação civil pública), de forma definitiva, ainda que de ordem pública, como a legitimidade *ad causam*, não podem ser novamente debatidas, sobretudo no processo de execução, sob pena de vulneração à coisa julgada.”

Esse posicionamento tem especial relevância por determinar que mesmo matérias de ordem pública estão submetidas à autoridade da coisa julgada material<sup>240</sup>. Estas têm a oportunidade de serem levantadas de ofício em qualquer instância até o trânsito em julgado da ação.

Nesse sentido, cumpre construir um elo com o julgado apresentado no próximo item do trabalho, a saber, o Recurso Especial nº 1.057.562/RS, que trata exatamente da possibilidade de alegação de prescrição na fase executiva quando esta é oriunda de sentença coletiva.

Enquanto neste, a regra de que matérias de ordem pública **efetivamente decididas** não prevalecem à coisa julgada, não podendo ser rediscutidas em execução, lá ver-se-á a concretização do argumento *a contrario sensu*: se a matéria de ordem pública, menos do que efetivamente decidida, não foi alegada, nem sequer debatida, portanto, ainda que fosse ônus da parte alegá-la em objeção, poderá ser dirimida em fase de execução por se tratar, como concluir aquele acórdão, de ação civil pública.

## **B) Recurso Especial nº 1.243.386/RS, julgado em 12 de junho de 2012**

Este recentíssimo julgado deflagrou a controvérsia ainda existente no Superior Tribunal de Justiça a respeito da incidência e extensão do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Por mais esforço que a Corte faça em defender a suposta consolidação do seu posicionamento em favor da previsão do referido artigo 16, qual seja, de limitação da coisa julgada, ainda que *erga omnes*, ao território do órgão prolator, há vozes dissonantes.

No presente caso, manifestou-se a ministra Nancy Andrichi. E o fez invocando para tanto o acórdão prolatado em outro recurso, a saber, o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, submetido ao procedimento dos Recursos Repetitivos e julgado em 19 de outubro de 2011, lançando a tese a seguir transcrita a partir da ementa do acórdão:

---

<sup>240</sup> Há posicionamento pacífico de que matérias de ordem pública não são atingidas pela preclusão, entenda-se, a ocorrência de coisa julgada formal.

“DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ALCANCE SUBJETIVO DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, CPC. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento os chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de "quantia certa ou já fixada em liquidação" (art. 475-J do CPC), porquanto, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica", apenas "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC.

2. Recurso especial parcialmente provido.”

Baseando-se na afirmação de que, tendo em vista o alcance dos efeitos da ação ter sido definido em sentença, sob pena de ferir a coisa julgada, não se aplica a Lei nº 9.494/1997, repisa seus argumentos, expostos em diversas oportunidades, em acórdãos por ela relatados:

**“A irrelevância do art. 16 da LACP para limitar a eficácia da sentença, dada a independência de seus efeitos em relação à coisa julgada.**

Novamente formulando um argumento subsidiário, vale ressaltar que, ainda que se entenda que o art. 16 da LACP pode estender sua eficácia também às hipóteses de Ação Civil Pública na qual se busque a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, ainda assim essa norma jamais terá o condão de limitar a eficácia da sentença proferida em tal ação. Isso porque, ao estabelecer que a sentença “fará coisa julgada nos limites territoriais do órgão prolator”, a referida norma acabou por regular apenas e tão somente o fenômeno da coisa julgada, que é absolutamente distinto da eficácia da sentença.

A constatação da independência entre a eficácia da sentença e a eficácia da coisa julgada não é nova, e resta cediça no direito processual civil brasileiro. Sua defesa originária foi feita por ENRICO TULLIO LIEBMAN, para quem a eficácia da sentença consubstanciaria os efeitos modificativos do mundo jurídico promovidos por esse ato judicial, enquanto eficácia da coisa julgada seria meramente a imutabilidade

conferida a tais efeitos em decorrência do trânsito em julgado da decisão. Nesse sentido, confirmam-se as palavras do ilustre professor italiano, que tanto influenciou o direito processual civil brasileiro (LIEBMAN, Enrico Tullio, Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 3ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1984, pág. 170):

“I - A declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produzir-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei.

II – A eficácia da sentença, nos limites de seu objeto, não sofre nenhuma limitação subjetiva; vale em face de todos.

III – A autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos e a todos os seus efeitos referente, isto é, precisamente a sua imutabilidade. Ela está limitada subjetivamente só às partes do processo.”

Dessa lição, extraem-se três noções fundamentais: (i) a eficácia da sentença, por ser distinta da eficácia da coisa julgada, se produz independentemente desta; (ii) a eficácia da sentença, desde que não confundida com a figura do trânsito em julgado, não sofre qualquer limitação subjetiva: vale perante todos; (iii) a imutabilidade dessa eficácia, ou seja, a impossibilidade de se questionar a conclusão a que se chegou na sentença, limita-se às partes do processo perante as quais a decisão foi proferida, e só ocorre com o trânsito em julgado da decisão. Assim, ainda que o objetivo do legislador, ao criar o art. 16 da LACP, fosse o de efetivamente limitar a eficácia da sentença ao território em que seria competente o juiz que a prolatou, esse escopo não foi atingido pela norma da forma como ela restou redigida. Ao dizer que “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator”, tudo o que o legislador logrou êxito em fazer foi definir que a sentença, em que pese estender seus efeitos a todo o território nacional, não poderá ser questionada em nenhuma demanda futura a ser decidida dentro da base territorial mencionada na lei. Nada mais que isso. Os efeitos da sentença, portanto, tanto principais (representados pela existência do elemento declaratório característico de toda a decisão judicial) como secundários (representados pela criação do título executivo nas ações condenatórias), estendem-se a todos os terceiros que eventualmente se beneficiariam com a decisão.”

À evidência que a parte prejudicada interpôs embargos de divergência, alegando dissonância com os Embargos de Divergência nº 411.529/SP, julgado pela Corte Especial, o que ensejou sua remessa para julgamento pela mesma instância. Os embargos de divergência ora interpostos foram admitidos em razão da similitude fática entre os arestos e está sob a relatoria do ministro Herman Benjamin.

#### **IV.1.5 PROBLEMA RECENTE: PRESCRIÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA?**

Aspecto que não se previa discorrer no início do trabalho é o tema da prescrição das ações civis públicas.

Isto porque não havia até bem pouco tempo qualquer pronunciamento sobre o prazo prescricional da ação civil pública, principalmente por se tratar a prescrição de instituto atinente ao direito material, enquanto a disciplina da ação civil pública, por óbvio, é de ordem processual.

Todavia, em 2010, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça novamente surpreendeu ao estipular o prazo de cinco anos para a propositura da ação civil pública em defesa dos interesses dos consumidores. O caso versava novamente sobre o ressarcimento das diferenças oriundas do advento de planos econômicos. Até então, a “crença coletiva” jazia no prazo prescricional de vinte anos para as ações com essa temática, em virtude do disposto no artigo 178 do Código Civil de 1916<sup>241</sup> combinado com o artigo 2.028 do Código Civil de 2002<sup>242</sup>, razão pela qual, ao final dos prazos prescricionais, uma enxurrada de novas ações judiciais versando sobre a mesma temática lotou os fóruns de todo o país e é fato que o novo entendimento frustrou a expectativa e não só de indivíduos, mas de entes legitimados à propositura da ação civil pública, bem como criou considerável insegurança na esfera processual – se não instabilidade social diante de tão significativa redução do prazo –, relacionada à compreensão da extensão desse julgado, o que será detalhado a seguir.

Além de tais efeitos sociais e jurídicos, este acórdão, antes mesmo do seu trânsito passou a ser utilizado em julgamentos posteriores – inclusive em sede de Recursos Repetitivos – e já produziu resultados para as fases seguintes à ação civil pública, ou seja, para as execuções, individuais e coletivas do título judicial coletivo.

#### **A) Recurso Especial nº 1.070.896/SC, julgado em 14 de abril de 2010**

---

<sup>241</sup> “As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.”

<sup>242</sup> “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

O recurso sob análise é o responsável por definir, no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de cinco anos para a propositura da ação civil pública em analogia ao prazo estabelecido na Lei nº 4.717/1965, que institui a disciplina aplicável à ação popular, bem como os interesses que podem ser por ela veiculados.

O presente recurso é oriundo de ação proposta por entidade civil, cuja sentença foi de improcedência, o que ensejou a interposição de apelação pela entidade civil e pelo Ministério Público Estadual. Por sua vez, o Tribunal local foi o primeiro a emanar o entendimento pela analogia com a ação popular e extinguir a ação, julgando-a prescrita.

Alcançando a corte excepcional, monocraticamente o também relator do acórdão proferido nos autos em epígrafe deu provimento ao Recurso Especial para o seu retorno à instância local e prosseguimento da ação, afastando a analogia descrita.

O réu na ação, por sua vez, recorreu pelo pronunciamento do colegiado, sendo bem sucedido no pleito para o encaminhamento dos autos para julgamento da Segunda Seção, “tendo em vista o ineditismo da matéria referente ao prazo prescricional para as ações civil públicas, notadamente para a cobrança dos denominados expurgos inflacionários”<sup>243</sup>.

Alcançando a Segunda Seção, o julgamento tomou o rumo oposto da decisão monocrática. Cumpre salientar que o responsável para lavrar o acórdão permaneceu sendo o mesmo ministro que outrora havia dado provimento ao Recurso Especial, afastando o prazo de cinco anos.

A decisão conta com explicações que não se limitam a debates jurídicos, mas claramente foi adotada no sentido que proferida por razões que fogem à estrita esfera jurídica, alcançando contornos econômicos e políticos. Para que se compreenda a afirmação ora inserta, faz-se necessária a transcrição de trechos do voto condutor:

“A presente controvérsia tem por objeto a definição do prazo prescricional aplicável às ações civis públicas que tratam dos expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão.”

“(…) segundo estimativas de especialistas, o impacto total ao sistema financeiro, decorrente apenas de aplicação dos índices alegadamente expurgados aos correntistas, no caso dos Planos Verão e Bresser, poderá atingir a incrível cifra de 208,551 bilhões de reais, o que, por si só, representa sério risco às instituições financeiras.

---

<sup>243</sup> Trecho do relatório do acórdão sob análise.

