PAULO BRAGA NEDER

A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos.

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Doutora Susana Henriques da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

PAULO BRAGA NEDER

A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação da Prof.^a Dra. Susana Henriques da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

_____ Neder, Paulo Braga.

Execução residual na tutela de interesses individuais
homogêneos / Paulo Braga Neder. – 2014.

139 fls.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da
USP, São Paulo, 2014

Orientação: Professora Doutora Susana Henriques da Costa.

1.Processo Coletivo. 2.Interesses individuais homogêneos. 3.
Execução residual do art. 100 do CDC (*Fluid Recovery*).

Agradecimentos:

Este trabalho somente foi possível graças ao carinho e ajuda de pessoas das pessoas próximas: pais, irmão, família, amigos, orientadora (também amiga). Obrigado a todos por existirem.

RESUMO:

Autor: Paulo Braga Neder. A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos. 139 folhas. Grau Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. O presente trabalho tem como objetivo o estudo da execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos e as questões procedimentais que envolvem o instituto no direito processual brasileiro. Foram abordados aspectos relativos aos fundamentos do instituto no direito brasileiro, os requisitos para sua aplicação e o procedimento para a restituição da indenização devida aos indivíduos nos casos em que esta se faz necessária.

Palavras-chave: Processo Coletivo. Interesses individuais homogêneos. Execução residual do art. 100 do CDC (*Fluid Recovery*).

ABSTRACT:

Author: Paulo Braga Neder. The Brazilian Fluid Recovery in the protection of homogeneous individual interests. 139 pages. 2014. Degree: Master. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014. This paper aims to study the fluid recovery in the protection of homogeneous individual interests in Brazilian Law and the procedural issues surrounding the institute. The paper approached aspects related to the fundamentals of the institute in Brazilian law, the requirements for their application and the procedure for due compensation for individuals in cases where this is necessary.

Keywords: Class Actions. Homogenous individual interests. Fluid Recovery.

SUMÁRIO.

RELEVÂNCIA DO TEMA, JUSTIFICATIVA E ESTRUTURA DO TRABALHO.....	9

INTRODUÇÃO: O PROCESSO SOB A PERSPECTIVA INSTRUMENTAL E A TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS.....	13

CAPÍTULO 1 – O PROCESSO COLETIVO E A TUTELA INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	18

1.1) A tutela dos interesses metaindividuais no direito brasileiro e a legitimação para sua proteção em Juízo.....	18
1.2) A tutela de interesses metaindividuais na Lei de Ação Popular e na Lei de Ação Civil Pública antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. A execução da sentença impositiva de obrigação de pagar nestes casos.....	21
1.3) Classificação introduzida pelo CDC (i): interesses difusos e interesses coletivos em sentido estrito.....	24
1.4) Os interesses difusos e coletivos em sentido estrito como interesses da sociedade. Coexistência destes com os direitos individuais subjetivos.....	27
1.5) Classificação introduzida pelo CDC: (ii) interesses individuais homogêneos.....	28
1.6) A relevância social da tutela jurisdicional coletiva dos interesses individuais homogêneos no contexto da sociedade massificada e na sociedade atual.....	33
1.7) Os benefícios à coletividade decorrentes da satisfação dos direitos individuais violados.....	35
1.8) Interesses individuais homogêneos de pouca repercussão econômica e as situações de inviabilidade de identificação dos titulares do direito individual.....	38

CAPÍTULO 2 – CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO COLETIVO PARA TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:.....	42

2. 1) A sentença e execução no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos.....	42
2.2) Possibilidade de tutela dos interesses individuais homogêneos mediante imposição de obrigação de fazer.....	44
2.3) Procedimento de liquidação e execução individual da sentença no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos e a legitimidade para sua promoção.....	50

CAPÍTULO 3 – A EXECUÇÃO RESIDUAL DISCIPLINADA PELO ART. 100 DO CDC.....	53

3.1) A implementação da decisão condenatória que reconhece violação a direitos individuais homogêneos.....	53

3.2) A utilização da quantia residual no sistema norte-americano através da <i>cy-près doctrine</i>	55
3.3) A <i>cy-près doctrine</i> e as obrigações de fazer para tutela dos interesses individuais homogêneos do modelo processual brasileiro.....	59
3.4) O art. 100 do CDC. A natureza da legitimação dos Entes elencados no art. 82 do CDC na promoção da execução residual (art. 100 do CDC).....	62
3.5) A execução residual e a indagação acerca de seus fundamentos.....	64
3.6) A natureza essencialmente coletiva dos interesses individuais homogêneos como fundamento da execução residual.....	66
3.7) Execução residual mecanismo de punição?.....	69
3.8) Fundamentos da execução residual: os benefícios sociais de correntes da satisfação dos direitos individuais violados, que são amplificados na sociedade de massa e pela utilização do processo coletivo para tutela de interesses individuais homogêneos (item 1.7).....	72
3.9) Validade da opção legislativa. Possibilidade de edição de normas cogentes pelo legislador no âmbito processual uma vez reconhecido o interesse como público ou de relevância social. Utilização de técnica semelhante no âmbito do processo trabalhista.....	74
3.10) A significativa contribuição da execução residual para o alcance dos escopos da jurisdição.....	79

4. OS PRESSUPOSTOS PARA INSTAURAÇÃO DA EXECUÇÃO RESIDUAL E SEU PROCEDIMENTO.....82

4.1) A utilização de conceitos indeterminados pelo art. 100 do CDC.....	82
4.2) O procedimento de liquidação de sentença utilizado na execução residual.....	86
4.3) Contraditório, ampla defesa e produção de prova pelas partes no procedimento em que se desenvolve a execução residual.....	92
4.4) A utilização da execução residual em conformidade com seus fundamentos e finalidade. Impropriedade de aplicação do instituto em situações em que é possível a identificação dos lesados e nas quais o dano individual é expressivo do ponto de vista econômico ou indisponível.....	94

5. ELEMENTOS A SEREM CONSIDERADOS E PONDERADOS PELO JUÍZO PARA IMPOSIÇÃO DA EXECUÇÃO RESIDUAL E PARA O ARBITRAMENTO DO VALOR A SER ENTREGUE AO FUNDO.....97

5.1) Gravidade do dano:.....	97
5.1.a) Número de indivíduos lesados.....	97
5.1.b) Gravidade do dano: extensão do dano singular. O dano não específico (uniforme) como relevante para execução residual.....	98
5.2) Gravidade da conduta do agente.....	102
5.3) Enriquecimento sem causa do ofensor.....	104
5.4) Natureza do produto da aplicação do art. 100 do CDC: indenização?.....	106

6. A INDEPENDÊNCIA ENTRE A EXECUÇÃO RESIDUAL (ART. 100 DO CDC) E OS PROCESSOS DE CONHECIMENTO E EXECUÇÕES INDIVIDUAIS AJUIZADOS POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DAQUELA.....	110
6. 1) Possibilidade de ajuizamento de processos de conhecimento individuais após o pagamento de quantia pelo réu em decorrência da execução residual (art. 100 do CDC).....	110
6. 2) Possibilidade de ajuizamento de execuções individuais da sentença coletiva após o pagamento de quantia em favor do Fundo com base no art. 100 do CDC no sistema brasileiro.....	112
6.3) As possibilidades de tratamento da questão do ajuizamento de demandas de conhecimento e liquidações individuais posteriormente à execução residual. O enriquecimento sem causa em favor do Fundo em detrimento do executado. O dever de restituição pelo Fundo diretamente ao indivíduo lesado.....	114
6.4) Normas jurídicas e mecanismos processuais para lidar com a questão da reparação individual após ultimada a execução residual:.....	117
6. 4. a) Sustação do dispêndio da quantia entregue ao FDD até o término dos processos e liquidações individuais em tramite.....	117
6. 4 . b) (Im) Possibilidade de formulação de pleito administrativo ou ajuizamento de demanda de conhecimento ou de execução individual somente perante o Fundo. Legitimidade da Pessoa Jurídica de Direito Público a que este esteja vinculado o Fundo para figurar no processo.....	120
6.4. c) Possibilidade de ajuizamento de demandas e execuções individuais em face apenas do executado no processo coletivo. Possibilidade de o executado, posteriormente, ajuizar em regresso demanda fundada em enriquecimento sem causa em face do Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculado o Fundo. Possibilidade de o executado valer-se da denúncia da lide, acionando a Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculada o Fundo.....	123
6. 5) A atuação da Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculado o Fundo nos processos individuais de conhecimento ou nas execuções singulares (quando acionada pelos indivíduos) e na demanda posterior ajuizada pelo réu do processo coletivo (fundada no enriquecimento sem causa). Inobservância da sistemática do pagamento por precatório em caso de necessidade de restituição da quantia pelo Fundo.....	125
6.6) A necessidade de diferenciação entre os danos não específicos (uniformes) e os danos específicos sofridos pelos indivíduos nos processos e execuções individuais posteriores ao término da execução residual. Limitação da quantia que eventualmente será restituída pelo FDD.....	128
7. CONCLUSÃO.....	130
8. BIBLIOGRAFIA.....	132

RELEVÂNCIA DO TEMA, JUSTIFICATIVA E ESTRUTURA DO TRABALHO.

O direito processual civil tem passado por significativas alterações nas últimas décadas, impulsionado pelas alterações vivenciadas na sociedade moderna. No contexto de evolução tecnológica, complexidade e velocidade das relações típicas do mundo contemporâneo, a necessidade de se buscar uma proteção dos interesses e valores afetos à coletividade de forma mais moderna e eficiente provocou no direito processual modificações sensíveis, não só pela criação de normas com essa finalidade, mas também pela alteração de concepções em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Em sede doutrinária, o estudo do processo coletivo no âmbito do direito processual civil, dotado de normas e princípios próprios e voltados ao alcance da finalidade precípua de proteção dos interesses metaindividuais é um dos reflexos deste movimento do direito brasileiro. A jurisprudência, como não poderia deixar de ser, vem caminhando junto com a construção doutrinária, proferindo decisões que, a par de reconhecer a relevância destes interesses metaindividuais, atentam à importância de sua proteção.

No campo normativo, inúmeras são as normas promulgadas com finalidade de conceituar e viabilizar a proteção efetiva dos direitos pertencentes à coletividade ou a parte desta. No que se refere ao presente trabalho, o mais relevante destes Diplomas é o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que trouxe em seu art. 100 a previsão do instituto batizado por alguns doutrinadores de *fluid recovery*, que é objeto do presente estudo¹. Ao longo do trabalho, optamos pela denominação execução residual, que é usada pontualmente por alguns autores² e que nos parece adequada considerando os contornos e finalidades do instituto, temas que serão abordados no decorrer de nossa análise.

---

¹ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

² Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, no caso brasileiro, a *fluid recovery* passa a consistir em um verdadeiro resíduo não reclamado. (GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR,

A estrutura do art. 100 do CDC nos causa interesse pelas peculiaridades que marcam o instituto e que, por isso, podem causar dificuldades em sua aplicação prática. No âmbito da tutela dos denominados interesses individuais homogêneos³ permite-se aos legitimados para o processo coletivo que atuem no sentido de executar valores indenizatórios que, de titularidade dos indivíduos, não foram reclamados após o prazo de um ano⁴. Esta possibilidade, por si só, levanta questionamentos em sede doutrinária, conforme adiante será exposto.

Além disso, parece-nos carecedor de maiores aprofundamentos a questão relativa aos parâmetros para fixação do valor cujo pagamento será imposto ao executado em decorrência da aplicação do art. 100 do CDC, bem como o procedimento a ser observado no desenvolvimento da execução residual.

Ao mesmo tempo, não há disposição expressa sobre a influência do término da execução residual no tocante ao direito dos indivíduos, de forma que, também como se verá, é majoritário o entendimento de que a pretensão individual pode ser exercida pelo titular do direito mesmo após finalizado o procedimento previsto no art. 100 do CDC, com remessado produto da execução residual para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Esta possibilidade, existente no ordenamento direito brasileiro, permite o surgimento de situação que, a nosso ver, precisa ser compatibilizada posteriormente.

Nelson. *Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense. 10º ed. 2011. Pág. 165). Também Hugo Nigro Mazzilli observa que “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de lesados, ao menos em quantidade para absorver toda a indenização a eles destinada, pode ocorrer que haja um saldo residual” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 25ª edição. 2012. Pág. 575). Por entendermos que a execução fundada na aplicação do art. 100 do CDC, com efeito, refere-se a este saldo residual, optamos pela utilização da expressão execução residual.

³ Segundo ensina Flávio Luiz Yarshell, a expressão tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição, que se estabelece em favor daquele que, ao final do processo, sagra-se vencedor (seja autor, seja réu). A expressão “tutela” pode, também, designar a tutela de direitos (jurisdicional ou não), sendo que, nesta acepção, relaciona-se com a defesa e proteção de direitos diante de possível ou efetiva violação (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: dpj. 2ª ed. 1996. Págs. 23/26). É na segunda acepção que a expressão é utilizada neste ponto e posteriormente no decorrer deste trabalho.

⁴ Embora esta conclusão não possa ser extraída do texto expresso da Lei, filiamo-nos a corrente que considera que a melhor interpretação é aquela que considera o marco inicial do prazo para habilitação dos indivíduos é a publicação de editais para ciência ampla da decisão, aplicando-se analogicamente, neste ponto, o art. 94 do CDC. Consideramos esta posição mais harmônica com a necessidade de se tentar, da melhor e mais eficiente forma possível, informar os indivíduos acerca do resultado do processo coletivo. Neste sentido: Ada Pellegrini Grinover (*Código Brasileiro do Consumidor...Op. Cit.* Pág. 15) e Ricardo de Barros Leonel. (*Manual do Processo Coletivo*. 3 ed. *Op. Cit.* Pág. 400).

Diante da complexidade que envolve a interpretação e aplicação da execução residual, consideramos que a uma maior reflexão pela doutrina a respeito do instituto pode contribuir para sua utilização mais ampla. Esta modalidade executiva, inobstante de grande importância, ainda é pouco protagonista no cenário jurídico brasileiro⁵.

Assim, com finalidade de abordar e analisar algumas destas complexas questões que permeiam a interpretação e aplicação da execução residual, o presente trabalho divide-se em seis capítulos, precedidos de uma breve introdução.

No primeiro capítulo, discorreremos sobre os interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, suas características e estrutura, bem como sua proteção pelo processo coletivo na atualidade. Analisaremos as características dos direitos individuais homogêneos, bem como os benefícios sociais que envolvem sua proteção.

No segundo capítulo, será tratado o procedimento da execução no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos, algumas de suas peculiaridades e a possibilidade de utilização da técnica de imposição de obrigações de fazer nesta seara. Serão examinadas também a liquidação e execução individuais, bem como os casos em que esta se faz imprescindível.

No terceiro capítulo, será abordado o que para nós são os fundamentos e justificativas da execução residual no direito brasileiro, considerado seu atual panorama e a opção teórica de nosso ordenamento no sentido de distinguir interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no âmbito do processo coletivo.

No quarto capítulo, será objeto de análise o procedimento no qual se desenvolve a execução residual e no qual deve o Juízo e as partes verificar a presença dos pressupostos legais sua instauração e prosseguimento (enfatizando que o art. 100 do CDC coloca, como requisitos para instauração da execução residual, conceitos indeterminados, cujo significado será preenchido no caso concreto). Neste capítulo, analisamos a utilização da

---

⁵ De acordo com informações constantes do sítio eletrônico do Ministério da Justiça (<http://portal.mj.gov.br>), em que são discriminados as receitas do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de acordo com a origem, observa-se, com a aplicação do art. 100 do CDC, recolheu-se, em favor do Fundo, nos anos de 2010, 2011 e 2012 as quantias de R\$300,00, R\$634.309,24 e R\$3.963,71 respectivamente. Para se ter uma ideia, nestes mesmos anos, a condenação por ofensas ao meio ambiente, segundo a informação do sítio eletrônico, foi de R\$620.694,33, R\$3.445.073,02 e R\$679.571,20, também respectivamente. No ano de 2013, segundo o site, não foram recolhidos valores para o Fundo Federal com base em aplicação do art. 100 do CDC.

execução residual em situações específicas em que o dano não específico (uniforme) é de valor significativo sob o aspecto econômico, de forma que, sendo conhecidos os indivíduos prejudicados, pode-se razoavelmente esperar que estes irão promover a execução de seu prejuízo.

Já no quinto capítulo, tratamos dos elementos que consideramos pertinentes para se verificar os pressupostos para a execução residual e, caso positivo, para a fixação da quantia cujo pagamento será suportado pelo executado e revertida para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Analisamos, também, a natureza jurídica do produto da execução residual, de forma a verificar se tem os contornos doutrinários para ser considerado indenização.

No sexto capítulo, analisamos a situação das demandas individuais e execuções singulares da sentença coletiva ajuizadas posteriormente ao término do procedimento descrito no art. 100 do CDC, com reversão do valor ao Fundo. Abordamos a questão examinando os mecanismos existentes no ordenamento processual aptos a lidar com a restituição da quantia entregue ao Fundo e com eventual desproporção suportada do executado do processo coletivo.

INTRODUÇÃO: O PROCESSO SOB A PERSPECTIVA INSTRUMENTAL E A TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS.

Em sua atual fase metodológica, o processo deve ser compreendido sob a perspectiva instrumental. Dinamarco, em sua clássica lição, ensina que *“falar em instrumentalidade exige que se esclareça também qual a tarefa que se pretende através do instrumento considerado, ou seja, qual o fim, ou fins, a serem obtidos através do meio”*⁶.

Significa que se exige do intérprete, estudioso e aplicador do direito que, reconhecendo a autonomia da ciência processual e de seus institutos, perceba que este é mecanismo para que se atinjam os objetivos essenciais do Estado de Direito, notadamente a garantia de acesso pelos indivíduos a uma ordem jurídica justa. O processo, portanto, além de autônomo, deve ser entendido como instrumento de concretização de direitos e, em última instância, para que se efetivem os valores abraçados pela ordem jurídica, bem como o que se entende por justiça naquele momento histórico determinado⁷.

E sendo o processo um mecanismo para garantia e efetivação de direitos, impossível que esteja alheio à tutela dos interesses transindividuais, cuja necessidade de efetiva proteção através da jurisdição surge como inequívoca função do Estado no atual modelo normativo⁸.

---

⁶ Dinamarco. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2013. Pág. 365.

⁷ Alexandre de Freitas Câmara, observando que o instrumentalismo surge após o reconhecimento da autonomia científica do direito processual (esta, de sua vez, subsequente à fase metodológica do imamentismo), entende que se trata de *“um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais próximo possível, do que pode ser chamado de justiça”* (CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil. Vol I*. Rio de Janeiro: Lumen Iures. 20ª ed. 2010. Pág. 9).

⁸ A doutrina observa que os interesses metaindividuais sempre existiram, remontando às antigas civilizações. São novidades sua tutela e proteção através da jurisdição, característica de vários ordenamentos modernos, inclusive o brasileiro. Nesse sentido, dentre outros: LEONEL. Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2013. Págs. 31 e seg. O autor aponta que, já em Roma, a ação popular, exercida pelo cidadão romano, funcionava como mecanismo de defesa de interesses de natureza coletiva em sentido *lato*, tendo esta caráter predominantemente penal (Pág. 39 e seg).

Os direitos afetos à coletividade e de interesse desta passam compor parte do núcleo material que deve ser protegido através da função jurisdicional do Estado, dada sua essencial relevância para o ser humano sob diversos aspectos, incluída a própria sobrevivência, como no caso do meio ambiente. Na sociedade atual, caracterizada pela produção e consumo intensos e massificados, o impacto da atuação humana sobre o meio é significativo. A necessidade de proteção ambiental, por exemplo, é tida como um direito fundamental e humano⁹ não só das atuais como das futuras gerações, estando ligada, até mesmo, à necessidade de manutenção das condições de sobrevivência da raça humana.

Da mesma forma, a preservação do patrimônio histórico e cultural, das tradições e do conhecimento são essenciais objetivos do atual Estado de Direito. Some-se a isso a tutela do patrimônio público em sentido amplo, do erário e até mesmo da moralidade da administração e na gestão da coisa pública, além de inúmeros outros interesses que, relevantes para a coletividade, não podem ser afastados da esfera de proteção jurisdicional no contexto atual. Por serem valores de grande relevância em nossa sociedade, foram abraçados pelo ordenamento jurídico – em nível constitucional e legal - e elencados como de especial importância no Estado Brasileiro, com o consequente reconhecimento da necessidade de sua proteção pela função jurisdicional¹⁰.

Neste contexto, o processo, enquanto instrumento, foi adaptando-se paulatinamente, especialmente no decorrer do século XX. Produziram-se substanciais modificações no âmbito do direito processual¹¹, com criação de institutos mais aptos à defesa e proteção dos interesses que receberiam a nomenclatura de direitos metaindividuais¹².

---

⁹ Sobre a inclusão do direito ambiental ao rol dos direitos humanos vide, entre inúmeros outros: SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7ª ed. 2009. e ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas. 14ª ed. 2012.

¹⁰ A proteção e a decisão sobre bens e interesses coletivos e indivisíveis, como o meio ambiente, muitas vezes envolve a tomada de uma decisão institucional sobre a utilização do bem, em consonância com as diretrizes constitucionais e a regramento legal pertinente. Ao Judiciário, em determinadas situações, incumbe também definir quem deve decidir sobre determinado problema, ou seja, qual das instituições sociais deve tomar a decisão sobre o melhor atendimento do interesse coletivo. Sobre o Judiciário como instância decisória em determinadas hipóteses e sobre a independência e imparcialidade de seus membros, o que lhe permite maior impermeabilidade diante de pressões ilegítimas de eventuais grupos de interesses, remetemos para: SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, especialmente págs. 101/105

¹¹ Sobre a necessidade de adaptação do processo ao direito material tutelado, Dinamarco, em sua obra clássica conclui que na visão instrumental do processo, “*com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-*

Criou-se, assim, toda uma normatização para disciplinar o chamado processo coletivo, atualmente objeto de intenso e palpitante estudo na doutrina processual não só por seus institutos característicos – decorrentes da peculiaridade de seu objeto – mas pela sua inegável importância na sociedade moderna.

Noutro giro, no atual contexto do Estado de Direito, a força normativa da Constituição e a proteção por esta conferida aos direitos fundamentais e aos interesses metaindividuais influenciam no perfil do Judiciário, que passa a assumir um papel mais ativo na medida em que tem por missão institucional zelar pela efetivação dos preceitos da Carta¹³.

A jurisdição passar a ser, também, instância em que é viabilizada a participação da sociedade civil na proteção dos interesses coletivos¹⁴. A atual feição do Estado Constitucional propicia que a sociedade civil, provocando a atuação jurisdicional e com ela contribuindo, busque contribuir para a proteção dos interesses coletivos.

Numa outra vertente, o aumento populacional e da complexidade das relações, inclusive mercantis e de consumo, ocasionou também um aumento da padronização das

---

constitucional e jurídico material (a introspecção não favorece a percepção dos valores externos e consciência dos rumos a tomar)” (A instrumentalidade do processo. Op. Cit. Pág. 368).

¹² Sobre as diferenças entre *direitos subjetivos* e *interesses legítimos* no plano material, com ênfase na tutela coletiva: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. Op. Cit. Págs. 77/82. Concordamos com o autor na conclusão de que, embora existam significativas diferenças conceituais no plano material entre estas noções - na medida o direito subjetivo, basicamente, consiste em uma posição de vantagem assegurada pelo ordenamento material ao indivíduo e que permite a este, em determinada situação, invocar a norma jurídica em seu favor e o interesse legítimo, de sua vez, caracteriza-se por mera posição jurídica subjetiva em que um ou mais indivíduos podem vir a formular pretensões de ordem diversa em decorrência de uma relação jurídica de direito público ou privado – no âmbito do processo coletivo, em que os valores e bens coletivos são objeto de proteção pelo ordenamento, inclusive em sede constitucional, a distinção é de pouca utilidade prática. Por esta razão, optamos por utilizar ambas as expressões no presente trabalho.

¹³ Segundo Nalini, “*pode-se afirmar que o constituinte de 1988 foi aquele que mais acreditou no Poder Judiciário. Converteu essa função estatal em fiadora das promessas contidas na Carta e, mais do que isso, em concretizadora do pacto fundante. Ao optar por uma Constituição dirigente e principiológica, a nação brasileira evidenciou a urgência de um novo profissional do direito. Alguém capaz de uma hermenêutica redesenhada, compatível com o paradigma do pacto*” (NALINI, José Renato. *Do Poder Judiciário*. In Constituição Federal. 20 anos. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. Pág. 395).

¹⁴ Sobre o tema vide, dentre outros: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação Civil Pública: Instrumento de participação na tutela do bem comum*. In Participação e Processo. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988. Acrescente-se que não é por outra razão que José Afonso da Silva considera que a ação popular é instituto de democracia direta. “*Vale dizer, a ação popular corretiva, como é a nossa, sendo uma forma direta de participação do eleitor na vida política, revela-se instituto de democracia direta*”. (SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Malheiros 2ª ed. 2007. Pág. 85).

relações jurídicas, em decorrência do fenômeno que veio a ser denominado de sociedade de massa¹⁵. A sociedade de massa - assim como ocorre na política, na cultura e nas demais dimensões da vida humana em sociedade – repercute no direito.

No âmbito da sociedade de massa, “*surtem os conflitos comerciais, tecnológicos, etc., aptos, no mundo globalizado, a atingir do mesmo tempo, de forma indiscriminada, grandes grupos sociais e bens inerentes todos indistintamente, passíveis de fruição de modo quase que exclusivamente comum (ar, águas como fonte de recursos da comunidade, informação pelos meios de comunicação etc.)*”¹⁶.

Além disso, em virtude da padronização das relações típicas deste contexto social de massificação, as situações jurídicas se assemelham, de forma que os indivíduos se encontram em relações jurídicas dotadas de características comuns¹⁷. A ciência processual, como não poderia deixar de ser, passou a examinar também estas situações, de forma que atualmente a litigância repetitiva é objeto de estudo pelos processualistas¹⁸ e são criados mecanismos processuais com finalidade de lidar de forma eficiente com este fenômeno¹⁹.

---

¹⁵ Na sociedade de massa, “a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo de bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação em massa”. ORTEGATI, Cássio. BOBBIO, Norberto e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 2. Trad: Carmem Varria. Brasília: Editora UNB. 1999. 12 ed. Pág. 1.211.

¹⁶ LEONEL. Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. Pág. 90.

¹⁷ Sobre a “economia de massa” enquanto fator de aumento de demandas judiciais e gerador de processos repetitivos, que por sua vez provocam sobrecarga e congestionamento do Poder Judiciário, há interessante artigo de Kazuo Watanabe, em que o autor defende a necessidade da criação de políticas públicas pelo Poder Judiciário para tratar destas modalidades de conflitos de interesses, com ênfase na utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos. (*Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. (Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>).

¹⁸ Sobre o estudo da litigância repetitiva no contexto atual: GABBAY, Daniela Monteiro. CUNHA, Luciana Gross (Coord). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário*. Uma análise empírica. São Paulo: Saraiva. 2012.

¹⁹ Antônio Hermam V. Benjamim, assevera, na perspectiva do direito do consumidor, que “se a produção de bens de consumo ocorre de maneira massificada, é natural que os riscos e danos provocados pelo processo de consumo tenham igual dimensão. E riscos e danos em massa exigem soluções em massa. Logo, os tipos de instrumento de prevenção, reparação e repressão aos riscos e danos de consumo não podem ser iguais àqueles utilizados por uma sociedade pré-industrial” (BENJAMIM. Antônio Hermam V. *Responsabilidade Civil e Acidentes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor*. In Revista do Advogado n 33. Dezembro de 1.990. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. Pág. 18.

É neste cenário de sociedade de massa (com litigância repetitiva) e de atuação jurisdicional voltada para a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados (como os sociais e metaindividuais) que está inserido o processo civil atual, sendo este o contexto que deve guiar a interpretação e aplicação do direito pelo profissional que atua na área jurídica, em suas variadas nuances.

CAPÍTULO 1 – O PROCESSO COLETIVO E A TUTELA INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

1.1) A tutela dos interesses metaindividuais no direito brasileiro e a legitimação para sua proteção em Juízo.

O fenômeno da sociedade de massa, com crescente aumento da complexidade nas relações sociais ao longo do século XX, teve consequências no campo do direito, de forma que o ordenamento brasileiro paulatinamente sofreu modificações para melhor tutelar interesses cujas características relativizavam a tradicional dicotomia interesses públicos/privados, usualmente utilizada em sede doutrinária²⁰. Estes interesses, que transcendem ao âmbito meramente individual e não são passíveis de apropriação singular, receberam o nome de metaindividuais ou transindividuais, justamente por dizerem respeito a todo um grupo de pessoas²¹.

Diante da relativa insuficiência das normas então existentes no ordenamento brasileiro, originalmente concebidas para a proteção dos interesses individuais e do interesse considerado público²², iniciou-se uma gradual produção normativa destinada à tutela dos interesses metaindividuais. No ordenamento brasileiro este fenômeno se deu notadamente a partir da segunda metade do Século XX²³.

---

²⁰ Sobre a influência da noção de interesses metaindividuais na dicotomia “público – privado” vide: Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO. *Interesses Difusos. Conceito e legitimidade para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7^a ed. 2001. Pág. 47 e seg.)

²¹ COSTA. Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pág. 45.

²² Arruda Alvim, em ensaio sobre o tema, afirma que o “o processo individualista era improprio e intencionalmente inepto para a proteção de situações coletivas, às quais as sociedades eram avessas, quando se formou essa concepção de processo, nos séculos XIX e limiar do século XX. Era preciso alterar o instrumento, como veio a ocorrer, de tal forma que determinados anseios sociais, animados pelo desejo do reconhecimento e da preservação de determinados bens, antes ignorados, pudesse ocorrer”(ALVIM, Arruda. *Ação Civil Pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In *Processo Coletivo e Temas de Direito Processual*. Org: Araken de Assis; Carlos Alberto Molinaro; Luiz Manuel Gomes Júnior e Marinângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. Pág. 81.

²³ É curioso que a *class action* do direito norte-americano remonta ao Século XIX. No Estado da Califórnia, por exemplo, o *California Code of Civil Procedure*, já em 1872, permitia a utilização destas “ *when the*

Advieram, assim, as edições da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.78/90) e da Lei relativa à Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)²⁴. Estes diplomas, juntamente com normas contidas em legislação esparsa²⁵, atualmente compõem o sistema de tutela de interesses metaindividuais, sendo majoritária a orientação doutrinária de que, por se tratar de verdadeiro microssistema, suas normas se complementam, podendo se falar, em algumas situações, em verdadeira aplicação subsidiária entre elas²⁶.

Dadas as características dos interesses metaindividuais, a legitimação ordinária para defesa do interesse individual (art. 6º do CPC) mostrou-se insuficiente para possibilitar e até mesmo para explicar sua tutela e proteção jurisdicional. A legitimação extraordinária, pois, foi instituto cuja utilização mostrou-se adequada para a tutela de interesses metaindividuais através do processo coletivo, já que possibilita ao sujeito processual defender, sem seu nome, direito que não necessariamente é de sua titularidade^{27 28}.

---

question is one of a common or general interest, of many persons, or when the parties are numerous, and it is impracticable to bring them all before the court". (KARAS, Stan. The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Service. In California Law Review. 90. 2002. Pág. 964.)

²⁴ Além destes diplomas mais ligados ao direito processual, foram inúmeras as alterações para tutela dos interesses metaindividuais no âmbito do direito material. Como exemplo, tem-se a Lei que cria a política nacional do meio ambiente (Lei nº 6.938/81) e a própria Constituição da República, que dedicou Capítulos próprios a proteção à cultura, ao patrimônio artístico e ao meio-ambiente.

²⁵ Ricardo de Barros Leonel, por exemplo, considera que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.068/89), a Lei de Defesa dos Investidores do Mercado Mobiliário (nº 7.913/89) e a Lei que disciplina a proteção das pessoas portadoras de deficiência destinam-se também à tutela de interesses metaindividuais (*Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. Op. Cit.).

²⁶ Dentre outros, defendendo a integração normativa entre o CDC e os demais diplomas que contêm normas processuais para tutela de interesses coletivos em sentido amplo: Antônio Gidi (GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva. 1995. Pág. 77), Luiz Antônio de Souza. (SOUZA, Luiz Antônio de. *A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade*. In *Ação Civil Pública após 25 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. Pág. 540/541.) e Rodolfo de Camargo Mancuso (Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 2ª ed. Pág. 17).

²⁷ Dinamarco ensina que o substituto processual, pelo fato de defender em Juízo e em nome próprio o direito a despeito de não figurar como titular na relação jurídica de direito material, atua no processo como parte e não em nome de outrem. Indica que a doutrina atribui aos substituídos, em algumas hipóteses, a qualidade de partes em sentido substancial, figurando o substituto como parte formal do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol II. São Paulo: Malheiros. 2009. 6ª ed. Pág. 120/121). Ephraim de Campos Jr., em trabalho específico sobre o tema, considera que na substituição processual, invariavelmente, o substituto: a) é parte; b) é alcançado pelas consequências de estar na situação de parte, como a vinculação à coisa julgada; c) apenas exercita o direito de ação do titular do direito material, não podendo exercer o direito em nome e por conta própria; d) exerce o próprio direito de ação; e) não se torna titular do direito material do substituído. (CAMPOS JR, Ephraim de Campos. *Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. Pág. 27). Especificamente no âmbito do processo coletivo, entendendo que para constatação da litispendência é necessário observar aqueles que serão atingidos pela decisão judicial e não o autor da demanda: Teresa Arruda Alvim Wambier. (*Litispendência em ações*

É de se observar que o ordenamento brasileiro optou por restringir legitimação para a tutela de interesses metaindividuais a alguns atores sociais, autorizados a deflagrar e conduzir o processo coletivo através da legitimação extraordinária. Muito embora ainda exista algum dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica desta legitimidade em determinadas hipóteses²⁹, em matéria de tutela jurisdicional de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, preferimos aderir à concepção que entende tratar-se sempre de substituição processual fundada na legitimação extraordinária³⁰, com situações em que a

---

coletivas. In *Processo Civil Coletivo*. Coord: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. São Paulo: *Quartier Latin*. 2005. Pág. 281).