Por outro lado, e apenas para realçar, convém sublinhar que é dever desta Corte ter em conta a repercussão social e econômica de suas decisões, modulando, caso necessário, seus efeitos, a fim de evitar consequências deletérias para a saúde financeira do país.”

“Releva notar, ainda, que o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública pode se identificar, também, com aquele contido em inúmeras ações individuais, que embora tenham a mesma origem, não necessariamente possuem os mesmos prazos prescricionais para o exercício da pretensão.

São, na verdade, ações independentes, conforme já decidido por essa Corte, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum.

De fato, o bem jurídico tutelado na presente ação não se confunde com o bem jurídico protegido na ação individual, que pretende cobrança dos expurgos inflacionários.”

“Em verdade, a norma consumeirista prevê prazo prescricional geral de cinco anos para as pretensões reparatorias fundadas no fato do produto ou do serviço, a qual se aplica, também, às ações coletivas e, analogicamente, com base em uma interpretação sistemática realizada dentro do próprio microsistema consumeirista, às ações coletivas que não tratam de defeitos de segurança.”

Dos trechos transcritos, defendem-se algumas conclusões:

- 1) O prazo – prescricional ou decadencial<sup>244</sup> – de cinco anos só se aplica às ações civis públicas que versem sobre expurgos inflacionários. A corroborar esse

---

<sup>244</sup> Como apresentado, houve debate sobre a natureza do lapso temporal para propositura da ação civil pública, se de natureza prescricional ou decadencial. Constou, ao fim, posicionamento do ministro João Otávio de Noronha pela sua classificação como decadencial, erigindo o direito do legitimado em ingressar com ação civil pública como um direito potestativo, assim como o seria o direito de ação. Este, entendido pela doutrina dominante como um direito subjetivo, porém diferente daquele direito substancial, exercido contra o Estado, de iniciativa e de impulso, como explica Liebman (*in: Manuale di diritto processuale civile*, p. 120. No original: “um diritto soggettivo diverso da quelli del diritto sostanziale, perchè rivolto verso lo Stato, senza essere diretto ad una sua prestazione: è piuttosto un diritto d’iniziativa e d’impulso...” ), por outra parcela da doutrina (tendo como um dos expoentes Celso Agrícola Barbi) é traduzido no exercício de uma faculdade ou poder, exercido por ato livre da vontade, enquanto perdura uma situação jurídica ou fática, como explica Silvio de Salvo Venosa (*in: Direito Civil – Parte Geral*, 5ª ed., p. 376). Autônomo que é em relação ao direito subjetivo material, ainda que tenha a faculdade de ser exercido a partir da violação a um direito pré-existente, não é essa a única situação que permite o seu exercício, que pode ser feito quando não há qualquer pretensão resistida. Sobre ele recai prazo decadencial, ou seja, aquele que, para começar a transcorrer, depende do momento em que o direito pode ser exercido, ou quando ele “surge” – ao contrário do prazo prescricional que recai sobre a violação de direito pré-existente. Para esclarecimento, vale a comparação com o direito de reclamar previsto no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor: o direito de reclamação surge não da violação de um direito pré-existente, mas a partir da aquisição de um produto ou serviço, que confere ao consumidor direitos de várias espécies, não precisando ocorrer qualquer violação para que o lapso temporal comece a transcorrer. Então, sim, de fato, o direito de ação do legitimado à ação coletiva é um direito potestativo (ou direito subjetivo, autônomo), sobre o qual recai um prazo decadencial. Toda a explicação doutrinária discorrida pelo ministro, todavia, em nada esclarece a razão de descolar esse direito de ação (faculdade de exigir prestação jurisdicional do Estado) – que também surge para o indivíduo titular do direito – do direito subjetivo material, neste caso, fazendo-o perdurar em prazo inferior à existência da situação fática violação do direito subjetivo material. Nesse sentido, Venosa alerta que para alguns, os

entendimento, destaca-se o Recurso Especial nº 995.995/DF, em que ficou consignado que o prazo para ajuizamento de ações civis públicas que tenham por objeto contratos de planos de saúde é de dez anos<sup>245</sup>;

2) a medida foi adotada levando-se em consideração razões extrínsecas ao processo e ao direito das partes envolvidas, fundamentando-se em argumentos de cunho explicitamente econômico, preocupando-se o Tribunal com impactos de ordem financeira alegados pelos recorrentes;

3) propôs haver diferença entre o bem jurídico tutelado em pretensões coletivas e individuais<sup>246</sup>, capaz de permitir a diferença entre o tempo que ambas as pretensões podem ser requeridas judicialmente;

4) propõe interpretação sistemática da parte material do Código de Defesa do Consumidor com a parte processual a justificar a opção pelo prazo prescricional de cinco anos para a ação civil pública<sup>247</sup>.

---

direitos subjetivos se identificam de tal modo com os chamados direitos potestativos, tornando a classificação inútil. Poderia ser o direito potestativo uma modalidade de atuação, uma especificidade dos direitos subjetivos, estes mais amplos (op. cit. pp. 376-377).

<sup>245</sup> Vale realçar trecho do referido *decisum*: “A única previsão relativa à prescrição contida no diploma consumerista (art. 27) tem seu campo de aplicação restrito às ações de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, não se aplicando, portanto, à hipótese dos autos, em que se discute a abusividade de cláusula contratual. Por outro lado, em sendo o CDC lei especial para as relações de consumo – as quais não deixam de ser, em sua essência, relações civis – e o CC, lei geral sobre direito civil, convivem ambos os diplomas legislativos no mesmo sistema, de modo que, em casos de omissão da lei consumerista, aplica-se o CC.”

<sup>246</sup> A fundamentação causa surpresa, visto que doutrinariamente – sem vozes dissonantes – assume-se que os direitos individuais homogêneos – categoria que prevalece nos direitos subjetivos tutelados em ambas as demandas, coletivas ou individuais, cujo objeto se identifique com o da lide em questão – são tratados coletivamente por simples opção legislativa, visto que assim o são por razões formais ou acidentais, sendo conveniente a aplicação de técnicas relativas à tutela coletiva para alcance de economia processual e efetividade do processo, evitando conflitos lógicos decorrentes de sua pulverização (nesse sentido, Kazuo Watanabe, *in: Código Brasileiro de Defesa...*, 10ª ed., pp.76-77, e Ricardo de Barros Leonel, *in: Manual do Processo Coletivo*, 2ª ed., p.98). Na essência, os direitos subjetivos tutelados são os mesmos. Alerta Rodolfo de Camargo Mancuso que uma simples alteração no modo do exercício não pode mudar a essência dos interesses agrupados, que permanecem de natureza individual (*in: Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir*, 7ª ed. p. 55). Com efeito, a desejável aglutinação de interesses essencialmente individuais extrapola o simples interesse processual de economia e efetividade. Extraprocessualmente, a sua tutela coletiva tem importância social e política no fortalecimento da sociedade, na sua capacidade de organização e na possibilidade de exercer reivindicações. Contudo, não se pode dizer que esse interesse se sobrepõe à defesa do direito material objeto imediato da lide, mas com ele se compõe, não sendo determinante para construir uma teoria que sustente um prazo diferenciado para a sua defesa, sob pena de conseguir resultados contrários, causando o enfraquecimento da organização social e da capacidade reivindicativa do ente coletivo.

<sup>247</sup> Aqui o acórdão foi incapaz de sanar uma dúvida: não bastasse criar um prazo, prescricional ou decadencial, específico para as ações coletivas que versem sobre o ressarcimento das diferenças oriundas do advento de planos econômicos (vide nota 248), ao fundamentar que não seria possível a aplicação do prazo previsto no Código Civil, pois à época dos fatos, não havia disciplina para uso da ação coletiva na defesa de direitos individuais homogêneos, surgindo ela somente com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, gerou o questionamento sobre o termo inicial do prazo, se a data do evento danoso ou a data de vigência do

Ponto a ser destacado, enfim, é o voto do ministro João Otávio de Noronha no sentido de justificar a diferença do prazo entre demandas coletivas e individuais em razão da natureza do instituto que leva à extinção do direito. Compreende ele ser o prazo para ajuizamento de ações coletivas pelos entes legitimados um prazo decadencial, pois tratar-se-ia do exercício de um direito potestativo de atuar no prazo que a lei fixa.

A intenção de se apresentar em detalhes as fundamentações do acórdão vem no sentido de, na tentativa de não se alongar demais, contrapor os pontos apresentados ao entendimento doutrinário sobre o tema, de modo a demonstrar brevemente a inconsistência da decisão, maculada por ponderações extraprocessuais que vieram na contramão da relevância e da evolução da tutela coletiva.

Muito já se debateu sobre a impropriedade de construir a analogia pretendida no *decisum*, entre a ação popular e a ação civil pública, visto que enquanto a lei que disciplina aquela tem em seu bojo disposições materiais – na definição pontual e objetiva do âmbito de utilização da ação popular, ao delimitar o interesse tutelado pelo instrumento e conceituar patrimônio público<sup>248</sup> –, esta apenas delimita os interesses tutelados de forma genérica, concentrando suas disposições à disciplina dos atos processuais, cabendo, portanto, à lei material aquelas definidoras dos direitos subjetivos.

Já tendo abordado, em notas, o distanciamento dos pontos decididos do entendimento doutrinário, cumpre destacar que, a despeito desse posicionamento ainda ser passível de recurso – porém, sem efeito suspensivo, permitido ao acórdão que produza efeitos –, ele já tem sido replicado em várias oportunidades e a mais importante delas se trata do Recurso Especial nº 1.107.201/DF, controvérsia repetitiva julgada em 08 de setembro de 2010, levando quase um ano (06/05/2011) para ser publicado. Restou assim ementado, destacando-se a adoção do posicionamento trazido pelo recurso em epígrafe, optando-se pela sua definição como decadencial:

“RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. CADERNETAS DE  
POUPANÇA. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS  
INFLACIONÁRIOS. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE MACRO-  
LIDE MULTITUDINÁRIA EM AÇÕES INDIVIDUAIS MOVIDAS  
POR POUPADORES. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-

---

Código de Defesa do Consumidor. Dado que foi aceita a teoria sobre a natureza decadencial do prazo, entende-se que o termo inicial surge da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que seria a situação jurídica constitutiva de um direito potestativo aos entes legitimados.