²⁸ Com efeito, a legitimidade extraordinária é instituto que busca viabilizar a tutela de interesses transindividuais, levando em consideração a indeterminação da titularidade destes. Segundo Susana Henriques da Costa, “os direitos meta-individuais, em qualquer de suas espécies, pré-existem ao surgimento das ações coletivas. O que faltava era a previsão de um mecanismo de legitimidade extraordinária que permitisse a tutela destes direitos, tendo em vista a circunstância única desta espécie de interesses, qual seja, a falta de personalidade jurídica de seus titulares” (COSTA, Susana Henriques da. *Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa por Meio da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade*. In *Processo Civil Coletivo*. Coord: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. São Paulo: *Quartier Latin*. 2005. Pag. 571).

²⁹ Há algum dissenso na doutrina quando se analisa a natureza da legitimidade de alguns dos escolhidos pela Legislação para deflagrar e conduzir o processo coletivo. Considerando a coincidência entre as finalidades institucionais de alguns legitimados e o interesse tutelado no caso concreto (como no caso das Associações, que apenas estão autorizadas por Lei a buscar a tutela processual de interesses metaindividuais que coincidam com suas finalidades institucionais) alguns autores consideram que estes entes se valem, em realidade, da legitimação própria para condução do processo, que seria semelhante, senão idêntica, à legitimação ordinária. Ada Pellegrini Griover, por exemplo, considera que na tutela de interesses individuais homogêneos as Associações sempre atuam baseada na legitimação extraordinária, já que seus interesses não se confundem com o dos indivíduos titulares do direito. Entretanto, ao discorrer sobre a legitimidade para promoção da execução com base no art. 100 do CDC, a autora entende que o fenômeno se aproxima da legitimação ordinária, “pela qual os legitimados agem na persecução de seus próprios fins institucionais, sendo, na expressão norte americana – uma real party in interest.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. 10ª edição. Pág. 138 e 164). Luiz Manoel Gomes Junior entende que a classificação ideal seria distinguir a legitimação ordinária da legitimação processual coletiva, que sempre estaria presente no processo coletivo, independente da situação de direito material (*Manual de Direito Processual Coletivo*. São Paulo: SRS. 1998. 2ª Ed. Pag. 85). Nelson Nery Jr., de sua vez, considera que “o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa, com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em Juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*), instituto destinado à fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação” (*Princípios do Processo na Constituição Federal – processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 11ª Ed. 2012. Pág. 208). Já Ricardo de Barros Leonel considera que, em relação à tutela de interesses indivisíveis (difusos e coletivos em sentido estrito), identifica-se a legitimidade autônoma para condução do processo das Associações e, no tocante à tutela de interesses individuais homogêneos, estas se valem da legitimação extraordinária, com substituição processual no polo ativo da demanda. (*Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2013. Pág. 159).

³⁰ É oportuna a observação de Teori Albino Zavascki no sentido de que a substituição processual é instituto que tem eficácia no plano processual e não no plano do direito material. Disso decorre, para o autor, que em regra é vedada para o substituto a prática de quaisquer atos que, direta ou indiretamente, importem em disposição do direito material tutelado (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. 5ª ed. Págs. 64 e 139.).

legislação exige como requisito para a substituição processual, também, a pertinência temática^{31 32}.

Esta disciplina da legitimação para a proteção jurisdicional repercute, como adiante será abordado, também na execução residual, já que esta é deflagrada e conduzida pelos entes legitimados listados no art. 82 do CDC.

1.2) A tutela de interesses metaindividuais na Lei de Ação Popular e na Lei de Ação Civil Pública antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. A execução da sentença impositiva de obrigação de pagar nestes casos.

A criação do instrumento da ação popular, através da Lei nº 4.717/65, representou inovação ao permitir que os interesses metaindividuais relativos à coisa pública e sua gestão fossem tutelados pelo cidadão, que então ficou autorizado a defender em nome próprio interesses que não eram passíveis de apropriação singular e imediata³³.

---

³¹ Como na autorização concedida às Associações na Lei de Ação Civil Pública, em que é trazido como requisito pelo art. 5º, V, b do Diploma que estas tenham incluídas, “entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).”

³² Atualmente, a doutrina tem alertado sobre a conveniência de um critério misto para a apreciação da representatividade adequada dos substitutos processuais (em detrimento do sistema *ope legis* e meramente objetivo atualmente existente, em que se presume a representatividade adequada pelo preenchimento dos requisitos legais, a princípio referentes à legitimação). Para um maior aprofundamento da questão, vide: COSTA, Susana Henriques da. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*. In *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Coord: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: *Quartier Latin*. 2009. Pág. 953/978.

³³ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da

A Lei de Ação Popular é considerada uma das primeiras manifestações normativas brasileiras no sentido de possibilitar a tutela jurisdicional de interesses metaindividuais³⁴. Presta-se, predominantemente, à proteção jurisdicional dos interesses de titularidade indivisível, tanto difusos como os denominados interesses gerais³⁵, relativos ao patrimônio público (em sentido amplo, conforme dicção legal) e à moralidade administrativa.

Em momento posterior, com a edição da Lei nº 7.347/85, foi criada a ação civil pública, com finalidade de tutela dos interesses mencionados do art. 1º do mencionado Diploma³⁶. O dispositivo originalmente autorizava o ajuizamento da ação civil pública para proteção e reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, tendo posteriormente sido objeto de alteração para possibilitar a tutela jurisdicional de qualquer outro interesse reconhecido como difuso ou coletivo³⁷.

União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977).

³⁴ No direito brasileiro, até o advento da Lei 7347/198, o instrumento mais adequado para a proteção dos bens difusos, embora com limitações, era a ação popular constitucional (Lei 4.717 de 29.06.1965), seguida pela Lei 6.938, de 31.08.1981, cujo art. 14 §1º atribuiu legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente e pela Lei Orgânica do Ministério Público (LC 40, de 14.12.1981), cujo art. 3º, III. Ao estabelecer normas gerais a serem observadas na organização do Ministério Público dos Estados, fixou, entre as funções institucionais do Parquet, a de promover a ação civil pública nos termos da Lei (LENZA, Pedro. *Efetividade do processo coletivo: O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o direito brasileiro*. In. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Coor. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. Pág. 712.

³⁵ Com posição em relação a qual aderimos, Susana Henriques da Costa explica que quando se fala na defesa dos interesses gerais - ao contrário do que ocorre com os interesses difusos - não há um benefício ou uma fruição direta pelos membros de determinada coletividade, muito embora em ambas as espécies a titularidade do interesse/direito seja indivisível e indeterminável. A segurança pública e a moralidade administrativa são exemplos de interesses que, conquanto sejam afetos a toda a coletividade, não são passíveis de fruição imediata por seus membros (COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pág. 61 e seg.) NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal – processo civil, penal e administrativo*. Op. Cit. Pág. 209.

³⁶ *Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).*

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990).

³⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva. 2001. Pág. 48.

Neste cenário, ainda vigente no atual modelo normativo, a execução das decisões condenatórias que impõem obrigações de pagar proferidas no bojo das ações populares e ações civis públicas que versam sobre interesses indivisíveis tem tratamento normativo definido de acordo com a modalidade da condenação³⁸. Caso se reconheça um dano ao erário na ação popular³⁹, a condenação deve ser destinada ao Ente da Administração lesado, para fins reparatórios. Já nas hipóteses em que se reconheça que o dano atingiu interesse da indivisível da coletividade, mas não relativo ao patrimônio de qualquer dos Entes da Administração Pública, é caso de aplicação do art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, com remessa da quantia ao Fundo de Defesa de Interesses Difusos^{40 41}.

Assim, no momento anterior à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a proteção aos interesses metaindividuais no direito brasileiro não abrangia interesses divisíveis, tendo como objeto principal aqueles que, elencados nas Leis até então vigentes, não eram passíveis de apropriação pelos indivíduos.

---

³⁸ Vale ressaltar que pelos princípios que envolvem a melhor e mais efetiva tutela dos bens coletivos, a condenação de pagar é considerada alternativa secundária em sede de proteção de direitos indivisíveis (difusos e coletivos em sentido estrito), especialmente quando se fala em tutela de bens relativos ao meio ambiente. É sempre preferível a tutela específica buscando a reparação integral do bem lesado ou a imposição de medidas compensatórias capazes fazer a situação retornar a status quo ante: “A tutela específica, na defesa de um bem coletivo, é a única que contemplará integralmente a gama de interesses relativa ao direito lesado. É justamente pela prevalência dessa tutela que os legitimados não poderão, na defesa dos interesses transindividuais, fazer o pagamento de quantia em dinheiro, exceto se a tutela específica, pelo lapso temporal ou pela sua própria natureza, se mostrar impossível.” (BARBOSA E SILVA. Érica. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas. 2009. Pág. 133).

³⁹ Com base no art. 11 da Lei de Ação Popular: “A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.”

⁴⁰ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

⁴¹ A Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), previu a criação de um Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, e de Fundos Estaduais no âmbito das Unidades No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 13.555-09 criou o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, “a existência de dois tipos de fundos deve-se ao sistema federativo brasileiro. Se a ação civil pública ou coletiva correr perante vara federal e envolver interesses da União, de empresa pública federal ou de entidade autárquica federal, o produto auferido irá para o fundo federal; nas demais ações, será depositado no fundo estadual respectivo, sujeito à gestão local” (*A defesa dos interesses difusos em Juízo*. Op. Cit. Pág.525). No presente trabalho, abordaremos os Fundos Federal e Estaduais de maneira genérica, fazendo observações caso estejamos a nos referir especificamente a um deles.

1.3) Classificação introduzida pelo CDC (i): interesses difusos e interesses coletivos em sentido estrito.

A entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) representou substancial modificação no ordenamento brasileiro no que se refere à tutela de interesses metaindividuais. Muito embora a Lei nº 7.913/89 tenha anteriormente previsto a proteção, pelo processo coletivo, dos interesses dos investidores do mercado de capitais, apenas com a entrada em vigor do CDC a espécie “interesses individuais homogêneos” foi claramente conceituada e sistematicamente introduzida no ordenamento⁴², de forma contrastante aos interesses denominados difusos e coletivos em sentido estrito.

Ao estabelecer esta nova classificação, o CDC distinguiu os interesses supra individuais adotando como critérios a divisibilidade em relação ao objeto e a possibilidade de determinação dos titulares, possibilitando, ainda, a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos, que são identificados, conforme a dicção legal, por sua origem comum^{43 44}.

Com a distinção adotada pelo CDC, foram classificados como difusos os interesses que, usufruídos por um número indeterminado de pessoas, não têm um titular determinado, sendo necessária, portanto, a indicação legal daqueles que detêm legitimidade para

---

⁴² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. Op. Cit. Pág. 127.

⁴³ Art. 81. *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

I - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴⁴ Após a edição do CDC, a doutrina passou a entender, de forma praticamente uníssona, que a ação civil pública pode ser utilizada para a tutela de interesses individuais homogêneos em virtude da integração entre este Diploma e a Lei n. 7.347/85. “Como a LACP e o CDC se integram no tocante à defesa coletiva de interesses transindividuais, também os interesses transindividuais homogêneos estão alcançados pela proteção da ação civil pública da Lei n. 7347/85, estejam ou não relacionados com a defesa de grupos de consumidores” (MAZZILLI. Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. Op. Cit. Pág. 134).

requerer sua proteção jurisdicional⁴⁵. Marcados pela indivisibilidade no tocante a seu objeto, aqueles que usufruem deste interesse são ligados por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica⁴⁶.

A identificação dos interesses difusos ocorre diante da verificação de uma situação fática, na medida em que não se limitam a um rol taxativo previamente estabelecido legislativamente. Justamente por não terem seus “contornos” definidos em norma jurídica⁴⁷, uma ofensa a determinado interesse que, reconhecido como existente no meio social (meio ambiente, relações de consumo em geral, patrimônio histórico, bem estar das pessoas, desenvolvimento sustentável⁴⁸ e outros), seja também indivisível e sem titularidade determinada, será considerada uma ofensa a um interesse difuso.

No modelo processual brasileiro, os interesses difusos aparecem como verdadeiros interesses da sociedade (em âmbito regional ou global), cuja violação se identifica nos casos concretos e que não se confundem, pela sua natureza, com os interesses de titularidade dos indivíduos⁴⁹.

Já os interesses coletivos em sentido estrito, que também são também caracterizados pela indivisibilidade, distinguem-se da categoria anterior pela existência de vínculo jurídico entre os titulares ou entre estes e a parte contrária. Luiz Wambier explica que são mais facilmente identificáveis que os interesses difusos, já que “*enquanto nestes a titularidade se perde na indefinição subjetiva, naqueles há condições perfeitas de se*

---

⁴⁵ BENJAMIM, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5ª ed. 2013. Pág. 478.

⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Vol. 4. Salvador: Juspdvm. 2009. 4ª ed. Pág. 74

⁴⁷ A expressão “ausência de contornos definidos numa norma” é utilizada por Rodolfo de Camargo Mancuso, que também considera que a concreta definição em uma norma jurídica é elemento que distingue os interesses difusos dos direitos subjetivos. Afirma ainda o autor, a nosso ver com acerto, que os interesses difusos, caso venham a ganhar maior concreção conceitual e axiológica, podem vir a tornar-se, conforme o caso, direitos subjetivos (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para agir*. Op. Cit. Pág. 98/99).

⁴⁸ O exemplo do desenvolvimento sustentável como interesse difuso, até em contraponto ao interesse à proteção ambiental de ecossistemas (também difuso) é trazido por Mancuso (*Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir*. Op. cit. Pág. 99).

⁴⁹ Esta linha, Ricardo de Barros Leonel afirma sobre os interesses difusos que “sua titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser indicadas precisamente; são unidas por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável, o fato de residirem em determinado local ou região; o objeto do seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita; não há vínculo jurídico preciso entre os titulares” (*Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. Op. Cit. Pág. 93).

identificarem os titulares, em razão do necessário vínculo associativo ou corporativo que os prende”⁵⁰.

Também indivisíveis, estes interesses têm suficiente grau de aglutinação a ponto de se referirem a determinados grupos existentes na sociedade⁵¹. De forma análoga aos interesses difusos, todavia, não chegam a ser passíveis de apropriação pelos membros do grupo, não se confundindo, sob o prisma da titularidade, com eventual direito subjetivo (individual) existente em favor destes em decorrência da mesma situação fática⁵².

São interesses pertinentes a uma coletividade determinada (advogados, servidores públicos, trabalhadores), que não se confunde com os interesses de seus membros e que portanto, no âmbito do processo coletivo, são tutelados de forma semelhante aos interesses difusos (como será exposto adiante, com preferência pela tutela específica e, em caso de imposição de pagamento de quantia indenizatória, com destinação desta em favor do Fundo instituído pelo art.13 da Lei nº 7.347/85).

1.4) Os interesses difusos e coletivos em sentido estrito como interesses da sociedade. Coexistência destes com os direitos individuais subjetivos.

---

⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil – Individual e Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª Ed. 2010. Pág. 255.

⁵¹ Novamente, valemo-nos da expressão utilizada por Mancuso. (*Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir*. Op. cit. Pág. 98)

⁵² Apresentando extenso rol exemplificativo, Ricardo de Barros Leonel demonstra que os interesses coletivos em sentido estrito são aqueles que podem ser considerados indivisíveis, jamais se confundindo com interesses das pessoas físicas e jurídicas. São exemplos de interesses coletivos *stricto sensu*, para o autor, o interesse dos integrantes de um consórcio para que não ocorram aumentos ilegais em prestações futuras; os interesses de categorias de trabalhadores representados por sindicatos; dos alunos de determinada rede de ensino em relação à grade escolar, dentre outros (LEONEL. Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. 3ª Ed. Pág. 99).

Os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, como alhures exposto, podem ser considerados verdadeiros interesses da sociedade ou de grupos sociais, que não se confundem com os direitos individuais que eventualmente sejam identificados numa mesma situação fática. Segundo Fernando Grella Vieira, cuidam-se de verdadeiros “*interesses da sociedade ou de parcela dela que não permitem a partilha do objeto em relação a cada pessoa individualmente considerada*”⁵³.

Neste contexto, numa determinada situação concreta, os interesses da sociedade (ou de parte desta) eventualmente identificados (considerados difusos ou coletivos em sentido estrito, conforme o caso) são tutelados judicialmente de forma independente da iniciativa dos titulares que eventualmente tenham seus direitos subjetivos ofendidos na situação concreta ⁵⁴.

Considerada a possibilidade de coexistência numa determinada situação fática de diferentes hipóteses de interesses, Nelson Nery Junior considera que, para se verificar quais são ou serão tutelados pelo processo coletivo, faz-se necessário analisar a pretensão e a forma como esta foi ou será levada a Juízo. Entende que “*a pedra de toque do método classificatório é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial*”^{55 56}.

---

⁵³ VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos*. In *Ação Civil Pública*. Lei nº. 7.347/85. 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2002. Pág. 265

⁵⁴ Conforme bem registra Sérgio Shimira, “*um mesmo fato pode ensejar diferentes tipos de tutela, por ofender diversos tipos de interesses, como previsto no próprio art. 99, CDC, ao conceber a possibilidade de várias espécies de indenizações ‘resultantes de um mesmo evento danoso’*” (SHIMURA, Sérgio. *Op. Cit.* Pág. 46).

⁵⁵ *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. *Op. Cit.* Pág. 225. No mesmo sentido, dentre outros, Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 2ª ed. Pág. 65).

⁵⁶ No mesmo sentido e trazendo pertinente exemplo prático, Kazuo Watanabe discorre sobre a questão da publicidade enganosa. “*Enquanto publicidade, a ofensa atinge um número indeterminado de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos ‘difusos’*. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade enganosa, tiverem adquirido o produto ou serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses direitos ‘individuais homogêneos’. Limitando-se o autor da ação coletiva a postular, v.g., a retirada da publicidade enganosa, a tutela pretendida é dos interesses ou direitos ‘difusos’. É o conflito de interesses trazidos ao processo.” (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. *Op. Cit.* Pág. 80).

Em uma mesma situação concreta, portanto, pode-se identificar ofensa a interesses de toda a sociedade ou de parte desta, cuja tutela jurisdicional encontrará fundamento na proteção aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito e, ao mesmo tempo, a direitos individuais (subjettivos), que poderão ser também tutelados pelo processo coletivo caso venham a reunir os requisitos para serem considerados individuais homogêneos.

Estas considerações, que nos parecem coerentes com a sistemática de tutela coletiva adotada pelo modelo brasileiro, têm repercussões quando se analisa os fundamentos do instituto da execução residual, bem como sua interpretação e aplicação, razão pela qual serão posteriormente retomadas no presente trabalho.

1.5) classificação introduzida pelo CDC: (ii) interesses individuais homogêneos.

Como anteriormente exposto, além de classificar os interesses metaindividuais indivisíveis, o CDC incluiu expressamente no rol daqueles que seriam objeto de proteção pelo processo coletivo determinados interesses individuais que, nos termos da dicção legal, teriam *origem comum*. Tratou-se, com efeito, de uma significativa inovação do direito processual, que permitiu que o processo coletivo tivesse como objeto interesses subjettivos de características iguais, comuns a um sem número de indivíduos que se encontram em situação jurídica semelhante⁵⁷.

---

⁵⁷ O CDC, com efeito, “ampliou a abrangência da ação civil pública, estendendo-a à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e criando uma nova ação coletiva, pioneira nos sistemas de civil law, para a defesa de direitos subjettivos divisíveis, de ordinários tratados separadamente, mas que podem ser agrupados por sua origem comum” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*. In *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1ª ed. 1996. Pág. 118). A autora, em outro ensaio da mesma obra, observa que a primeira *class action* brasileira é, em realidade, aquela criada pela Lei 7913/89 para defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários, anterior à promulgação do CDC. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O novo processo do Consumidor*. In *O acesso à justiça... op. cit.* Pág. 127.)

Como bem explica Hugo Nigro Mazzilli, de forma análoga aos interesses difusos, os individuais homogêneos também se originam de circunstâncias de fato comuns. Todavia, de forma diferente daqueles, têm como titulares indivíduos determinados ou determináveis, sendo que “*o objeto da pretensão divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade) se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo*”⁵⁸.

Acerca da natureza jurídica dos interesses individuais homogêneos muito embora na doutrina renomados autores os considerem coletivos em alguns aspectos⁵⁹, entendemos que se tratam efetivamente de interesses de natureza individual. Por serem dotados de determinadas características – e considerada sua importância na sociedade moderna – foi-lhes possibilitada, pelo ordenamento jurídico, a defesa através do processo coletivo e seus institutos⁶⁰, com desiderato de aumentar a efetividade da tutela jurisdicional e diminuir a possibilidade de proliferação de decisões contraditórias, em prejuízo à economia processual e à própria jurisdição⁶¹. Os direitos individuais homogêneos, assim, a par de serem tutelados coletivamente pelas normas do processo coletivo, não perderiam suas características de divisíveis e disponíveis em relação a seus titulares (não em relação aos substitutos, que não podem dispor do direito em virtude das limitações da legitimação extraordinária). Trata-se de direitos subjetivos individuais, na medida em que sobre eles podem os titulares

---

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses...Op. Cit.* 2012. 25ª ed. Pág. 57. Adverte ainda Sérgio Shimura que os interesses individuais homogêneos, mesmo representando um “*feixe de interesses individuais*”, são tutelados de forma coletiva. Assim, não há que se falar em pluralidade subjetiva de demandas (como litisconsórcio), mas de uma demanda única, a coletiva (SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método. 2006. Pág. 30).

⁵⁹ Hugo Nigro Mazzilli considera que os interesses individuais homogêneos não deixam de ser interesses coletivos em sentido lato (*A defesa dos interesses difusos em Juízo*. Op. Cit. Pág. 57). Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Júnior, de sua vez, entendem que tais interesses não podem ser considerados meramente individuais de tratamento processual coletivo, mormente pela existência do art. 100 do CDC, que impõe que a tutela da coletividade persista ainda quando o titular do interesse se mantenha inerte em promover sua execução. (*Curso de Direito Processual Civil. Vol4. Op. Cit.* Pág. 80/81).

⁶⁰ Em Teori Albino Zavascky encontramos que “*na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que genuinamente são: genuínos direitos subjetivos individuais*” (*Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Op. Cit. Pág. 47). Também nesta linha: Ricardo de Barros Leonel (*Manual do Processo Coletivo. Op. Cit.* 3ª Ed. Pag. 100), Luiz Rodrigues Wambier. (*Liquidação da sentença civil – individual e coletiva. Op. Cit.* Pág. 258), Pedro da Silva Dinamarco (*Ação Civil Pública.Op cit.* Pág. 60),

⁶¹ Também segundo Teori Albino, em se tratando de interesses individuais homogêneos, a “*coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em Juízo*”. Para o autor, as principais justificativas do tratamento processual coletivo dos interesses individuais homogêneos são razões de facilitação de acesso à justiça e eficiência e economia processuais (ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo...Op. Cit.* Pág. 35).

transacionar e renunciar, se disponíveis, e fruir nos limites considerados válidos pelo ordenamento jurídico⁶².

Segundo Kazuo Watanabe, o art. 81 do CDC define como interesses individuais *homogêneos* aqueles *decorrentes de origem comum*. Daí se conclui que são dois os requisitos para que o interesse individual seja considerado homogêneo e, em consequência, possa ser tutelado através do processo coletivo: a homogeneidade e a *origem comum*⁶³.

A expressão *origem comum* em geral não é interpretada doutrinariamente como relativa a um único evento, não significando uma única conduta num mesmo momento temporal ensejadora de prejuízo a interesses individuais. Entende-se que haverá origem comum ainda quando os interesses individuais decorrerem de uma mesma espécie de conduta da outra parte, ou de uma mesma fonte jurídica, mesmo que inexista unicidade ou proximidade temporal⁶⁴. É o exemplo de correntistas de um banco que, durante um considerável lapso temporal, sofrem cobrança e pagam indevidamente determinada tarifa. O direito destes de pleitear eventual restituição, decerto, pode ser considerado individual homogêneo.

De outro lado, a visão doutrinária a respeito do requisito da homogeneidade em geral o associa à prevalência da dimensão coletiva sobre a individual no caso concreto. Estando a *origem comum* relacionada à afinidade entre os interesses individuais em sua

---

⁶² Arruda Alvim sintetiza bem a questão: “Essa categoria – do direito subjetivo – é informada pelo princípio dispositivo que reside no poder do sujeito do direito subjetivo fruir ou não do direito, dele desistir e sobre ele transacionar, etc. Contrapostamente a essa ideia do direito subjetivo e de todo o regime a essa atrelada, a qual, como se sabe, tem contornos claros na ciência do direito, passaram a existir os chamados bens coletivos, e, nessa categoria, devem ser classificados os direitos coletivo, que em nosso direito são direito positivo são denominados de interesses e direitos difusos, interesses e direitos coletivos (art. 81, parágrafo único I e II, do CDC) e, por fim, de ‘interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum’ (art. 81, par. ún., III, CDC, quanto a esta última categoria). Esta última, na realidade, originária e estruturalmente, é constituída de direitos subjetivos, mas receberam, no patamar de uma disciplina dos direitos, também um tratamento coletivo”. (ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública – sua evolução normativa...In Processo Coletivo e outros temas de Direito Processual. Op. Cit. Pág. 84). No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover considera que “são na verdade direitos subjetivos tradicionais, passíveis, ainda hoje, de tratamento processual individual, mas também, agora, de tratamento coletivo, em razão de sua homogeneidade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In. Ação Civil Pública – 15 Anos. Op. Cit. Pág. 19).

⁶³ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Op. Cit. Pág. 81.

⁶⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. Op. Cit. Pág. 101.

origem, é assente a ideia de que “*inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos, anda que tivessem origem comum*”⁶⁵.

Nesse sentido, tem-se rejeitado a possibilidade de formulação de demandas coletivas para proteção de interesse individual homogêneo quando inexistir uma prevalência de questões comuns dentre aqueles interesses individuais, isto como forma até mesmo de garantir que a tutela coletiva seja efetiva e alcance aos fins colimados⁶⁶.

Outro ponto relevante, em relação ao qual não se pode olvidar, é o relativo à abrangência da proteção conferida pelo processo coletivo aos direitos que, individuais, reúnam os requisitos para serem considerados individuais homogêneos. Como bem expõe Elton Venturi, na linha da concepção acerca da natureza dos direitos individuais homogêneos aqui adotada, os direitos individuais homogêneos “*constituem uma categoria idealizada para fomentar o acesso à ordem jurídica justa, também pela via coletiva, de pretensões individuais reunidas em função de sua origem comum atrelada às causas remotas ou próximas das lesões ou ameaças de lesões produzidas por um mesmo responsável*”⁶⁷. Desta forma, considerar que os direitos individuais homogêneos se resumem ou se confundem com os direitos decorrentes das relações consumeristas representa, na visão do autor, equívoco interpretativo⁶⁸. Isto porque, constatadas as características de origem comum e homogeneidade, direitos individuais que se originem de diferentes relações jurídicas (como de direito ambiental, econômica ou simplesmente da responsabilidade civil comum) podem ser considerados homogêneos e tutelados de forma

---

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Op. Cit. Pág. 133. Em consequência, considera a autora que a origem comum (ou causa) é remota e não próxima, sendo imprescindível para a tutela coletiva, além da origem comum, a homogeneidade.

⁶⁶ Sérgio Cruz Arehnart, arrolando o que denomina de limites à coletivização das questões, ou seja, circunstâncias que impedem que uma demanda seja processada na forma coletiva, inclui a “*desproporção entre a aglutinação realizada e o resultado obtido*”. Para ele, “*dependendo do nível de abstração das questões individuais e da possibilidade de conflito que elas podem determinar, talvez não valha a pena a unificação dos processos, para tratamento conjunto desses temas, seja porque o risco de decisões conflitantes é pequeno, ou porque sua solução é irrelevante, ou ainda porque há outras circunstâncias que recomendam a solução individual*” (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. Pág. 219).

⁶⁷ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros. 2007. Pág. 75.

⁶⁸ VENTURI, Elton. Op. Cit. Pág. 75 e seguintes.

molecular⁶⁹ pelo processo coletivo, em benefício dos inúmeros indivíduos que eventualmente se encontrem em situações jurídicas semelhantes. Nessas condições, até mesmo direitos subjetivos indisponíveis e irrenunciáveis podem ser considerados individuais homogêneos, desde que preencham os requisitos a tanto necessários no caso concreto⁷⁰.

Muito embora os direitos individuais homogêneos tenham, na linha adotada neste trabalho, natureza individual, é certo que, em muitos casos, há significativa relevância social em sua proteção, bem como se constata benefícios à coletividade decorrentes de sua satisfação. Sendo estas as razões pela qual estes interesses passaram a ser também resguardados pelo processo coletivo após o advento do CDC, passamos a abordar estes pontos nos tópicos seguintes.

---

⁶⁹ A expressão *tratamento molecular*, em contraponto à expressão *tratamento atomizado* dos interesses no processo tem sido comumente utilizada pela doutrina. Dentre os vários autores que se utilizam da expressão se encontram: Kazuo Watanabe (*Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Artigo disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>), Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré (*Processo Civil Coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012), bem como Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Júnior (*Curso de Direito Processual Civil. Vol4. Op. Cit.*)

⁷⁰ Nesse sentido, reconhecendo a possibilidade de ajuizamento de demanda coletiva quando os interesses individuais homogêneos foram disponíveis ou indisponíveis:

“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. TEORIA DA ASERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A Defensoria Pública tem autorização legal para atuar como substituto processual dos consumidores, tanto em demandas envolvendo direitos individuais em sentido estrito, como direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, na forma do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/94. Precedentes.

2. À luz da Teoria da Aserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)”.

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA ACERCA DO TEMA, EM CONSONÂNCIA COM RECENTE PRECEDENTE DA QUINTA TURMA.

1. É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Parquet, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante.

2. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que veicule pretensões relativas a benefícios previdenciários, no caso relacionadas ao recebimento, ou à revisão, de benefícios de pensão por morte concedidos nos termos da Lei nº 9.528/97 quando os óbitos tenham ocorrido anteriormente à sua vigência. Precedente da Quinta Turma.

3. Recurso especial improvido.

(Resp 946.533/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 13/06/2011)”

1.6) A relevância social da tutela jurisdicional coletiva dos interesses individuais homogêneos no contexto da sociedade massificada e na sociedade atual.

Conforme anteriormente exposto, as sociedades modernas têm como característica a complexidade dos interesses e o surgimento, em alguns casos, de relações jurídicas padronizadas, de maneira que inúmeros indivíduos se encontram em situações jurídicas semelhantes e, em muitos casos, merecedoras de idêntico tratamento jurisdicional.

É neste contexto que a opção pela tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos importa em ampliação do papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito, em consonância com a necessidade ser assegurada a tutela de direitos e o acesso à justiça. Merecem menção, nesta linha, as pertinentes considerações de Sérgio Shimura:

“a potencialidade desse meio de proteção dos interesses supra individuais proporciona aos cidadãos cultural e economicamente mais fracos verdadeiro acesso aos tribunais. Transpõe-se, também, a barreira psicológica nas hipóteses em que nas hipóteses em que, mesmo tendo eclodido a lide, continua existindo uma relação de subordinação econômica ou outra entre as partes lesadas e a detentora do poder.”⁷¹

Além deste papel ampliativo da jurisdição, capaz de promover inclusão e o acesso à justiça de forma harmônica com a missão constitucional do Estado de Direito (incluído o Poder Judiciário), a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos é também capaz de contribuir para a economia processual e para a uniformidade das decisões judiciais, grandes vetores do sistema processual⁷².

---

⁷¹ SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método. 2006. Pág. 32

⁷² Como bem sintetiza Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, “a defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e tempo hábil suas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que estariam fadadas a julgamento de teor variado, se apreciadas de modo singular.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pág. 221).

Numa outra vertente, não se pode olvidar da relevância social da proteção dos direitos individuais homogêneos levando-se em consideração o impacto que a violação destes pode causar no meio social. Em determinadas situações, inclusive, a repercussão social da ofensa aos interesses homogêneos autoriza a atuação processual do Ministério Público, entidade cuja missão constitucional é a tutela jurisdicional dos interesses da coletividade⁷³.

Esta repercussão social identificada em determinadas situações de violação aos interesses individuais homogêneos, com efeito, motiva sua proteção pelo processo coletivo. Diante do “impacto de massa” decorrente da ofensa a tais interesses – mormente verificável em situações em que há significativo número de lesados ou repercussão social na comunidade – deve a jurisdição tutelar de forma mais efetiva possível o direito subjetivo dos indivíduos lesados⁷⁴.

Aliada a relevância social da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos pelo processo coletivo, existem ainda os benefícios aferidos pela coletividade com a satisfação dos direitos individuais violados, benefícios estes que, pela massividade e volumes das relações, também se ampliam no cenário da sociedade moderna.

---

⁷³ Dentre as inúmeras decisões dos Tribunais Superiores nesse sentido, transcrevemos somente uma:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA POR ESTA CORTE. CONSÓRCIO. DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÃO AOS PARTICIPANTES EXCLUÍDOS A QUALQUER TÍTULO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão já foi debatida nos presentes autos, com decisão deste Relator, proferida no REsp 706.551/DF, julgado em 16/6/2009, DJe de 30/6/2009, acerca da legitimidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública, em defesa de interesses individuais homogêneos, de relevante interesse social, como acontece com os contratos de administração de consórcios, de administração e locação de imóveis, contratos bancários de adesão, parcelamento do solo, financiamento bancário para aquisição de casa própria, contratos de promessa de compra e venda de imóveis, etc.

2. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 246.671/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 27/06/2013)

⁷⁴ Discorrendo sobre os interesses individuais homogêneos, Ricardo de Barros Leonel observa que, “*todavia, podem adquirir dimensão coletiva pela presença de dados contingentes e eventuais, seja em razão do grande número de interessados ou das graves e abrangentes repercussões sociais que provoquem na comunidade. Pelo ‘impacto de massa’ e por motivos e ordem prática, torna-se inviável, inconveniente ou escassamente compensadora a utilização dos meios tradicionais de tutela, com relativamente insignificantes resultados diante da dimensão e da grandeza do problema, da lesão ou do dano identificado. Esses interesses, que na essência são individuais, podem receber tratamento processual coletivo, autorizado pelo legislador, sendo identificados como acidentalmente coletivos*”. O autor atribui a expressão “impacto de massa” a José Carlos Barbosa Moreira (*Manual do Processo Coletivo. Op. cit.* 3ª ed. Pág. 95).

1.7) Os benefícios à coletividade decorrentes da satisfação dos direitos individuais violados.

Como visto, no sistema processual brasileiro, a tutela coletiva tem como premissa a distinção conceitual entre interesses indivisíveis (portando afetos à coletividade) e divisíveis, relativos aos indivíduos. Esta distinção resulta em diferenças no tratamento processual das demandas coletivas, notadamente na fase de execução⁷⁵.

Em tais condições, num contexto em que existe uma violação a direitos individuais homogêneos, eventualmente identificado um prejuízo que ultrapassa a esfera dos indivíduos (meio-ambiente, relações de consumo, confiança no mercado de capitais), a tutela deste ocorre, como visto, mediante instauração concomitante – numa mesma relação jurídica processual ou não - de uma demanda fundada na proteção aos interesses difusos ou coletivos em sentido estrito.

Esta distinção, em geral, não é adotada nos ordenamentos dos países que seguem a tradição do modelo de *common law*, incluído o norte americano, muito embora as noções que embasam a diferenciação estejam presentes em ambos estes sistemas⁷⁶. Juntamente com as agências governamentais⁷⁷, no sistema norte-americano as *class actions*, em suas

---

⁷⁵ Posteriormente, no capítulo 2, explicitamos que quando se fala em violação a interesses individuais homogêneos, o procedimento executório se desenvolve, em geral, pela execução individual, mediante iniciativa dos sujeitos lesados. Isto não ocorre nas demandas coletivas que têm em como objeto interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, na medida em que, nestas, eventual valor indenizatório apurado é repassado ao Fundo de Defesa dos Interesses Difusos, nos termos do art. 13 da LACP.

⁷⁶ Esta análise é de Linda Mullenix, para quem “*the civil law terminology denominating ‘diffuse’ and ‘homogenous individuals rights’ is alien terminology for common law systems. No such terms exist in common law for describe colletive actions. (...) However, althrough the terms ‘diffuse rights’ or ‘homogeneous individual righs’ do not exist at common law, the concepts that underlay these labels have both historical analogues and contemporany aplicaction in common law systems.*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. 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. 2ª ed. 2011. Pág. 265.)

⁷⁷ “*Though agencies are technically emporewed merely to ‘implement’ legislative policy, all but the most committed formalistis would agree thar agencies to some extent ‘make law’. Agency rules, once promulgated, have the force of law. Many agencies are authorized to issue administrative enforcement orders and to issue significant monetary penalties against violators of statutory or regulatory requirements, wicth are enforceable in civil court. Agencies also make policy trough the resolution of specific matters in formal, trial-like administrative adjudications presided over by administrative law judges. (...) Agencies also have others, less formal methods to affect the behavior of private actors. Agencies may, for instance, issue interpretations of their own regulations trough guidance documents, opinion letters and the like, wicth in practice guide de conduct of regulated entities. In other words, agency actions has real consequences for the*

diferentes modalidades, podem tutelar interesses que por nós seriam considerados difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos⁷⁸.

Discorrendo sobre as ações coletivas do sistema norte-americano, Fiss considera que a iniciativa individual dos sujeitos na busca da tutela jurisdicional resulta, em algumas situações, no alcance de um benefício para a coletividade. Para ele, “*em muitos casos, não há necessidade de se desvencilhar os propósitos públicos e privados de uma ação judicial iniciada por um cidadão. O cidadão favorece o interesse público por meio da procura de fins privados*”⁷⁹.

O favorecimento do interesse público mencionado por Fiss pode ser visto, segundo nos parece, por duas nuances.

Por um lado, é possível que, em determinadas situações, a reparação dos direitos individuais ofendidos tenha como resultado indireto a compensação ou reparação de uma violação de interesse difuso ou coletivo em sentido estrito. Na mesma linha, explica Carlos Alberto de Salles que “*uma medida em benefício de um interesse mais disperso pode reflexamente beneficiar um mais concentrado, e, reversamente, há situações nas quais, em razão da indivisibilidade do objeto, a defesa de um determinado bem, por um grupo ou mesmo por um indivíduo, pode acender, por via indireta, um interesse difuso*”⁸⁰.

Numa segunda vertente, a satisfação da pretensão individual, fundada na violação a direito subjetivo, pode, além disso, resultar num benefício à coletividade em decorrência

---

regulated community” (FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E. *Cases and Materials on Environmental Law*. Eighth Edition. Thompson Reuters. 2010).

⁷⁸ Deborah L. Rhode, em artigo examinando as “*plaintiff class actions seeking structural reforms in public and private*”, considera que tais modalidades de *class actions* – que visam a alterar o comportamento do reclamado e não propriamente a indenizar indivíduos lesados – apresentam vantagens para o sistema jurídico como um todo na medida em que não beneficiam somente os autores nominados e têm foco em práticas institucionais ao invés de comportamentos isolados. De outro lado, cria-se a necessidade de se trabalhar, dentro da classe representada, o problema dos conflitos de interesse e vontade, já que “*the importance, complexity, and protracted character of these law suits create opportunities for conflict at every stage of litigation. Class members who prefer the certainty of the status quo to the risks of judicial rearrangement may oppose litigation from the outset. For example, some parents who anticipate busing or closure of institutional facilities as a consequence of legal intervention will prefer to never initiate proceedings*”. (RHODE, Deborah L. *Class Conflicts in Class Actions*. Stanford. Law. Review 34.1981/1982. Págs. 1186/1197).

⁷⁹ FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles. Pág. 235.

⁸⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. Pág. 141.

da imposição de uma significativa carga indenizatória ao agente que comete ato ilícito. Nesta linha, destaca-se o caráter de desestímulo que a imposição indenizatória é capaz de causar no ofensor, exsurgindo daí, em casos determinados, interesse público na imposição indenizatória⁸¹. A satisfação dos direitos ofendidos impede que o responsável pela ofensa se beneficie da inatividade dos sujeitos prejudicados, o que, decerto, representa um benefício à coletividade na medida em que se contribui para que os agentes não autem de forma ilícita diante da possibilidade da inação individual.

Nesta esteira, quando se fala na execução fundada no art. 100 do CDC, que se desenvolve no contexto das violações aos direitos individuais homogêneos, parte da doutrina processual considera que uma de suas finalidades consiste justamente em impedir que seja aferido proveito indevido pelo réu do processo coletivo em virtude do volume pouco significativo de execuções residuais⁸².

Em tais condições, a satisfação do direito individual ofendido num contexto de dano ambiental, por exemplo, pode resultar não só na tutela indireta do bem indivisível (que também será recomposto, juntamente com as propriedades individuais prejudicadas), mas também num benefício a toda a coletividade pelo desestímulo imposto ao ofensor, que se sentirá impelido a não mais praticar condutas ilícitas desta natureza. O mesmo ocorre num contexto de relações de consumo ou do mercado de valores mobiliários.

Os benefícios para sociedade que eventualmente decorrem da efetiva satisfação das pretensões individuais – a rigor existentes também no processo individual – são ampliados no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos, na medida em que nesta seara se viabiliza o tratamento processual de inúmeras situações individuais.

---

⁸¹ Ainda exemplificando, Fiss considera que, num processo individual ajuizado por um consumidor, “*um propósito público pode vir a ser alcançado por este mesmo processo no sentido de que, se bem-sucedido, fará com que o comportamento dos corretores adapte-se à lei antitruste. Uma injunção contra a fixação de preços no futuro, claramente, teria esse efeito, mas também o teria uma indenização ao investidor por danos sofridos. Essa indenização forçaria os corretores a absorver os custos de sua má conduta e, considerando princípios comuns de preservação de ilícitos, desencorajaria violações futuras pelos réus e outros corretores*” (FISS. Owen. *Um novo processo civil*. Op. Cit. Pág. 234/235). Também sobre a importância da função de desestímulo (*deterrence*) da indenização, notadamente em casos de dano de pouca repercussão econômica sofrido por um número significativo de indivíduos, indicamos: WAGNER, Gerhard. *Collective Redress – Categories of Loss ad Legislative Options*. London: Law Quarterly Review. 2011.

⁸² Neste sentido, dentre outros: WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença Civil Individual e Coletiva*. Op. cit. Pág. 323

Estes benefícios, destarte, não podem ser desconsiderados quando se analisa a tutela de interesses individuais homogêneos no direito brasileiro e serão por nós abordados posteriormente no presente trabalho, quando da análise dos fundamentos da execução residual fundada no art. 100 do CDC (tem 3.8).

1.8) interesses individuais homogêneos de pouca repercussão econômica e as situações de inviabilidade de identificação dos titulares do direito individual.

Como exposto (item 1.5), para que sejam tutelados pelo processo coletivo, basta que direitos subjetivos preencham requisitos suficientes para que sejam considerados homogêneos, não havendo limitação ou taxatividade no tocante à natureza da relação jurídica de que se originam. Em tais condições, a demanda coletiva pode ter como finalidade, por exemplo, para reparação de danos causados a indivíduos por violação a normas consumeristas, anti-concorrenciais, ambientais ou simplesmente em decorrência de um ato ilícito praticado pelo agente (como um acidente que tenha repercussão sobre a vida de inúmeros indivíduos) .

Assim, o processo coletivo pode vir a tutelar interesses individuais de maior ou menor repercussão econômica para o indivíduo. Considerada uma gama de possibilidades no contexto da sociedade de massa, o processo coletivo pode viabilizar a tutela jurisdicional, de forma molecular, de direitos que seriam pouco significativos quando considerado o benefício econômico que sua satisfação traria ao titular. A ofensa a estes interesses, inclusive, dificilmente seria levada à jurisdição não fosse o processo coletivo, já que, numa perspectiva de custo benefício, os titulares não teriam interesse no ajuizamento

de demandas individuais⁸³. Esta seria mais cara e dispendiosa do que o eventual benefício econômico obtido com o êxito⁸⁴.

Neste ponto reside a distinção entre as noções de *mass torts* e *scartery loss* nos sistemas de *common law*. Enquanto estes consistem em prejuízos pouco significativos suportados pelos indivíduos, naqueles há um relevante ou grave dano individual, que motiva a atuação do sujeito lesado⁸⁵. Originalmente, a função das *class actions* era justamente possibilitar uma resposta jurisdicional às situações em que os indivíduos sofressem prejuízos de pouca repercussão, sendo que, apenas posteriormente, passaram a abarcar situações em que dano individual é significativo (*mass torts*)⁸⁶.

Da mesma forma, quando considerado o ordenamento brasileiro, parece possível estabelecer uma distinção entre interesses individuais homogêneos de pouca repercussão econômica e interesses individuais homogêneos em que esta repercussão é significativa. A diferença que embasaria a distinção seria a verificação no caso concreto, calcada em critérios de razoabilidade e à luz das circunstâncias do caso e da situação dos envolvidos,

---

⁸³ Ricardo de Barros Leonel lembra que, em situações como esta, “*por vezes, a lesão individualmente considerada é ínfima, e ainda que o demandante saísse vencedor da ação singular, não estaria compensado sequer o custo do processo ou os honorários advocatícios*”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. 3ª ed. Pág. 102).

⁸⁴ Tratando sobre a questão do *free riding*, mais ligada à tutela de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, Carlos Alberto de Salles considera que, quando se fala de bens coletivos (caracterizados pela indivisibilidade de sua titularidade e publicidade, expressão esta utilizada para denotar que tais bens não são passíveis de apropriação privada), deve-se levar em consideração que: i) “*a defesa deste tipo de interesse implica custos transacionais muito altos*”; ii) o interesse pessoal de cada um dos indivíduos não é tão significativo e iii) qualquer um da sociedade pode tomar iniciativas para tutela do bem indivisível. À vista disso, conclui o autor pela existência de um contexto na sociedade moderna que favorece o denominado efeito carona, ou *free riding*, o que significa que, “*em termos estritamente racionais, quem mais ganha é quem não participa de qualquer iniciativa e, portanto, não incorre em qualquer custo*” (SALLES, Carlos Alberto de. *A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados*. In. SALLES, Carlos Alberto de (Organização). *Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. Págs. 132/133). O mesmo fenômeno ocorre, de certo modo, quando se fala na tutela de interesses individuais homogêneos de pouca repercussão econômica, na medida em que não há elementos que estimulem o indivíduo a, por si só, buscar a reparação pela jurisdição. Nestas hipóteses, a efetivação destes direitos dependerá, na grande maioria das vezes, da atuação do legitimado para o ajuizamento do processo coletivo.

⁸⁵ “*Mass torts and scattered loss have in common that the same wrongful behavior or source of danger causes harm to a large number of individuals. However, this commonality is the only one that combines the two groups. Mass torts and scartery loss differ from another with respect to the size and severity of the harm suffered by a single victim.*” (WAGNER, Gerhard. *Collective Redress – Categories of Loss ad Legislative Options*. Op. Cit. Pág.62)

⁸⁶ “*The original function of the class action was to provide a procedural remedy for cases of scattered loss. It was not until de late 1970s that is also used for the collective enforcement of damages actions in mass torts, and, precisely in this area, it has remained highly problematic.* (WAGNER, Gerhard. *Collective Redress – Categories of Loss ad Legislative Options*. Op. Cit. Pág.71),

da propensão ou do estímulo dos indivíduos teriam para buscar, por conta própria, a tutela jurisdicional, ou para promover, em caso de êxito do processo coletivo, a liquidação e execução individual da sentença condenatória.

Isto considerado, em situações em que se puder presumir razoavelmente – verificadas as circunstâncias do caso - que os indivíduos não têm suficiente estímulo para buscar individualmente a tutela jurisdicional a que em tese fazem jus, os eventuais direitos de que sejam titulares podem ser considerados individuais homogêneos de menor repercussão econômica.

De forma análoga a estas situações, existem hipóteses em que circunstâncias típicas das sociedades de massa dificultam a iniciativa dos indivíduos no sentido de buscar a reparação devida posteriormente a violação dos direitos subjetivos de que titulares.

É o que se verifica quando, em virtude da natureza da relação jurídica formada entre as partes, há uma significativa dificuldade em se identificar e até mesmo localizar os titulares do direito ofendido. Em geral, esta dificuldade decorre da natureza dinâmica dos contratos e das relações, como nos casos de usuários de serviços públicos como transporte ou de consumidores de produtos de pequeno valor (é o caso, por exemplo, dos usuários do transporte coletivo, que podem vir a pagar taxa cobrada de forma indevida, ou mesmo adquirentes de produtos de pequeno valor). Nestas hipóteses, pela natureza e velocidade dos contratos, os indivíduos dificilmente têm condições de demonstrar em Juízo que ostentam a condição de lesados patrimonialmente ou podem ser identificados após constatada a conduta ilícita do réu⁸⁷.

O processo coletivo que tem como objeto interesses individuais homogêneos pode abranger todas estas situações, viabilizando que violações aos direitos individuais sejam reconhecidas mediante o exercício da jurisdição estatal, mesmo que sejam pouco significativas sob aspecto econômico ou que haja óbices à iniciativa individual para reparação. Quando se fala, todavia, na execução da sentença condenatória proferida no processo coletivo, parece-nos ser caso de se distinguir a situações em que é adequada a

---

⁸⁷ Parece-nos que, a depender da dispersão e do alcance do prejuízo causado pelo réu, não se pode descartar a configuração de ofensa a interesse coletivo em sentido estrito ou difuso, concomitantemente ao prejuízo causado aos indivíduos que não se pode sequer identificar.

utilização da execução residual (art. 100 do CDC) à luz do direito individual homogêneo ofendido.

Esta distinção será novamente abordada no presente trabalho (item 4.4), uma vez que nos parece necessária uma análise voltada para o cabimento e adequação da utilização da execução residual em situações em que o interesse individual tem significativa repercussão econômica e nas quais é possível considerar, pelas circunstâncias do caso concreto, que os indivíduos possivelmente buscaram a reparação singular (em casos de acidente aéreo ou de significativos prejuízos individuais, por exemplo).

CAPÍTULO 2 – CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO COLETIVO PARA TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

2. 1) A sentença e execução no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos.

De maneira geral, o procedimento no processo coletivo que tem como objeto a tutela de direitos individuais homogêneos se desenvolve de forma semelhante ao que se destina à proteção dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito. As significativas diferenças procedimentais surgem quando se examina a sentença de procedência e a sua execução, já que nesta modalidade se reconhece uma violação a interesses individuais dotados de homogeneidade e não de interesses indivisíveis afetos à coletividade (difusos e coletivos em sentido estrito).

Na tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, restando impossibilitada a reparação integral *in natura* ou a tutela específica para compensação do dano causado (obtenção do resultado prático equivalente à reparação) – medidas preferenciais em relação à condenação em pecúnia, como visto, em decorrência do princípio da maior proteção dos interesses da coletividade ⁸⁸ – eventual pagamento de

---

⁸⁸ Édis Milaré, muito embora analise a questão sob o prisma do direito ambiental, formula raciocínio válido para a tutela dos interesses metaindividuais em geral. “A modalidade ideal – e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais onerosa – é a reparação natural do bem agredido, cessando-se a atividade lesiva e repondo-se a situação ao status quo anterior ao dano, ou adotando-se medida compensatória equivalente. (...) Esta opção, verdadeira execução específica, vem claramente defendida no Direito brasileiro, inclusive no campo constitucional”. (MILARÉ. Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5ª ed. Pág. 818). A ideia de compensação relaciona-se, pois, à busca por resultado prático equivalente, noção já consagrada no direito processual diante da impossibilidade de cumprimento de determinadas obrigações. Nesta linha, Pedro Dinamarco, examinando a execução nas ações civis públicas, considera que “o processo deve proporcionar, o mais fielmente possível, a mesma situação que existiria se não tivesse havido o descumprimento da obrigação, ou seja, deve sempre buscar a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento (qualitativa e quantitativamente)”. DINAMARCO, Pedro. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva. Pág. 301. No mesmo sentido: PIZZOL. Patrícia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus. Pág. 161 e seg. e Ricardo de Barros Leonel, sendo que este, de sua vez, traz exemplo que bem exemplifica providência compensatória em matéria de tutela de direito metaindividual: “constatando-se a inviabilidade da tutela específica, na hipótese de contaminação irreparável de certo manancial ou lençol freático destinado ao abastecimento de certa localidade, possível a fixação de medida

indenização imposto ao réu é direcionado diretamente ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei de Ação Civil Pública.

De forma diversa, no processo coletivo que tem como objeto a proteção de interesses individuais homogêneos, após proferida a sentença condenatória, a reparação se direciona, naturalmente, ao titular do direito violado e depende, a princípio, de sua iniciativa.

Nesta linha, ensina Ada Pellegrini Grinover que, no processo coletivo que tutela direitos individuais homogêneos, o substituto processual pleiteia o reconhecimento genérico de um direito que, em momento posterior, irá ou poderá ser exercido pelo substituído⁸⁹. Através do procedimento de liquidação e execução individual, ocorre “*uma verdadeira habilitação das vítimas e sucessores, capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados do art. 95 em indenizações pelos danos individualmente sofridos*”⁹⁰. Incumbe ao indivíduo, neste contexto, comprovar que “*sua situação fática particular encontra-se inserida na abrangência do que foi decidido coletivamente*”⁹¹.

Assim, em geral, na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória reconhece a ilicitude da conduta do réu, de forma que, na fase de execução, os titulares do direito individual, ao demonstrarem ter sofrido prejuízo em decorrência desta conduta, obtém, através do procedimento da liquidação de sentença, a indenização que lhes é devida.

---

de compensação em espécie, determinando-se ao causador do dano a obrigação de trazer água de outra região para o abastecimento daquela atingida” (Manual do Processo Coletivo. Op. Cit. 3ª ed. Pág. 416).

⁸⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor... Op.Cit. Pág. 138.

⁹⁰ Código Brasileiro de Defesa do Consumido... Op.Cit. Pág. 154.

⁹¹ Luiz Manuel Gomes Junior. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Op. Cit. Pág. 361. No mesmo sentido, dentre vários outros, Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 5ª ed. 2013. Pág. 261)

2.2) possibilidade de tutela dos interesses individuais homogêneos mediante imposição de obrigação de fazer.

Como exposto anteriormente, no processo em que são tutelados interesses individuais homogêneos, a sentença condenatória prolatada, regra geral, serve como título executivo hábil a propiciar a liquidação e execução posteriormente promovidas pelos indivíduos prejudicados.

O artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, inserido no Capítulo referente à defesa dos interesses individuais homogêneos, dispõe que “*em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*”. Aliado ao art. 95 do CDC, os artigos 97 e 98 também disciplinam a liquidação e execução da sentença, dispondo inclusive acerca dos legitimados para promoção desta.

Entretanto, a despeito da previsão legal e do caráter genérico da sentença, já se reconhece em sede doutrinária a possibilidade de existirem decisões condenatórias em processos versando sobre interesses individuais homogêneos que têm aptidão para ser executadas independentemente da fase de liquidação e execução individual.

É o caso das sentenças condenatórias que, no seu bojo, trazem elementos que permitem sua imediata aplicabilidade e implementação, independente da integração do título e, em algumas hipóteses, até mesmo da manifestação volitiva dos indivíduos lesados.

Conforme constata Érica Barbosa e Silva, “*não resta dúvida de que o caráter genérico da sentença, na tutela dos direitos individuais homogêneos, é um dogma que está perto de ser desmistificado. Há uma crescente verificação de que essa sentença pode, sim, ser cumprida sem a liquidação*”⁹². Com efeito, esta moderna tendência do processo coletivo é das mais acertadas, até mesmo pela busca de uma cada vez maior ampliação da efetividade na tutela jurisdicional. Neste contexto, mostra-se dispensável o procedimento de liquidação propriamente dito quando for patente a demonstração da condição de credor pelo indivíduo e o prejuízo sofrido já esteja previamente quantificado ou baste, para tanto,

---

⁹² BARBOSA E SILVA, Érica. *Cumprimento de Sentença em Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas. 2009. Pág. 124 .

simples cálculos aritméticos de atualização. Nestas situações, basta que se garanta o contraditório ao executado em relação à alegada condição de credor e à higidez da conta apresentada (sobre estes pontos, caso necessário, poderá haver produção de prova, a depender da natureza da matéria impugnada). Pode-se falar, aqui, numa execução individual da sentença sem a necessidade do procedimento de liquidação, dada a desnecessidade de integralização do título executivo ao valor do prejuízo sofrido.

Além disso, já se identificam situações em que é possível que a tutela do interesse individual homogêneo se desenvolva pela imposição de obrigações de fazer, tornando-se, inclusive, dispensável a iniciativa dos indivíduos lesados.

Neste ponto, relevante a distinção doutrinária existente entre obrigações de pagar e obrigações de fazer, que podem ser impostas ao executado no procedimento para execução da sentença condenatória. Esta distinção – a princípio relativa ao direito material e à natureza da obrigação – levou à criação de procedimento diversos no âmbito do direito processual, quais sejam, o destinado à execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa e o procedimento para execução por quantia certa contra devedor solvente.

As obrigações de pagar, em geral, são satisfeitas através da entrega, pelo devedor, de uma determinada quantia em dinheiro ao credor. Já nas obrigações de fazer e não fazer, o objeto da relação jurídica é um comportamento do devedor, sendo possível sua imposição, no processo civil, pela execução específica, com utilização de mecanismos de coerção, como a *astreinte*⁹³.

Assim, entende-se que para a imposição do cumprimento de obrigações de fazer e não fazer são mais propícios métodos de execução indireta (coerção). Já para a implementação forçada das obrigações de pagar (pecuniárias), são utilizados essencialmente os métodos de sub-rogação (que independem da vontade do devedor), ressalvadas algumas exceções, como na hipótese constitucionalmente prevista da prisão

---

⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 47ª ed. 2007. Pág. 251/252.

por dívida do devedor de alimentos⁹⁴. A execução por quantia certa em geral se opera mediante a técnica processual expropriatória, conforme a disciplina do art. 647 do CPC⁹⁵.

Isto considerado, quando se voltam os olhos para a tutela dos interesses individuais homogêneos no processo coletivo, vislumbra-se, em um número restrito de situações, a possibilidade de um tratamento molecular na execução que envolve o cumprimento de obrigações de fazer pelo réu em benefício dos indivíduos lesados.

Esta possibilidade, decerto, não ultrapassa os limites da legitimidade extraordinária conferida ao substituto processual, sendo possível que este formule tal pleito em sede de processo coletivo, conforme preceitua autorizada doutrina sobre o tema⁹⁶. Por se tratar de substituição processual, o pedido formulado pelo autor coletivo deverá observar o pleno atendimento do direito subjetivo violado ou, ainda, resultado prático equivalente. Não se faz possível, aqui, que se pleiteie a condenação do réu em obrigação de fazer que não represente uma reparação integral ou consista em medida compensatória represente idêntico resultado prático aos indivíduos, já que o contrário significaria disposição, pelo substituto processual, de direito de titularidade dos indivíduos substituídos no processo.

Assim, do mesmo modo que nada impede ao indivíduo correntista que, em seu pedido inicial, requeira a condenação de uma instituição bancária a, por exemplo, restituir valor indevidamente cobrado mediante depósito diretamente em sua conta corrente (desde que ostente a condição de correntista, sendo necessária, nesta hipótese, a existência de uma

---

⁹⁴ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 15ª ed. 2012. Pág. 144. Dinamarco lembra que, ao dar ênfase aos mecanismos de sub-rogação (execução direta) na execução por quantia certa e aos mecanismos de coerção (execução indireta) na execução específica (obrigações de fazer, não fazer e entregar), o direito brasileiro estabelece uma preponderância, inexistindo exclusividade. Por exemplo, na hipótese do art. 475-J do CPC, há incidência de multa como mecanismo de pressão psicológica para compelir o devedor a efetuar o pagamento (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros. 3ªEd. 2009. Págs. 52/53.)

⁹⁵ MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. *Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5ª ed. 2013. Pág. 654.

⁹⁶ Para Ricardo de Barros Leonel, a predominância da liquidação e execuções individuais na tutela dos interesses individuais homogêneos não faz com que fique descartada “a possibilidade de situações em que haja execução específica em benefício de interesses individuais homogêneos: imagine-se a condenação de montadora de veículos a substituir peças de determinação modelo cujo lote, formado por milhares de veículos que foram comercializados, apresentam o mesmo defeito” (*Manual do Processo Coletivo*. Op. Cit. 3ª ed. Pág. 417). Na mesma linha, Ada Pellegrini Grinover, analisando o processo coletivo em que se tutelam interesses individuais homogêneos, considera que “é perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante o disposto no art. 83 do CDC”. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...Op. Cit.* Pág. 137).

relação que viabilize o cumprimento da obrigação através de uma prestação), é plenamente possível que um legitimado coletivo formule tal pleito em favor daqueles que substitui no âmbito processual. Basta, da mesma forma, que os substituídos tenham uma relação jurídica com o(s) réu(s) do processo coletivo (assinantes de telefonia, mensalistas de escola, servidores públicos, etc.), de forma a permitir que o pedido seja formulado na forma de obrigação de fazer⁹⁷.

Nesta hipótese, o título executivo já é formado contendo uma obrigação que, a despeito de conter caráter pecuniário, foi imposta ao réu na forma de uma conduta determinada e que pode ser cumprida independente da iniciativa singular dos indivíduos lesados (podendo assim ser exigida através dos mecanismos de coerção existentes no procedimento executivo, como a imposição de multa diária)⁹⁸. Como reflexo dessa visão, a jurisprudência tem admitido a execução mediante procedimento mandamental (típico das execuções de obrigações de fazer) na execução da sentença que versa sobre interesses individuais homogêneos, notadamente quando este pleito tiver sido formulado, de antemão, pelo legitimado coletivo na exordial⁹⁹.

---

⁹⁷ O exemplo não é nosso, mas de Ricardo de Barros Leonel, para quem “*nesse caso, o pedido e a sentença poderiam contemplar a imposição de conduta (fazer), ou seja, decisão mandamental, consistente em depositar na conta dos correntistas os valores que foram indevidamente cobrados, comprovando-se o cumprimento desta determinação em fase de execução.*” (Manual do Processo Coletivo. 3ª ed. Op. Cit. Pág. 418).

⁹⁸ Parece-nos com efeito, que nos casos que versam sobre interesses individuais homogêneos, o conteúdo mandamental (que permite a imposição por obrigação de fazer), deve estar expresso na decisão condenatória. Assim, que nos casos em que a sentença tão somente condena o réu no pagamento de quantia certa, tanto as partes quanto o Juízo estão, na execução, jungidos à observância do procedimento estabelecido em Lei para execução da obrigação de pagar, fortemente escorado em meios de execução diretos (sub-rogação). Como bem observa Marcelo Abelha Rodrigues, no procedimento executivo a observância do devido processo legal ganha especial relevância como fator de legitimidade da atividade estatal e fator garantidor da liberdade do cidadão, sendo ele o garantidor de um justo e razoável equilíbrio entre o poder estatal exercido sobre o executado e a necessidade de se efetivar o direito do exequente (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O devido processo legal e a execução civil. In EXECUÇÃO CIVIL. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. Pág. 114). Não consideramos viável, assim, que uma vez proferida uma decisão que somente reconheça a responsabilidade genérica do réu, ocorra, na fase executiva, exigência de seu cumprimento na forma de obrigação de fazer, em franco acréscimo à decisão passada em julgado. Deverão os indivíduos prejudicados, nesta hipótese, valer-se do procedimento de liquidação e execuções individual, estabelecido em Lei.

⁹⁹“*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA DA SENTENÇA. PROVIMENTO DE CARÁTER MANDAMENTAL. LIDE MULTITUDINÁRIA. ADMISSIBILIDADE.*

I - Na petição inicial da Ação Civil Pública em causa, proposta pela APADECO contra o Banco do Brasil, visando a diferenças de correção monetária de valores depositados em caderneta de poupança, o pedido formulado possuiu nítido caráter mandamental. Essa característica se refletiu no título judicial que se formou.

Em hipóteses como esta, em que a tutela do interesse individual homogêneo se desenvolve pela técnica da imposição de obrigação de fazer em favor dos indivíduos, é caso de tratamento molecular também na fase executiva, sendo interessante considerar que, ainda que os indivíduos lesados mantenham-se absolutamente inertes no que se refere à execução da sentença, poderão ser reparados (ou integralmente compensados) desde que seja possível sua identificação pelo substituto processual ou pelo próprio executado e com este mantenham alguma relação jurídica^{100 101 102}.

II - Nos termos do pedido inicial e do Acórdão, devidamente transitado em julgado, válida a determinação para que a execução de sentença de Ação Civil Pública se realize mediante depósito direto em conta pelo próprio Banco dos valores devidos aos clientes.

III - A providência, além de autorizada pela natureza do título executivo, torna efetiva a condenação e evita o assoberbamento do Poder Judiciário com incontáveis execuções individuais que, em última análise, constituem sub-produto dos sucessivos planos econômicos ocorridos na história recente do país IV - Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 767741/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 24/08/2010)”

Este julgado é trazido como exemplo da interessante tendência jurisprudencial em admitir a tutela mediante imposição de obrigação de fazer por Maria Elisa Cesar Novais (NOVAIS, Maria Elisa Cesar. *A tutela executiva nas ações coletivas em defesa do consumidor*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. Pág. 167/168) e por Ricardo de Barros Leonel (*Manual do Processo Coletivo*. 3ª Ed. Op. Cit. Pág. 419).

¹⁰⁰ Vale registrar que, utilizada a técnica da imposição de obrigação de fazer em face do réu e sendo possível o cumprimento da decisão independente da manifestação de vontade dos indivíduos (como no exemplo da restituição de tarifa indevidamente cobrada em conta telefônica), fica afastada a possibilidade de se levar em consideração o prejuízo sofrido por estes indivíduos para fins de aplicação do art. 100 do CDC.

¹⁰¹ Este fenômeno tem sido comum na fase executiva de processos coletivos envolvendo servidores e as Fazendas Públicas. Após proferida sentença de procedência para afirmar o direito dos servidores em receber determinada vantagem em seu pagamento mensal (o chamado apostilamento de vantagem), é usual que os Juízos intimem a Fazenda a comprovar o cumprimento da obrigação de fazer após o fornecimento, pelo Sindicato (substituto processual), da listagem de filiados, independente de qualquer iniciativa destes. A opção pela sistemática usual faria com que cada um dos servidores tivesse de ajuizar pedido individual para obtenção de seu apostilamento, o que se afigura até mesmo anti-econômico. A liquidação individual é reservada, nestes casos, para execução de valores específicos devidos a cada um dos servidores, com base nos efeitos retroativos da sentença condenatória.

¹⁰² Esta possibilidade vem expressa também no art. 26 do Projeto de Lei 5.139/2009, em tramitação na Câmara, para “*Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências*”:

“Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

§ 1o Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.”

O mencionado projeto, muito embora tenha inegável qualidade técnico-jurídica, foi rejeitado pelo Relator no ano de 2010, tendo sido interposto recurso para o Plenário da Câmara dos Deputados deste mesmo ano, sem notícia de julgamento posterior. Acerca das qualidades do projeto, seu histórico de tramitação, a resistência a

De outro lado, deve-se considerar que a execução da obrigação de fazer na tutela de interesses individuais homogêneos não representa óbice, como não poderia deixar de ser, à possibilidade da livre renúncia ou transação expressamente manifestada pelo titular do direito perante o executado do processo coletivo, em virtude da disponibilidade do direito cuja violação foi reconhecida judicialmente.

Como se observa, a utilização da técnica de obrigação de fazer na proteção dos direitos individuais homogêneos privilegia a economia processual e a efetividade do processo, proporcionando a reparação ou compensação do prejuízo sofrido pelos indivíduos ainda quando estes permaneçam inertes. A nosso aviso, portando, sua utilização deve ser preferencial nos casos em que se mostra possível (que, segundo nos parece, não são maioria), como consequência da busca pela efetividade e eficiência que norteiam o ordenamento.