<sup>248</sup> A Lei da Ação Popular, nos primeiros artigos, evidentemente não traria outra definição sobre atos lesivos e a sua nulidade que não fosse a definição constante da lei civil. Todavia, conceitua o que é o patrimônio que será tutelado por esse instrumento e quais são os entes estatais alcançados pela previsão legal.



C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO LIMITADO A MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, INDEPENDENTEMENTE DE JULGAMENTO DE TEMA CONSTITUCIONAL PELO C. STF. PRELIMINAR DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO AFASTADA. CONSOLIDAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA EM INÚMEROS PRECEDENTES DESTA CORTE. PLANOS ECONÔMICOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E COLLOR II. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* . PRESCRIÇÃO. ÍNDICES DE CORREÇÃO.

I – Preliminar de suspensão do julgamento, para aguardo de julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, afastada, visto tratar-se, no caso, de julgamento de matéria infraconstitucional, preservada a competência do C. STF para tema constitucional.

II – No julgamento de Recurso Repetitivo do tipo consolidador de jurisprudência constante de numerosos precedentes estáveis e não de tipo formador de nova jurisprudência, a orientação jurisprudencial já estabilizada assume especial peso na orientação que se firma.

III – Seis conclusões, destacadas como julgamentos em Recurso Repetitivo, devem ser proclamadas para definição de controvérsia:

1º) A instituição financeira depositária é parte legítima para figurar no pólo passivo da lide em que se pretende o recebimento das diferenças de correção monetária de valores depositados em cadernetas de poupança, decorrentes de expurgos inflacionários dos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II; com relação ao Plano Collor I, contudo, aludida instituição financeira depositária somente será parte legítima nas ações em que se buscou a correção monetária dos valores depositados em caderneta de poupança não bloqueados ou anteriores ao bloqueio.

**2ª) É vintenária a prescrição nas ações individuais em que são questionados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, sendo inaplicável às ações individuais o prazo decadencial quinquenal atinente à Ação Civil Pública.**

3ª) Quanto ao Plano Bresser (junho/1987), é de 26,06%, percentual estabelecido com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), índice de correção monetária para as cadernetas de poupança iniciadas ou com aniversário na primeira quinzena de junho de 1987, não se aplicando a Resolução BACEN n.º 1.338/87, de 15/06/87, que determinou a atualização dos saldos, no mês de julho de 1987, pelo índice de variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN).

4ª) Quanto ao Plano Verão (janeiro/1989), é de 42,72%, percentual estabelecido com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), índice de correção monetária das cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15 de janeiro de 1989, não se aplicando a Medida Provisória n. 32/89 (Plano Verão), que determinava a atualização pela variação das Letras Financeiras do Tesouro (LFT).

5ª) Quanto ao Plano Collor I (março/1990), é de 84,32% fixado com base no índice de Preços ao Consumidor (IPC), conforme disposto nos arts. 10 e 17, III, da Lei 7.730/89, o índice a ser aplicado no mês de março de 1990 aos ativos financeiros retidos até o momento do respectivo aniversário da conta; ressalva-se, contudo, que devem ser atualizados pelo BTN Fiscal os valores excedentes ao limite estabelecido em NCz\$ 50.000,00, que constituíram conta individualizada junto ao BACEN, assim como os valores que não foram transferidos para o BACEN, para as cadernetas de poupança que tiveram os períodos aquisitivos iniciados

após a vigência da Medida Provisória 168/90 e nos meses subsequentes ao seu advento (abril, maio e junho de 1990).

6ª) Quanto ao Plano Collor II, é de 21,87% o índice de correção monetária a ser aplicado no mês de março de 1991, nas hipóteses em que já iniciado o período mensal aquisitivo da caderneta de poupança quando do advento do Plano, pois o poupador adquiriu o direito de ter o valor aplicado remunerado de acordo com o disposto na Lei n. 8.088/90, não podendo ser aplicado o novo critério de remuneração previsto na Medida Provisória n. 294, de 31.1.1991, convertida na Lei n. 8.177/91.

IV – Inviável o julgamento, no presente processo, como Recurso Repetitivo, da matéria relativa a juros remuneratórios compostos em cadernetas de poupança, decorrentes de correção de expurgos inflacionários determinados por Planos Econômicos, porque matéria não recorrida.

V – Recurso Especial da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL provido em parte, para ressalva quanto ao Plano Collor I.

VI – Recurso Especial do BANCO ABN AMRO REAL S/A improvido.”

O inconformismo com o teor do acórdão deu ensejo à interposição de Embargos de Divergência que, em juízo prelibatório, foram inicialmente admitidos, sendo que o aresto paradigma – Recurso Especial nº 331.374/SP, publicado em 08/09/2003 – a se contrapor ao decidido no acórdão em epígrafe conta com a seguinte ementa:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. ART. 177, DO CCB. REGRA GERAL. FALTA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA Nº 284/STF. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ.

I - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor ação civil pública na hipótese de dano ao Erário.

II - Na ação civil pública aplica-se o prazo prescricional vintenário do art. 177, do Código Civil, como regra geral, devido à falta de lei que regule a matéria, não sendo caso de incidência dos prazos trienal ou quinquenal, por incompatibilidade dos dispositivos que os prevêm.

III - É deficiente a fundamentação do recurso especial no qual não há a indicação dos dispositivos legais tidos como violados. Súmula nº 284/STF.

IV - É inadmissível o apelo especial manifestado pela alínea "c" do permissivo constitucional que deixa de demonstrar a existência de suposta divergência jurisprudencial, nos moldes estabelecidos pelo art. 255 do RI/STJ c/c o art. 541, parágrafo único, do CPC.

V - A análise do recurso especial resta prejudicada quando enseja o reexame do substrato fático contido nos autos, o que é vedado pela Súmula 07/STJ.

VI - Recursos especiais improvidos.”

A admissão inicial ocorreu em 18 de abril de 2012 reconhecendo ter restado demonstrada a divergência. Apenas em 15 de fevereiro de 2013, a ministra relatora dos embargos, Laurita Vaz, entendeu por bem negar seguimento aos embargos, vez que o acórdão vergastado estaria em consonância com a atual jurisprudência atual, fundamentando sua alegação no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.285.566/PR, realizado pela Corte Especial em 14/06/2012.

Dizer que causa espanto a alegação de atualidade jurisprudencial seria pouco ao perceber que o novel entendimento partiu exatamente do recurso cujo acórdão se pretende a mudança, comparando-o a posicionamento consolidado vigente à época do seu julgamento. Alegar, portanto, a relatora de que a divergência precisa ser atual, sob pena de imposição do óbice da Súmula 168 do Superior Tribunal de Justiça é verdadeira incongruência, já que o que se tenta alterar é a origem da reversão do entendimento jurisprudencial. Não é possível afirmar que o julgado responsável pela mudança da jurisprudência seja afetado pela suposta consolidação da jurisprudência decorrente desse mesmo aresto ora combatido! Esse entendimento, por mais que produza efeitos, é passível de reversibilidade em si mesmo e não pode ele ser atingido pelo posicionamento que criou se este está sendo atacado.

No entanto, é exatamente o que ocorreu e só o fez pelo gigantesco lapso temporal decorrido entre a primeira admissão dos embargos e a sua surpreendente negativa monocrática.

O que se denota da análise dolorosa desse acórdão e, sob o risco de perder a racionalidade na análise do aresto, é a presença de pesados interesses econômico e político, sem qualquer vínculo com a tutela processual, que prevaleceram na solução desse julgado, percepção evidenciada pelo próprio arrazoado já acima exposto. Não se reclama da presença do peso político na solução de demandas coletivas, visto que o interesse coletivo carrega aspecto sociológico e político para a sua adequada compreensão e extensão, mas esse aspecto político precisa estar voltado para o tratamento das demandas e a solução dos conflitos, ou seja, precisa estar sustentado em questões processuais que se refletem na eficiência da jurisdição. A questão está ligada à política judiciária.

Todavia, o caso vertente evidencia uma influência política de setores econômicos na “solução” das demandas, não prevalecendo o interesse público, social e coletivo, mas o interesse particular fortemente representado e organizado, influência esta

que coloca em xeque a imparcialidade dos juízes, princípio e dever decorrente da função no Estado Democrático de Direito.

**B) Recurso Especial nº 1.275.215/RS, julgado em 27 de setembro de 2011**

Com base na Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, o entendimento proferido no acórdão anteriormente analisado produziu efeitos nos recursos tirados contra decisões colegiadas proferidas já em sede de execução individual, desde que estas tivessem sido ajuizadas após o prazo de cinco anos, agora contados da data do trânsito em julgado da ação civil pública.

É o caso do presente recurso. Tratando de execução individual de sentença proferida em ação civil pública, constituiu-se no primeiro precedente de incidência do resultado do Recurso Especial nº 1.070.896/SC. Nesta ocasião ficou consignado que “o prazo para o consumidor ajuizar ação *individual de conhecimento* - a partir da qual lhe poderá ser aberta a via da execução - independe do ajuizamento da ação coletiva, e não é por esta prejudicado, regendo-se por regras próprias e vinculadas ao tipo de cada pretensão deduzida. Porém, cuidando-se de *execução individual de sentença proferida em ação coletiva*, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo imperiosa a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, nos termos do precedente firmado no REsp. n. 1.070.896/SC, aplicando-se a Súmula n. 150/STF. Assim, no caso concreto, o beneficiário da ação coletiva teria o prazo de 5 (cinco) anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado da sentença coletiva, e o prazo de 20 (vinte) anos para o ajuizamento da ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos.”

A questão também já foi objeto de controvérsia submetida ao procedimento dos recursos repetitivos na oportunidade de julgamento do Recurso Especial nº 1.273.643/PR, tendo sido fixada, na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil a seguinte tese: “No âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública”.

**C) Recurso Especial nº 1.057.562/RS, julgado em 19 de outubro de 2010**

Por fim, a última questão interessante atinente ao tema da prescrição diz respeito à possibilidade de se alegar prescrição em sede de execução. Não fosse o fato de que se trata de execução individual tirada de título judicial coletivo, a previsão do artigo 741, inciso VI do Código de Processo Civil teria incidência no caso concreto, tendo em vista a ocorrência de prescrição ainda em fase de conhecimento.

Dizem respeito os autos à ação coletiva ajuizada por sindicato com vistas à repetição de valores indevidamente pagos a título de imposto de renda pelos seus filiados. A ação foi proposta em 07/01/1999, anterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005 e, portanto, beneficiada pela interpretação do prazo prescricional de cinco anos contados a partir da homologação tácita ou expressa do lançamento pelo Fisco – ao contrário do que hoje dispõe o artigo 3º da referida lei, em que a extinção do crédito tributário dá-se no momento do pagamento antecipado.

Ocorre que a alegação de prescrição dos créditos anteriores a janeiro de 1989, considerada a data de propositura da ação coletiva, deu-se em sede de embargos da Fazenda Nacional.

Entendeu o ministro relator Luiz Fux que, sendo a coisa julgada *in utilibus*, fazendo com que a execução individual de condenação genérica exija uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido na ação coletiva, a prescrição contra a pretensão teria que passar pela esfera do indivíduo, podendo ser suscitada tão somente em sede de execução individual, não incidindo a previsão legal que demanda a alegação de prescrição somente como causa extintiva, desde que esta ocorra superveniente à sentença.

Aceitou, portanto, o relator as alegações da Fazenda Nacional para negar provimento ao inconformismo dos filiados que foram a juízo pleitear o seu ressarcimento.

No entanto, vale o esclarecimento de que o tema da prescrição – visto ser de ordem pública – poderia ter sido objeto de pronunciamento de ofício em qualquer grau de jurisdição e o entendimento pacífico que existia, ao menos antes da Lei Complementar nº 118/2005, já na data do ajuizamento da ação dava ensejo ao pronunciado do magistrado ainda em fase de conhecimento, sem a necessidade de cognição a respeito do “quem” beneficiado, tendo em vista que a matéria da prescrição recai sobre o direito material

objeto do pleito e, diante disso, não se confunde com os limites subjetivos da sentença, concretizados à medida que os interessados propõem suas liquidações individuais.

A prescrição, nos termos que então interpretada em matéria tributária, poderia ter sido oposta em contestação ou em qualquer outra manifestação da Fazenda a título de objeção.

Todavia, prevaleceu a compreensão de que a prescrição somente poderia ser alegada em fase de execução individual por não poder a Fazenda fazê-lo em ação coletiva, dependendo do fato superveniente à sentença, a saber, a individualização do crédito.

## **IV.2 ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO STJ NOS PROCESSOS ANALISADOS E PARA A EVOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA**

Reside no Superior Tribunal de Justiça a competência em dar a última palavra em matéria infraconstitucional, razão pela qual entender como a tutela coletiva tem sido interpretada nessa instância de julgamento é fundamental para perceber a sua evolução.

Diante do quadro traçado no item anterior, retratando alguns julgados relevantes para a compreensão de temas centrais para a execução da sentença coletiva, é necessário construir, agora, um comparativo entre a experiência da associação civil fonte de pesquisa e o que se tem decidido no Superior Tribunal de Justiça com o fim de compreender as estratégias adotadas pelos legitimados diante das decisões do Tribunal.

Nem todos os problemas vivenciados pelo legitimado fonte de pesquisa foram enfrentados na Corte objeto da pesquisa. Inclusive, observa-se que não há uma plena coincidência entre os temas cruciais que destacam a vivência do legitimado na sua atuação junto ao Poder Judiciário e aqueles que ganharam destaque na instância especial.

Todavia, nos temas em que há coincidência, é possível desenhar um retrato significativo para entender como as iniciativas dos legitimados são interpretadas pelo Superior Tribunal de Justiça e, como em retorno a essa primeira direção, como tais interpretações têm exigido dos legitimados estratégias para avançar na defesa coletiva de direitos.

## IV.2.1 LEGITIMIDADE

Dentre os temas que ganharam destaque em ambas as pesquisas empíricas, está a questão da legitimidade.

Nesse aspecto, as questões que envolvem o tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dizem respeito, em suma, à legitimação de agir. Percebe-se uma significativa evolução na interpretação destinada aos sindicatos, por orientação proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, por sua vez, centra a sua argumentação em princípios processuais de efetividade da demanda coletiva, celeridade processual e simplificação dos processos. Com exceção de considerações acerca do prestígio atribuído aos sindicatos na mesma esteira dos partidos políticos e da Ordem dos Advogados do Brasil, ao contrário das associações, que foram mencionadas genericamente<sup>249</sup>, as demais fundamentações têm íntima ligação com questões de política judiciária, ou seja, preocupação com o acesso racional à justiça, prestação efetiva da tutela jurisdicional e redução de decisões contraditórias.

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de preocupação com a efetividade da demanda, com a eficiência e a celeridade da prestação jurisdicional, bem como a própria orientação trazida pela Suprema Corte, para alterar o seu entendimento uma vez consolidado que era pela representação processual dos sindicatos.

Com a mudança do paradigma, admite-se que a figura da substituição processual avance para a liquidação e para a execução no caso dos sindicatos.

Não se compartilha do mesmo entendimento, no entanto, no caso das associações civis. Estas permanecem como substitutas processuais apenas no reconhecimento do direito no caso das ações coletivas ajuizadas para a defesa de interesses individuais homogêneos<sup>250</sup>, sendo que na fase liquidatória e executiva sua legitimação, ainda extraordinária, limita-se à representação processual.

Desse modo, a jurisprudência, no que concerne às associações civis, ainda segue a doutrina majoritária. Entretanto, a mudança de paradigma para os sindicatos seria indicativa de uma revisão do posicionamento acerca da legitimação para agir das associações civis?

---

<sup>249</sup> Nesse sentido, seguiu o voto do Ministro Carlos Britto.

<sup>250</sup> Sendo esse o objeto do estudo do presente trabalho, não se avançou na pesquisa sobre a legitimação em caso da defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Veja-se que, do mesmo modo que ocorreu no Supremo, a benesse jurisprudencial decorre muito menos da disposição legal expressa contida no artigo 3º da Lei nº 8.073/1990 (“as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria”), há anos já em vigor, porém não motivadora de considerar a figura da substituição processual na fase satisfativa do título judicial mesmo aos sindicatos, e muito mais de uma concepção atrelada a razões de ordem política – política judiciária. A própria digressão dos ministros, em diversas oportunidades, vale-se de argumentos de efetividade, celeridade e simplificação do processo. Por que tais argumentos não poderiam ser estendidos às associações civis para reconhecer-lhes a legitimação extraordinária pela substituição processual mesmo superada a fase de conhecimento? Contam os sindicatos com mais credibilidade e representatividade do que as associações?

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a representatividade, alicerce do processo coletivo a impingir, a ele mesmo, legitimidade – esta não no sentido processual, mas no sentido de aceitação social – e contribuir para a efetividade do provimento jurisdicional, já prevê as condições de seriedade e idoneidade do portador em juízo dos interesses coletivos. A representatividade, em nosso ordenamento, tem avaliação objetiva e, no caso dos sindicatos, a representatividade é facilmente aferível e é significativa em razão da categoria representada. Todavia, a credibilidade conta com certo subjetivismo e depende de análise sobre a atuação histórica da instituição, além de ser construída mediante o incentivo à filiação da população à sociedade organizada. Algo que depende de aspectos culturais e sociais para seu fortalecimento e, portanto, mereceria análise no caso concreto, o que dificulta a assunção jurisprudencial nessa direção.

A aparente impossibilidade de reconhecimento pleno – ao menos, pela atual jurisprudência – da substituição processual às associações civis contribui para o desestímulo na promoção da tutela coletiva, pois, como sobredito, a atomização do resultado da ação coletiva nas fases de liquidação e de execução faz com que suas conquistas se percam no decorrer do tempo pelo desinteresse na busca individual pela satisfação do crédito reconhecido, principalmente se este for ínfimo, não justificando o ônus econômico de uma demanda individual. Além disso, não estender a qualidade de substituto processual ao legitimado na fase de satisfação do crédito poderia resultar em uma interpretação que limita as prerrogativas da tutela coletiva, tais como, isenção de custas e despesas processuais e dispensa de prévia autorização, exigindo daí uma gama de



recursos não disponíveis à boa parte das associações civis, inibindo, do mesmo modo, a promoção da efetividade direcionada aos lesados.

Ainda que se conceba que, ao menos em parte, o título judicial coletivo foi efetivo, mesmo que somente para os maiores valores a serem ressarcidos pelo agente do dano, o caso retratado anteriormente, a respeito do processo coletivo que tramita na 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo – a ação movida pelo Idec em face do Banco Nossa Caixa (hoje Banco do Brasil) –, denota a temida sensação de inefetividade do processo coletivo depois de uma inicial molecularização dos pleitos para um posterior retorno a sua atomização, fazendo do referido juízo um cartório quase particular para a administração dessa demanda. Inobstante a previsão do artigo 98, §2º, I combinado com o artigo 101, I, ambos do Código de Defesa do Consumidor permissiva da execução individual no domicílio do exequente, há grande direcionamento de execuções individuais para o juízo da condenação – por incompreensão não só das partes, mas também dos próprios órgãos jurisdicionados, que julgam o juízo da condenação o único competente para satisfação dos créditos individuais. Nesse momento, surge o outro problema, não relacionado mais somente às partes e à sua representatividade, mas à administração do Poder Judiciário, visto que esse direcionamento causa um desequilíbrio na distribuição dos processos entre os juízos, afetando a organização administrativa da Justiça.

#### **IV.2.2 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA**

Em relação à liquidação de sentença, a jurisprudência já se mostra além dos limites colocados pela doutrina.

Vale salientar que a doutrina não compartilha de uma única opinião, mas prevalece o entendimento acerca da impossibilidade de execução direta da sentença condenatória proferida em ação na defesa de interesses individuais homogêneos, dado que na individualização da demanda apura-se o quanto é devido e a quem é devido e isso é alegação e produção de fato novo, exigindo a liquidação por artigos.

Todavia, observando-se a homogeneidade dos direitos das vítimas do dano e sendo a causa de pedir próxima, o procedimento liquidatório exclusivamente manejado para a declaração do quanto devido e do credor torna-se obsoleto, merecendo a adoção, em busca da maior efetividade, de um movimento que indica o sincretismo entre os procedimentos processuais, simplificando as fases do processo e reduzindo a distância

entre elas, sem comprometer o direito de ampla defesa do devedor e do contraditório no processo.