Não se pode olvidar, além disso, que mesmo nestas situações em que é possível a tutela dos interesses individuais homogêneos através da imposição de obrigação de fazer, a liquidação e execução individual será necessária pontualmente, isto em decorrência dos inúmeros fatores que envolvem o cumprimento da determinação judicial no caso concreto (entre os quais, por exemplo, a não implementação da prestação em favor de alguns dos indivíduos; a opção do titular do direito por pelo recebimento de indenização em espécie; eventual transação ou renúncia por ele celebrada em face do executado; etc.¹⁰³). Existem ainda as situações em a imposição das obrigações de fazer não serão suficientes para reparar os danos específicos sofridos pelos titulares, sendo aí imprescindível a liquidação individual para comprovação da existência de prejuízos suplementares (especificamente

---

sua aprovação e seu arquivamento pela Relatoria na Câmara vide: MORAES. Voltaire de Lima. *A Lei da Ação Civil Pública 25 anos depois (Lei 7.347/1985) e a derrocada do Projeto de Lei 5.139/2009 que pretendia revogá-la*. In *Ação Civil Pública após 25 anos*. Coord: Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais.2010.

De todo modo, segundo nos parece, a possibilidade já existe no ordenamento atual nos termos acima expostos, o que não reduz a conveniência e relevância da proposição legislativa.

¹⁰³ Este insucesso pode advir, ainda, da impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer pelo executado (por exemplo, a inexistência de vínculo jurídico atual entre este e o indivíduo, como nos casos em que o correntista encerra sua conta, ou do usuário que rescinde seu contrato de telefonia) ou de alguma discussão que ocorra nos casos concretos acerca do cumprimento da obrigação. É o caso, por exemplo, do indivíduo entende que faz jus a um valor maior ao que lhe foi efetivamente restituído em conta, ou que teve prejuízos outros e específicos, que pretende ver reparados pelo executado ou, ainda, do executado que entende que o indivíduo não se enquadra na situação tipo prevista na sentença judicial (no exemplo bancário utilizado, que não era correntista há época ou que não sofreu o desconto indevido).

sofridos por determinados sujeitos) e do nexo de causalidade entre estes e a conduta do executado cuja ilicitude foi reconhecida¹⁰⁴.

Em tais condições, ainda que adotado o método da imposição de obrigação de fazer na tutela dos interesses individuais homogêneos, as questões casuísticas que eventualmente surjam ou mesmo que decorram naturalmente na execução do julgado tornam imprescindível a instauração do procedimento para liquidação e execução singular da sentença (ainda que se resuma ao requerimento individual acompanhado de cálculos aritméticos, em que, como visto, é desnecessária a liquidação propriamente dita). Este, portanto, remanesce como mecanismo protagonista na execução das decisões condenatórias nos processos coletivos que têm como objeto interesses individuais homogêneos. Passaremos, pois, a examiná-lo.

2.3) procedimento de liquidação e execução individual da sentença no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos e a legitimidade para sua promoção.

Na linha do anteriormente exposto, excluídos os casos em que é possível a imposição da decisão condenatória mediante obrigações de fazer, o procedimento para execução da sentença que reconhece ofensa a interesses individuais homogêneos se desenvolve pelo procedimento de liquidação e execução singulares, promovidas, em regra, pelo próprio interessado ou seus sucessores (ou ainda um terceiro que, atuando em nome destes, os represente no processo).

---

¹⁰⁴ Como exposto antes (nota “90”), a distinção entre danos não específicos (uniformes) e danos específicos sofridos pelos indivíduos na tutela de interesses individuais homogêneos, que nos parece bastante relevante para a execução residual, é abordada no item 5.1.b. A existência de danos específicos sofridos pelos indivíduos reclama, para a devida reparação, o procedimento de liquidação e execução individuais, uma vez que a ocorrência destes não pode ser presumida pela relação jurídica homogênea objeto do processo coletivo.

Este mecanismo ganha protagonismo na execução da sentença condenatória que reconhece violação a interesses individuais homogêneos uma vez que esta decisão, em geral, traz um provimento condenatório genérico, reconhecendo a ilicitude da conduta do réu e o dever de indenizar os eventuais danos causados. Afigura imprescindível, nestas situações, a verificação concreta do nexo de causalidade entre o dano e a conduta e da existência e extensão do prejuízo a ser reparado.

Inobstante a dicção do art. 98 do CDC¹⁰⁵ - que utiliza a expressão “execução coletiva” e autoriza a atuação dos legitimados coletivos mencionados no art. 82 do Diploma - a doutrina tem assentado o entendimento de que, sendo necessário procedimento da liquidação e execução individuais, não é possível, neste momento, que o substituto processual atue se valendo da legitimação extraordinária. As entidades elencadas no art. 82 do CDC e 5º da LACP apenas poderiam atuar em favor dos indivíduos titulares do direito na liquidação e execução individual da sentença coletiva quando expressamente autorizadas, mediante o instituto da representação processual^{106 107}.

---

¹⁰⁵ “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)”.

¹⁰⁶ No sentido da impossibilidade de substituição processual nesta hipótese: Teori Albino Zavascki (*Processo Coletivo... Op. Cit.* Pág. 184/185); Ricardo de Barros Leonel (*Manual do Processo Coletivo. Op. Cit.* Pág. 420/421); Ada Pellegrini Grinover (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor... Pág. 157/158*); Luiz Rodrigues Wambier (*Liquidação da sentença civil... Pág. 312/313*). Para Aloísio Iunes Monti Ruggeri Ré, ainda que a execução individual destas sentenças seja promovido por um dos legitimados arrolados pelo art. 82 do CDC, como permite o art. 97 desde Diploma, está se diante de “uma espécie de ‘representação processual’, não mais uma legitimação extraordinária ou legitimação autônoma para a condução do processo, como eventualmente ocorreria no âmbito da fase de conhecimento”. (Ré, Aloísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros. 2012. pág.292)

¹⁰⁷ Excepcionam-se desta regra os Sindicados em favor de empregados no processo trabalhista, já que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tende a considerar que os mesmos, com base em expressa disposição constitucional, tem permissão para promover execuções individuais valendo-se da legitimidade extraordinária:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 8º, III, DA CF/88. AMPLA LEGITIMIDADE. COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. “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” (RE 210.029, Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 17.08.07). No mesmo sentido: RE 193.503, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24.8.07. 2. Legitimidade do sindicato para representar em juízo os integrantes da categoria funcional que representa, independente da comprovação de filiação ao sindicato na fase de conhecimento. Precedentes: AI 760.327-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 03.09.10 e ADI 1.076MC, Relator o Ministro

Com efeito, tal posição doutrinária nos parece das mais acertadas, já que o direito individual homogêneo é de titularidade individual, sendo possível, em regra¹⁰⁸, sua disposição pelo sujeito. Eventual renúncia ou transação manifestada pelo indivíduo titular estaria, destarte, albergada pela autonomia da vontade, razão pela qual não teria sentido que a execução se desenvolvesse prioritariamente mediante atuação dos legitimados extraordinários.

Além disso, caso o substituto processual viesse a promover a execução singular em nome próprio mas em favor do indivíduo (valendo-se, pois, da legitimação extraordinária), ver-se-ia obrigado a, em seguida, diligenciar para localizar o sujeito interessado, para então lhe entregar a quantia obtida, já que não poderia dela se apropriar, considerando que inexistia tal previsão no ordenamento.

Parece-nos, também por isso, acertada esta orientação doutrinária, hoje majoritária. Dela resulta, todavia, que a implementação da decisão condenatória fica condicionada à iniciativa dos indivíduos prejudicados em boa parte das hipóteses (quando não é possível a imposição de obrigação de fazer em face do réu). Para disciplinar algumas destas situações, o Legislador criou a execução residual nos termos do art. 100 do CDC, cujos fundamentos e finalidades serão examinados no próximo capítulo.

Sepúlveda Pertence, DJ de 07.12.00). 3. A controvérsia dos autos é distinta daquela cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário desta Corte nos autos do recurso extraordinário apontado como paradigma pela agravante. O tema objeto daquele recurso refere-se ao momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação, nos termos do artigo 5º XXI da CF/88. Todavia, in casu, discute-se o momento oportuno para a comprovação de filiação a entidade sindical para fins de execução proferida em ação coletiva ajuizada por sindicato, com respaldo no artigo 8º, inciso III, da CF/88. 4. O acórdão originalmente recorrido assentou: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DO CICLO DE GESTÃO. CGC. DECISÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. AFILIADOS ÀS ENTIDADES IMPETRANTES APÓS A DATA DA IMPETRAÇÃO. DIREITO GARANTIDO DA CATEGORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS NOVOS NÃO FORAM CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 696845 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 16-11-2012 PUBLIC 19-11-2012)”

¹⁰⁸ Excetuam-se os interesses indisponíveis que eventualmente preencham os requisitos para serem considerados individuais homogêneos.

CAPÍTULO 3 – A EXECUÇÃO RESIDUAL DISCIPLINADA PELO ART. 100 DO CDC.

3.1) A implementação da decisão condenatória que reconhece violação a direitos individuais homogêneos.

A doutrina atual do processo civil tem apontado situações em que, no contexto da sociedade moderna, verifica-se um significativo grau de dispersão no interesse na preservação de bens pertencentes à coletividade, não passíveis de apropriação individual. Considerando que os custos econômicos e os encargos diversos para defesa do interesse coletivo são suportados pelo sujeito que se dedica à proteção (seja buscando a tutela jurisdicional, seja em outra esfera) e que este não se beneficia diretamente da preservação do bem ou interesse, identificou-se o que se denominou de efeito carona (*free riding*). Considerando que o indivíduo tem de arcar com os diversos custos da proteção e defesa do bem ou interesse coletivo, torna-se, na perspectiva dele, mais interessante que outra pessoa ou entidade atue no sentido dessa proteção¹⁰⁹.

Quando se fala em tutela jurisdicional de direitos individuais homogêneos (divisíveis e apropriáveis pelos titulares), o pouco expressivo benefício econômico a ser obtido pelo indivíduo em relação aos custos do processo é elemento que contribui para uma menor iniciativa para execução da decisão condenatória. Além disso, como exposto, questões relativas ao acesso à Justiça e até mesmo a dificuldade em se identificar os titulares do direito no contexto da sociedade de massa surgem como óbices a um aumento da iniciativa dos indivíduos lesados (item 1.8).

Nestas condições, na análise da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, chega-se a afirmar que o processo coletivo, em algumas hipóteses, pode se mostrar a única maneira mediante a qual a violação ao direito é trazida à jurisdição¹¹⁰. Os

---

¹⁰⁹ Sobre a questão da dispersão e o denominado efeito carona (*free riding*) na preservação e tutela de bens e interesses da coletividade, remetemos novamente ao trabalho de Carlos Alberto de Salles: *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

¹¹⁰ Neste sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. (*A tutela coletiva de interesses individuais...Op. Cit.* Pág. 261).

indivíduos, em tais situações, não teriam interesse em demandar sozinhos, e, não fosse a substituição processual, a questão poderia ficar completamente a margem da apreciação jurisdicional.

A legitimação extraordinária, com efeito, possibilita que os interesses que reúnam os requisitos para ser considerados individuais homogêneos sejam tutelados jurisdicionalmente em fase de conhecimento, permitindo um pronunciamento acerca da existência (ou não) do direito individual diante da situação homogênea levada a Juízo. Todavia, de forma diversa ao que ocorre na tutela dos bens coletivos (indivisíveis), eventuais dificuldades na implementação da sentença condenatória serão verificadas no momento da execução, em que, como regra, depende-se da iniciativa individual e, em princípio, não se admite a substituição processual em virtude da natureza destes direitos e de sua titularidade determinada (item 2.3).

E em um sistema em que não é possível que os substitutos processuais executem a decisão condenatória em favor dos titulares do direito com base na legitimação extraordinária, situações em que não há significativa iniciativa individual representariam proveito ao executado (de forma idêntica ao que ocorre na tutela individual de direitos, em que, da inércia do exequente em promover a execução da sentença resulta a prescrição intercorrente). Haveria, destarte, uma significativa possibilidade de não haver relevante implementação da decisão condenatória, mesmo após o reconhecimento pelo Estado Juiz da violação a direitos individuais homogêneos pertencentes a um número significativo de indivíduos, em franco favorecimento ao réu, que tem em seu desfavor um provimento condenatório¹¹¹.

Neste panorama, o ordenamento brasileiro previu, para o processo coletivo que tutela interesses individuais homogêneos, disciplina diversa daquela que rege a tutela

---

¹¹¹ André Vasconcelos Roque bem sintetiza a questão: “ao confiar demasiadamente na iniciativa das vítimas para deflagrar a liquidação e execução de seus danos pessoais, o legislador frustra a economia processual e a efetividade da tutela coletiva, ainda mais em um sistema que conta com a comunicação pela simples publicação de editais na imprensa oficial. O resultado final dessa equação tem se revelado decepcionante: mesmo uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos com pedido julgado procedente poderá atingir um sucesso muito limitado, porque poucas pessoas terão conhecimento do julgamento e menos integrantes ainda estarão dispostos a contratarem um advogado para se habilitarem, liquidando seus danos pessoais”. (ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodvm. 2013. Pág. 617).

individual de direitos subjetivos. Criou-se, assim, o instituto da execução residual, disciplinado pelo já mencionado art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando que o processo coletivo para tutela de interesses individuais homogêneos no direito brasileiro, assim como a execução residual de nosso sistema, foram inspirados nas *class actions for damages* do sistema norte americano¹¹², reputamos relevante, previamente, trazer algumas considerações acerca do *fluid recovery* estadunidense, apontado algumas semelhanças e diferenças entre o modelo por eles adotado e a opção brasileira.

3.2) a utilização da quantia residual no sistema norte-americano através da *cy-près doctrine*.

No sistema de processo coletivo norte-americano, é usual a identificação das ações coletivas pelas hipóteses de cabimento previstas pela Rule 23 (b) da Federal Rules of Civil Procedure¹¹³. Considerando que, como visto (item 1.4), os sistemas de *common law*, em

---

¹¹² No tocante à inspiração, a afirmação é feita também por Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor*. In *O processo em evolução*. Op. Cit. Pág.126).

¹¹³ (b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) 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

geral, não trabalham com a distinção prévia entre interesses divisíveis e indivisíveis na tutela coletiva, as diversas modalidades de *class actions* previstas no Estatuto Estadunidense podem tutelar direitos que para nós seriam considerados difusos, coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos ou mesmo gerais¹¹⁴.

Neste panorama, como expusemos anteriormente, nossas ações coletivas que versam sobre interesses individuais homogêneos mais se assemelham às *class actions* disciplinadas no item (b) (3) da *Rule 23 (class actions for damages)*. Nestas modalidades de *class actions* é comum que, após proferida sentença condenatória, imponha-se ao réu o dever de destinar determinada quantia para a formação de um fundo que, criado pelo Juízo, terá como finalidade a recomposição do dano causado e a reparação dos indivíduos lesados. Após a formação do fundo, são deduzidas as despesas com honorários advocatícios e processuais, com posterior distribuição do valor aos membros da *class*, de forma condizente com o prejuízo por eles suportado¹¹⁵.

---

methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

¹¹⁴ Ambas as afirmações são fetias por Antônio Gidi, que em detalhada obra sobre o tema, analisa modalidades de *class actions*. Afirma que “os diferentes tipos de ações coletivas são denominados na doutrina e na jurisprudência simplesmente pelo número da subdivisão do artigo que os prevê. (...). Há, porém, alguns ‘apelidos’ consagrados pelo uso na prática diária dos tribunais e na doutrina. Por exemplo, as *class actions* do tipo (b) (3) podem ser chamadas *common question class actions* ou *class actions for damages*; as do tipo (b) (1) (A) podem ser chamadas *incompatible standard class actions*; as do tipo (b) (1) (B) podem ser chamadas de *prejudice class actions*; e as do tipo (b) (2) podem ser chamadas de *injunctive class actions*.” (GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.pág. 141).

¹¹⁵ sobre a prática jurisprudencial norte-americana de formação de Fundos para pagamento das indenizações aos indivíduos prejudicados, sua utilização para pagamento de honorários advocatícios e a necessidade de sua distribuição em caso de acordo, remetemos novamente à obra de Antonio Gidi (*A class action como instrumento...Op. Cit.* Págs.339 e 364 e seg.). Também sobre o tema da formação de fundos: SALLES. Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental. Op. Cit.* Págs. 310/311.

Ocorre que, em muitos casos, mesmo após a noticiada a classe¹¹⁶, não é significativo o número de “reclamações individuais” formuladas com finalidade de obtenção de indenização pelo dano singularmente causado, de modo que permanecem recursos não reclamados (*unclaimed funds*) no fundo e à disposição do Juízo¹¹⁷. Fenômeno semelhante ocorre quando não é possível sequer a identificação dos indivíduos lesados. Assim, também nas *class actions* do direito norte americano a iniciativa individual, após o êxito do processo coletivo, influencia na implementação da decisão, na medida em que também existem casos em que esta (a iniciativa individual) é pouco expressiva¹¹⁸.

Em casos como este, a *cy-près doctrine* - instituto que possibilita que, no processo, seja implementada medida voltada a obtenção do resultado mais próximo possível ao pretendido, quando o alcance deste resta inviabilizado - passou a ser utilizada nos

---

¹¹⁶ No contexto das ações coletivas norte-americanas, a notificação adequada (ou seja, a melhor comunicação viável dos membros do grupo acerca da existência do processo coletivo) está intimamente ligada ao devido processo legal, de forma que uma decisão proferida em uma *class action* em que não houve notificação ou representação adequada certamente não vincula os membros ausentes do grupo (ROQUE. André Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos...Op. Cit.* Pág. 298). Mesmo no direito brasileiro, em que como visto, regra geral o indivíduo não se vincula ao resultado do decidido no processo coletivo, a comunicação acerca da demanda coletiva aos indivíduos é considerada significativamente relevante (DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. *Op. Cit.* Pág. 115). Além disso, em nosso ordenamento, art. 94 do CDC determina a publicação de editais quando do ajuizamento de demandas coletivas, de modo a cientificar os indivíduos que porventura tenham interesse em intervir na condição de litisconsorte. Conforme se observa, nosso modelo prevê, no plano legal, um único e pré-estabelecido mecanismo de comunicação aos indivíduos, qual seja, a publicação de editais em imprensa oficial, cuja presunção de acesso e conhecimento pela população nos parece questionável. Muito mais vantajoso seria se, nos moldes do modelo estadunidense, fosse reconhecida a necessidade de notificação adequada e, à vista das circunstâncias do caso, o Juízo determinasse a melhor, mais racional e razoável forma de notificar os indivíduos. Justamente esta linha é adotada pelo já mencionado Projeto de Lei nº 5.139/09, que em seu art. 13, como proposta para regulamentar a questão, prevê que, estando em termos a petição inicial, o Juiz ordenará a situação do réu e, versando a demanda sobre interesses individuais homogêneos, a comunicação dos interessados. Acerca da forma da comunicação, dispõe parágrafo único que “*poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo*”.

¹¹⁷ Hillebrand e Torrence anotam ainda que, no direito norte americano, esse fenômeno é maior e mais comum nas *class actions* consumeristas, em cotejo com as demais. No caso *Wilson vs Bank of America*, que envolvia interesse de correntistas mutuários, apenas 18% dos lesados buscaram sua reparação individual (HILLEBRAND, Gail. TORRENCE, Daniel. *Claims Procedures in large consumer class actions and equitable distribution of benefits*, in *Santa Clara Law Review* – 1988. *Op. Cit.* pág. 753/754)

¹¹⁸ Segundo Hillebrand e Torrence, “*recent cases suggest that claims procedures are ill-suited to consumer class actions in which the class size is very large and the amount of damages per class member is relatively small. These cases are characterized by very low claims rates. A low claims rate may cause an inequitable distribution of benefits among the class members. Those who submit a claim receive benefits, while those who do not may receive nothing.*” (*Op. Cit.* Pág. 747/748).

processos coletivos¹¹⁹. Permitiu-se, assim, a utilização da quantia remanescente do fundo judicial com finalidade de se alcançar um benefício aos membros da *class* de forma mais semelhante possível ao benefício que seria obtido pela reparação individual do direito violado, o que se convencionou chamar também de *fluid recovery* ou *fluid class recovery*¹²⁰.

A doutrina do *cy-près* permitiu também a adoção de medidas judiciais diversas para obtenção de benefícios em favor membros da *class* em contextos de pouca iniciativa individual (seja pelo desinteresse individual na execução, seja pela inviabilidade de identificação dos indivíduos prejudicados), como imposição ao réu da obrigação de reduzir preços ou a criação de fundos com finalidades afetas a defesa de interesses da classe¹²¹.

Vale ressaltar, ainda, que no sistema norte-americano, a constituição deste Fundo e sua destinação são definidas pelo Juízo, tratando-se destarte de um instrumento exclusivamente jurisdicional¹²², característica que o diferencia de forma substancial do modelo adotado no Brasil, no qual o Fundo está vinculado à Administração Pública.

---

¹¹⁹ A “*cy-près doctrine*” foi concebida originalmente como instrumento judicial a ser utilizado em casos de doação póstuma e na gestão dos “*charitable trusts*”, quando a Corte não podia, por razões legais ou fáticas, determinar a implementação da exata vontade do doador. Nestes casos, as Cortes atuam de forma que a atingir com maior proximidade possível o objetivo estabelecido por aquele. Apenas num momento posterior esta possibilidade passou a ser admitida nas *class actions*, como alternativa para utilização dos resíduos não reclamados pelos indivíduos. (FARMER, Susan Beth. *More lessons from the laboratories: cy pres distributions in parens patriae antitrust actions brought by State Attorneys General*. In Fordham L. Rev. 361 1999-2000. Pág. 391/392).

¹²⁰ Sobre a utilização do instituto e sobre a nomenclatura nos sistemas de *common law*, recomendamos: MULHERON, Rachael P. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications e Implications*. London: UCL Press. 2006. Pág. 216/217. A autora opta para utilização da expressão “*cy-près*”, apontando que as demais (*fluid recovery* e *fluid class recovery*) são utilizadas com diferentes sentidos e significados pela doutrina e jurisprudência.

¹²¹ “(...) *cy-près distribution have been utilised where class members are difficult to identify, or where they change constantly, or where the claims of the individual class members are so small in quantum that they will not be pressed or economically distributed*”. (MULHERON, Rachael P. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A comparative perspective*. Oregon – Portland: Oxford. 2004. Pág. 426. Hillebrand e Torrence indicam como métodos de *cy-près*: a) “*price roll backs*”, quando a ré é obrigada a reduzir seus preços por tempo determinado; b) “*escheat*”, em que a destinação da quantia é fundo geral estatal, de forma análoga à possibilidade de reversão em favor do Estado da propriedade abandonada existente na *property law* norte-americana; c) “*claim ant funds haring*”, em que a cria-se um fundo e a quantia é dívida, pró-rata, entre aqueles que se habilitaram com êxito; d) “*consumer trust funds*”, método considerado mais adequado pelos autores, em que a quantia remanescente e não reclamada é destinada para propiciar benefícios indiretos para a classe, incluídos os não identificáveis e os que, identificáveis, não buscaram sua quantia indenizatória. (Op. Cit. Pág. 763/767)

¹²² SALLES. Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. Pag. 313 e Érica Barbosa e Silva. *Cumprimento de Sentença... Op. Cit.* Pág. 137.

3.3) a *cy-près doctrine* e as obrigações de fazer para tutela dos interesses individuais homogêneos do modelo processual brasileiro.

A doutrina do *cy-près*, como exposto, permite que, no processo coletivo norte-americano, busque-se a compensação ou reparação do prejuízo sofrido pela classe de forma mais próxima possível (fenômeno também chamado de *fluid recovery*). Assim, delimitada a *class* pelo Juízo¹²³, é possível que, utilizando-se da *cy-près*, as Cortes profiram decisões que a beneficiem.

A delimitação da *class* para fins de aplicação da *cy-près doctrine* pode, inclusive, possibilitar o benefício de indivíduos que não são necessariamente aqueles que sofreram o dano, mas que estejam inseridos na classe delimitada. Num caso que envolva usuários de transporte público, por exemplo, a redução do preço de tarifas temporariamente pode beneficiar indivíduos que, compondo a classe, não são exatamente os mesmos que sofreram o dano originalmente decorrente da conduta ilícita. Portanto, no direito americano, a *cy-près doctrine* serve também aos casos de impossibilidade de identificação dos titulares do direito violado, já que a questão é equacionada pelo benefício concedido à *class*, o "*next best use*" ¹²⁴.

O sistema brasileiro, de sua vez, parte da distinção conceitual entre interesses de titularidade e apropriação individuais (individuais homogêneos) e interesses indivisíveis e

---

¹²³ Segundo Antonio Gidi, "através da certificação, o juiz define os contornos do grupo, determinando o seu critério de pertinência e, conseqüentemente, quais são os seus membros (*class definition*). (...) A existência de um grupo é determinada apenas pela existência de questões comuns entre pessoas de outra forma não necessariamente ligadas entre si. A composição do grupo é, ainda, limitada pela pretensão do representante: como ele somente pode representar pessoas cuja lide seja semelhante à sua: (tipicidade), somente tais pessoas farão parte do grupo. Assim, a identidade do grupo (*class definition*) é em função da causa de pedir e do pedido feita na inicial". (GIDI, Antônio. A *CLASS ACTION* como instrumento de tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. Pág. 257/258).

¹²⁴ "In such cases, many courts, including those in California, have employed "fluid recovery" to distribute unclaimed funds or sometimes even the entire fund. Fluid recovery, often called *cy-près* distribution, is a means of putting unclaimed class funds to their "next best use." This next best use usually takes the form of a consumer trust fund or an across-the-board price reduction for a defendant's product until the ill-gotten gains are disgorged. However, these methods in herently leave some direct victim sun compensated".(KARAS, Stan. *The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Services*. California Law Review. Vol. 90. Berkeley Scholarship. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol90/iss3/10>).

pertencentes à coletividade (difusos e coletivos em sentido estrito), sendo todas as espécies objeto de tutela jurisdicional pelo processo coletivo (inclusive simultaneamente).

Como exposto anteriormente (item 2.2), na tutela de interesses individuais homogêneos, nosso ordenamento conta com a possibilidade de imposição de obrigações de fazer, comumente utilizada no processo individual e que, aplicada ao processo coletivo, impõe ao réu a prática de determinada conduta em favor dos indivíduos lesados. Diante da impossibilidade de disposição ou transação do direito material pelo substituto processual no processo coletivo brasileiro¹²⁵, as obrigações de fazer impostas ao executado – tanto na tutela dos interesses difusos e coletivos quanto de individuais homogêneos – devem, em regra observar a plena reparação ou compensação para se alcançar mesmo resultado.

Em tais condições, especificamente no campo da proteção aos interesses individuais homogêneos, significa afirmar que o legitimado coletivo somente poderá pleitear, na forma de obrigações de fazer, prestações que, após cumpridas, garantam a plena compensação ou reparação integral dos indivíduos que efetivamente experimentaram prejuízos ou danos pela conduta do réu, sem possibilidade de transação ou escolha de mecanismos indiretos e diversos de benefício à classe (nos moldes do que seria permitido pela aplicação da *cy-près doctrine*). Como a titularidade do direito remanesce com os indivíduos (sem possibilidade de transação pelo substituto), não seria possível que o provimento na tutela de interesses individuais homogêneos viesse a beneficiar terceiros que não os efetivamente lesados, ainda que estes componham a classe.

Como exemplo, uma determinação judicial que impusesse ao réu a redução temporária de tarifas de metro não poderia se fundar na tutela de interesses individuais homogêneos, já que não se garantiria a compensação dos indivíduos lesados (titulares efetivamente do direito), com possibilidade de benefícios de terceiros. Parece-nos que tal determinação, no direito brasileiro, apenas seria possível se fundada na tutela de interesses

---

¹²⁵ Vale ressaltar que no sistema norte-americano é possível que o representante da classe celebre transação com réu. Sobre o tema, Antônio Gidi alerta que “*os altos interesses em jogo do réu e do advogado do grupo, somados ao grande poder e autonomia conferidos ao advogado, em detrimento do grupo, são um convite à realização de acordos abusivos. Em uma ação coletiva, há o constante risco de que os interesses financeiros imediatos do advogado do autor e do réu sejam privilegiados, em detrimento dos legítimos interesses dos membros do grupo*”. O autor também lembra que, considerando as peculiaridades do processo coletivo, a atuação do Juiz no sentido de obstar a celebração de acordos abusivos é essencial. (GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva de direitos*. Op. Cit.. Pág. 308/310)

difusos ou coletivos em sentido estrito, após constatado, em processo de conhecimento, que tenham sido ofendidos ou violados¹²⁶.

Neste contexto - em que, em virtude da indisponibilidade, não é dado ao substituto processual, como ocorre no direito norte americano, transacionar ou pleitear um benefício em favor da classe de forma mais próxima possível à plena reparação – ganha maior importância a maneira como o sistema lida com os casos em que, não sendo possível a tutela dos direitos individuais homogêneos por imposição de obrigação de fazer, não há suficiente iniciativa individual para execução dos prejuízos singulares ou em que não é possível sequer identificar os titulares do direito subjetivo ofendido.

Para tais hipóteses, a opção do sistema brasileiro foi a criação da execução residual (art. 100 do CDC), com imposição do pagamento de indenização em face do réu e reversão desta para o Fundo de Defesa dos Interesses Difusos, que conta com estrutura e mecanismos próprios para utilização da quantia em benefício à coletividade.

---

¹²⁶ Parece-nos possível que o legitimado coletivo possa vir a Juízo pleitear a condenação do réu numa obrigação de fazer que beneficie a todos os indivíduos numa determinada situação jurídica como forma de compensação, de forma análoga ao benefício da *class* norte-americana (como a obrigação de reduzir forçadamente os preços por um determinado período). Entretanto, esta possibilidade só nos parece possível na tutela dos interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, em que se busca reparar, por exemplo, os danos causados à coletividade por condutas que eventualmente configurem ofensa às relações de consumo ou à ordem consumerista (desde que estes interesses sejam reconhecidos como difusos ou coletivos em sentido estrito considerando-se o pedido formulado). Em outras palavras, desde que se reconheça que a conduta do agente resultou em ofensa a interesse indivisível pertencente à coletividade (vale dizer, difuso ou coletivo em sentido estrito), parece viável a imposição de obrigações que beneficiem indistintamente indivíduos que se encontram em determinada situação (como usuários de transporte coletivo ou consumidores de determinado produto), que serão consideradas uma coletividade para tais fins. No sentido de que, no âmbito das relações consumeristas, práticas comerciais publicitárias enganosas e exposição da coletividade a produtos nocivos e perigosos acarretam ofensa a interesses difusos (podendo também caracterizar, cumulativamente, ofensa a direitos individuais homogêneos) vide: BENJAMIM, Antônio Herman V. In MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2010. Pág. 1301.

3. 4) O art. 100 do CDC. A natureza da legitimação dos Entes elencados no art. 82 do CDC na promoção da execução residual (art. 100 do CDC).

Como exposto, com entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, foi introduzida no direito brasileiro a execução residual, disciplinada pelo art. 100 do Diploma. Como se observa pela dicção do dispositivo, determinou-se que, caso não sejam iniciadas um número de execuções individuais compatíveis com a gravidade do dano, entrem novamente em cena os substitutos processuais, de forma que, uma vez promovida a execução residual, o valor obtido é transferido ao mesmo Fundo criado pelo art. 13 da Lei de 8.473/85.

O Legislador estabeleceu, de forma expressa, a possibilidade de que os legitimados atuassem na fase executiva, garantindo a execução do título ainda quando inertes os titulares do interesse individual. A atuação dos legitimados na execução residual disciplinada no art. 100 do CDC estaria, para parte da doutrina, amparada na legitimação extraordinária, assim como ocorre no momento do ajuizamento da demanda coletiva pelo substituto processual¹²⁷.

No ponto, entendemos tratar-se efetivamente de legitimação extraordinária atribuída aos entes arrolados no art. 82 do CDC. Muito embora possa haver alguma pertinência entre a finalidade institucional do legitimado e o interesse tutelado na sentença, este (o legitimado), mesmo atuando em nome próprio, persegue um interesse que não lhe é atribuível, já que o produto da condenação é destinado, por expressa disposição legal, ao Fundo de Defesa de Interesses Difusos.

Uma vez entregue a quantia ao Fundo, não há possibilidade de apropriação direta por parte de quem promove a execução (legitimado extraordinário) ou de que este reivindique a forma como deve ser despendida a quantia. A destinação dos recursos deverá observar nas normas administrativas que regulamentam o Fundo, não sendo possível uma

---

¹²⁷ É forte o entendimento doutrinário, em relação ao qual aderimos, de que os entes do art. 82, atuam como nesta fase como substitutos processuais, arrimados na legitimação extraordinária, da mesma forma como atuaram na fase de conhecimento. Nesse sentido: Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos...op. cit.* Pág. 575; Luiz Rodrigues Wambier. *Liquidação e Execução da Sentença... Op. Cit.* Pág. 313.

ingerência do legitimado/exequente acerca da forma como ocorrerá a destinação, desde que observada a normatização pertinente.

Demais disso, a dicção do art. 100 do CDC, ao utilizar o plural e remeter ao art. 82 do Diploma, que de sua vez expressamente estabelece que a legitimação extraordinária no processo coletivo é concorrente¹²⁸, leva a conclusão de que qualquer dos legitimados pode promover a execução residual (legitimação autônoma concorrente), nos moldes do que ocorre no processo de conhecimento. Esta interpretação, além de harmônica com o texto legal, parece mais adequada sob o prisma da exegese sistemática e teleológica do sistema do processo coletivo, na medida em que possibilita maior efetividade na proteção dos interesses tutelados.

Aderimos, pois, à posição de que a legitimação para deflagrar a execução residual, quando presentes os pressupostos para tanto autorizadores, é extraordinária, tratando-se do mesmo instituto que permite o ajuizamento do processo coletivo que tem como objeto interesses individuais homogêneos. Neste contexto, será exigida das Associações tão somente a pertinência entre o interesse tutelado e suas finalidades institucionais¹²⁹ e, em relação ao Ministério Público¹³⁰, que o interesse individual homogêneo em foco tenha alguma relevância social. Tais exigências decorrem da legislação disciplinadora da

---

¹²⁸ “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.”