É nesse passo que as Turmas de Direito Privado vêm se manifestando, não só no sentido de reconhecer a possibilidade de apresentação de meros cálculos na fase executiva, dispensando a específica declaração do procedimento liquidatório sobre o *quantum debeatur* e o *cui debeatur*. Contudo, esse entendimento está adstrito, ainda, às Turmas de Direito Privado. O entendimento sobre a viabilidade da execução coletiva sem um procedimento liquidatório que a preceda encontra coro em ministros de outras turmas, que acabam por ser votos vencidos nos julgados pesquisados. É mesmo nas Turmas de Direito Privado que desponta essa concepção.

O tema liquidação de sentença mostra-se como um dos temas mais evoluídos nos debates da Corte especial. As questões sob esse tema não se limitam à natureza e hipóteses de liquidação, mas avançam sobre a conversão de ações individuais em cumprimento de sentença, reformando entendimento consolidado anterior do Tribunal, bem como aprovam a utilização de meios executivos instituídos pelo juízo para dar efetividade aos pagamentos não requeridos inicialmente pela parte interessada, mas adequando-se à previsão do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim ocorreu com a plena renovação do posicionamento da Corte no que concerne à suspensão de ações individuais de ofício, sem qualquer requerimento da parte, afastando a autoridade do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo ao autor da demanda individual a preservação do direito de ajuizamento da respectiva demanda e não ao seu prosseguimento<sup>251</sup>, bem como no avanço de reconhecer, já em fase de liquidação de sentença, medida que difere do estipulado em sentença condenatória, mas que atinge um resultado prático equivalente.

Todavia, um importante passo atrás dá o último julgado objeto de análise, pois inibe o interesse individual na tutela coletiva ao não reconhecer na citação do devedor na ação civil pública a utilidade de lhe dar ciência da existência de uma dívida, ainda que não do seu *quantum*. Recuperando a dicção do artigo 219 do Código de Processo Civil, a

---

<sup>251</sup> Diferença esta nem imaginada no Conflito de Competência nº 47.731/DF, em que, na ementa do acórdão, ficou consignado que “Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.”

citação válida constitui em mora o devedor, pois tem o mesmo propósito da interpelação prevista no artigo 397, parágrafo único, do Código Civil<sup>252</sup>, aquela suprimindo esta, pois, do mesmo modo, leva ao conhecimento do devedor o manifesto propósito do credor de cobrar a dívida<sup>253</sup>. Se, por lei, entes públicos e privados se substituem no direito de ação do credor titular do direito, não é possível interpretar que o ato processual citação – que tem o condão de suprir a interpelação prevista no diploma civil – não possa produzir os mesmos efeitos que produziria em uma ação individual.

Vale reafirmar aqui que a decisão de ignorar a força da citação na ação civil pública de constituir o devedor em mora, transpondo-a para a fase de individualização do crédito ocorre em típica execução individual de sentença coletiva que reconheceu devidas as diferenças de planos econômicos a serem ressarcidas por instituições financeiras. O destaque é merecido, pois aproxima, no mérito, este julgamento de tantos outros identicamente limitadores apresentados neste trabalho, cabendo uma reflexão sobre os objetivos extraprocessuais a serem alcançados com a consolidação de tais decisões.

Este tema, portanto, é o mais hábil a demonstrar posicionamentos contrapostos na jurisprudência sobre a evolução da tutela coletiva que, por vezes, aparenta adotar um rumo simplificador de procedimentos a ser avaliado no caso concreto e, por outro lado, cria profundos limitadores à efetividade do título coletivo, inibindo e enfraquecendo a sua posição no ordenamento jurídico.

O destaque, na pesquisa realizada sobre as demandas coletivas do legitimado ação civil pública – e também corroborada com alguns dos julgados analisados –, demonstra que o fato de não se definir os critérios de atualização ainda na sentença, atribuindo-lhe maior liquidez, dá ensejo à consecutiva interposição de recursos e demais incidentes processuais que prolongam o debate na esfera executiva e postergam o ressarcimento dos titulares do direito. A adoção das execuções plúrimas também não está livre de incidentes que nem sempre dizem respeito a toda a coletividade representada – ou substituída –, mas apenas parcela desta e, no entanto, acabam por prejudicar a todos (a exemplo do falecimento de um dos titulares do direito), o que exige, tanto do legitimado que se propõe a administrar esse tipo de execução, como do próprio Poder Judiciário, e mesmo em conjunto, a capacidade de desenvolver métodos administrativos que não alcançam as disposições legais e que sejam suficientes para a redução da morosidade

---

<sup>252</sup> “Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.”

<sup>253</sup> Conforme Orlando Gomes, *in: Obrigações*, 12ª ed., pp. 169-170.

dessas execuções, aspecto este a pontuar negativamente a escala de efetividade da demanda.

#### **IV.2.3 COMPETÊNCIA DE FORO PARA A PROMOÇÃO DA EXECUÇÃO COLETIVA OU INDIVIDUAL**

O ponto central em ambas as oportunidades – demonstração dos resultados da pesquisa de ações coletivas e da pesquisa de julgados – foi a de contrapor a decisão proferida nas execuções promovidas pelo Idec em face do Banco do Brasil decorrente da ação coletiva ajuizada, a qual determinou a competência do foro de condenação para o trâmite destas, e as decisões que seguem caminhos opostos no Superior Tribunal de Justiça, mas, principalmente, a falta de conclusão que se tem sobre competência no processo coletivo, decorrente mesmo da insuficiência da lei hoje vigente.

A lei aplicável aos processos coletivos, seja por não contar com disposição precisa no texto original, seja por ser alvo de vetos descabidos, é rasa no que diz respeito à competência de foro, ensejando o surgimento de diversas interpretações, das mais restritivas às mais extensivas.

Como defendido, a redação vigente não define com precisão a execução coletiva. Se se considerar que há, sim, precisão na definição, sendo a execução coletiva sempre que movida por legitimado à ação coletiva, independente se em benefício das vítimas, munido das sentenças de liquidação, ou se para a quantificação dos danos globalmente causados após um ano sem habilitação suficiente a extensão do dano, a competência será a prevista no artigo 98, §2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o juízo da condenação.

Todavia, se prevalente esse entendimento, qual a utilidade de se permitir que a liquidação se desenvolva no foro do liquidante para, num segundo momento, a reunião das sentenças de liquidação, em uma execução coletiva, ter que ser realizada no juízo da condenação? Faltaria sentido e técnica ao sistema se assim se entendesse.

Para que isso não ocorra, portanto, há que se dar elasticidade aos conceitos apresentados na parte processual do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo-lhe adequado sentido: a liquidação, mediante interpretação sistemática, iniciada no foro do domicílio do liquidante dará sequência, individualmente, à execução, quando ambas as fases não puderem se aproximar, dando ensejo diretamente à execução – esta também no

domicílio do exequente. Não há razão para que a satisfação do crédito não seja a consequência do procedimento liquidatório, em respeito ao sincretismo processual reconhecido pela Lei nº 11.232/2005.

De outra monta, a execução promovida por legitimado em benefício das vítimas, ainda que plúrima, não precisará ser considerada coletiva, se ajuizada por entidade civil no papel de representante – ou substituta – de seus associados, na esteira do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, podendo ser equiparada à individual e, portanto, ajuizada com fundamento no artigo 98, §2º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Porém, assevere-se que este instrumento tem adequação limitada, não sendo útil a reunião de numerosos filiados quando a execução não puder ser apresentada mediante planilha com elaboração de meros cálculos.

#### **IV.2.4 EFICÁCIA DA SENTENÇA NO PROCESSO COLETIVO**

Este ponto é bastante sensível à efetividade da tutela coletiva, tendo em vista que a confusão de conceitos jurídicos contribui para o distanciamento de um dos principais objetivos da tutela coletiva: coerência das decisões judiciais e uniformização do posicionamento pretoriano.

As iniciativas legislativas limitadoras da eficácia do julgado contam com tamanha imprecisão técnica que são incapazes de encontrar defesa na doutrina e coró na jurisprudência. Esta conta com vozes dissonantes vigorosas, em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Esta afirmação é corroborada em diversas oportunidades de análise das ações coletivas avaliadas. Três das ações analisadas contam com a compreensão da eficácia do julgado em todo o território nacional, descabendo revisão para duas já transitadas em julgado<sup>254</sup>. Para as demais, a discussão não se aplica, pois ou se tratam de ações ordinárias, ou coletivas *stricto sensu*<sup>255</sup>. Isto demonstra que, nas instâncias locais, há razoável resistência à adoção do entendimento atualmente consolidado no Superior

---

<sup>254</sup> Ações do Idec contra o Banco Nossa Caixa, o Banco do Brasil e cuja temática é o transporte aéreo.

<sup>255</sup> Ações movidas em favor das vítimas da inocuidade do anticoncepcional Microvlar, ação movida contra a Avimed, Itálica e Ana Costa e ação movida em face de operadoras de banda larga. As duas últimas levaram em consideração o ajuizamento em benefício de todos os indivíduos que mantivessem contratação com a Avimed (ainda que o resultado regulatório tenha avançado para todos os consumidores) e a prévia existência de relação jurídica base no caso da banda larga para a formulação de parte dos pedidos, ainda que nesta última tenha havido a elaboração para a proteção de direitos difusos também, não restringidos por limitação territorial no caso concreto.

Tribunal de Justiça, qual seja, de que o título de ação coletiva faz coisa julgada nos limites do órgão prolator.

Porém, como também apresentado, o posicionamento adotado no âmbito da instância especial fonte da pesquisa sofre resistência dentro da sua própria composição, o que permite que o tema retorne a debate de forma saudável, merecendo a atenção e a manifestação de todos os legitimados na Corte Especial do Tribunal.

#### **IV.2.5 TUTELA ESPECÍFICA: INSTRUMENTO POUCO EXPLORADO EM PROL DA EFETIVIDADE DA SENTENÇA?**

Em resposta ao título deste tópico, de certa forma, sim. Considerando que o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor consta da lei desde a sua promulgação, a utilização desse instrumento foi, de fato, tímida.