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente” (grifos nossos).

¹²⁹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblar.

¹³⁰ Em relação ao de atuação do Ministério Público no processo coletivo, concordamos com a posição majoritária de que se trata de um dever de agir, condicionado à constatação, a cargo exclusivo da Entidade, de que estão presentes os pressupostos para tanto, vedada a abstenção por razões de mera conveniência. Nesta linha, “*não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, recuse-se a fazê-lo: nesse sentido, sua atuação é um dever. (...) Todavia, se o Ministério Público não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando identifique a hipótese que a lei exija sua atuação, ao contrário, tem ampla liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória.*” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos...Op. Cit.* Pág. 91). O mesmo ocorre, a nosso aviso, em relação à Defensoria Pública e demais Entes Públicos detentores da legitimidade. No que se refere aos Entes de natureza privada, cuida-se de inegável faculdade, da qual pode ou não se valer a pessoa jurídica com fundamento em razões de conveniência.

legitimidade para condução do processo coletivo, prevalecendo, no tocante à atuação ministerial, uma interpretação restritiva em decorrência de sua conformação constitucional¹³¹.

3.5) A execução residual e a indagação acerca de seus fundamentos.

Além da natureza da legitimidade entes listados no art. 82 do CDC, mostra-se pertinente a análise dos fundamentos da execução residual ou, em outras palavras, dos valores que estão subjacentes à opção legislativa pela criação deste instituto.

No ordenamento brasileiro, a regra geral é de que, na tutela de direitos individuais, a inércia do credor em promover a execução da sentença condenatória resulta na liberação do devedor, após o decurso do prazo prescricional.

Analisando o princípio da inércia na jurisdição brasileira, José Roberto dos Santos Bedaque considera que *“a impossibilidade de atuação ex officio representa solução essencialmente política. Optou-se por conferir ao titular do direito substancial total liberdade de avaliar os prós e os contras da solução jurisdicional. A intromissão do Estado nestas relações, sem provocação, poderia acarretar consequências não desejadas pelos próprios interessados”*¹³². O autor, todavia, considera que, quando se falam em direitos cuja satisfação há interesse estatal, atuam Órgãos destinados a obter sua efetivação em Juízo, como o Ministério Público. Além disso, representam exceção ao princípio da

---

¹³¹ Na lição de Teori Albino Zavascky, *“há um limitador implícito na atuação do Ministério Público, decorrente das normas constitucionais (art. 127 e 129 da CF) que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições e competências: a defesa de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar a tutela de relevante interesse social.”* (ZAVASCKY, *Processo Coletivo...Op. Cit.* Pág. 187). No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli conclui que se a defesa dos interesses individuais homogêneos envolver larga abrangência ou acentuado interesse social, deverá ser empreendida pela instituição (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos...Op. Cit.* Pág. 111/115).

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Breves notas sobre jurisdição e ação. In 40 anos da teoria geral do processo no Brasil.* (Org: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell). São Paulo: Malheiros. 2013. Pág. 540.

inércia situações em que o legislador autoriza ao Juiz que, de ofício, conceda à parte bem da vida não pleiteado expressamente na inicial¹³³.

Assim, a execução residual, da perspectiva do titular do direito material violado, representa também uma exceção ao princípio da inércia, já que permite a atuação jurisdicional ainda quando este permaneça inerte. Foi excepcionada a regra do processo individual, que, se aplicada, traria ao credor benefício em decorrência da inércia do indivíduo. Isto considerado, para o estudo da execução residual faz-se imprescindível que se analise as razões que fundamentam este tratamento que, peculiar, diverge do princípio geral que embasa a tutela jurisdicional de interesses individuais no processo individual (qual seja, da inércia). Para esta análise sobre os fundamentos da execução residual, imprescindível também um exame acerca do seu objeto (ou seja, relativo à eventual natureza coletiva dos interesses tutelados) e, em última instância, de sua natureza jurídica (de forma a examinar se se trata de instituto eminentemente punitivo, fundado na necessidade de sancionar condutas ilícitas).

Assim, na análise dos fundamentos da execução residual, parece-nos pertinente enfrentar alguns questionamentos: estaria o instituto, em realidade, tutelando um interesse difuso ou coletivo em sentido estrito, sendo a proteção a interesses essencialmente coletivos (e a indisponibilidade destes) o fundamento do instituto? Teria a execução residual natureza de punição imposta em face do agente pelo ordenamento processual, fundada na necessidade de sancionamento do ilícito civil? Quais são os valores, então, embasam a existência do instituto, caso negativas as indagações anteriores?

Diante de tais questionamentos, divergem os doutrinadores atuais, havendo sólidas e bem fundadas posições acerca destes questionamentos e dos fundamentos do instituto. Passaremos, nos próximos itens deste capítulo, a examinar a questão, pedindo *venia* para, ao final, expor nosso pensamento sobre o tema.

---

¹³³ *Op. Cit.* Pág. 541.

3.6) direitos individuais homogêneos como direitos coletivos em essência?

Conforme anteriormente exposto, uma das premissas utilizadas neste trabalho é de que os interesses individuais homogêneos são, em sua essência, individuais (de titularidade dos indivíduos e passíveis da apropriação por parte destes), tendo o ordenamento viabilizado sua tutela pelo processo coletivo (sobre a relevância e os benefícios sociais da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos, remetemos ao item 1.6)

É, todavia, forte na doutrina o entendimento de que a previsão legal para execução residual (art. 100 do CDC) seria demonstração de “*uma ‘coletivização’ daqueles direitos à reparação individual que não foram reclamados ou que o foram de forma expressivamente insignificante diante de sua extensão coletiva*”¹³⁴. Haveria, nesta linha, um ressurgimento do interesse difuso ou coletivo, em virtude da inação dos indivíduos que deixaram de buscar sua reparação¹³⁵.

Para alguns autores, além disso, o dispositivo atestaria que os interesses individuais homogêneos não são meramente interesses individuais de tratamento processual coletivo (acidentalmente coletivos), tratando-se, em realidade, de “*direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral*”¹³⁶. Assim, o fundamento para a existência da norma que impõe a execução residual diante da inércia dos interessados seria a indisponibilidade do interesse em questão, que teria natureza de interesse essencialmente coletivo.

Pedindo *venia* aos ilustres doutrinadores que defendem tal posição - sem embargo de se reconhecer que a proteção dos interesses individuais tem relevância social e resulta em benefícios à coletividade - não concluímos pela existência de um fenômeno de “coletivização” sob o aspecto material destes interesses (individuais homogêneos) em

---

¹³⁴ Luiz Rodrigues Wambier. *Liquidação e Execução da Sentença...* Op. Cit. Pág. 313.

¹³⁵ Ricardo de Barros Leonel. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª Ed. Op. Cit. Pág. 420

¹³⁶ Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Junior. *Curso de Direito Processual Civil. Vol4. Op. Cit. Pág. 80/81*. Os autores consideram também que, no sistema brasileiro, a tutela dos interesses individuais homogêneos não se restringe aos direitos individuais das vítimas, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares permanecem inertes. Por essa razão, propõem uma visão crítica acerca da visão doutrinária que considera os interesses individuais homogêneos como individuais coletivamente tratados.

virtude da execução residual e do direcionamento do eventual produto desta execução em favor do Fundo de Defesa dos Interesses Difusos.

E assim porque consideramos que, para análise da natureza do interesse (se essencialmente coletivo ou individual de tratamento coletivo) essencial o exame de sua estrutura e características, considerando-se o aspecto material. Muito embora as normas processuais de proteção possam servir como elemento indicativo, o essencial para se identificar a natureza do interesse é a análise de sua estrutura, com enfoque, portanto, no aspecto material¹³⁷.

Como exemplo, tem-se que a impossibilidade do substituto processual em praticar atos processuais de disposição na fase conhecimento ou mesmo na execução residual do processo coletivo não necessariamente faz com que o direito individual homogêneo seja indisponível em relação ao indivíduo, que sobre este pode transacionar ou mesmo renunciar¹³⁸. Assim, o tratamento processual previsto para a tutela do direito não é elemento definidor de sua natureza (mas sim indiciário). No caso dos interesses individuais homogêneos, a possibilidade de apropriação, transação e inclusive de renúncia expressa pelos indivíduos titulares do direito, mesmo depois de proferida a sentença condenatória no processo coletivo, parece atestar que não se tratam de interesses coletivos

---

¹³⁷ Parece aderir a esta posição José Roberto dos Santos Bedaque, para quem: “*não parece correto, todavia, afirmar seja a tutela jurisdicional pleiteada elemento apto a determinar a natureza do interesse deduzido em juízo. Ao contrário, é o tipo de direito que determina a espécie de tutela. Há tutelas preventivas e reparatórias para todo tipo de direito ou interesse. Tudo vai depender das circunstâncias do caso. Aliás, não fosse assim, chegaríamos ao absurdo de afirmar que inexistem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos fora do processo. Eles surgiriam apenas com a formulação da tutela jurisdicional. Evidentemente, não está correto o raciocínio, que parte de premissa falsa*” (BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros. 6ª ed. 2011. Pág. 49

¹³⁸ Como observa José Carlos Baptista Puoli, as noções de interesse disponível e indisponível são relativas ao direito material, referindo-se ao grau de essencialidade destes. Tais noções, entretanto, têm influência no que toca à possibilidade de prática de atos de disposição pelas partes no decorrer da relação jurídica de direito processual. Além disso, nesta equação, estão inseridos também os objetivos do sistema processual, de caráter público e que em alguns casos preponderam sobre a disponibilidade do direito material em questão (PUOLI. José Carlos Baptista. *Os poderes do Juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002. Pág. 25/26). Assim, a disponibilidade no plano material em regra influencia na disponibilidade no plano processual. Entretanto noções que não se confundem, sendo portanto possível se falar em interesses disponíveis no plano do direito material mas em relação aos quais não pode haver disposição na relação processual por esta confrontar algum dos valores ou objetivos do sistema processual. O ordenamento, nestes casos, em geral determina que haja atuação do Juízo de ofício ou de um terceiro, diante da omissão da parte. Como exemplo, pode-se pensar na aplicação da multa por litigância de má-fé (que por ser patrimonial, pode ser considerada interesse disponível pela parte no plano do direito material, mas que no entanto não depende de requerimento desta para ser aplicada de ofício pelo Juízo, nos termos do art. 14 do CPC) e na própria iniciativa probatória judicial nos casos versando sobre interesses materiais disponíveis, “*visto que há um interesse público do Estado na definição da controvérsia de acordo com a lei*” (BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6ª ed. 2012. Pág. 135).

em essência (já que estes tem como uma de suas características a impossibilidade de renúncia no plano material).

Em relação à destinação da quantia obtida com a execução residual para o FDD, entendemos também não ser suficiente para permitir a conclusão de que os interesses tutelados na execução residual são essencialmente coletivos. O FDD, como Fundo regulado por Lei, recebe receitas diversas, incluídas decorrentes de aplicação de multa e doações¹³⁹.

Mesmo reconhecendo a solidez dos argumentos contrários, a destinação em favor do FDD parece muito mais fruto de opção legislativa (pertinente, uma vez que a execução residual se desenvolve no bojo do processo coletivo) do que elemento que endosse a conclusão de que os direitos individuais homogêneos se transmudam em direitos coletivos em essência.

Nesta linha, a execução residual tem como objeto direitos que não perdem a natureza de individuais, sendo que, em nossa visão, não se identifica um fenômeno de coletivização destes direitos (que consequentemente os tornaria indisponíveis em regra) que possa ser levando em consideração como justificador da norma do art. 100 do CDC.

---

¹³⁹ Nos termos do da Lei n. 9008/95;.

§ 2º Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação:

I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985;

II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;

III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;

VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;

VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

3. 7) execução residual como técnica de punição?

A legislação determina que, presentes determinados pressupostos na fase de execução do processo coletivo em que se reconhece ofensa a interesses individuais homogêneos, desenvolva-se a execução residual (art. 100 do CDC), com imposição em face do executado do pagamento de quantia em favor do Fundo de Defesa dos Interesses Difusos. A imposição de pagamento ocorre a despeito da pouca iniciativa por parte dos indivíduos lesados na promoção a execução do julgado.

Esta característica do instituto faz com que parte da doutrina o associe também à punição do agente no âmbito da tutela coletiva de direitos. Teori Albino Zavascki, por exemplo, considera que o instituto do art. 100 do CDC existe para “*que a demanda coletiva não perca uma de suas principais razões de ser, que é a tutela do sistema de proteção ao consumidor pela efetiva penalização do causador do dano*”^{140 141 142}.

Entretanto, parece-nos que, de forma diversa a esta posição, não predomina na execução residual a finalidade punitiva, mesmo porque o valor do dano causado aos indivíduos inertes funciona como limite ao valor da execução pelo resíduo, nas hipóteses em que é possível se apurar o mesmo com precisão¹⁴³. Com efeito, se predominante fosse o caráter punitivo, a gravidade da conduta seria um dos elementos principais na fixação do valor a ser pago ao término da execução residual, podendo justificar até mesmo que esta

---

¹⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed. 2007. Pág. 205.

¹⁴¹ Marcelo Abelha Rodrigues, em posição um pouco semelhante, entende que dada as dificuldades de aplicação do art. 100, notadamente em relação a seu convívio com as execuções individuais, deveria o *fluid recovery* brasileiro ser interpretado como “*um instituto de caráter punitivo, não residual (dada a impossibilidade de se aferir o resíduo de uma condenação erga omnes – art. 100, III, do CDC), cujo critério seria o lucro ou vantagem econômica obtida pelo responsável pelo dano causado*” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*. In *Processo Civil Coletivo*. Coord: NOLASCO, Rita Dias e MAZZEI, Rodrigo. São Paulo: *Quartier Latin*. 2005. Pág. 468).

¹⁴² Segundo Érica Barbosa e Silva, a reparação do art. 100 do CDC “*busca mais a responsabilização do agente, causador do dano, do que a reparação sofrida pela vítima. Nesse sentido, é possível afirmar que há uma ampliação do sistema para permitir o cumprimento da responsabilidade civil pelo dano provocado. (...) Ainda que essa condenação não seja direcionada para quem sofreu o dano, evitará que o causador experimente um enriquecimento ilícito, além de devolver os valores à sociedade, numa ampla perspectiva*”. (BARBOSA E SILVA. Érica. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. Op. Cit. Pág. 136).

¹⁴³ Esta questão, bem como os elementos e critérios para fixação da indenização na execução residual são abordados no capítulo 5.

quantia superasse o dano individual não executado nos casos em que é possível precisa-lo com exatidão.

Em outras palavras, está se a afirmar que, muito embora consideremos que os fundamentos da execução residual estejam ligados aos benefícios sociais que advém da satisfação de direitos individuais em situações determinadas (item 3.8, supra), estando entre estes benefícios sociais o desestímulo ao agente que pratica condutas ilícitas (item 1.7), a execução residual não nos parece uma técnica de punição (da mesma forma como, a nosso aviso, a imposição de indenização no direito brasileiro não tem caráter eminentemente punitivo¹⁴⁴).

Impossível olvidar, no ponto, que o momento histórico do Estado Brasileiro é busca pela proteção e efetivação de direitos, nos termos preceituados pela Carta Magna, que alçou os direitos sociais e metaindividuais ao patamar constitucional. Nesse contexto, a tutela e proteção dos direitos metaindividuais através do processo coletivo nada mais é do que fazer valer o desígnio constitucional, conferindo proteção jurídica a direitos considerados ampla relevância na ordem jurídica brasileira pós 1.988. Mesmo neste contexto protetivo, entretanto, não parecem existir elementos suficientes para considerar que a execução residual tem natureza de técnica eminentemente punitiva, dado o seu convívio com outros institutos que, também ligados à tutela de interesses metaindividuais, referem-se muito mais ao grau de reprovabilidade da conduta do agente do que aos prejuízos causados e não indenizados.

A finalidade e natureza eminentemente punitivas em situações de ofensa a direitos individuais homogêneos aparece, por exemplo, nos crimes contra as relações de consumo. A tutela penal das relações consumeristas consiste em um dos mecanismos de punição de agentes que eventualmente violem direitos individuais homogêneos, tendo previsão especialmente nos artigos art. 61 e seguintes do CDC e na legislação esparsa¹⁴⁵, Tratam-se

---

¹⁴⁴ Conforme afirmamos no item 5.2, o desestímulo do agente que pratica ato ilícito é considerada, pela doutrina civilista majoritária, como função secundária da imposição indenizatória, razão pela qual é válida a regra pela qual o valor da indenização se mede pela extensão do dano. Nesta linha, a maior reprovabilidade da conduta do agente e a gravidade da conduta somente são levadas em consideração na fixação da indenização nos casos em que este valor deva ser arbitrado, como nos prejuízos imateriais.

¹⁴⁵ Um exemplo na legislação extravagante é o trazido por Leonardo Roscoe Bessa: se determinado fornecedor realiza publicidade falsa, anunciando medicamentos para emagrecer, além do dever de indenizar os prejuízos sofridos pelos adquirentes do produtos, deverá responder a processo criminal, já que o art. 7, VII da Li n. 8.137/90 define como crime a conduta consistente em “induzir o consumidor ou usuário a erro, por

de tipos penais descritivos de condutas que, além de atentarem contra as relações de consumo, podem concomitantemente violar direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, não se confundindo, portanto, com o dever de reparar, jungido aos prejuízos causados¹⁴⁶.

Aliada à tutela penal e o sistema de imposição de indenizações na seara cível, existem as previsões para imposições de sanções administrativas, em que órgãos estatais têm a incumbência de zelar pela proteção dos direitos metaindividuais, como meio-ambiente, patrimônio histórico cultural, relações consumeristas, ordem econômica, através de mecanismos jurídicos tipicamente punitivos, como a aplicação de multas e a interdição de estabelecimentos¹⁴⁷. No panorama atual do Estado Brasileiro tais modalidades punitivas não podem ser desconsideradas, dada sua utilização pelas autoridades públicas¹⁴⁸.

---

via de indicação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem de serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária.” (BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos*. Brasília: Brasília Jurídica. 3ªed. 2006. Pág. 35).

¹⁴⁶ Hodiernamente se fala também, sob a perspectiva reparatória, dos chamados danos morais ambientais e da coletividade. Nesta linha, além da indenização arbitrada pelo réu em virtude da simples ofensa ao direito difuso, seria possível também a imposição de danos morais, que decorreriam da lesão causada a tais bens. Nesse sentido, dentre outros: LEITE, José Rubens Morato Leite. *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro*. In Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. Pág. 417 e seg. e MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr. 2ª Ed. 2007.

¹⁴⁷ Como exemplo, no âmbito do Estado de São Paulo, a Fundação Procon, cuja criação é autorizada pela Lei n.9.192/1995, atua na edição de resoluções na proteção do consumidor e das relações de consumo, bem como no atendimento dos consumidores e na aplicação de multas na ceara administrativa. Já neste ano de 2014, aplicou multa de R\$210.000,00 à Sabesp por falhas no abastecimento de água na Cidade do Guarujá, fato amplamente noticiado pela mídia. Fonte: Folha de São Paulo.

¹⁴⁸ Para se ter uma ideia, no âmbito federal, no ano de 2013, foi recolhido e destinado ao FDD, a título de multas impostas por violação a preceitos do Código de Defesa do Consumidor, a quantia de R\$763.720,98. No mesmo ano, as condenações judiciais por ofensa ao meio ambiente atingiram R\$1.008.904,22 e as condenações judiciais por ofensa à ordem consumerista foram de R\$782.802,06. Fonte: Sítio do Ministério da Justiça: <file:///C:/Users/User/Downloads/AlteracaoArrecadacao2013.pdf>.

3.8) fundamentos da execução residual: os benefícios sociais decorrentes da satisfação dos direitos individuais violados, que são amplificados na sociedade de massa e pela utilização do processo coletivo para tutela de interesses individuais homogêneos (item 1.7).

Nos termos do anteriormente exposto, não consideramos neste trabalho que a execução residual se ampara em uma possível natureza essencialmente coletiva dos interesses individuais homogêneos e tampouco que tenha natureza de técnica eminentemente punitiva em relação ao agente que pratica ato ilícito. Em consequência disso, permanece em aberto a questão dos fundamentos e do escopo do instituto no contexto do processo coletivo.

Considerada a sistemática estabelecida no direito brasileiro, que, no processo coletivo, distingue os interesses afetos à sociedade daqueles de titularidade dos indivíduos, temos que a melhor interpretação para o instituto da execução residual é aquela que considera que seus fundamentos estão relacionados aos benefícios sociais que decorrem da satisfação dos direitos individuais ofendidos (item 1.7). Estes benefícios – ligados ao alcance de uma finalidade pública em decorrência do resguardo do direito individual e ao desestímulo que se impõe aos agentes no sentido de se absterem em praticar atos ilícitos – são maximizados no processo coletivo em que se tutelam interesses individuais homogêneos.

Na tutela de interesses individuais homogêneos, a questão não se restringe ao benefício social que decorre do ajuizamento de ação por um único indivíduo prejudicado (e da reparação deste direito individual violado), mas se relaciona a violações a direitos subjetivos no contexto da sociedade de massa, que ocorrem em grande escala, de forma massificada e homogênea. O benefício social, assim, tem muito maior repercussão e justifica um tratamento legislativo diferente do convencional (conferido à tutela de interesses individuais não homogêneos), de forma a se evitar que, como consequência da inércia individual, as pretensões massificadas não executadas sejam fulminadas pela prescrição.

Da mesma forma e pelas mesmas razões, no processo coletivo também se amplificam os benefícios sociais decorrentes do desestímulo que recai sobre o ofensor quando lhe é imposto o pagamento de quantia indenizatória em consequência de prejuízos individuais causados a inúmeros indivíduos. Relacionada ao benefício decorrente do desestímulo, como exposto anteriormente, a execução residual impede que o réu do processo coletivo obtenha significativo benefício em virtude da inação dos indivíduos na promoção da execução, inação esta que pode decorrer da pouca repercussão econômica dos direitos violados ou de outras questões que dificultam que a violação ao direito individual seja trazida à jurisdição.

É de se considerar que muito pouco adiantaria que as violações aos direitos individuais de pouca repercussão econômica fossem trazidos à jurisdição pelo processo coletivo e a implementação da decisão condenatória ficasse, em toda e qualquer hipótese, condicionada à atuação específica dos indivíduos prejudicados. Em última análise, a execução residual possibilita que se alcancem os benefícios sociais que a utilização do processo coletivo proporciona, independente da atuação dos indivíduos na execução dos valores que a princípio lhes pertencem (atuação esta que, como visto, dificilmente seria substancial em determinadas hipóteses).

Em tais condições, na esteira da premissa de que os interesses individuais homogêneos são individuais em sua essência e assim permanecem, entendemos que os benefícios sociais advindos da reparação à violação em larga escala de direitos subjetivos na sociedade de massa e o desestímulo de futuras condutas ilícitas de igual natureza – benefícios sociais que são ampliados significativamente no processo coletivo - são justificadores da execução residual disciplinada pelo art. 100 do CDC e consistem na razão pela qual, verificados os pressupostos para aplicação deste instituto, permite-se a atuação dos legitimados extraordinários para promover a execução fundada em direitos cuja titularidade pertence aos indivíduos prejudicados.

Dentro desta linha, necessário também analisar se a opção legislativa pela criação da execução residual é possível e válida à luz do ordenamento brasileiro e dos princípios e normas nele consagrados, ponto que passamos a abordar.

3.9) validade da opção legislativa. Possibilidade de edição de normas cogentes pelo legislador no âmbito processual uma vez reconhecido o interesse como público ou de relevância social. Utilização de técnica semelhante no âmbito do processo trabalhista.

No ordenamento brasileiro, em decorrência da opção legislativa adotada, determinou-se – através da edição de norma cogente - que em algumas hipóteses em que há omissão dos indivíduos lesados, seja deflagrada a execução residual, com finalidade de se propiciar o benefício à sociedade que advém da satisfação dos direitos individuais violados, seja tutelando indiretamente o interesse coletivo pela satisfação da pretensão individual, seja desestimulando o agente que pratica ato ilícito, impossibilitando que este se beneficie significativamente em virtude de sua conduta antijurídica no contexto da sociedade de massa. Conforme anteriormente exposto (item 3.5), a previsão para execução residual constante no art. 100 do CDC representa, na perspectiva do titular do direito subjetivo violado, exceção ao princípio da inércia jurisdicional.

Em tais condições, necessário o exame da validade da opção legislativa instituidora da execução residual (art. 100), que possibilita que a execução se desenvolva pela atuação de um terceiro que não o titular do direito individual (desde que presentes os pressupostos mencionados do dispositivo legal).

Na teoria geral do direito, o reconhecimento de um interesse como público ou relevante para a sociedade faz com que o legislador edite, para sua proteção, as chamadas normas cogentes (ou injuntivas), que se diferenciam das normas dispositivas (que só incidem se invocadas pelos interessados e que, portanto, têm aplicação limitada à disponibilidade destes)¹⁴⁹. Assim, regra geral, quando se reconhece que o interesse é

---

¹⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. 7ª ed. 2013. Págs. 101/102. Para o autor, a distinção entre normas de ordem pública e de ordem privada, embora relativamente contestável, servem para identificar preceitos normativos cogentes dos dispositivos. “A ideia de ordem pública, significa que o instituto, por sua natureza, prevalece contra interesses privados. Assim, por exemplo, diz-se que a ordem pública tem interesse, em certo momento, de que os preços não variem conforme a vontade das partes (lei do mercado), mas fiquem congelados em determinado patamar” (pág. 102).

público ou de relevância social, editam-se normas para sua proteção, cuja aplicação não se submete ao campo de disponibilidade das partes¹⁵⁰.

Especificamente no âmbito do direito processual, embora não seja possível traçar com nitidez um critério de distinção, em geral tem-se que as normas que se destinam a contribuir para um melhor exercício da jurisdição¹⁵¹ podem ser consideradas de ordem pública e, portanto, de aplicação cogente (ficando em geral autorizada sua aplicação de ofício pelo Juízo ou mediante atuação de agentes específicos, como o Ministério Público, cabendo a estes avaliar se estão presentes os pressupostos para aplicação da norma). Isso não ocorre, de forma diversa, com aquelas que levam em conta em primeiro plano os interesses das partes, existindo uma relativa indiferença para o adequado exercício da jurisdição, caso ocorra eventual disposição dos interessados no tocante à sua aplicação¹⁵².

Parece possível concluir, destarte, que é possível a edição de normas cogentes quando se reconhece a existência de interesse público ou socialmente relevante na

---

¹⁵⁰ Discorrendo sobre complexidade da conceituação do interesse público no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, Lúcia Helena Ferreira da Costa Passos considera inaplicável a dicotomia interesse público-privado nesta seara (PASSOS, Lúcia Helena Ferreira da Costa. *Conceito de interesse público e crítica de sua legitimidade: futuro da ação civil pública*. In A Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. Pág.524/525). José Reinaldo de Lima Lopes considera que a noção de interesse público está associada à de bem comum quando se fala em tutela de interesses da sociedade (LOPES, José Reinaldo de Lima. *A definição de interesse público*. In Processo civil e interesse público. Coord: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.). Na mesma linha, indicando que para boa parte da doutrina a noção de interesse público em geral está ligada à de bem comum: COSTA. Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pág. 54/55.

¹⁵¹ Dentre as várias concepções existentes acerca da função jurisdicional, adotamos o pensamento de Dinamarco que, juntamente com Chiovenda, Liebman e outros processualistas, considera que a jurisdição consiste na função de declarar e fazer valer a vontade da Lei na resolução do conflito de interesses (a norma jurídica, portanto, preexiste ao processo e à atuação jurisdicional). Seguindo esta concepção (denominada concepção dualista do direito e do processo), Dinamarco considera que a jurisdição é “a função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema processual”. (*Instituições...*Vol. I. Op. Cit. Pág. 315.). Sobre as teorias unitária e dualista do processo e do ordenamento, incluída uma perspectiva histórica, recomendamos ensaio de Dinamarco sobre em tema. Neste, a nosso ver com propriedade e acerto, o autor discorre com maior profundidade acerca das razões pelas quais é um franco defensor da concepção dualista (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I. São Paulo: Malheiros. 6ª ed. 2010.Págs. 66/96.).

¹⁵² Resumidamente, Dinamarco explica que “existem normas processuais de ordem pública e outras que não o são. Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para distinção entre umas e outras. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que têm em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol I. São Paulo. Malheiros. 7ª Ed. 2013. Pág. 71).

implementação da norma ou no alcance de determinada finalidade (isso em uma perspectiva mais associada ao direito material). No âmbito específico do direito processual, o interesse público que enseja a edição de preceitos normativos cogentes em geral é associado à contribuição para o melhor exercício da jurisdição.

Juntamente com a edição de normas cogentes e vinculativas pelo legislador, no âmbito processual é também possível a criação de mecanismos processuais aptos a garantir que determinada norma seja aplicada, bem como que o interesse reconhecido como relevante para a sociedade seja tutelado com maior grau de eficiência no processo.

É o exemplo da legitimação extraordinária, cuja utilização não se restringe no ordenamento brasileiro à tutela de interesses metaindividuais, mas também a outros interesses que sejam considerados indisponíveis ou de importância social (como a proteção de interesses de menores). Da mesma forma, a própria a iniciativa judicial de ofício, autorizada excepcionalmente em determinadas hipóteses, representa mecanismo para a implementação de medida ou busca de resultados considerados, na via legislativa, como de interesse público ou relevante para a sociedade¹⁵³.

Este fenômeno pode ser verificado em outros pontos do ordenamento pátrio. No âmbito do processo trabalhista, por exemplo, ausente a iniciativa do trabalhador/credor para execução da sentença condenatória, não só se reconhece que os Sindicatos dispõem de legitimidade para promover a execução com base em expressa norma constitucional (art. 8º, inciso III da Constituição Federal), como existe previsão legal para que, de ofício, ocorra a execução da sentença condenatória trabalhista (proferida no âmbito da reclamação individual)¹⁵⁴.

Tal autorização, excepcional e até mitigadora do princípio da inércia jurisdicional, decorre do reconhecimento da relevância do interesse no início da execução da sentença condenatória proferida no processo trabalhista, ainda quando o titular do direito permaneça

---

¹⁵³ É o exemplo de atuação judicial de ofício para imposição de multas processuais por litigância de má-fé, multa pela oposição de embargos com desiderato protelatório e da própria *astreinte*, consoante permitem os artigos 18, 538, e 461, §5º do CPC.

¹⁵⁴ O Art. 878 do Decreto Lei 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho) dispõe que: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Parágrafo único - Quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pela Procuradoria da Justiça do Trabalho”.

inerte em promovê-la¹⁵⁵. Para parte da doutrina trabalhista, esta possibilidade está associada à necessidade de maior e mais efetiva proteção do trabalhador – princípio do direito do trabalho e que baliza a criação das normas deste ramo – bem como em consequência da não obrigatoriedade de representação do trabalhador por advogado (*jus postulandi*), o que justificaria uma maior proteção deste no âmbito do processo¹⁵⁶.

Observa-se, assim, que no processo trabalhista, o interesse na maior proteção do trabalhador e de sua situação no processo - muitas vezes de desvantagem no aspecto técnico em relação ao empregador - são considerados justificadores da determinação de que execução da sentença condenatória ocorra de ofício ou mediante iniciativa de terceiro que se utilize da legitimação extraordinária (no caso, os Sindicatos).

É de se levar em conta, todavia, que tanto a atuação dos Sindicatos (autorizados pela CF) quanto do Juízo (de ofício, com base na legislação trabalhista) com finalidade de promover a execução individual da sentença condenatória trabalhista devem naturalmente cessar na eventualidade de abdicação expressa por parte do titular do direito em receber o produto da condenação¹⁵⁷. É dizer que, localizado o credor trabalhista, este não se dispõe a

---

¹⁵⁵ “Ao contrário do que acontece na Justiça Comum, que só funciona mediante provocação das partes, a Justiça do Trabalho, na execução, tem amplo poder de iniciativa, excepcionado o princípio segundo o qual o juiz não deve atuar sem iniciativa das partes (*Ne procedat judex ex officio*)” (ALMEIDA, Lucio Rodrigues. *Guia do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 4ª Ed. 2005. Pág. 457). É de se ressaltar que a execução de ofício não representa, ao menos a nosso aviso, óbice para que o credor disponha da execução, desde que o mesmo manifeste que não deseja o prosseguimento da mesma. Nesse sentido, reconhecendo a possibilidade da execução de ofício em coexistência com o princípio da disponibilidade da execução pelo credor: SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Método. 6ª ed. 2009. Págs. 609/610.

¹⁵⁶ “(...) é lícito ao Juiz da Vara do Trabalho promover a execução da sentença ex officio, enquanto na Justiça comum a Lei não confere tal faculdade ao Juiz. Esse preceito consolidado é por nós aceito como corolário do princípio do *jus postulandi* deferido às partes no âmbito da Justiça do Trabalho. Se principalmente o trabalhador se acha desassistido de advogado, tem o Juiz o dever de tomar a iniciativa da execução porque o próprio executado não saberia fazê-lo. (SAAD. Eduardo Gabriel. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr. 6ª ed. 2008. Pág. 918). “Excepciona-se no processo do trabalho, onde o advogado não tem peso de obrigatoriedade (art. 791, CLT) e as partes detêm o *jus postulandi*. Disso resulta que, em sede trabalhista, o juiz instrutor exercerá de ofício os atos de juiz executor, independente de requerimento do credor, determinando a citação de ofício, a apreensão de bens (ou penhora online), indo até os atos expropriatórios em hasta pública” (OLIVEIRA. Francisco Antônio. *Tratado de Direito Processual do Trabalho. Volume II*. São Paulo: LTr. 2008. Pág. 1259.).

¹⁵⁷ Examinando a atuação dos Sindicatos na execução de sentença coletiva proferida em benefícios de trabalhadores (como substitutos processuais, com base no art. 8º, inciso VII da CF), Teori Albino Zavascki conclui também pela imprescindibilidade de identificação precisa do credor, em favor de quem será entregue a quantia. “Realmente, ainda que se admita que as entidades sindicais possam atuar, na fase executiva, em regime de substituição processual, não há como evitar que, nessa fase, a execução se dê em benefício particular do empregado. É ele, e não o sindicato, o titular do direito material, o que acarreta a indispensabilidade de cognição a respeito de sua respectiva situação jurídica particular. É indispensável, até para a salvaguarda do direito à devida quitação em favor de quem paga, que seja identificado o credor

levantar o crédito obtido na execução, é caso de se restituir o valor obtido na execução ao devedor, já que inexistente norma conferindo diversa destinação ao produto da condenação nestas hipóteses (diferentemente do que ocorre no caso da indenização residual disciplinada pelo art. 100 do CDC). No processo trabalhista, a norma que permite a execução de ofício convive com o princípio da livre disposição, pelo interessado (trabalhador), da execução¹⁵⁸. Em consequência, a mesma solução será adotada caso não se localize o titular do crédito ou seus herdeiros.

No processo coletivo que tutela interesses individuais homogêneos, como exposto anteriormente, os benefícios sociais que decorrem da execução dos danos causados por violações a direitos individuais foram reconhecidos como suficientes para justificar a imposição de uma norma cogente que excepciona o princípio da inércia.

A execução residual, destarte, pode ser considerada norma que visa à satisfação de interesse reconhecido como socialmente relevante pelo legislador sob o aspecto material, razão pela qual a possibilidade de sua deflagração foi deferida aos legitimados constantes do art. 82 do CDC.

---

em favor de quem o pagamento é feito, bem como a natureza e a quantidade da prestação quitada". (O processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos...Op. Cit. Pág. 186)

¹⁵⁸ Reconhecendo a possibilidade da execução de ofício e a coexistência deste princípio com o da disponibilidade da execução pelo credor no processo trabalhista: SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho. Op. Cit. Págs. 609/610.*

3.10) A significativa contribuição da execução residual para o alcance dos escopos da jurisdição.

Por outro lado, faz-se necessário analisar a norma criadora da execução residual à luz do exercício jurisdicional. Contraditório e complexo seria se, após o reconhecimento da relevância social da norma pelo legislador - impondo a aplicação cogente da execução residual - quando de sua aplicação no processo se constatasse prejuízo ao melhor exercício da função jurisdicional (que também consiste em interesse público relevante, ligado especificamente ao direito processual).

Tratando-se a jurisdição uma expressão do poder estatal¹⁵⁹, a noção de melhor e correto exercício desta ganha considerável fluidez, tratando-se decerto de conceito com significativo grau de indeterminação.

No estudo da jurisdição – uma das bases da teoria geral do processo – a doutrina já reconheceu que a jurisdição visa a atingir ou contribuir para determinados objetivos no meio social, com vista às necessidades e aspiração do povo no tempo presente¹⁶⁰. Estes objetivos são os chamados escopos da jurisdição, sendo correta a conclusão que a significativa contribuição para o atendimento destes é elemento que deve ser analisado na criação, interpretação e aplicação das normas processuais. Assim, necessária a análise da execução residual sob o prisma dos escopos da jurisdição, de forma a verificar se a aplicação do art. 100 do CDC não vai em confronto a estes objetivos fulcrais da jurisdição.

Dinamarco, em clássica lição sobre o tema dos escopos da jurisdição, considera que podem ser classificados como sociais, políticos e jurídicos.

Para o autor, o escopo social fundamental é a pacificação social, consistente na minoração da insatisfação que aflige as pessoas em decorrência da resolução justa dos conflitos. Alcançando este escopo, a jurisdição serve à redução da litigiosidade, geradora

---

¹⁵⁹DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2013. Pág.181.

¹⁶⁰DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. Cit. Pág. 186.

de infelicidade pessoal e desagregação social¹⁶¹, contribuindo de forma significativa para a paz na vida em sociedade.

Com efeito, a eliminação da insatisfação individual com a permanência do conflito de interesses não solucionado, através do exercício da jurisdição, contribui para a minoração de situações de tensão social e até mesmo desestimula a utilização da violência privada como forma de resposta a situações em que a injustiça ou o desequilíbrio é flagrante¹⁶².

Dentro desta premissa, a execução residual fundada no art. 100 do CDC parece atender ao escopo social da jurisdição relativo à pacificação social. A imposição da execução residual, decerto, reduz no indivíduo o sentimento de que o conflito de interesses não foi resolvido ou que houve injustiça, com ganho indevido em favor do réu contra o qual foi proferida sentença condenatória no processo coletivo.

Nas situações em que o valor do dano causado individualmente é pequeno, até mesmo ínfimo (o que torna inviável até sob o prisma econômico que o indivíduo busque a tela jurisdicional mediante a execução da sentença coletiva), a execução residual surge como instituto capaz de reduzir a sensação, no sujeito que experimentou o prejuízo, de que a questão foi solucionada de uma forma injusta, com indevido e injusto proveito em favor do réu. Há, portanto, uma grande possibilidade de redução do sentimento de injustiça no indivíduo, que tem ciência de que haverá pagamento de quantia pelo executado corresponde ao dano causado, ainda que a quantia seja utilizada em benefício da sociedade e não entregue diretamente aos lesados (já que a quantia o produto da execução residual é revertido ao FDD por força de expressa disposição legal). O maior alcance deste escopo fica condicionado, à evidência, à divulgação da aplicação do art. 100 do CDC no meio social, que pode ou não ocorrer dependendo das circunstâncias do caso e da iniciativa dos agentes envolvidos.

---

¹⁶¹DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições...* Vol I. Op. Cit. Pág. 131/132.

¹⁶² “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido sobre a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária os seus membros e felicidade pessoal de cada um”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros. 2013. 29 ed. Pág. 32.)

Em relação ao escopo político da jurisdição e do processo, Dinamarco considera que possa ser analisado em três vertentes: i) reafirmação do poder estatal de resolução de conflitos; ii) limitação do exercício do poder estatal, assegurando o exercício das liberdades públicas individuais e iii) possibilitar que os indivíduos possam participar, por si mesmo ou por associações, nos destinos da sociedade política¹⁶³.

No tocante ao escopo jurídico, este se refere, também em Dinamarco, a fazer prevalecer a vontade concreta do direito¹⁶⁴. Cuida-se da função da jurisdição de aplicação das normas materiais solucionando os conflitos de interesses em conformidade com o ordenamento.

Isto considerado, parece-nos que a execução residual atende e contribui de forma relevante para o alcance também da primeira vertente do escopo político e para o escopo jurídico da jurisdição. A execução residual reafirma o poder estatal na resolução do conflito (impondo a execução ainda quando há inércia do titular do direito), bem como faz prevalecer a vontade concreta do direito (já que é patente em nosso ordenamento o princípio geral de que os danos causados pela prática do ato ilícito devem ser indenizados, como corolário do princípio do *neminem leadere*).

---

¹⁶³DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. Cit. Pág.198/199.

¹⁶⁴ O autor, diante das concepções unitária (que, em suma, considera o ordenamento único, consideradas as normas materiais e processuais, sendo que a criação de direito subjetivos nasce com a prolação da sentença) e dualista do ordenamento (que considera que os direitos subjetivos preexistem ao processo, sendo que a sentença apenas os explicita no caso concreto), adere à segunda. Para Dinamarco, assim, o escopo jurídico do ordenamento “não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* Vol. I. Op. Cit. Pág. 138/139).

4. OS PRESSUPOSTOS PARA INSTAURAÇÃO DA EXECUÇÃO RESIDUAL E SEU PROCEDIMENTO.

4.1) a utilização de conceitos indeterminados pelo art. 100 do CDC.

Na disciplina da execução residual, o legislador, valendo-se de sua discricionariedade, optou pela utilização de conceitos indeterminados, estabelecendo que a aplicação do art. 100 do CDC ocorrerá, na fase de execução do processo coletivo, em hipóteses em não ocorra a “*habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano*”.

Observa-se que na redação do mencionado art. 100 do CDC estão presentes dois conceitos indeterminados¹⁶⁵ (quais sejam: *gravidade do dano* e *número suficiente de habilitados*). Estes conceitos, além de serem verificados no caso concreto pelo Juízo da execução, terão sua relação de “compatibilidade” examinada por este, que só então determinará que se proceda a execução residual.

Nesse sentido Luiz Wambier assevera que:

“a expressão utilizada – ‘em número compatível com a gravidade do dano’ efetivamente se consubstancia naquilo que a doutrina chama de conceito vago (ou indeterminado). (...) A ideia do legislador foi a seguinte: ainda que tenha havido certa movimentação em torno da sentença de procedência, se não se considerar restabelecido o equilíbrio que se havia

---

¹⁶⁵ Lúcia Valle Figueiredo, analisando o tema sobre a ótica do Direito Administrativo, considera que os conceitos determinados ou unissignificativos são aqueles que admitem solução única, estando a Administração vinculada a uma possibilidade isolada. Já os conceitos indeterminados ou plurissignificativos impescindem de valoração e, para ela e parte dos autores, irá permitir a discricionariedade numa zona intermediária, uma “faixa cinzenta”, fora do núcleo de certeza positiva e negativa que envolvem o conceito. Lembrando ainda posição diversa, a autora também discorre sobre o pensamento de García de Enterría Ramon Fernandez, para quem os conceitos indeterminados “*são passíveis à condução à zona de certeza onde ‘tertium non datur’*: ou há, por exemplo, a urgência, ou não há; ou existe a insalubridade ou não existe; ou há boa-fé, ou não”. FIGUEREDO. Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 9ª ed. 2008. Pág. 215/217.

*rompido pela perpetração do ilícito, a legitimidade é, por assim dizer, ‘devolvida’ aos entes coletivos de que fala o art. 82 do CDC, para que se faça justiça, com objetivo de suprir a inatividade dos prejudicados, que não pode resultar na liberação do causador do dano*¹⁶⁶”.

Luiz Manoel Gomes Júnior, na mesma linha, sustenta que o legislador se valeu da utilização de um conceito vago, de maneira que “*deverá o julgador, caso a caso, analisar a extensão do dano e a quantidade de vítimas que se habilitaram, usando de bom senso para avaliar se o dano estará realmente reparado*”¹⁶⁷.

Não vemos como deixar de aderir a esta concepção doutrinária. A opção legislativa pela utilização da expressão “*número de habilitados compatível com a gravidade do dano*” leva à conclusão de que se quis atribuir ao Juiz da execução a função de aferir e valorar estes dois conceitos e sua relação no caso concreto, bem como, examinando os elementos do processo (extensão do dano causado, número de execuções e ações individuais, lucro auferido pelo ofensor), fixar a indenização ainda devida pelo executado, tudo isso com atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Todos estes elementos, dada sua relativa imprecisão, ganham densidade e tem seu significado plenamente preenchido à luz do caso concreto¹⁶⁸.

Desta forma, o Juiz está autorizado a aplicar o art. 100 do CDC somente quando verificar que o equilíbrio entre os conceitos indeterminados mencionados no dispositivo

---

¹⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4^a edição. 2010. Pág. 320/323.

¹⁶⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: SRS Editora. 2^a ed. 2008. Pag. 363. Também para Ricardo de Barros Leonel, na hipótese de aplicação do art. 100 do CDC, “*não haverá execução coletiva dos danos individualmente sofridos, mas sim liquidação e execução coletiva dos danos globalmente considerados, por estimativa, para posterior reversão destes valores ao Fundo de Interesses Difusos*” (*Manual do Processo Coletivo*. Op. Cit. 3^a ed. Pág. 427).

¹⁶⁸ Inobstante com isto concorde apenas parcialmente, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que na doutrina alemã sustenta-se que “*os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não porém diante de casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista de tais situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se dada situação é ou não ‘urgente’; se o interesse posto em causa é ou não ‘relevante’; se existe ou não um perigo ‘grave’ e assim por diante*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros. 2^a edição. 2012. Pág.22). Para o ilustre administrativista, na mesma linha de Lucia Valle Figueiredo, diante da peculiaridade de alguns casos, persistirá a incerteza, quando então entrará em cena a discrecionariedade do Administrador Público.

não estão presentes no caso concreto, sendo que a imposição do pagamento de uma nova quantia ao executado, através da execução residual, é medida que visa justamente restaurar, de forma razoável, o balanceamento da equação que envolve o dano causado aos indivíduos e o número de execuções singulares promovidas. A constatação do desequilíbrio entre gravidade do dano e número de execuções no caso concreto consiste, assim, em verdadeira premissa para o início e o desenvolvimento da execução residual.

Esta atividade judicial, evidentemente, não é feita ao talante do julgador. A verificação do equilíbrio anteriormente referido ocorre com a observância dos elementos concretos existentes nos autos, na medida da possibilidade de sua aferição, seja de forma precisa, seja de forma estimada. Nesse sentido, caso seja possível apurar de forma precisa a “*gravidade do dano*”, com exatidão em todos os seus elementos que irão integrar este conceito no caso concreto¹⁶⁹ - por exemplo, o número exato de lesados (numa situação envolvendo correntistas de determinada instituição bancária, por exemplo), bem como a extensão precisa do prejuízo individualmente sofrido e, dentro do universo de lesados, quantos buscaram a reparação através da propositura de demandas individuais (valendo-se da legitimação ordinária) - estes dados devem balizar a imposição da indenização residual, podendo inclusive limitar valor indenizatório imposto em decorrência desta.

Na mesma linha, em julgamento recente, o Superior Tribunal Justiça proferiu decisão em que se determinou que a execução residual deve observar o valor do exato prejuízo individual não executado nas situações fáticas em que é possível que se apure tal quantia com precisão. Tratava-se de caso envolvendo empresa especializada em celebração de contratos de arrendamento mercantil que, cobrando multa indevida, foi condenada em sentença no pagamento de restituição. Era possível, na hipótese, saber exatamente o número de indivíduos prejudicados e o valor do prejuízo singular sofrido por cada um. Estabeleceu-se no julgado que, em observância ao princípio da menor onerosidade da execução, o produto da execução residual a ser revertido ao Fundo, nestes casos, fica limitado ao prejuízo constatado e não executado pelos indivíduos¹⁷⁰.

---

¹⁶⁹ No capítulo 5 abordamos os elementos que integram o conceito de “gravidade do dano” para fins de aplicação do art. 100.

¹⁷⁰ Cuida-se do Recurso Especial 1.187.632-DF, cujo julgamento foi noticiado no Informativo de jurisprudência da Corte de nº 499 de junho de 2012, não tendo sido publicado o acórdão até o momento:

Entretanto, em grande parte das condenações, mormente naquelas que envolvem direitos do consumidor, é difícil – quando não impossível - apurar ao certo o número de sujeitos lesados e dano individual advindo da conduta¹⁷¹. Em alguns casos, sequer é possível a identificação dos sujeitos lesados em virtude das circunstâncias do caso concreto (item 1.8). Da mesma forma, é enorme a dificuldade em saber, dentro daquela gama de substituídos, quantos ajuizaram demandas individuais e obtiveram sua reparação por esta via (e, portanto, não poderiam sequer se habilitar na execução individual da sentença coletiva).

Neste panorama, a lei não vinculou a verificação dos pressupostos para a execução residual à precisão matemática, fazendo com que a aplicação do art. 100 do CDC seja viável mesmo num contexto fático em que, por exemplo, não seja possível a apuração precisa do número de indivíduos lesados que deixaram de promover a execução da sentença e o do prejuízo efetivamente sofrido por estes. Como bem ressalta Marcelo Abelha, isso nem seria possível em muitos dos casos de maior complexidade, dada a

---

“A liquidação do valor devido em execução de ação coletiva realizada com base no art. 100 do CDC – nos casos em que os beneficiários são identificados, e a obrigação objeto da decisão é passível de individualização – deve ser realizada por arbitramento, considerando cada um dos contratos. No caso, em ação civil pública, uma empresa de arrendamento mercantil foi condenada a restituir aos consumidores, em dobro, os valores referentes às multas cobradas em percentual superior a 2% decorrentes do inadimplemento contratual. De início, a Turma, por unanimidade, reconheceu a legitimidade do MP para a liquidação e execução de forma subsidiária, quando inertes os beneficiários da decisão em ação civil pública, conforme previsto no art. 100 do CDC. Quanto aos outros pontos, o Min. Antônio Carlos Ferreira, no voto-desempate, consignou que deve ser utilizado o instituto da reparação fluida (fluid recovery), diante da decisão judicial que pode ser individualmente executada, mas com a inércia dos interessados em liquidá-la. Caso isso não fosse possível, correria o risco de haver enriquecimento indevido do causador do dano. Quanto à forma de liquidação, registrou que há peculiaridades: todos os beneficiários da decisão são conhecidos e há possibilidade de apurar o valor efetivamente devido com base nos critérios fixados judicialmente. Nesse contexto, em respeito ao princípio da menor onerosidade da execução (art. 620 do CPC), havendo possibilidade de calcular com precisão o valor devido, a liquidação deve ser realizada por arbitramento (arts. 475-C, II, e 475-D, do CPC). Ademais, a liquidação com base em cada um dos contratos é a que prestigiará o decidido no título executivo. REsp 1.187.632-DF, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para acórdão Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 5/6/2012”.

¹⁷¹ Daniel Amorim Assumpção Neves, ao considerar que o desiderato do dispositivo é garantir a eficácia da sentença, observa a desvinculação entre o valor preciso e exato dos prejuízos individuais não executados e o valor que será imposto com fundamento no art. 100. Para ele “a tese de que deve haver um ressarcimento integral do dano gerado é amparada em vício de premissa, porque a execução por fluid recovery não tem como objetivo complementar as execuções individuais, mas tão somente fazer que a sentença tenha eficácia prática. Essa é a razão, inclusive, para que na execução por fluid recovery se busquem outros parâmetros que não somente os danos individuais não executados individualmente, pois, sem a colaboração dos titulares do direito, nem sempre será possível a determinação do valor de tal dano”. (TARTUCE, Flavio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Método. 2ª edição. 2013. Pág.695.

dificuldade de se aferir com exatidão aritmética, no caso concreto, os elementos necessários fixação do valor indenizatório¹⁷².

Valeu-se a lei, diversamente, de conceitos indeterminados, de modo a permitir ao Juiz, na fase de execução do processo coletivo, interpretar os elementos que tiver a sua disposição, de maneira a verificar se estão presentes os pressupostos para a imposição da execução residual.

4. 2) o procedimento de liquidação de sentença utilizado na execução residual.

A redação do art. 100 do CDC remete à ideia de prosseguimento da execução, com determinação de que incumbe aos legitimados do art. 82 proceder à liquidação de valores não executados pelos indivíduos prejudicados¹⁷³.

---

¹⁷² O autor, indicando problemas na aplicação e principalmente na quantificação da indenização do art. 100, indaga em artigo sobre o tema: “i) como é feita a ponderação e sopesamento do número de liquidações com a gravidade do dano? ii) como ter certeza que o prazo de um ano é suficiente para se saber se o número de liquidações será compatível com a gravidade do dano, se o prazo prescricional para o exercício do direito é na maioria das vezes quinquenal (art. 27 do CDC). Isso quando não for imprescritível? Como saber da existência de outras liquidações oriundas de ações individuais em que o indivíduo optou por não aderir à ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos? Ainda, o fato de existirem várias liquidações em curso não permite inferir que todas elas terão sucesso, o que impede, pelo menos neste momento (enquanto a liquidação estiver em curso), a formação de um Juízo de ponderação entre a gravidade do dano e o que foi efetivamente ressarcido pelo responsável? Ademais, como saber qual a gravidade do dano se os prejuízos apurados na liquidação de sentença são particulares e demonstrados e provados em ação de liquidação que provavelmente estará em curso (se não for proposta depois de um ano), quando da propositura da ação de reparação fluída? Diante de todos estes problemas, pergunta-se, quanto pedir a título de reparação fluída?” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*. In *Processo Civil Coletivo*. Coord: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. São Paulo: Quartier Latin. 2005. Pág. 466/467). Muito embora não concordemos totalmente no presente trabalho com as soluções dadas pelo ilustre autor no artigo citado, é certo que seus questionamentos são de grande pertinência e relevância.

¹⁷³ Transcrevemos novamente o dispositivo: Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Na esteira do anteriormente exposto, não consideramos que a aplicação do art. 100 do CDC se subordine à constatação de dados com precisão matemática, de modo que, apenas nos casos em que é possível se apurar com exatidão que, por exemplo, cem mil consumidores experimentaram prejuízo no valor certo de um real e não se habilitaram na execução, seja deferido aos legitimados do art. 82 a possibilidade de requerer o pagamento no valor exato de cem mil reais em favor do Fundo¹⁷⁴. Noutras palavras, a execução residual pode ocorrer ainda quando não seja possível constatar o valor exato do prejuízo individual ou mesmo precisar o número de lesados, bastando que se verifique, a partir do exame das circunstâncias do caso concreto e dos elementos existentes (inclusive estimativos), a ausência de compatibilidade entre “*gravidade do dano*” e número de indivíduos habilitados na execução.

Esta atividade, muito embora ocorra na fase de execução, é de cunho eminentemente cognitivo, mesmo porque o Juiz de antemão não tem condições de constatar a presença dos pressupostos que autorizam aplicação do art. 100 do CDC.

Nesse contexto, é de se indagar se, para se apurar o valor indenizatório na execução residual, são utilizados os meios de liquidação próprios do processo individual, ou se, de forma diversa, cuida-se verdadeiramente de uma forma *sui generis* de liquidação, em que se discute, posteriormente ao decurso do prazo de habilitação dos indivíduos, a própria existência do *an debeatur* (ou seja, a existência do próprio dever por parte do ofensor de suportar a indenização).

Ensina Dinamarco que a liquidação de sentença é procedimento que, a par de integrar o título executivo judicial, “*consiste no conjunto de atividades processuais destinadas a revelar o valor de uma obrigação, quando ainda não indicado no título executivo*”¹⁷⁵. Prossegue o renomado jurista esclarecendo que “*só é adequado falar em*

---

¹⁷⁴ Ada Pellegrini Grinover, inclusive, considera que a maior justificativa para a existência do instituto é a dificuldade que surge em situações em que a sentença condena o réu a ressarcir dano causado a centenas ou milhares de membros da *class*, surgindo então o problema de identificação das referidas pessoas (*Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense. 2011. 10ª edição. Pág. 163).

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV*. São Paulo, Malheiros, 6ª edição. pág.714

liquidação quando se trata de descobrir o valor de uma obrigação, ou seja, a quantidade de unidades devidas (...)” e que “*liquidar é quantificar*”^{176 177}.

Das modalidades de liquidação previstas no Código de Processo Civil, uma das que poderia, a princípio, aproximar-se da liquidação prevista no art. 100 do CDC seria, com efeito, a que se desenvolve por artigos, cuja regulamentação se encontra no art. 475-E do Código de Processo Civil¹⁷⁸.

A liquidação por artigos, segundo a definição legal, é aquela utilizada para determinar o valor da condenação quando necessária a comprovação de um fato novo. Este fato novo não está ligado, decerto, à existência da obrigação, cujo reconhecimento indubitável ocorreu ao fim do processo de conhecimento. Bem por isso Alexandre Freitas Câmara afirma que este fato novo “*se relaciona, exclusivamente, com o quantum debeatur, não dizendo respeito à existência ou inexistência do direito liquidando*”¹⁷⁹. É possível, até mesmo, que a liquidação aponte como zero o valor devido. Isto ocorre, entretanto, quando não há mais o que indenizar e não porque inexistente tal dever por parte do ofensor cuja responsabilidade foi apurada ao fim do procedimento cognitivo¹⁸⁰. A este procedimento de

---

¹⁷⁶ Op. Cit. Págs. 713/714.

¹⁷⁷ No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 5ª edição. Pág. 90.

¹⁷⁸ Também no sentido de ser mais adequada a liquidação por artigos, por “*oportunizar ampla defesa por parte do executado, como para preparar o convencimento judicial acerca da justa indenização fluída a ser fixada no caso concreto*”: ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Processo coletivo. Teoria geral, cognição e execução.* São Paulo: Ltr. 2012. Pág. 165.

Ressalvamos que nas excepcionais hipóteses em que é possível se apurar com exatidão o número de lesados e a extensão do prejuízo decorrente da conduta, a jurisprudência tem determinado que a liquidação ocorra com observância destes valores aritméticos, como no anteriormente citado recurso especial nº 1.187.632-DF.

¹⁷⁹ FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil. Vol. 3.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 17ª edição. Pág. 213. No mesmo sentido: “*Se o Juiz não tem certeza da existência dos danos, não pode condenar ninguém a indenizar o que não existe. O que pode ser buscado na ação de liquidação, constituindo-se como objeto da pretensão liquidatória é o valor dos danos, mas não os danos em si mesmo. O an debeatur (certeza) deve estar demonstrado e, em consequência, fixado na sentença do processo de conhecimento.; o quantum debeatur (liquidez) é que é objeto da ação de liquidação de sentença. É correta a fórmula ‘condeno o réu a indenizar os danos comprovados nos autos, cujo valor será apurado em liquidação’*” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. 13ª ed. pag. 872).

¹⁸⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARBOSA E SILVA, Érica. *Análise Crítica da Liquidação e Execução na Tutela Coletiva. In Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.* Coord: Paulo Henrique dos Santos Luccon. São Paulo: Altas. pag. 176.

liquidação aplica-se, no que for cabível, o procedimento comum, conforme norma expressa do CDC¹⁸¹.

Ao que nos parece, todavia, o procedimento que precede a execução residual disciplinada no art. 100 do CDC, muito embora se assemelhe ao procedimento da liquidação por artigos, com ele não se confunde.

Em grande parte dos casos, a sentença coletiva proferida em demanda que tem como objeto interesses individuais homogêneos, com base no art. 95 do CDC¹⁸², tem natureza genérica e, portanto, reconhece o direito à indenização aos indivíduos que, substituídos no processo, eventualmente tenham sofrido prejuízo em virtude do ato ilícito. Neste panorama, incumbe ao lesado, posteriormente à decisão judicial, “*comprovar a ocorrência do dano individual, o nexo causal com a situação ou conduta reconhecida na decisão, e o montante do respectivo prejuízo*”¹⁸³. O Juiz que sentencia na fase de conhecimento não necessariamente examina o impacto global e a extensão dos danos causados pelo ofensor no que se refere ao patrimônio de cada indivíduo. Tampouco é requisito desta sentença a quantificação do número de lesados, que poderão eventualmente se habilitar para execução futura (a quantificação exata do número de indivíduos lesados, aliás, nem sempre é possível dependendo da natureza do ato ilícito praticado).

Assim, quando da aplicação da execução residual, de forma diversa, existe, ao menos em princípio, uma dúvida a respeito da possibilidade de imposição do pagamento desta quantia indenizatória ao agente ofensor, agora executado. Esta questão apenas será sanada se, ao fim da análise judicial dos elementos trazidos ao processo, concluir-se pela inexistência de equilíbrio entre o valor do dano global e o número de indivíduos lesados¹⁸⁴.

---

¹⁸¹ Art. 475-F. Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272).

¹⁸² “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

¹⁸³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 edição. 2011. Pág. 410. Também nesta linha Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 22ª edição. 2009. Pag. 540/541) e Paulo Henrique dos Santos Lucon e Érica Barbosa e Silva (*Análise Crítica da Liquidação e Execução Coletiva*. Op. Cit. Pág. 175/176), sendo que estes entendem que a sentença condenatória em demandas versando sobre interesses individuais homogêneos reconhece a potencialidade lesiva da conduta do réu, sendo o dano efetivo demonstrado na execução individual.

¹⁸⁴ Essa eventualidade da aplicação do art. 100 do CDC, condicionada ao preenchimento de seus pressupostos, já foi também constatada pela jurisprudência:

Aliás, é forte na doutrina a posição de que não é adequado que o legitimado extraordinário formule, logo na petição inicial do processo coletivo de conhecimento, pedido de execução com base no art. 100 do CDC, já que a aplicação deste dispositivo é incerta e condicionada ao preenchimento de seus pressupostos ¹⁸⁵.

Neste contexto, muito embora a se execução residual se desenvolva com a apuração de elementos não tratados na fase de conhecimento (número indivíduos lesados, de liquidações individuais e dano causado aos indivíduos naquela situação jurídica em que há elementos comuns), inexistente uma identificação plena com a liquidação por artigos.

De outro lado, tampouco nos parece que o procedimento da execução residual seja exatamente aquele previsto para a liquidação por arbitramento, disciplinada no artigo 475-C do CPC¹⁸⁶. Aqui, valem as mesmas considerações relativas à liquidação por artigos, já que no arbitramento, em geral, é designado perito judicial para que seja averiguada a extensão dos danos a serem indenizados de acordo com a decisão transitada em julgado não havendo incerteza no tocante à existência do dever de indenizar.

Não se pode negar, de outro lado, que no procedimento que eventualmente resulte na imposição da execução residual em face do réu pode ser necessária a prova de fatos e até mesmo a perícia com desiderato de apuração da extensão dos danos causados (se

---

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENAÇÃO CUMPRIDA PELO VENCIDO NA FASE DE CONHECIMENTO. DEPÓSITO. HABILITAÇÃO DE INTERESSADOS EM NÚMERO INCOMPATÍVEL COM A EXTENSÃO DO DANO. INCIDÊNCIA DO ART. 100 DO CDC. REVERSÃO PARA O FUNDO PÚBLICO DE QUE TRATA A LEI N. 7.347/85. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A SOLUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA NEM DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO NA FASE DE EXECUÇÃO.

(...)

2. A reversão para o Fundo Público dos valores não levantados pelos beneficiários é providência cabível na fase de execução da sentença coletiva, descabendo por isso exigir que a inicial da ação de conhecimento já contenha tal pedido, cuja falta não induz julgamento extra petita, tampouco alteração do pedido na fase de execução.

3. Ademais, independente de pedido na ação de conhecimento, a reversão para o fundo é previsão legal, sujeitando-se a condições *secundum eventum litis*, ou seja, somente reverterá caso ocorra, em concreto e na fase de execução, as circunstâncias previstas no art. 100, CDC.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 996.771/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 23/04/2012)

¹⁸⁵ Nesse sentido, Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Op. Cit. Pág.163.

¹⁸⁶ Art. 475-C. *Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) II – o exigir a natureza do objeto da liquidação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)*

cabível, a depender da casuística). Mais que isso, própria natureza cognitiva da execução residual – exigindo a análise da compatibilidade razoável da extensão do dano em comparação com as execuções ajuizadas – justifica a utilização de outros mecanismos processuais que sejam idôneos a averiguar e precisar elementos pertinentes à fixação da indenização, bem como reclama um procedimento que observe com plenitude os princípios do contraditório e ampla defesa, nos moldes do procedimento previsto para a fase de conhecimento.

É de se concluir, assim, que o procedimento para aplicação do art. 100 do CDC tem natureza *sui generis*, decorrente da especificidade do instituto da execução residual. Na condução do procedimento, poderá o Magistrado valer-se dos diversos mecanismos existentes no direito processual que se mostrem idôneos na apuração e verificação dos elementos pertinentes para que se inicie a execução residual, bem como para quantificação da indenização que será revertida ao FDD, observadas sempre as garantias constitucionais dos litigantes.

4.3) Contraditório, ampla defesa e produção de prova pelas partes no procedimento em que se desenvolve a execução residual.

Como exposto anteriormente, a cognição do Juízo na interpretação dos conceitos de relativa indeterminação mencionados no art. 100 do CDC e na ponderação acerca de seu equilíbrio razoável no caso concreto é a mesma utilizada no processo de conhecimento. Poderá o Juiz, neste momento, valer-se dos diversos mecanismos que o processo lhe oferece para auxiliá-lo na formação de sua convicção, como a oitiva de especialistas sobre a questão, a expedição de ofício para entidades diversas para que forneçam informações ou a realização de laudo pericial que eventualmente lhe sirva como parâmetro.

Esta mesma natureza cognitiva da execução residual reclama, além disso, que se oportunize a participação do executado em igualdade com o exequente, impondo que o procedimento observe características da fase de conhecimento. Neste contexto, é inafastável que o executado, após o pedido de início da execução residual pelo legitimado coletivo, possa formular suas alegações e pleitear a produção de provas. A necessidade de observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa garante às partes também que, durante todo o procedimento, possam, em igualdade de condições, formular suas alegações e produzir as provas que sejam pertinentes.

Não seria possível, no ordenamento constitucional brasileiro, em que o processo civil é informado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e persuasão racional, que o Juiz, debruçando-se sobre o caso concreto, decidisse que o número de habilitados é ou não compatível com a gravidade do dano sem que anteriormente fossem ouvidas as partes e sem que elas pudessem trazer aos autos comprovação das alegações eventualmente formuladas relativas a este equilíbrio.

Da mesma forma, imprescindível que seja deferido aos litigantes a possibilidade de manifestação e produção probatória para que se precise ou estime o número de lesados que deixaram de executar a sentença e o dano individual sofrido por cada um, já que são estes os principais elementos considerados na fixação do valor cujo pagamento será imposto ao executado e revertido ao FDD.

Neste ponto, deve-se considerar que o número de processos individualmente ajuizados (de conhecimento), de forma independente do processo coletivo instaurado, é fator relevante na verificação do equilíbrio a que se refere o art. 100 do CDC e na delimitação da quantia indenizatória cujo pagamento será eventualmente imposto ao réu.

As demandas individuais ajuizadas com fundamento no mesmo ato ilícito que ensejou a demanda coletiva, que podem já ter gerado execuções ou possivelmente desaguarão no procedimento executivo, influem ou influirão no equilíbrio entre valor de indenização imposta ao ofensor e gravidade do dano)¹⁸⁷. Isto porque os indivíduos que,

---

¹⁸⁷ Conforme exposto no capítulo III, os indivíduos que ajuizaram demandas individuais e optaram por não aguardar o desfecho do processo coletivo não poderão, por escolha própria, ser beneficiados em eventual execução coletiva. Por esta razão, entendemos que a “*gravidade do dano*” que será apurada na execução da sentença coletiva para fins do art. 100 não deve, na medida do possível, englobar o prejuízo por estes sofridos, mas sim o sofrido por aqueles que efetivamente poderiam, em tese, executar a sentença coletiva.

cientes do processo coletivo, optaram por prosseguir com demandas individuais, não poderão beneficiar-se de eventual condenação no bojo do processo coletivo¹⁸⁸. Estes sujeitos, embora prejudicados pela conduta ilícita que deu origem ao processo coletivo, não poderão ser considerados para fins de aplicação do art. 100 do CDC e poderão apenas executar a sentença proferida em seu processo individual, em caso de êxito.