Entende-se que isso se deve muito em função da evolução da tutela do consumidor, independentemente se individual ou coletiva, judicial ou extrajudicial. Isto porque, nos primórdios da utilização da disciplina processual prevista no Código de Defesa do Consumidor, houve um enfoque muito grande na ótica do ressarcimento. Esse enfoque evidencia a íntima ligação que existe entre o direito do consumidor e os rumos da economia de um país<sup>256</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor surge em um momento de forte instabilidade econômica, monetária e cambial, causadora de grandes inseguranças jurídicas, que foram refletidas em ações embasadas no referido diploma visando ao ressarcimento pecuniário dos prejuízos sofridos e decorrentes de medidas estatais. Em meados da década de 1990, o país passou por profundas reformas econômicas, que atribuíram uma nova configuração ao mercado, transpondo o problema antes individual para uma escala coletiva, em que há visível redução da relevância do prejuízo individualmente considerado para analisá-lo sob a ótica da coletividade, dificultando a quantificação individual do dano, mas percebendo que a conduta lesiva traz impactos profundos aos princípios do equilíbrio e da harmonização dos interesses envolvidos nas relações de consumo e que precisam ser corrigidos.

Diante dessa realidade, a tutela ressarcitória não é suficiente nem adequada e, portanto, inefetiva. Neste ponto, surge a relevância do papel do legitimado: antes mesmo

---

<sup>256</sup> A esse respeito, retomar capítulos II e III.

do Poder Judiciário – que tem, neste momento, a seu favor o óbice do princípio da inércia do juiz – cabe ao autor da ação coletiva a elaboração de pedido com base em medidas de tutela específica ou que permitam o alcance do resultado prático equivalente. Não se nega, com isso, a clara ampliação dos poderes do juiz para prestar a adequada tutela jurisdicional. Apenas que cumpre, num primeiro momento, ao legitimado desvincular-se de pedidos meramente ressarcitórios e explorar adequadamente as oportunidades que a disciplina processual atribuída aos processos coletivos, de modo varguardista, contém. E essa iniciativa demorou para ser adotada, mas atualmente é o grande objetivo das ações coletivas ajuizadas.

A necessidade de iniciativa e estratégia do legitimado não ofusca o poder-dever atribuído ao juiz da demanda pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Surge, com o dispositivo, verdadeira ordem do legislador ao juiz de buscar a não simples recuperação do bem lesado, mas, sim, a sua plena reconstituição na medida do possível. A melhor compreensão do dispositivo indica que, aberta a possibilidade de dar cumprimento a uma obrigação de fazer ou não fazer mediante pedido elaborado pelo legitimado, dispõe o juiz de um rol exemplificativo de medidas que lhe permitem retornar a quem de direito o bem jurídico lesado na máxima extensão possível da lesão. Para tanto, tem à sua disposição meios coercitivos a serem impostos ao devedor, sem prejuízo do pleno ressarcimento. Ainda que não possa ressarcir especificamente o bem lesado, deverá valer-se de meios subrogatórios que permitam que o resultado prático da demanda seja alcançado o mais proximamente possível do pedido específico. A conversão em perdas e danos é a última via.

A previsão legal dá ao juiz uma capacidade administrativa do processo muito superior àquela conferida por ações que visam, simplesmente, o ressarcimento pecuniário do dano. O dispositivo significa a mitigação de vários princípios processuais, dentre eles, o princípio da inércia do juiz e o da congruência entre o pedido e a sentença<sup>257</sup>, o que exige do juiz o seu uso com responsabilidade e com a atualidade, sendo indispensável a constante reciclagem do profissional – e, neste caso, incluso o advogado do legitimado também – para saber dosar as soluções legislativas que tem à sua disposição.

Na pesquisa das ações coletivas, resta evidente que a técnica prevista no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor foi objeto de exercício tanto da parte legitimada à defesa coletiva de interesses individuais homogêneos como dos juízes do

---

<sup>257</sup> Cf. Kazuo Watanabe, *in: Código Brasileiro....*, Vol. II, 10ª ed., p. 116.

processo e percebe-se que, infelizmente, as prerrogativas decorrentes do dispositivo legal não são objeto das decisões judiciais de todos os magistrados que tiveram acesso aos processos. Enquanto parcela dos juízes já incorporam a compreensão de ampliação dos seus poderes mediante a utilização de medidas sub-rogatórias, outros, todavia, ainda mostram receio e timidez no seu uso, postergando a efetividade da tutela coletiva. Assim ocorreu no caso retratado do transporte aéreo, em que o juízo monocrático inibiu-se em determinar providências imediatas a garantir a assistência informativa e material aos passageiros que sofriam com atrasos e cancelamentos de voo. Ao determinar medida até diferente da solicitada – adentrando à competência regulatória do Estado – deixou de focar na sua principal atividade como órgão jurisdicional, de alcançar a tutela específica requerida ou seu resultado jurídico-prático equivalente. Apenas em grau de recurso, a medida foi satisfeita, o que acarretou 10 meses de espera para dar início à efetividade almejada pelo ajuizamento da ação.

Portanto, sim, a previsão legal ainda depende de acurada atenção tanto dos legitimados como do Poder Judiciário para se tornar o meio mais utilizado na recomposição dos direitos individuais homogêneos, exigindo tanto do juiz como também do patrono do legitimado profundo conhecimento das soluções previstas em lei, a adequada interpretação dessas soluções às previsões constitucionais<sup>258</sup> e a sensibilidade e observação da realidade trazida no caso concreto de modo que permita às medidas sub-rogatórias a efetividade que a previsão legal lhes atribui.

#### **IV.2.6 A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

O último ponto ressalta o retrocesso da tutela coletiva na compreensão interpretativa do Poder Judiciário.

Não seria exagero afirmar que a tutela coletiva não conta no Poder Judiciário, mas em especial nas instâncias especiais, com uma linha evolutiva clara e bem traçada. As limitações intentadas contra as ações coletivas não têm o objetivo de

---

<sup>258</sup> É interessante destacar o alerta que o professor Kazuo Watanabe faz à utilização das medidas coercitivas. Não incomum é a sua limitação à imposição de multa diária que, por vezes, com o passar do tempo mostra-se, se não inefetiva, de difícil execução, em muitas ocasiões, em razão do montante atingido. Pouco explorado é o enquadramento da inércia do devedor em crime de desobediência à ordem judicial, ensejador, inclusive de recolhimento à prisão deste, sem qualquer inobservância ao preceito constitucional de vedação de prisão civil por dívida, pois não se trata disso, mas de prisão por ato de desprezo à dignidade da justiça ou pela prática de atos que embarcem o regular exercício da jurisdição (*in: Código Brasileiro....*, 10ª ed. p. 119).



estabelecer um norte para a utilização da defesa coletiva de direitos. Apenas denotam o atraso que, de tempos em tempos, opta o Tribunal Superior em ofertar ao avanço do uso da tutela coletiva.

Tais decisões, tomadas curiosamente em processos de lide específica<sup>259</sup>, apenas contribuem para o retrocesso da tutela coletiva, para o seu demérito como instrumento hábil a permitir o acesso racional à justiça, preterindo a via coletiva à proliferação de demandas individuais que sobrecarregam o sistema judiciário, mas constituem a única forma de ver atendido o direito do cidadão à ampla e irrestrita indenização do dano sofrido.

Os posicionamentos possíveis à compreensão da extensão da limitação imposta pelo Poder Judiciário no caso da redução do prazo – prescricional ou decadencial – para ajuizamento da ação civil pública já foram expostos em itens anteriores, cabendo aqui ressaltar que esse tema não pôde, ainda, ser objeto de avaliação e definição de estratégia do legitimado, apenas restando-lhe observar o enfraquecimento da tutela coletiva – visto que todas as tentativas para reversão do entendimento, até agora, restaram infrutíferas – exigindo mais a adaptação do legitimado à realidade imposta pelo Poder Judiciário, de modo a que os efeitos dessa interpretação sejam minimizados na prática.

Sufrerá, no entanto, o trabalho já desenvolvido por inúmeros entes legitimados – dentre eles, a própria entidade fonte da pesquisa, a Defensoria Pública e o Ministério Público – que, seguros do uso do instrumento ação coletiva para a defesa racional de parcela significativa da população brasileira, foram negativamente surpreendidos com a limitação imposta pelo Superior Tribunal de Justiça que, em um só ato, extinguiu número próximo a mil ações civis públicas que versavam sobre o ressarcimento das diferenças oriundas de planos econômicos<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> As decisões, como relatado em itens anteriores, ocorrem sempre em processos cujo objeto litigioso é o ressarcimento das diferenças devidas por instituições financeiras em razão do advento dos planos econômicos. Nota-se claramente que, havendo mudança do objeto litigioso, a tendência é que a decisão tenha contornos mais amplos em defesa da tutela coletiva, como é o caso já retratado da não adoção do prazo – prescricional ou decadencial – de 5 anos às ações coletivas que versem sobre descumprimento do contrato de assistência privada à saúde (planos de saúde), as quais tiveram reconhecida o prazo de 10 anos para o seu ajuizamento.

<sup>260</sup> Nesse sentido, ver reportagem disponível em <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/08/stj-deve-julgar-aco-es-contra-planos-economicos-nesta-quarta-feira.html>. Consulta em 17/03/2013.

## V. CONCLUSÃO

A efetividade das ações coletivas em defesa do consumidor é objeto de análise do presente trabalho: a defesa dos direitos individuais homogêneos, para se fazer efetiva, depende do interesse individual de demandar em juízo para a satisfação do crédito e isso é um problema de acesso à justiça.

Questiona-se como é possível garantir o acesso à justiça sem que isso signifique uma multiplicação de demandas no Poder Judiciário. Afinal, a tutela coletiva como disposta em lei atualmente não evita a proliferação de demandas individuais.

A falta de efetividade da tutela coletiva não é um problema exclusivo da realidade brasileira. Como apresentado, nações inspiradoras da legislação nacional, como são os Estados Unidos da América, sofrem há muito com a falta de efetividade de suas ações coletivas, ainda que tenham regras explícitas sobre a continuidade da demanda sob a forma coletiva desde que haja condições para tanto. É interessante notar, pelos *cases* apresentados, o claro interesse da sociedade em dar acesso à justiça de modo racional, no intuito de dar solução efetiva à medida judicial pela certificação de uma ação coletiva. No entanto, as situações nos casos concretos não são de tão explícita reunião, mas desponta um entendimento – ainda não uníssono – sobre a mitigação dos critérios em benefício de uma solução global. Além disso, uma problemática em comum aflige os dois sistemas: a capacidade, seja das partes, seja do juízo, de fazer conhecida pelas vítimas potenciais o resultado da ação coletiva.

Ao contrário da realidade norte-americana, a lei brasileira não poderá pressupor tamanha eficácia na comunicação decorrente da simples publicação do edital previsto no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor. Esta ineficácia da comunicação exige do legitimado uma capacidade de alcance de uma coletividade da qual não se tem notícia desde a vigência do microssistema processual da tutela coletiva.