Além disso, mesmo que não haja opção pelo prosseguimento da demanda individual pelo titular do direito (o que em geral ocorre pela não cientificação acerca da existência do processo), a execução ocorrida no processo individual repercute para fins de aplicação da execução residual. Na hipótese de o executado no processo coletivo demonstrar que, muito embora não tenha ocorrido um significativo número de habilitações individuais na execução da sentença coletiva, foram ajuizados processos individuais de conhecimento em número expressivo pelos indivíduos lesados, com procedência dos pedidos indenizatórios e posterior execução (de modo que estes indivíduos não se incluem dentre os substituídos processualmente no processo coletivo) é caso de mitigação ou mesmo de afastamento da imposição da indenização residual.

O número de indivíduos que optaram por ajuizar demanda individual é um exemplo de informação extraprocessual, que possivelmente não foi ventilada na fase cognitiva ou tampouco na execução da sentença coletiva, mas que influencia na execução residual. Isso demonstra como é imprescindível a observância rigorosa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo a permitir às partes que formulem alegações e, se for o caso, produzam provas que eventualmente sejam pertinentes anteriormente a imposição desta indenização.

---

¹⁸⁸ Artigos 103, inciso III e 104 do Código de Defesa do Consumidor:

103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

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

4.4) A utilização da execução residual em conformidade com seus fundamentos e finalidade. Impropriedade de aplicação do instituto em situações em que é possível a identificação dos lesados e nas quais o dano individual uniforme é expressivo do ponto de vista econômico ou indisponível.

Conforme abordado posteriormente (Capítulo 6), o ordenamento processual brasileiro não contemplou a criação de um procedimento específico que disciplinasse a situação em que são ajuizadas demandas individuais pelos sujeitos titulares do direito – em processos cognitivos ou executivos - posteriormente ao término da execução residual. Daí a complexidade que se verifica na busca de um procedimento capaz de lidar com esta situação, sem perder de vista as garantias constitucionais dos envolvidos e os princípios processuais que destas são corolário.

Por outro lado, a opção legislativa pela execução residual no processo coletivo que envolve interesses individuais homogêneos evita que, pela ausência de iniciativa dos indivíduos lesados, o réu do processo coletivo deixe de arcar com o pagamento de valores indenizatórios de forma razoavelmente compatível com os prejuízos causados.

Como consequência desta concepção da execução residual e de suas finalidades, temos que a utilização do instituto num contexto em que se pode presumir a existência de significativo interesse por parte dos indivíduos lesados na obtenção da reparação do prejuízo sofrido se mostra de todo imprópria.

Considerando-se que a execução residual se desenvolve sem atuação do titular do direito (e que a este não beneficia diretamente) e que, nos casos em que este busca a satisfação de seu direito posteriormente ao término do procedimento estabelecido pelo art. 100 do CDC, deve se submeter ao procedimento descrito posteriormente, parece inarredável a conclusão de que a execução residual não deve ser utilizada em situações em que, sendo possível a identificação daqueles que sofreram prejuízo não específico (uniforme), este dano tenha significativo valor¹⁸⁹. É de todo inadequado, pois, que se

---

¹⁸⁹ Tratamos sobre o prejuízo uniforme na tutela de interesses individuais homogêneos no item 5.1.b., no qual expusemos que, a nosso aviso, a execução residual se limita, em relação a cada indivíduo, ao valor do prejuízo que possa ser presumido de forma uniforme em decorrência da relação jurídica tratada no processo, não abrangendo danos que sejam específicos e decorram de situações particulares dos sujeitos. No item 6.6

deflagre a execução residual em situações em que o prejuízo individual não específico (uniforme) é relevante economicamente e que são identificáveis os prejudicados, dada a forte possibilidade de que estes venham a buscar o recebimento do valor reparatório que lhes é devido.

É o exemplo de um processo coletivo ajuizado em virtude de acidente aéreo, em que, dada a gravidade da questão e a repercussão para os indivíduos que sofreram o dano, ainda que passado um ano da prolação da decisão condenatória, é possível se presumir razoavelmente que os titulares do direito individual venham promover a liquidação e execução individuais da decisão condenatória. São situações que, a nosso aviso, deve-se evitar a utilização da execução residual e se buscar outras formas de atuação, como a melhor divulgação da decisão condenatória e uma mais adequada informação aos titulares do direito acerca para que possam buscar a reparação pelos prejuízos que sofreram.

Além disso, em situações em que o direito individual em relação ao qual versa o processo coletivo é indisponível (o que, embora muito incomum, pode ocorrer em tese, já que, como exposto, a homogeneidade não se confunde com a disponibilidade¹⁹⁰), também se mostra imprópria a utilização da execução residual. Se o indivíduo não pode dispor do direito, não há porque que possa ser executado pelos legitimados listados no art. 82 do CDC e posteriormente revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Uma vez reconhecida a indisponibilidade do direito, não é caso de se utilizar a execução residual, que tem, como resultado, a reversão do valor obtido para terceiro, no caso o FDD. Medidas outras, como a ampla notificação ou mesmo divulgação do resultado de demanda coletiva parecem mais adequadas a situações em que o direito é indisponível ou nas quais o prejuízo é uniforme é significativo.

Em tais condições, temos que a execução residual deve se restringir a hipóteses em que, constatado que o direito individual homogêneo é disponível, sua parcela não específica (uniforme) tenha valor econômico não significativo ou nas quais é inviável a identificação dos titulares do direito (hipóteses descritas no item 1.9), sendo possível,

---

expusemos também a necessidade de explicitação, quando do término da execução residual, do valor do dano uniforme sofridos por cada indivíduo, de forma a balizar eventual restituição posterior pelo Fundo.

¹⁹⁰ Item 1.5.

nestas situações, razoavelmente se considerar que não haverá um interesse significativo por parte dos indivíduos na execução dos valores referentes aos prejuízos não específico¹⁹¹.

---

¹⁹¹ Neste ponto, pode-se, em crítica a posição por nós adotada, afirmar que esta visão restritiva acerca da execução residual beneficia o réu, afastando a aplicação do art. 100 do CDC em casos em que o dano não específico (uniforme) é significativo do prisma econômico e que portanto, possivelmente, serão posteriormente propostas demandas indenizatórias posteriores. Nesta linha, uma possível crítica seria a de que esta posição resultaria em benefício ao réu que causa danos significativos aos indivíduos em detrimento daquele que, com sua conduta, causa aos indivíduos prejuízos de menor relevância financeira. Diante desta possível crítica, temos que não consideramos a execução residual um instituto que obriga a execução e reversão para o FDD de todo e qualquer valor relativo a prejuízos causados pelo réu do processo coletivo que não foram executados pelos titulares do direito (tanto assim que entendemos que não engloba valores decorrentes de prejuízos específicos, não uniformes e que não podem portanto ser presumidos). Nesta linha, consideramos que nosso direito ainda convive com situações nas quais o agente que provoca prejuízos pode vir a não arcar totalmente com a indenização pelos danos causados em virtude da inação do prejudicado (isso tanto na tutela individual, em que vige o princípio da inércia, quanto no processo coletivo). Por esta razão, é de grande relevância a imposição de indenizações por danos causados a interesses difusos ou coletivos em sentido estrito (estes afetos à sociedade, conforme item 1.4) aliada ao fortalecimento do poder de polícia administrativa e da imposição das normas penais. A nosso aviso, o art. 100 do CDC, fruto de escolha política, em realidade viabiliza a execução dos danos uniformes em situações em que por situações exógenas à livre escolha dos titulares do direito (notadamente pela impossibilidade de se identificar os indivíduos lesados e a pouca repercussão econômica do prejuízo, que torna anti-econômica a atuação dos prejudicados) estes deixarão de buscar a satisfação de seus prejuízos, garantindo que, mesmo nestas situações, os benefícios sociais decorrentes da satisfação do direito individual sejam alcançados, dentre eles o desestímulo do agente provocador do dano (item 1.7). Por essa razão, entendemos adequada a posição de que não deve ser utilizada a execução residual nos casos em que, sendo relevante o valor do prejuízo, pode-se presumir razoavelmente, pelas circunstâncias do caso, que serão ajuizadas demandas indenizatórias ou execuções individuais pelos prejudicados.

5. ELEMENTOS A SEREM CONSIDERADOS E PONDERADOS PELO JUÍZO PARA IMPOSIÇÃO DA EXECUÇÃO RESIDUAL E PARA O ARBITRAMENTO DO VALOR A SER ENTREGUE AO FUNDO.

5.1) gravidade do dano:

5.1.a) número de indivíduos lesados.

Partindo-se da premissa de que a imposição da execução residual impescinde da apreciação dos conceitos indeterminados mencionados no art. 100 do CDC- cujo completo significado será precisado no caso concreto pelo Juízo - necessário indagar acerca de quais dados e elementos devem ser levados em consideração nesta atividade judicial cognitiva que pode ou não desaguar na imposição da execução residual. Estes mesmos dados e elementos servem para balizar a fixação da quantia cujo pagamento será imposto ao executado, caso se conclua pela presença dos pressupostos para imposição da execução residual.

Neste cenário, necessário, num primeiro momento, a análise da expressão “gravidade do dano”, mencionada no art. 100 do CDC.

A doutrina considera que o dano grave na execução residual é aquele sofrido por um número considerável de indivíduos. Segundo Teori Albino Zavascky, o art. 100 do CDC visa a *“contornar uma das dificuldades típicas em ações coletivas em defesa dos consumidores, quando a lesão é de pequeno valor em relação a cada um dos lesados, mas de valor total significativo, quando considerados o número de pessoas atingidos pela lesão”*¹⁹². A gravidade do dano, portanto, é verificável de forma global, considerada a soma dos prejuízos individuais.

Assim, o primeiro elemento a ser considerado quando da verificação dos pressupostos para imposição execução residual, bem como o se arbitrar o valor de seu

---

¹⁹² ZAVASCKY, Teori Albino. Processo Coletivo – *Tutela de Direitos Coletivos e Tutela de Coletiva de Direitos...* Op. Cit.. Pág. 205.

produto, é o número de indivíduos lesados pela conduta que, na sentença do processo coletivo, foi considerada antijurídica e ensejadora do dever de indenizar. A quantidade de indivíduos que sofreu as consequências da conduta ilícita, sempre em cotejo com os que se habilitaram para promover a execução de seu prejuízo individual, são elementos que devem balizar a aplicação do art. 100 do CDC.

É de se considerar, todavia, que nem todos os indivíduos vitimados pela conduta ilícita podem beneficiar-se do resultado do processo coletivo para fins de promover execução individual, com obtenção de reparação singular. Conforme será adiante examinado (capítulo 6), o sistema processual brasileiro permite aos indivíduos o ajuizamento de processo singular autônomo, com garantia de, mesmo cientes e notificados acerca do processo coletivo, prosseguir na sua condução¹⁹³. Nesta hipótese, o indivíduo abre mão de se beneficiar da sentença do processo coletivo, não podendo destarte ser levando em consideração na execução residual. Da mesma forma, o prejuízo sofrido por aqueles que promoveram a execução individual da sentença coletiva ou que ajuizaram processo ordinário para satisfação de seu direito violado não pode ser levado em consideração para fins de imposição da execução residual e de fixação do valor a ser entregue ao FDD¹⁹⁴.

Além disso, é possível que parte dos sujeitos lesados transacione validamente com o agente causador do dano (ou até mesmo renunciem ao direito de que são titulares). Uma vez que os titulares do direito de reparação validamente transacionaram, não podem promover a execução individual da sentença condenatória proferida no processo coletivo que versa sobre interesses individuais homogêneos. Em consequência, tais prejuízos também não podem ser levados em consideração na execução residual.

---

¹⁹³ Art. 104 do CDC: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

¹⁹⁴ Atualmente predomina no âmbito do STJ orientação de que é obrigatória a suspensão dos processos individuais em caso de ajuizamento de processo coletivo relativo ao mesmo litígio (REsp1110549, julgado em regime de recurso repetitivo, publicado em 14/12/2009, Rel. Min. Sidnei Beneti) tendo sido, mais recentemente, proferida no sentido de que, uma vez julgado procedente o pedido deste, devem aqueles ser imediatamente convertidos em liquidações individuais da sentença condenatória proferida no processo coletivo (REsp1189679, publicado em 17/12/2010, Rel. Min. Nancy Andrighi). Há, portanto, uma aproximação entre os regimes das demandas ordinárias de conhecimento e as execuções individuais da sentença coletiva eventualmente proferida.

5.1.b) gravidade do dano: extensão do dano singular. O dano não específico (uniforme) como relevante para execução residual.

Para a imposição da execução residual e para o arbitramento da quantia a ser entregue ao Fundo, deve-se levar também em consideração a extensão do dano individualmente sofrido, mesmo em situações em que, pelas circunstâncias do caso concreto, este prejuízo somente possa ser estimado.

Importante, neste ponto, traçar uma distinção entre os prejuízos sofridos pelos indivíduos no contexto das ofensas a interesses individuais homogêneos. Determinados prejuízos, relativos a circunstâncias individuais específicas relativas aos indivíduos ou à situação por eles vivenciada, apenas podem ser apurados mediante liquidação individual promovida pelos titulares do direito à reparação. São os chamados danos ou prejuízos individualmente diferenciados¹⁹⁵.

De outro lado, existem danos que podem ser constatados de maneira uniforme, mediante análise da situação jurídica homogênea sobre a qual versa o processo coletivo. Há hipóteses em que, com os elementos da relação jurídica homogênea, faz-se possível aferir ou presumir a existência e extensão do dano individual por sua decorrência direta com a conduta ilícita. Segundo Ricardo de Barros Leonel *“é possível imaginar que não haja liquidação individual se, na própria sentença coletiva, tiver o Juiz condições de fixar, desde logo, o valor uniforme da reparação individual, nos casos em que a lesão seja efetivamente uniforme”*¹⁹⁶. Aponta o autor, nesta esteira, a proposta contida no Projeto de Lei para disciplinar a Ação Civil Pública (PL 5.139, de 2009), que prevê que o Juiz, preferencialmente, fixe o valor desta reparação uniforme no momento da prolação da sentença do processo coletivo, sem prejuízo de formulação de pleito, pelo interessado, de valor diverso, observadas as peculiaridades da situação concreta¹⁹⁷. É esta, aliás, a situação

---

¹⁹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...op cit.*Pág. 577.

¹⁹⁶ *Manual do Processo Coletivo*. 3 ed. Op. Cit. Pág. 417

¹⁹⁷ Em relação à explicitação, pelo Juízo, dos danos não diferenciados (uniformes) já na sentença, o Projeto de Lei 5.139/2009, dispõe que:

“§ 4o Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo

do Recurso Especial de nº 1.187.632-DF, mencionado anteriormente, em que se condenou o réu a restituir o valor relativo à multa contratual ilicitamente paga pelos mutuários¹⁹⁸.

Quando se está diante da execução residual fundada no art. 100 do CDC, o dano individual que deve ser levado em consideração para se chegar ao valor a ser pago pelo executado é o não específico (uniforme), que decorre diretamente da situação de homogeneidade que viabilizou a tutela destes direitos pelo processo coletivo e que pode ser razoavelmente presumido, considerada a situação homogênea, independente de qualquer iniciativa do indivíduo prejudicado.

Os danos individualmente diferenciados (não uniformes), muito embora decorram da conduta do executado considerada ilícita, não podem ser levados em consideração na execução residual, já que são referentes a situações pessoais e especificamente relativas aos sujeitos lesados e que, por isso, também não podem ser presumidos na ausência de iniciativa destes. Conforme ensina Hugo Nigro Mazzilli, a impossibilidade de se presumir a existência e extensão impede sua consideração para fins de aplicação do art. 100 do CDC¹⁹⁹.

De todo modo, deve-se ressaltar que, na linha do anteriormente exposto, ainda quando o Juiz apenas possa estimar a gravidade e a repercussão do dano uniforme, não fica afastada a possibilidade de imposição da execução residual. Numa situação em que um produto é colocado no mercado com defeito (como um veículo), sabe-se que os indivíduos que o adquiram sofreram prejuízo direto e simplesmente decorrente da aquisição, ainda que não seja possível, com precisão, aferir o valor exato deste prejuízo (razão pela qual em cena, aqui, o arbitramento judicial fundamentado do valor do dano médio), cabendo ao Juízo, assim, arbitrar de forma motivada o valor do prejuízo uniforme (ainda que por

---

coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.”

¹⁹⁸ É também a situação exemplificada por Leonardo de Medeiros Garcia, em que ocorre “a condenação de um fornecedor por ter subtraído das embalagens de um determinado produto a quantidade de dez gramas” (GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus. 2009. Pág. 415).

¹⁹⁹ Nesse sentido o autor, analisando a diferenciação entre estas espécies de dano, exemplifica: “*suponhamos uma série de automóveis vendidos com o mesmo defeito. Proposta ação civil pública contra o fabricante e condenado o réu a recolher o valor da indenização, cada lesado obterá junto ao fundo o valor do prejuízo direto e comum, o que por certo incluirá o custo da peça de sua substituição (interesses individuais homogêneos); contudo, os eventuais danos indiretos e variáveis de cada lesado têm de ser discutidos em ações individuais (como os lucros cessantes e dos danos emergentes, que serão diferenciados para cada consumidor).*” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...op cit.* Pág. 577/578).

estimativa, decidindo de forma fundamentada à luz dos elementos existentes que permitam balizar este arbitramento)²⁰⁰. O valor do prejuízo individual uniforme presumidamente sofrido por cada indivíduo (então explicitado pelo Juízo após o arbitramento) servirá, em cotejo com os demais elementos para tanto pertinentes (em especial numero de lesados, ainda que também estimado), como parâmetro para fixação do valor a ser remetido ao FDD no momento em que concluída a execução residual²⁰¹.

Neste mesmo exemplo, entretanto, os danos específicos que podem ter afligido os consumidores - como danos morais decorrentes de eventual transtorno ou mesmo indenização em caso de acidente ocorrido em virtude do defeito no veículo - não podem ser levados em consideração para fins de execução residual. Em tais casos, a imposição de indenização em face do réu para reparar plenamente os danos causados especificamente dependerá de iniciativa do lesado (ou de seu representante) na promoção da liquidação e execução individuais.

---

²⁰⁰ Vale ressaltar que, no âmbito do processo coletivo, a jurisprudência é assente quanto ao arbitramento do valor da indenização em favor do Fundo quando não é possível ou viável, com exatidão, precisar o valor indenizatório. Neste contexto, nos casos em que o prejuízo é presumido (dano *in re ipsa*), é caso de arbitramento judicial, fundado em parâmetros razoáveis e à luz das circunstâncias do caso (Recursos Especiais 1280321 / MG e Nº 1.190.189 - SP). Também no Projeto de Lei n. 5.139/2009, para disciplina da Ação Civil Pública, faz-se referência a um valor mínimo indenizatório, a ser fixado pelo Juízo, quando julgada procedente demanda coletiva versando sobre interesses individuais homogêneos [Art. 27, § 3º. *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*” (grifo nosso)]. Parece-nos, pois, inerente à tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos que, em situações em que é inviável a apuração exata da extensão do prejuízo individual uniforme (não específico), entra em cena o arbitramento pelo Juízo, de forma que a este incumbe, analisando outros elementos que eventualmente sejam pertinentes e à luz o princípio da razoabilidade, explicitar o valor do prejuízo não específico (uniforme) presumidamente sofrido por cada um dos indivíduos lesados.

²⁰¹ Acerca da necessidade de explicitação do valo dano uniforme sofrido ou presumidamente sofrido por cada indivíduo, até mesmo para auxiliar em eventual procedimento de posterior restituição, remetemos ao item 6.6.

5.2) gravidade da conduta do agente.

Muito se tem indagado a respeito de eventual finalidade punitiva da execução residual, havendo quem considere que um dos fundamentos do instituto também seria a imposição de uma verdadeira pena ao agente que causa prejuízo a indivíduos no contexto da sociedade de massa, em que são tutelados os interesses individuais considerados homogêneos (abordamos esta questão no item 3.7).

A doutrina civilista vem há algum tempo admitindo que a ideia de punição do ofensor influencie a fixação do valor de indenizações. Arnaldo Wald e Bruno Giancoli apontam que a responsabilidade civil, no atual contexto brasileiro, têm, ao lado das clássicas finalidades ressarcitórias e compensatórias, a chamada função punitiva ou de pena privada²⁰².

De forma diversa, a corrente doutrinária a qual nos filiamos (e que consideramos majoritária), rejeita a função punitiva como um dos desideratos principais da indenização cível (dada a impossibilidade de punição nesta seara sem previsão legal), reconhecendo sua existência em grau secundário, como consequência da imposição do dever de reparar do ofensor²⁰³. E esta corrente, em sua maioria, considera que a reprovabilidade da conduta e a

---

²⁰² WALD, Arnaldo. GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito Civil. Vol. 7. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 2011. Pág. 55. Os autores inclusive fundamentam esta função da responsabilidade civil na necessidade de infligir punição a ofensores que causam danos a coletividade. “Tome-se como exemplo os danos ambientais, os quais geram consequências tão graves que a sociedade é incapaz de avaliar com precisão (p. ex., o desastre nuclear de Chernobyl), além dos danos em massa praticados contra os consumidores. Com a ampla difusão destas espécies de dano, as quais além de irreparáveis apresentam alto grau de incerteza de identificação dos lesados, é possível concluir que o custo social destes prejuízos será quase sempre superior ao dano sofrido por cada lesado individualmente considerado. Assim, toda a estrutura normativa da responsabilidade civil passa por uma releitura de suas regras, tendo em vista a imperiosa necessidade de reprimir e prevenir a ocorrência dessas situações. Ressurge, assim, a função punitiva da responsabilidade civil como um dos principais instrumentos civis de combate a impunidade” (Cit. Pág. 55).

²⁰³ Bem por isso, em lição que reputamos precisa, Humberto Theodoro Júnior afirma que a utilização repressiva da indenização deve ser considerada *cum grano Sali* pelo Juiz, que deve recorrer a este critério de forma secundária e nunca como dado principal e determinante no arbitramento da indenização. Examinando a existência de outros campos do direito cuja finalidade é repressiva, como o administrativo e penal, sustenta o autor que “urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o *bis in idem*, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita. (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 5ª Ed. 2007. Pág. 40). Também Maria Helena Diniz considera que a sanção civil somente representa uma punição ao lesante e um desestímulo a prática de atos lesivos pelo seu caráter reparatório, reafirmando que “a responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação dos danos

necessidade de desestímulo do agente na prática de atos semelhantes são elementos que podem ser considerados no arbitramento do valor indenizatório nas situações em que é difícil, ou mesmo impossível, se aferir com precisão a exata extensão do prejuízo sofrido. São exemplos destas hipóteses a indenização por danos morais, estéticos ou outras situações em que se mostra imprescindível o arbitramento judicial do valor indenizatório.

Noutras palavras, a doutrina civilista majoritária, muito embora considere que a extensão do dano é limite para a indenização, reconhece que, nos casos em que existe evidente dificuldade em se precisar o valor do prejuízo, é possível que se leve em consideração, no arbitramento da quantia indenizatória, a reprovabilidade da conduta do agente, conjugada com outros elementos da situação fática²⁰⁴.

A dificuldade em se aferir com exatidão a extensão do dano também ocorre, em muitas situações, quando da aplicação do art. 100 do CDC, já que a execução residual se desenvolve também em hipóteses em que é difícil, senão impossível, precisar-se o número de titulares do direito ofendido que não promoveram a liquidação individual e a extensão de seu prejuízo.

Em tais condições, muito embora consideremos que a execução residual não tem finalidade eminentemente punitiva, não há porque deixar de considerar, em sua utilização, a orientação doutrinária civilista no sentido de que o grau de reprovabilidade da conduta é elemento que, diante das circunstâncias concretas, pode também balizar o arbitramento e a fixação do *quantum* devido pelo executado em hipóteses em que não é possível ou viável

---

causados a outrem”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva. 23ª ed. 200. Págs. 7/9). Igualmente, Paulo Nader considera que “a função intimidativa ou de prevenção se nos afigura decorrência da função reparatória. Condena-se o autor de danos, em um primeiro plano, a fim de se atender a vítima, proporcionando-lhe justiça; em um segundo plano, condena-se para evitar reincidência e para que as pessoas não violem os direitos subjetivos de outrem” (NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed. 2009. Pág. 17). Para esta corrente, como se vê, a indenização tem caráter punitivo secundário, ao impor ao ofensor a obrigação de recompor o patrimônio do ofendido.

²⁰⁴ Nesse sentido, examinando a responsabilidade por danos morais, Rui Stocco tem precisa lição: “Contudo, não nos olvidemos de que a dificuldade da reparação não implica a negação da realidade do dano. E, como dano que é, reclama também reparação, seja ela qual for.(...)Segundo nosso entendimento, a indenização por dano moral há de buscar duplo objetivo. Condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes e, com relação à vítima, compensá-la pela perda que se mostra irreparável e pela dor e humilhação impostas, com uma importância mais ou menos aleatória (STOCCO, Ruy. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. 7 Ed. Pág. 1708). Nesta mesma linha, diante das naturais dificuldades em se saber a extensão dos danos morais, Maria Helena Diniz propõe, como um dos treze critérios para se fixar o valor da indenização nestes casos, que se atente “às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva” (*Curso de Direito Civil*. Op. Cit. Pág. 104).

se precisar o exato valor do dano (como ocorre no arbitramento da indenização por danos morais).

Parece-nos, destarte, ser autorizada a conclusão no sentido da possibilidade de se levar em conta, na imposição do valor devido em virtude da execução residual, o grau de reprovabilidade e gravidade da conduta do ofensor, isto nos casos em que inexistem elementos suficientes para se precisar a exata extensão dos prejuízos não diferenciados e não executado pelos indivíduos.

5.3) enriquecimento sem causa do ofensor.

Necessário também examinar se, na atividade de fixação do valor produto da aplicação do art. 100 do CDC, é possível que seja levado em consideração eventual lucro ou proveito aferido pelo executado indevidamente, de forma a impedir que este se encontre, ao final do procedimento de execução, em situação de vantagem patrimonial decorrente da conduta ilícita (sem que esta vantagem seja resultado de um prejuízo causado aos indivíduos ou a determinado interesse difuso ou coletivo em sentido estrito).

No direito civil, repudia-se que qualquer indivíduo perceba acréscimo patrimonial sem causa, em detrimento de patrimônio alheio ou em prejuízo deste²⁰⁵. Como bem lembra Flávio Tartuce²⁰⁶, a doutrina atualmente vem afastando a necessidade de empobrecimento de uma das partes para a configuração do enriquecimento sem causa. Nesse sentido, foi aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal o Enunciado de nº 35, que dispõe que “*a expressão se enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento*”.

---

²⁰⁵ O art. 884 do Código Civil de 2002 estabelece que: “*Aquele, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*”

²⁰⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método. 2013. 3ª edição. Pág. 305.

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa existe desde o direito romano, tendo como fundamento a noção de equidade²⁰⁷. Sua aplicação é ampla no ordenamento brasileiro, referindo-se também, em consequência, à tutela de interesses transindividuais, divisíveis ou indivisíveis²⁰⁸.

Assim, ao legitimado extraordinário para ajuizamento do processo coletivo incumbe, ao constatar ter ocorrido enriquecimento do réu em decorrência da conduta ilícita, formular, logo na petição inicial, pedido de condenação, de forma que, caso o locupletamento decorra de ofensa a interesse individual homogêneo, o valor seja objeto de repartição pelos inúmeros lesados na medida do possível (na medida em que são estes os titulares do direito).

No caso de o número de execuções individuais ser pouco expressivo, o enriquecimento percebido pelo ofensor em virtude de sua conduta – que, repita-se, não necessariamente representa um prejuízo aos indivíduos – deve ser levado em conta quando da aplicação do art. 100 do CDC²⁰⁹. Trata-se de um valor patrimonial de titularidade dos indivíduos lesados, mas que deixou de lhes ser entregue em virtude da inércia individual na promoção da liquidação singular da sentença condenatória.

De outro lado, vemos com dificuldade a possibilidade de se levar em conta o eventual enriquecimento sem causa para fins de apuração do valor devido na execução residual em hipóteses em que tal pleito não é agitado no processo de conhecimento, não constando da petição inicial e da sentença proferida.

Isto porque a existência ou não do enriquecimento por parte do agente, bem como o nexo de causalidade do proveito com a conduta reputada ilícita e sua relação com interesses individuais homogêneos são matérias típicas da fase de conhecimento do processo, em que é garantida a plenitude de defesa e a contraditório.

---

²⁰⁷ GAGLIANO. Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Obrigações. São Paulo: Saraiva. 2006. 7ª ed. Pag. 344.

²⁰⁸ Maria Helena Diniz, ao analisar o direito civil e suas bases, assevera, sobre este, que “(...) *é bem mais do que um dos ramos do direito privado; estabelece parâmetros de todo ordenamento jurídico e estabelece princípios ético-jurídicos de aplicação generalizada e de aplicação não restritiva às questões cíveis*” (*Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. 2011. Pág. 23).

²⁰⁹ Nesse sentido, Luiz Wambier, analisando a indenização imposta com base no art. 100 do CDC, chega a afirmar que “*o critério para se calcular o quantum nesta liquidação é o lucro indevido do causador do dano (...)*” (*Op. Cit.* Pág. 323).

É certo que o procedimento para aplicação do art. 100 tem feições típicas de um processo cognitivo (Cap. 4). Precede à aplicação do dispositivo um exame, por exemplo, acerca do número exato ou estimado de lesados, assim como o dano sofrido por estes, sendo que tal movimento processual é animado pelo contraditório e pela ampla defesa. Ocorre que, neste caso, tais dados apenas têm pertinência em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença proferida na fase de conhecimento, quando, após o prazo de um ano, verifica-se se estão presentes os pressupostos para execução residual.

As circunstâncias são diferentes, entretanto, nos casos de enriquecimento sem causa do agente ofensor. O autor do processo coletivo (substituto processual) pode e deve verificar a existência do enriquecimento sem causa no momento da propositura da demanda, posteriormente à prática do ato ilícito. Mesmo que não seja possível sua quantificação exata naquele momento, deve ser formulado pedido em tal sentido, de forma a possibilitar a plena defesa ao réu. Constatando-se o enriquecimento sem causa, este deve ser levado em consideração quando da prolação da sentença de procedência, sendo o demandado condenado a restituir aos indivíduos, proporcionalmente em relação a cada um dos lesados, a vantagem patrimonial que indevidamente percebeu com sua conduta ilícita.

Neste caso, após o réu ser condenado ao pagamento do valor indevidamente obtido, de maneira que este deve ser levado em consideração em eventual execução residual que venha a ser deflagrada na eventualidade de não serem promovidas execuções individuais em número significativamente compatível com tal proveito indevido e com outros elementos pertinentes (número de lesados, extensão do dano individual e gravidade da conduta).

5.4) natureza do produto da aplicação do art. 100 do CDC: indenização?

Uma vez constatados os pressupostos para a indenização residual, quais sejam, desproporção entre o dano causado aos indivíduos e as execuções individuais promovidas, o valor a cujo pagamento será imposto ao executado deverá ser arbitrado através da análise dos elementos antes mencionados, sempre limitado à extensão do dano nos casos em que há condições de se apurar, com precisão aritmética, a quantia não executada pela inércia dos titulares.

Na atividade que antecede a fixação do valor a ser pago pelo executado, nos casos em que inexistem elementos precisos para se aferir o número de indivíduos lesados que não promoveram a execução individual ou a extensão do dano sofrido por eles, deve o Juiz buscar a estimativa de tais dados de forma mais eficiente possível, valendo-se, na impossibilidade, do arbitramento, sempre de forma fundamentada.

Teria este valor, cujo pagamento é imposto ao executado do processo coletivo com base na aplicação do art. 100 do CDC, natureza de indenização? Ou teria, de outro lado, natureza diversa, razão pela qual consistiria em instituto *sui generis*, com finalidade assemelhada?

Muito embora o dispositivo legal que disciplina a execução residual denomine como “produto da indenização” o valor cujo pagamento é imposto ao executado no término da execução residual²¹⁰, o conceito de indenização é usualmente associado à ideia de reparação, sendo que a doutrina, de modo geral, não faz distinção entre as noções, “*aplicando-as como forma de satisfação à vítima por danos decorrentes de inadimplemento negocial ou de ato ilícito*”²¹¹. No entanto, como anota Paulo Nader, a reparação é um gênero na qual a indenização é espécie, de forma que a indenização

---

²¹⁰ “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”(grifo nosso).

²¹¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed. .2009. Pág. 25.

consiste em uma das possibilidades reparatórias, em que o dano ou prejuízo causado à vítima é reparado mediante pagamento de quantia em dinheiro²¹².

Assim, o conceito doutrinário de indenização reúne quatro requisitos básicos, a saber: i) consiste no pagamento de quantia em dinheiro ii) por aquele que causa o prejuízo, iii) em favor da vítima ou de seus sucessores²¹³. Constata-se, pois, que a incompatibilidade da concepção predominante de indenização quando se analisa a execução residual reside, tão somente, na destinação da quantia obtida, que não é entregue à vítima ou seus sucessores, mas ao FDD por força do disposto no *caput* do art. 100 do CDC.

Em sede de tutela jurisdicional de interesses transindividuais não passíveis de apropriação individual (difusos e coletivos em sentido estrito), a questão não enseja maiores dificuldades. Indivisíveis e insuscetíveis de apropriação individual que são estes interesses, a destinação da indenização imposta em caso de sua ofensa deve, naturalmente, ser utilizada em benefício da coletividade, sendo pertinente a opção legal pela reversão em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Consideradas, todavia, a premissa de que os direitos individuais homogêneos são divisíveis e passíveis de apropriação pelos titulares, a destinação do valor obtido através da execução residual diretamente ao FDD faz com que, a princípio, não estejam presentes os requisitos doutrinariamente reconhecidos para que o produto da execução residual possa ser considerado indenização. Esta dificuldade no enquadramento aumenta quando se leva em conta que ao indivíduo é possível pleitear o pagamento da indenização referente aos danos por ele sofridos mesmo após o pagamento, pelo executado, do valor obtido com a aplicação do art. 100 do CDC.