Ainda que se atente à necessidade de melhor comunicação dos resultados alcançados, contudo, parte do sentido da tutela coletiva se perde se ela não puder continuar sendo coletiva mesmo na execução: a execução coletiva deve ser vista como uma técnica processual prioritária às demais hipóteses de satisfação do direito reconhecido em ação coletiva, o que não ocorre atualmente na legislação<sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Apesar das pretensões existentes no Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Se é prioritária a execução coletiva, é possível que todo direito seja assim pleiteado?

Nem todo pleito coletivo se mostra útil para a garantia de interesses individuais homogêneos: ao contrário da origem comum (ligada à ocorrência do fato provocador do dano), a homogeneidade identifica-se nas consequências da situação de fato (diagnóstico da extensão dos danos), e ambos os requisitos são essenciais para avaliar o possível sucesso da demanda. Requisitos não expressos na lei, mas inspirados em legislação estrangeira devem, também, ser ponderados para a avaliação da propositura de uma demanda coletiva. Assim o são a predominância das questões de fato e de direito comuns a toda a coletividade em detrimento de questões individuais e a superioridade da tutela coletiva em detrimento da individual como técnica de se atingir um resultado útil e efetivo no processo.

Por isso, depende-se muito mais do conhecimento técnico dos operadores do direito a eficiência dos atos processuais na direção da plena efetividade do processo coletivo. O exercício das medidas previstas em lei exige do legitimado uma reflexão e uma perspicácia na avaliação da utilidade da tutela coletiva, bem como a sabedoria de dispensá-la diante da sua inadequação para a tutela do bem jurídico violado.

Do mesmo modo, dadas as medidas que exaltam a discricionariedade do juiz, exige deste um agir com técnica e clareza no sopesamento dos interesses envolvidos, a fim de se valer de medidas que revertam na solução específica da controvérsia.

## **V.1 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO DESENVOLVIMENTO DA TUTELA EXECUTIVA**

É evidente que, ao se instituir legalmente entes legitimados a representar a sociedade, quer-se dar vazão ao direito fundamental de acesso à justiça de modo planejado e eficiente, competindo ao Poder Judiciário tratar das causas concretas mediante a aplicação da lei, tendo como norte o objetivo de prover o mais amplo acesso à justiça com o menor número de recursos.

Esse raciocínio é essencialmente político, mas nem por isso foge à competência do Poder Judiciário e define exatamente o conteúdo das políticas judiciárias, que, por vezes, o Poder competente tem se eximido de realizar.

Entenda-se por política judiciária a função exclusiva atribuída ao Poder Judiciário de, almejando a efetividade de determinadas disposições processuais, desenvolver iniciativas e medidas que organizem as diversas instâncias de julgamento, atribuindo ao trabalho dos órgãos jurisdicionais dinamismo suficiente para pacificar conflitos que guardam suas peculiaridades. O exercício dessa política não pode estar dissociado de um olhar político sobre o movimento da sociedade em busca do Poder Judiciário: exige uma análise, inclusive meritória, dos temas que alcançam o Poder Judiciário em maior número e, por se repetirem, demandam uma solução diferenciada, centralizada e coletiva, que, para ser legítima, necessita, além de ser capaz de pacificar conflitos, garantir uma participação qualificada. A política judiciária está diretamente ligada ao exercício do direito fundamental mínimo de acesso à justiça, que não se garante pelo simples fato de serem instituídos juízos com baixo custo, por exemplo, mas exigem uma percepção das questões sociais e econômicas que levam à proliferação de demandas judiciais de um mesmo assunto e uma consequente avaliação de quais mecanismos judiciais serão utilizados e ponderados para solver as questões de modo a não gerar mais conflitos ou mesmo descrédito ao próprio Poder Judiciário.

No item III.3, expôs-se dois casos concretos que visavam à certificação para a celebração de acordos entre membros de classes nas *class actions*. Observa-se que a lei norte-americana apresenta três requisitos para a aprovação de um acordo – justiça ou equidade (para a tradução de *fairness*), razoabilidade (*reasonableness*) e adequação (*adequacy*). Os *settlements* não estão livres do controle judicial, valendo a experiência para se avaliar onde termina a liberdade negocial e começa a intervenção (ou controle) judicial, assim como o cabimento desses critérios à realidade brasileira.

Nesse sentido, observa-se um movimento na Justiça brasileira no sentido de estender a pacificação social para além das fronteiras judiciais, explorando meios alternativos de controvérsia, integrando isto também o conceito de política judiciária. Um primeiro passo é a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, com disposições relativas à sua implementação nas diversas instâncias judiciais. As disposições da referida Resolução são genéricas e não esmiúçam questões atinentes aos processos coletivos. Seriam esses meios alternativos de solução de controvérsias aplicáveis à realidade do processo coletivo? Como ficaria a execução coletiva neste caso, em que a adjudicação

tutelada pelo Estado pode não ser o objeto a ser satisfeito em uma execução? O que é permitido dispor sobre interesses alheios?

Outra questão que se coloca é se as políticas judiciárias têm reflexos apenas em processos e procedimentos ou se são responsáveis por encerrar discussões sobre direitos materiais que afetam toda a coletividade. E se são, cumpre aqui ao Poder Judiciário, dados os reflexos sociais e políticos que tais decisões alcançam, valer-se das premissas políticas, principalmente relacionadas à participação social e à concreta representatividade das partes coletivas envolvidas nas questões, preocupando-se exatamente com a legitimidade do processo e a garantia de mecanismos eficazes a proporcionar o mínimo equilíbrio na defesa dos interesses?

Entende-se que sim, o Poder Judiciário deve ponderar os reflexos políticos e sociais que alcançam a defesa coletiva de direitos e o provimento jurisdicional que se lança mão, principalmente em questões atinentes à regulação, do que se decorre a eficiência da tutela mandamental. Neste ponto, entende-se que a participação do Estado definindo padrões mínimos para a evolução e desenvolvimento das relações de consumo, em consideração à proteção do consumidor, é essencial para o equilíbrio destas relações<sup>262</sup>.

Assim como se entende que a omissão nessa função permite que em outro foro seja debatida a medida para que haja cumprimento do dever estatal de regulação. Importante é garantir a participação social, por meio da realização de audiências públicas, contribuições de terceiros estranhos ao processo, mas com conhecimento especializado, a fim de garantir a legitimidade necessária a esse processo.

Desse modo, a ideia de pesos e contrapesos entre as expressões do poder estatal estaria mantida e preservada a possibilidade de se buscar todos os meios disponíveis para a solução de um conflito.

---

<sup>262</sup> Carlos Alberto de Salles (in: O Direito do Consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, jan-mar/1996, pp. 89-90) esclarece que a noção de mercado em nenhum momento é oposta à noção de Estado. O mercado se desenvolve em um espaço delimitado pela legalidade estatal, que estabelece condicionamentos básicos de sua atividade e os elementos que servem de base para seu funcionamento. O ideal do mercado, assim sendo, não é a ausência do Estado no domínio econômico e social. A disciplina das relações de consumo, ainda que seja intervenção estatal no âmbito da economia, não limita a estrutura concorrencial do mercado. Ao contrário, proporciona o reequilíbrio das relações contratuais, revitalizando o instituto fundamental das transações de mercado, a saber, o contrato. A intervenção ainda proporciona o acirramento da atividade concorrencial, vez que permite a formação da demanda de maneira mais qualitativa, aprofundando a dinâmica da concorrência e garantindo uma maior seletividade no mercado.

## **V.2 INTERPRETAÇÃO DAS PREVISÕES LEGAIS PELO PODER JUDICIÁRIO: EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?**

O Superior Tribunal de Justiça não é uníssono em conter uma posição plenamente favorável ao desenvolvimento pleno da tutela coletiva. Entende-se que as limitações ao seu desenvolvimento extrapolam razões de ordem jurídica e alcançam motivos políticos, não necessariamente relacionados à política judiciária.

Ao longo dos últimos dez anos, resplandece melhor compreensão dos objetivos da tutela coletiva como forma não só de acesso à justiça – o que se evidencia na consideração de sindicatos como substitutos processuais, entendimento limitado a essa espécie de associação, em detrimento das demais associações civis, mas, ainda que não uniformemente, encampado por alguns juízos, como ocorre na 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, a despeito das condições impostas para o seu exercício – mas também de tutela adequada à efetiva e tempestiva prestação jurisdicional. Essa afirmação pode ser constatada na compreensão de que as técnicas exemplificativas previstas no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor merecem ter aplicação concreta e sopesada às necessidades de efetividade; de que a tutela coletiva prevalece sobre a individual, sem que isso comprometa o direito de ação do indivíduo, garantido somente até o ajuizamento da ação, supondo que o processamento da ação é questão de política judiciária e, portanto, merece intervenção mais incisiva do juiz, sem comprometimento do direito à prestação jurisdicional, a qual permanece sendo efetivada; de que compete ao foro de domicílio do autor o processamento da execução tirada de sentença coletiva versando sobre a tutela de direitos individuais homogêneos, facilitando, quando não viável a tutela coletiva, a defesa individual do titular do direito.

Por outro lado, a incompreensão sobre a eficácia da sentença em toda a territorialidade nacional, a limitação ao exercício do direito de ação pelo legitimado à ação coletiva tanto na propositura da demanda, reduzindo o prazo para o seu ajuizamento e descolando-o do direito material; refletindo a medida uma vez adotada à fase executiva; e, por fim, restringindo a oportunidade e o desenvolvimento da execução coletiva de direitos individuais homogêneos como se individual fosse, não lhe atribuindo as mesmas prerrogativas de foro destas denotam razões que ultrapassam fundamentação jurídica e são decisões que não se coadunam com os objetivos da política judiciária, tendo um pesado cunho econômico carreado por elas.

Efetivamente, a participação do Poder Judiciário na evolução da tutela coletiva mostra-se como um pêndulo, ora indo a favor da tutela coletiva, ora restringindo a sua aplicação com fundamento em motivações que fogem à esfera jurídica.

Essa falta de compreensão prejudica a efetividade dos direitos e traz uma diferenciação injustificada e maléfica entre a ação individual e a ação coletiva. Em especial, as recentes decisões – que determinaram um prazo para ajuizamento da ação coletiva em relação à ação individual, bem como aquelas que criam uma execução individual de sentença coletiva incapaz de usufruir de todos os benefícios perseguidos e conquistados por aquela, como é o caso da contagem de juros moratórios – tendem a dar preferência à tutela individualizada em detrimento da tutela coletiva, um contrassenso à evolução da sociedade civil.

As dificuldades que se apresentam no trâmite das execuções coletivas dizem respeito aos princípios do direito processual coletivo<sup>263</sup>, ou seja, a base de toda a estrutura para o aproveitamento dos resultados da tutela coletiva. Os posicionamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça inibem as iniciativas dos legitimados na fase executiva e provocam uma tentativa de “fuga” da apreciação da matéria por essa instância. Não à toa que outros provimentos jurisdicionais de natureza mandamental são explorados. Não pelo simples motivo técnico de tentativa de melhor solução atribuir a uma demanda, mas para que esta solução também não atinja instâncias que podem deteriorar o até então conquistado.

Nesse sentido, até mesmo tentativas de acordo têm sido trabalhadas – com pouco sucesso, ao menos, na experiência do legitimado – para, também visando principalmente à melhor composição do conflito, permitir que se chegue a um consenso, mantendo distância das instâncias especiais. Todavia, a outra dificuldade está, em nosso sistema, entender como garantir que a escolha individual seja preservada e quais são os direitos de que o legitimado poderia dispor<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Nesse sentido, ver Ada Pellegrini Grinover, *in: Código Brasileiro....*, Vol. II, 10ª ed., pp. 26-30.

<sup>264</sup> No caso do legitimado Ministério Público, há quem entenda que a disposição de direitos difusos e coletivos só seja possível quanto ao modo, tempo, lugar e condições de cumprimento das obrigações, sendo que a satisfação da obrigação deve ser integral (nesse sentido, Fernando Grella Vieira. A transação na esfera da tutela de interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, nº 55 (161), jan/fev-1993). No caso de direitos individuais homogêneos, um modo para tentar o aceite de todos os envolvidos seria algo como a *notice* norte-americana, mas nem esse procedimento conta com grande efetividade, como já discutido.

### V.3 VINCULAÇÃO DA VIABILIDADE DA EXECUÇÃO COLETIVA AO PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO

Como já discorrido anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio dispõe expressamente, na definição de direitos individuais homogêneos, a necessidade de decorrerem de uma origem comum, nada tratando a respeito da presença homogeneidade propriamente dita, se não pela própria denominação e pela doutrina.

Como restou demonstrado na análise empírica do trabalho, as peculiaridades do caso concreto podem inviabilizar por completo a concretização da execução coletiva. As peculiaridades do caso concreto afastam a prevalência das questões de fato ou de direito comuns sobre as individuais, dificultando sobremaneira a efetividade da execução coletiva.

Ainda que guarde semelhança com o requisito indispensável da *class action for damages*, o que não é expresso no nosso ordenamento, de fato, é inquestionável que, mesmo que não resulte expresso na legislação, a tendência é que a concepção da prevalência das questões comuns, ou ao menos os fundamentos dessa concepção sejam adotados na prática processual.

Porém, o raciocínio não tem condições de se repetir no ordenamento nacional na mesma proporção que ocorre no direito norte-americano, tendo em vista que um mecanismo de grande valia lá existe e é adotado pelos juízes para a quantificação dos danos causados e a reversão, ainda que não para fins ressarcitórios, para fins conexos com o interesse da coletividade.

Há que se ter em mente que a dificuldade brasileira antecede à baixa implementação da *fluid recovery* brasileira, mas diz respeito à finalidade, quando não mediante tutela específica, ressarcitória que a execução coletiva deve ter, com o claro objetivo de alcançar o maior número de lesados mediante um único procedimento judicial a ser decorrente do cumprimento de sentença a ser conduzido pelo próprio legitimado.

Defende-se que esse alcance só será possível se houver a presença de um requisito combinado com a origem comum e a homogeneidade: a prioridade da execução coletiva, seja na tentativa de provimentos jurisdicionais mandamentais, seja na tutela ressarcitória, pelo incentivo específico à promoção de execuções em benefício das vítimas pelos legitimados.



Isto porque a origem comum pressupõe a existência de uma situação fática ocorrida de modo a projetar danos em uma coletividade, enquanto que a homogeneidade é pertinente aos danos, ou seja, aos fatos e direitos que resultaram da primeira situação fática. A ponderação sobre essas questões de fato e de direito – como apresentado na pesquisa relativa à atuação da entidade civil em contraposição à da Procuradoria do Estado no caso dos medicamentos, e nos exemplos trazidos do direito comparado – é capaz, inclusive, de inibir o processamento da ação sob a forma coletiva, dada a imensa dificuldade na execução coletiva de determinados direitos individuais homogêneos, em razão da pesada carga cognitiva relegada à liquidação. A necessidade de liquidação desagrega a demanda coletiva e, portanto, merece ser evitada. Entendimentos doutrinários que reconheçam a atuação prioritária da execução coletiva – legitimação para agir do legitimado na fase executiva, dispensa eventual de liquidação, por exemplo – devem prevalecer no entendimento pretoriano.

O sucesso, no que concerne à efetividade do processo, no sistema processual brasileiro, mais do que ligado ao preenchimento de pré-requisitos, está intrinsecamente ligado à técnica processual desenvolvida para a tutela do bem jurídico violado. Há a necessidade de se explorar medidas sub-rogatórias de modo a permitir mais flexibilidade à demanda coletiva e maior participação das partes e do juiz na condução do processo, enquanto não há reforma legislativa.

O uso de tais medidas, inclusive, tem o mérito de priorizar instâncias locais na solução da demanda coletiva, mais compreensivas à relevância dessa medida, dado, principalmente, o receio a respeito do rumo da tutela coletiva nas instâncias especiais.

## VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregorio Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 3ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3ª ed. rev. atu e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A ‘citizen action’ norte-americana e a tutela ambiental. *Revista de Processo* nº 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 8, out.-dez./1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atu.. São Paulo: Malheiros, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 134-144, 13/1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil – Comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian, *Access to Justice*, vol.I, Book I, Milano: Giuffrè, 1978.

CALABRESI, Guido. BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. W.W. Norton & Company, 1978.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor – Importante capítulo de direito econômico. *Revista de Direito Público*, 80/185-196. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1986.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1973.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª edição rev. e atu.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- \_\_\_\_\_. As três figuras da liquidação da sentença. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 85-112.
- \_\_\_\_\_. *Execução Civil*. 4ª ed., rev. atu. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed., v.1. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ENGELMANN, Fabiano. *Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas*. Lua Nova, São Paulo, n. 69, 2006.
- FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*. 2ª ed.. São Paulo: GVLaw, 2010.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*. Vol. 9:1, 1974.
- \_\_\_\_\_. Introduction: compare to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*. n. 66 (1989) issue 3. p. xi-xiv.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, vol. 361.

\_\_\_\_\_ *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10ª ed., rev. atu. e ref.. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. O tratamento de processos repetitivos. in: *Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law – uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty depends on Taxes*. New York: Norton, 2000, pp. 35-83.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Los abogados populares: em busca de una identidad. *El Otro Derecho*. N. 26-27. ILSA, Bogotá: 2002.

\_\_\_\_\_. O Alternativo regado a Vinho e Cachaça. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org). *Lições de Direito Alternativo*. n.2. São Paulo: Acadêmica, 1992, pp.95-114.

L'HEUREUX, Nicole. Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 5, jan-mar./1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. 7ª edizione. Giuffrè Editore, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ações coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução. *Revista de Processo*, nº 132. São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual do Processo Coletivo*, 2ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, 2ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 17, São Paulo: RT jan-mar/1996.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo e Direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultura e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*, 10ª ed. rev. e atu.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Ação civil pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir*. 7ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas*, 2ª ed. rev., atu. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAK, Vanessa. The Myth of the ‘Empowered Consumer’: Lessons from Financial Literacy Studies. *Journal of European Consumer and Market Law*, vol.1 n.4, 2012.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. *Complex Litigation Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*. Fifth Edition. West, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, abr/jun-2004, p. 71-116.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 25ª ed. rev., ampl. e atu., São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 159-180.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILARE, Édís (coord.). *Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. (coord). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. *Do Espírito das Leis*. Volumes I e II. Trad.: Gabriela de Andrade Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e Técnica Processual. *Temas de Direito Processual, VI série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 23ª ed. rev. e atu.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MULLENIX, Linda; REDISH, Martin; VAIRO, Georgene. *Understanding Federal Courts and Jurisdiction*. Matthew Bender & Co. Inc., 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo. *Revista de Direito Privado* nº 5. São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_ e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. As ações coletivas no direito brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 11. São Paulo, 2004.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102, pp. 327-356, 2007.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista Estudos Avançados* nº 51. São Paulo, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. Execução Específica e Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (coord). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. O Direito do Consumidor e suas Influências sobre os Mecanismos de Regulação do Mercado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, jan.-mar./1996, p. 85-96.

\_\_\_\_\_. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Disponível em [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_hu\\_manos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_hu_manos_RCCS48.PDF). Acesso em 14.12.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, V. 61, jan.-mar./2007, p. 90-125.

SERAU Jr., Marco Aurélio e REIS, Silas Mendes dos. *Recursos Repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: Fernando Facury Scaff. (Org.) *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Interesse Público*. Porto Alegre, v. 32, 2005.

\_\_\_\_\_. ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). *A eficácia dos Direitos Sociais*. São Paulo: Quartier LAtin, 2009.

\_\_\_\_\_. Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível. In: Paulo Sergio Weyl A. Costa. (Org.). *Direitos Humanos em Concreto*. Curitiba: Juruá, 2008, v. 1, p. 89-116.

SCHELLING, Thomas. *The strategy of conflict*. Harvard Press, 1980.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 5ª ed..São Paulo: Atlas, 2005.

VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença Civil Individual e Coletiva*, 4ª ed. rev., atu. e ampl. da obra *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



WATANABE, Kazuo. A tutela dos interesses difusos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela dos Interesses Difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

\_\_\_\_\_. *Cognição no Processo Civil*, 4ª ed. rev. e atu.. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZANETI JR., Hermes, A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol.8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Processo Coletivo: Tutela de direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 3ª ed. rev., atu. e ampl.. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2008.

\_\_\_\_\_. *Título Executivo e Liquidação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.