Assim, na concepção atualmente majoritária, o valor obtido na execução residual não pode ser considerado como indenização. Trata-se, com efeito, de um pagamento *sui generis*, imposto por força de disposição legal e que, por disposição normativa expressa, é entregue a um terceiro que não o lesado (no caso o FDD) em substituição ao valor

---

²¹² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol 7. *Op. Cit.* Pág. 26.

²¹³ No tocante ao item “iii”, também para Maria Helena Diniz, “indenizar é ressarcir o dano causado, cobrindo todo o prejuízo experimentado pelo lesado”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. Vol. 7. 27^a ed. Pág. 150).

indenizatório não executado (tendo também como fundamento a não execução da indenização oriunda do prejuízo individual).

Neste contexto, diante não significativa iniciativa para execução dos prejuízos individuais, é imposto ao réu do processo coletivo, por força de disposição legal e mediante atuação dos legitimados extraordinários, o dever de efetuar pagamento, em favor do Fundo, no valor deste prejuízo (ou o mais próximo possível).

Passaremos, no capítulo seguinte, a analisar o convívio entre a execução residual e o direito dos sujeitos que tiverem seus interesses individuais homogêneos ofendidos e as situações em que estes, posteriormente ao término da execução residual, ajuízam demandas de conhecimento ou execuções individuais da sentença condenatória proferida no processo coletivo.

6. A INDEPENDÊNCIA ENTRE A EXECUÇÃO RESIDUAL (ART. 100 DO CDC) E OS PROCESSOS DE CONHECIMENTO E EXECUÇÕES INDIVIDUAIS AJUIZADOS POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DAQUELA.

6. 1) a possibilidade de ajuizamento de processos de conhecimento individuais após o pagamento de quantia pelo réu ao término da execução residual (art. 100 do CDC).

É atualmente majoritário na doutrina pátria o entendimento de que o término da execução residual, com pagamento de quantia pelo executado em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, não afeta o direito dos indivíduos de posteriormente obter a reparação do prejuízo por eles sofrido através do ajuizamento de demanda individual de conhecimento ²¹⁴.

Esta possibilidade é corolário da independência entre os planos coletivo e individual estabelecido em nosso sistema²¹⁵, do direito incondicional ao ajuizamento de

---

²¹⁴ Nesse sentido: Luiz Manoel Gomes Júnior. *Op. Cit.* Pág.365. Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré. *Op. Cit.* Pág. 293. Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4 – Processo Coletivo.* Salvador: Juspodvm. 4ª ed. 2009. Pág. 378); CAMARGO. Luiz Henrique Volpe. *Liquidação e Execução na Tutela Coletiva.* In *Execução civil e cumprimento da sentença.* Vol. 3. (SHIMURA, Sérgio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. Coord.). São Paulo: Método. 2009. Pág. 455. Em sentido contrário, Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad C. Branco consideram que “é de decadência o prazo fixado no artigo em estudo para o interessado pleitear sua parte na indenização ordenada em ação coletiva” (SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad. *Código de Defesa do Consumidor Comentado.* São Paulo: Livraria dos Tribunais. 6ª edição. 2006. Pág.958). Também entende decadencial o prazo Teori Albino Zavascky, tanto para o ajuizamento do processo de conhecimento quanto para promoção de execução individual. Para ele “passado o prazo, o direito de executar se transfere aos legitimados como representantes do Fundo, e não seria sustentável considerar como ainda subsistente, nessas circunstâncias, o mesmo direito em favor do titular individual que até então ainda não se habilitou. Isso abriria possibilidade de dupla execução do mesmo crédito .Teori Albino Zavascky (*Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.* *Op. Cit.* Pág. 187/188).

²¹⁵ Esta independência foi consagrada pelo texto legal brasileiro nos artigos 103 e 104 do CDC:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

(...)

ação e da garantia do indivíduo de não ser vinculado no âmbito processual ao resultado de um processo coletivo que tenha como objeto interesse individual homogêneo caso, após cientificado acerca da demanda coletiva, manifeste-se no sentido de manter a postulação individual (nesta hipótese, deixando em tese também de se beneficiar de decisão no processo coletivo que venha a ser proferida em seu favor²¹⁶).

Sérgio Shimura considera que a única hipótese de execução residual em que haverá decadência do direito individual em buscar a reparação é a regulada pela Lei nº 7.913/89, que dispõe acerca do processo coletivo para reparação de danos causados no mercado financeiro²¹⁷. E assim porque o art. 2º do mencionado Diploma não apenas determina que a quantia objeto de execução fique a disposição dos indivíduos lesados por dois anos, como estabelece de forma expressa a decadência do direito à reparação dos sujeitos prejudicados após o decurso deste lustro temporal²¹⁸. Cuida-se de norma que expressamente impõe a decadência para o investidor que deixa de promover sua habilitação na execução, determinando, em consequência, que a receita seja recolhida em favor da União por força de expressa determinação legal.

Assim, no âmbito da tutela dos demais interesses individuais homogêneos, em que ausente disposição legal expressa, não se pode falar em prescrição e decadência em relação

---

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

²¹⁶ Esta impossibilidade de proveito, pelo indivíduo que opta pela manutenção de sua demanda individual após cientificado do processo coletivo, do resultado favorável da demanda coletiva foi flexibilizada pela jurisprudência atual do STJ, em que, como visto, com a propositura da demanda coletiva, devem ser suspensos os processos individuais de conhecimento e, em caso de procedência, estes devem ser convertidos em execuções da sentença condenatória proferida no processo coletivo (REsp 1110549 e REsp1189679). Esta possibilidade, fundamentada na ausência de interesse de agir por parte do indivíduo em relação ao prosseguimento do processo individual após o resultado favorável da demanda coletiva, somente é admitida, atualmente, em benefício do autor.

²¹⁷ *Tutela coletiva e sua efetividade...Op. Cit.* Pág. 188.

²¹⁸ *Art. 2º As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.*

§ 1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber.

§ 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de 2 (dois) anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida como receita da União.

ao direito de titularidade dos indivíduos mesmo após finalizada a execução residual, com destinação do produto desta ao FDD nos termos do art. 100 do CDC.

6. 2) possibilidade de ajuizamento de execuções individuais da sentença coletiva após o pagamento de quantia em favor do Fundo com base no art. 100 do CDC no sistema brasileiro.

Da mesma forma que ocorre com o ajuizamento de demandas individuais de conhecimento, é possível, pela da posição atualmente majoritária, que após a aplicação do art. 100 do CDC os indivíduos lesados promovam a liquidação e execução de seus prejuízos com base na mesma sentença condenatória que embasou a execução residual. Prevalece em âmbito doutrinário, como exposto (item retro), o entendimento de que “*o prazo de um ano previsto no art. 100 não é extintivo do direito do particular, mas apenas autorizativo para a liquidação e execução coletiva, em prol do Fundo*”²¹⁹.

Com efeito, não nos parece que em relação à posterior execução individual da sentença proferida no processo coletivo haja significativa diferença em relação à possibilidade de ajuizamento de posterior demanda de conhecimento (ação ordinária) pelo indivíduo prejudicado. Se a execução residual não afeta o direito material do indivíduo ou interfere no ajuizamento da demanda de conhecimento, não há, a nosso aviso, justificativa que impeça a execução individual da sentença coletiva posteriormente à transferência da quantia ao Fundo. Seria o mesmo que afirmar que o indivíduo que prosseguisse com sua demanda singular disporia de todo o prazo prescricional executivo da sentença que lhe fosse favorável, enquanto aquele que optou por se valer da sentença proferida no processo coletivo apenas teria um ano para promover a liquidação e execução individuais do julgado.

---

²¹⁹ SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método. 2006. Pág. 188. O autor excepciona a hipótese regulada pela Lei 7.913/89, como anteriormente mencionado.

Tal orientação, que a princípio desfavorece aquele que opta pela tutela coletiva em detrimento do que se vale da via do processo individual, não se coaduna com as finalidades do sistema processual brasileiro. Assim, uma vez considerada válida a premissa de que a aplicação do art. 100 do CDC não afeta o direito dos indivíduos de ajuizar e prosseguir com demandas ordinárias (de conhecimento), correta a conclusão de que também não afetarão o direito dos indivíduos de promover a liquidação individual da sentença condenatória proferida no processo coletivo²²⁰.

Em tais condições, não há razões para que se considere que o decurso do prazo do art. 100 do CDC (ou mesmo posteriormente o término da execução residual) resulte na decadência do direito individual de liquidar e executar a sentença condenatória coletiva²²¹.

Deve-se considerar que, todavia, a possibilidade de ajuizamento de demandas de conhecimento e execuções individuais após a conclusão da execução residual, enseja, ao menos em alguns aspectos, dificuldades, já que pode resultar na imposição ao réu no dever de suportar o pagamento de indenizações individuais mesmo após ter arcado com pagamento em favor do FDD (pagamento este que, como visto, tem como fundamento valores dos prejuízos não executados, ainda que estimados ou arbitrados pelo Juízo com os elementos existentes na situação concreta).

Esta possível desproporção, bem como os mecanismos e institutos existentes no direito processual brasileiro idôneos disciplinar tais situações, serão analisados na sequência deste capítulo²²².

---

²²⁰ Em sentido contrário, entendendo que após a execução residual é proferida uma sentença que, com base no art. 794 do CPC, extingue a execução e portanto não há mais processo coletivo que admita posteriores liquidações individuais: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Liquidação e Execução na Tutela Coletiva*. In execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. Coord: SHIMURA, Sérgio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. São Paulo: Método. 2009. Pág. 454/455.

²²¹ Nos termos da Súmula de n. 15, do STF, prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação. Seguindo desta Súmula, há julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado: “*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE INCLUSÃO NO POLO ATIVO. POSSIBILIDADE. PRAZO DE HABILITAÇÃO PREVISTO NO ART. 100 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE NÃO SE CONFUNDE COM O PRAZO PRESCRICIONAL PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO DO INDÉBITO. EXEGESE DA SÚMULA Nº 150 DO STF. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Processo n. 891468-9 (Acórdão), Relator(a): Dulce Maria Cecconi, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Comarca: Maringá, Data do Julgamento: 03/07/2012 15:23:00, Fonte/Data da Publicação: DJ: 903 13/07/2012.*”

6.3) as possibilidades de tratamento da questão do ajuizamento de demandas de conhecimento e liquidações individuais posteriormente à execução residual. O enriquecimento sem causa em favor do Fundo em detrimento do executado. O dever de restituição pelo Fundo diretamente ao indivíduo lesado.

Como visto, a possibilidade de que os processos individuais de conhecimento e as execuções individuais da sentença coletiva possam ser ajuizados em face do réu/executado que figura no processo coletivo mesmo após o término da execução residual deixa aberta a possibilidade de imposição, em desfavor do executado, do dever de efetuar pagamento excessivo. Excessivo porque o executado pode vir a ser compelido a arcar com o pagamento de indenizações individuais mesmo após ter suportado o pagamento do produto da execução residual em favor do FDD (art. 100 do CDC), cujo fundamento é justamente a existência de prejuízos causados que não foram motivaram execução pelos prejudicados.

As posteriores ações e execuções individuais são capazes de ensejar, destarte, uma alteração do equilíbrio entre gravidade do dano e número de execuções individuais que deu fundamento à execução residual. Esta desproporção pende a favor do FDD, na medida em que a quantia apurada após o término da execução residual foi revertida para o Fundo. Muito embora o arbitramento do produto da execução residual não se paute na precisão aritmética - sendo possível a utilização de elementos de estimativa e de arbitramento nesta seara (Cap. 5) – o valor da desproporção posterior pode ser constado de forma precisa. Basta, para tanto, que se quantifique o valor das indenizações por prejuízos não específicos (uniformes) pagas pelo réu posteriormente ao término da execução residual²²³.

Neste contexto, a questão dos pagamentos posteriormente impostos ao réu pode, segundo nos parece, ser encarada sob dois enfoques.

---

²²² Em contato com o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e com o Fundo do Estado de São Paulo, não obtivemos informação acerca de precedente em que tenham estes Fundos sido acionados para eventual restituição do valor entregue com base no art. 100 do CDC, seja na via administrativa, seja mediante decisão judicial que isso determinasse.

²²³ Imagine que diante do equilíbrio entre gravidade do dano e número de execuções individuais, o Juiz fixou, com base no art. 100 do CDC, o pagamento em favor do Fundo de R\$50.000,00. Caso posteriormente o executado seja condenado a pagar R\$20.000,00 em indenizações individuais por prejuízos uniformes (não específicos), a proporção anteriormente estabelecida foi alterada exatamente nessa quantia.

Pelo primeiro, a hipótese seria tratada como enriquecimento sem causa (do FDD em detrimento do executado do processo coletivo), já que, após a execução residual, o executado continuou arcando com o pagamento de indenizações pelos prejuízos causados individualmente.

Flávio Tartuce considera que a vedação ao enriquecimento sem causa constitui uma importante inovação trazida pelo Código Civil de 2002. Baseada no princípio da eticidade, visa “*ao equilíbrio patrimonial e à pacificação social*”²²⁴. Com efeito, o art. 804 do CC, ao dispor que “*aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido*”, traz ao ordenamento norma que veda o desequilíbrio patrimonial entre sujeitos que não possa ser justificando do ponto de vista jurídico. Complementa Maria Helena Diniz que “*a restituição será devida não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir (CC, art. 885)*”²²⁵. Seria justamente o desaparecimento posterior da causa justificadora do enriquecimento do FDD – já que os prejuízos individuais anteriormente não executados são um dos fundamentos para a execução residual - o alicerce para que o executado demandasse no sentido de obter a restituição do valor entregue com fundamento na aplicação do art. 100 CDC.

Assim, nesta hipótese, poderia o executado, sendo demandado e tendo efetuado o pagamento das indenizações individuais após ultimada a execução residual, acionar o Fundo (ou o a Pessoa Jurídica de Direito Público a que este esteja vinculado)²²⁶ para pleitear, a título de ressarcimento pelo enriquecimento sem causa deste, o valor pago excessivamente²²⁷.

Num segundo enfoque sobre a questão, poderia se considerar que a entrega do produto da execução residual ao Fundo ocorre mediante uma espécie de condição de

---

²²⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Op. Cit.* Pág. 304

²²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil. Op. Cit.* Pág. 282/283

²²⁶ Esta questão será por nos abordada posteriormente, no item 6.4.b,

²²⁷ Entende que a questão envolve o enriquecimento sem causa, dentre outros: Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa do interesse público em Juízo. Op. Cit.* Pág. 577). Defendendo a compensação entre os valores pagos a título de indenização individual durante a execução da sentença coletiva: Érica Barbosa e Silva (SILVA, Érica Barbosa. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas. 2009. Pág. 137/141)

resolutividade²²⁸, de forma que, caso implementada posteriormente determinada condição (como o ajuizamento de demanda cognitiva ou execução singular por algum dos indivíduos prejudicados), caberia àquele restituir o valor recebido.

Nesta senda, uma vez ultimada a execução residual, os indivíduos poderiam, em princípio, pleitear o recebimento das indenizações individuais diretamente em face do Fundo (ou da Pessoa Jurídica de Direito Público a quem este esteja vinculado), já que a deveria restituir o valor recebido²²⁹. O Fundo, assim, teria o dever de entregar aos indivíduos o valor indenizatório que lhes é devido pelos prejuízos uniformes, até o limite do valor recebido como produto da execução residual.

Diante das possibilidades que se colocam, a análise das normas jurídicas e dos mecanismos processuais existentes no sistema brasileiro para lidar com a questão das demandas cognitivas e executórias ajuizadas posteriormente à execução residual pode auxiliar na melhor disciplina destas situações. Tais mecanismos processuais, por isso, serão examinados na sequência.

---

²²⁸ Sem querer defender identidade entre os institutos jurídicos, o que nos parece inviável dada a peculiaridade da execução residual, é curioso mencionar que a propriedade resolúvel é aquela em que “*no próprio título de sua constituição encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou vindo o termo extintivo, seja por força da declaração de vontade, seja por determinação da lei*” (BEVILAQUA. Clóvis. *Código Civil*. Vol 3. Pág. 177 *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol .4. *Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva. 28ª ed. 2013. Pág. 369).

²²⁹ Conforme item 4.3, por questões relativas às garantias do contraditório e devido processo legal, entendemos que ao executado no processo coletivo deve ser oportunizada a participação neste procedimento.

6.4) normas jurídicas e mecanismos processuais para lidar com a questão da reparação individual após ultimada a execução residual:

6. 4. a) sustação do dispêndio da quantia entregue ao FDD até o término dos processos e liquidações individuais em tramite.

A legislação determina que o pagamento de indenizações individuais tenha prioridade em relação às quantias destinadas ao Fundo nas hipóteses em que há concomitância entre condenações fundadas em ofensas a interesses metaindividuais indivisíveis (difusos e coletivos em sentido estrito) e condenações ao pagamento de indenização por prejuízos individuais (interesses individuais homogêneos). Estabelece ainda que, caso existam processos individuais em curso, seja obstada a utilização da quantia entregue ao Fundo (ainda que em decorrência de ofensa a interesses difusos ou coletivos em sentido estrito), de forma a garantir a reparação do prejuízo causado aos indivíduos²³⁰.

A norma em questão garante a preferência da reparação individual quando há possibilidade de insolvência do devedor, vedando que ocorra o dispêndio da quantia

---

²³⁰ Trata-se do art. 99 do CDC, que dispõe que:

Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Disposição ainda mais abrangente é encontrada no art. 8º do Decreto 1.306/94, que regulamenta o FDD:

Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

revertida ao Fundo antes da satisfação do prejuízo causado aos indivíduos lesados. Esta determinação normativa, à evidência, também vale na execução residual, já que, havendo processos ou execuções individuais em curso, a destinação da quantia decorrente da aplicação do art. 100 do CDC ficaria obstada, como garantia para pagamento do valor eventualmente devido aos indivíduos.

Este comando normativo, como se observa, não exime o executado do pagamento das indenizações nos termos da decisão condenatória. Visa a, tão somente, garantir que o pagamento das indenizações individuais terá preferência no caso de insolvência por parte do executado.

Considerando-se que, entretanto, as demandas individuais e execuções singulares em curso quando da aplicação do art. 100 do CDC não podem ser levadas em consideração para fins de fixação da quantia a ser revertida ao FDD (item 5.1) - já que se trata de prejuízos individuais que estão sendo devidamente executados pelos titulares - é de se concluir que este mecanismo legal de garantia não influi diretamente na execução residual. Apenas se apurada eventual insolvência por parte do réu, parcela do produto da execução residual terá sua utilização obstada até o término dos processos de conhecimento e execuções singulares.

De outro lado, inexistente disposição normativa no sentido de obstar a utilização da quantia produto da execução residual quando não existam processos de conhecimento ou execuções individuais em trâmite. Significa que a determinação de sustação da destinação não abarca hipóteses em que, posteriormente à entrega da quantia ao Fundo, são ajuizadas novas demandas cognitivas singulares ou mesmo são promovidas novas liquidações individuais da sentença condenatória do processo coletivo. Considerando que, nos termos do art. 100 do CDC, a execução residual deve se iniciar no prazo de um ano a contar do início do prazo para habilitação interessados, há significativa possibilidade de ajuizamento de demandas de conhecimento e execuções individuais após o pagamento de quantia, pelo réu, em favor do FDD.

Uma possível solução, cogitada em sede doutrinária, seria a obrigatoriedade de que o dispêndio dos valores seja sustado até o decurso de eventual prazo prescricional ou

decadencial das ações ou execuções individuais que potencialmente poderiam ser ajuizadas pelos indivíduos²³¹.

Entendemos, pedindo *venia* aos ilustres doutrinadores que entendem de forma diversa, que este procedimento não é o mais adequado para o problema. Em primeiro lugar porque, como visto, predomina no direito brasileiro o entendimento de que o prazo para execução de sentença é o mesmo daquele relativo ao direito material²³². Nesse contexto, deve-se considerar que em se tratando de processos coletivos que têm como objeto interesses individuais homogêneos, não é aplicável tão somente o prazo prescricional do art. 27 do CDC, uma vez que os direitos individuais homogêneos podem ser tantos quantos são os direitos individuais, bastando que tenham origem comum²³³. Poder-se-ia cogitar até mesmo de execuções individuais de sentenças coletivas com prazo de vinte anos, na esteira do art. 205 do Código Civil.

Além disso, devem ser consideradas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, existentes no Código Civil e que afetam os indivíduos de forma diversa, impedindo uma padronização do prazo prescricional²³⁴. Não seria possível, assim, que se afirmasse com suficiente grau de certeza que após cinco anos não mais haveria de se falar em execuções ou ações individuais, já que poderiam alguns dos lesados estar, por exemplo, na condição de incapazes, ou ainda ter em seu favor uma das causas que interrompem ou suspendem a prescrição.

---

²³¹ Nesse sentido, dentre outros, Luiz Henrique Volpe Camargo considera que “o dinheiro não poderá ser utilizado pelo Fundo até que se opere o prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC” e que “como o dinheiro pertence aos substituídos, salvo se oferecida caução, é inviável a sua utilização pelos administradores do Fundo durante o período em que os efetivos titulares do direito ainda puderem reclamá-lo” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Liquidação e Execução na Tutela Coletiva*. In execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. Coordenação: SHIMURA, Sérgio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. São Paulo: Método. 2009. Pág. 454/455).

²³² Orientação constante também na já mencionada Súmula 730 do STF.

²³³ Apenas como reforço da posição seguida neste trabalho, citamos mais uma vez Teori Albino Zavascki, para quem “os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos III e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em Juízo”. (...) Quando se fala, pois, em ‘defesa coletiva’ ou em ‘tutela coletiva’ de direitos homogêneos, o que está se qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de defesa”. (ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo ...* Op. Cit. Pág. 35)

²³⁴ No ponto, ressaltamos que adotamos a posição de que mesmo o prazo para reparação de danos causados aos consumidores do art. 27 do CDC é prescricional, razão pela qual é possível sua suspensão ou interrupção.

Por outro lado, é certo que o não dispêndio da quantia por considerável lapso temporal poderia ser extremamente antieconômico, já que os valores ficariam com a utilização obstada a despeito de eventual interesse público nessa destinação e de haver um alto grau de probabilidade de que, ao final, poderia a ter havido o dispêndio em prol de finalidades de relevante interesse social. A quantia produto da execução residual ficaria sem utilidade em virtude de uma condição que, possivelmente, não ocorreria, já que no momento em que iniciou a execução residual não havia ações ou execuções individuais em curso.

6. 4 . b) Impossibilidade de formulação de pleito administrativo ou ajuizamento de demanda de conhecimento ou de execução individual somente perante o Fundo. Legitimidade da Pessoa Jurídica de Direito Público a que este esteja vinculado o Fundo para figurar no processo.

Há na doutrina quem entenda que, após o pagamento na execução residual, seria possível que o sujeito lesado postulasse diretamente perante o Fundo o pagamento do valor relativo à reparação pelos danos individualmente sofridos. Nestes casos, o FDD teria o dever de restituir aos interessados, extrajudicialmente, o *quantum* da indenização singular, funcionando como limite para a restituição o valor recebido como produto da execução residual.

Nesse sentido, Luiz Henrique Volpe Camargo afirma que, após o pagamento da quantia em favor do Fundo, somente é possível a formulação de pedidos administrativos direcionados em face deste, uma vez que o término da execução residual importa na extinção do processo coletivo, em virtude de efetivo pagamento (art. 794, I do CPC). Já

não havendo processo em andamento, não é possível a execução individual da sentença proferida no âmbito coletivo²³⁵.

Em linha semelhante, Sérgio Shimura considera que “*se já houver pagamento e recolhimento em favor do Fundo, o particular poderá habilitar-se perante o mesmo*”, mesmo porque “*se o demandado já pagou pela indenização devida, incluído aí os danos individualmente sofridos e recolhidos ao fundo, não há porque exigí-las, em duplicidade, contra o devedor*”²³⁶.

Esta posição, entretanto, enseja algumas considerações de ordem prática.

Isto porque num cenário em que é direcionado requerimento de reparação pelo indivíduo lesado na via administrativa em face do FDD, ao Conselho Gestor do Fundo incumbiria examinar a efetiva ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre o prejuízo alegado e a conduta do réu reconhecida como ilícita na sentença condenatória proferida no processo coletivo.

Não nos parece seja esta uma das atribuições principais do Fundo, na medida em que tal postura de impugnação diz respeito principalmente ao executado, que efetivamente é o responsável por suportar a indenização pelos prejuízos causados (tanto sob o aspecto individual, como coletivo). O Fundo, ao menos em princípio, não tem relação jurídica com o indivíduo lesado, não devendo assumir, em protagonismo, a função de examinar a presença dos pressupostos para restituição da quantia ao prejudicado. Será necessário, assim, um procedimento administrativo que envolva a análise do requerimento de restituição pela Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculada o Fundo, que conta, nesse aspecto, com melhor estrutura²³⁷.

---

²³⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Liquidação e Execução na Tutela Coletiva*. In execução civil e cumprimento da sentença. Vol. 3. Coord: SHIMURA, Sérgio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. São Paulo: Método. 2009. Pág. 454/455.

²³⁶ *Tutela Coletiva e sua efetividade*. Op. Cit. Pág. 193. Também entende Hugo Nigro Mazzilli que os indivíduos, nestas hipóteses, podem “*ajuizar ação contra a pessoa jurídica a que pertença o ente gestor do Fundo, o qual recebeu um dinheiro que se destinava ao indivíduo lesado*” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 25ª edição. 2012. Pag. 577).

²³⁷ Consideramos, conforme item, 6.5, que à Pessoa Jurídica de Direito Público, no procedimento que venha a ser instaurado, incumbe fiscalizar, na medida de suas possibilidades, a restituição da quantia entregue ao Fundo como produto da execução residual, dada a afetação deste valor à consecução de finalidades públicas e ao interesse público de que não haja fraudes neste procedimento de devolução.

Além disso, o executado – que teve contra si proferida sentença condenatória no processo coletivo de conhecimento – é o responsável por suportar o pagamento da indenização em favor dos indivíduos que experimentaram danos em decorrência de sua conduta, sendo que, pelos danos causados, responde com todo seu patrimônio. Destarte, caso os pedidos administrativos superassem o valor entregue ao Fundo como resultado da execução residual, ao executado incumbiria suportar o pagamento de indenizações posteriormente fixadas em decorrência de eventuais novas demandas cognitivas e ou de execuções individuais.

Portanto, é mais que legítimo o interesse do executado em participar deste procedimento e de, sendo o caso, impugnar a condição de prejudicado alegada do peticionante e a existência e extensão dos danos. Esta garantia de participação do réu do processo coletivo em eventual procedimento administrativo iniciado perante o Fundo é corolário, destarte, dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em tais condições, apenas seria possível o pagamento do indivíduo lesado na via administrativa nas hipóteses em que, tramitando procedimento administrativo de restituição perante a Pessoa Jurídica de Direito Público, não houvesse oposição desta. Além disso, imprescindível para a restituição administrativa que o executado, ciente do procedimento, também manifeste aquiescência ao pleito.

Em relação ao procedimento em sede judicial, o mesmo raciocínio se aplica no tocante à participação do executado do processo coletivo, pelas mesmas razões anteriormente expostas.

No ponto referente à legitimidade no processo, é oportuno registrar que, no regramento vigente, os Fundos não possuem os requisitos para figurar na relação jurídica processual, dada sua ausência de personalidade jurídica, a inexistência de disposição legal que lhe confira capacidade de ser parte ou e a ausência de precedente judicial que reconheça sua *personalidade judiciária*²³⁸. Em tais condições, a legitimidade para figurar

---

²³⁸ Alguns entes, mesmo não dotados de personalidade jurídica, podem figurar em Juízo (dispondo de capacidade de ser parte), por força de expressa previsão legal (é o caso dos entes despersonalizados elencados no art. 12 do CPC). De outro lado, em relação às Entidades dotadas de autonomia constitucional, a jurisprudência tem reconhecido sua “personalidade judiciária”, de maneira que a elas é permitido figurar em relações processuais estritamente para defesa de seus interesses institucionais (Nesse sentido, no STJ: AgRg

no processo a Pessoa Jurídica de Direito Público responsável pela administração do Fundo^{239 240}.

Assim, para restituição do valor entregue ao Fundo após a execução residual para pagamento da indenização devida ao indivíduo necessário a instauração de procedimento (administrativo ou judicial) em que deverão figurar a Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculado este e o executado do processo coletivo (sendo que para a restituição administrativa, imprescindível a aquiescência de ambos).

6.4. c) possibilidade de ajuizamento de demandas e execuções individuais em face apenas do executado no processo coletivo. Possibilidade de o executado, posteriormente, ajuizar em regresso demanda fundada em enriquecimento sem causa em face do Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculado o Fundo. Possibilidade de o executado valer-se da denúncia da lide, acionando a Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculada o Fundo.

Conforme anteriormente exposto, considerando-se que o término da execução residual – com reversão do produto desta ao FDD – não afeta o direito individual ao ajuizamento de demanda de conhecimento ou mesmo de executar individualmente a sentença coletiva, é de se reconhecer que ao indivíduo prejudicado também é garantida a possibilidade de demandar somente em face do executado do processo coletivo (já que seu direito indenizatório não foi afetado).

---

no REsp 1448598/PE e AgRg nos EDcl nos EREsp 1245830/AM). Segundo nos consta, não há entendimento jurisprudencial ou mesmo precedente que reconheça a personalidade judiciária a qualquer a Fundos vinculados a Pessoas Jurídicas de Direito Público.

²³⁹ Também sse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos.... Op. Cit.* Pág. 577.

²⁴⁰ Na mesma linha, sobre a ausência de personalidade jurídica dos Fundos vinculados à Administração Pública Federal, há parecer da Advocacia Geral da União disponível na internet: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade_governamental/download/relatorios/Parecer_PGPN_Fundados_071011.pdf

Nestes casos, em princípio, temos que estão à disposição do executado duas possibilidades.

Em primeiro lugar, o ajuizamento de nova demanda de conhecimento em face da Pessoa Jurídica de Direito Público, fundada no enriquecimento sem causa do Fundo a esta vinculado. Uma vez constatado o fenômeno do enriquecimento sem causa no plano do direito material, consequente o direito ao exercício do direito de ação para que o executado obtenha a providência que lhe garante o ordenamento jurídico²⁴¹.

De outro lado, também é caso de se admitir a denunciação da lide da Pessoa Jurídica de Direito Público, caso o executado venha a ser acionado, sozinho, pelo titular do direito material. E assim porque, em última análise, deve ser restituído pelo Fundo, em regresso ao executado²⁴², o valor entregue por força do art. 100 do CDC, no que se refere ao pagamento de indenização em favor do indivíduo titular do direito que, posteriormente, buscou o ressarcimento de seus prejuízos²⁴³. Tratando-se de medida de economia processual, por permitir que a questão seja equacionada no mesmo processo, é caso de admissão dessa modalidade de intervenção de terceiro nos processos de conhecimento (sendo que, nesta situação, seria denunciada à lide a Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculada o Fundo).

Parece-nos que, dadas as peculiaridades deste procedimento, é caso de se admitir a denunciação da lide da Pessoa Jurídica de Direito Público também nas execuções individuais da sentença coletiva (item 6.2) movidas somente em face do executado do processo coletivo posteriormente ao término da execução residual. A intervenção de

---

²⁴¹ Como afirma Flávio Luiz Yarshell, “as formas de invocação da tutela jurisdicional – mediante o exercício da ação e consequentemente a propositura de uma demanda – devem ser consideradas atípicas, no sentido de que as garantias constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da própria ação funcionam como uma cobertura geral e ampla para todas as afirmadas posições jurídicas de vantagem decorrentes do plano material (diante de lesão ou ameaça de lesão de direito).” (YARSHELL. Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional. Op. Cit.* Pág. 206).

²⁴² Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

(...)

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

²⁴³ Conforme item 6.6, entendemos que esta restituição pelo Fundo se limita aos danos não específicos (uniformes).

terceiros, em regra, não é admitida na execução, que tem como objetivo a implementação do direito já reconhecido, à exceção da assistência²⁴⁴.

A situação da restituição pelo Fundo posteriormente à execução residual, todavia, é de toda *sui generis*, sendo o caso de excepcionar a orientação geral sobre o tema, dada a peculiaridade da execução singular da sentença genérica proferida no processo coletivo posteriormente à execução residual e a conveniência de acertamento da questão relativa à restituição em uma única relação jurídica processual.

6. 5) a atuação da Pessoa Jurídica de Direito Público a que vinculado o Fundo nos processos individuais de conhecimento ou nas execuções singulares (quando acionada pelos indivíduos) e na demanda posterior ajuizada pelo réu do processo coletivo (fundada no enriquecimento sem causa). Inobservância da sistemática do pagamento por precatório em caso de necessidade de restituição da quantia pelo Fundo.

Também é tema que merece considerações a atuação da Pessoa Jurídica de Direito Público no procedimento instaurado para indenização do indivíduo posteriormente à conclusão da execução residual.

Muito embora figurem no processo coletivo do qual se origina a execução residual somente o legitimado coletivo (substituindo processualmente os indivíduos prejudicados) e o réu do processo coletivo, após o recebimento do valor produto da execução residual - destinado à consecução de finalidades públicas - identifica-se o dever por parte do Fundo

---

²⁴⁴ Sobre o não cabimento, em geral, da intervenção de terceiro no processo de execução, com exceção da assistência: DINAMARCO: Cândido Rangel. *Instituições...* Vol. IV. *Op. Cit.* 3. Ed. 2009. Pág. 176/179. Em regra, aderimos à todo o exposto pelo autor, reputando que, todavia, é caso de relativização da orientação geral nas execuções individuais da sentença condenatória proferida no processo coletivo iniciadas após o término da execução residual.

(e da Pessoa Jurídica a que este seja vinculado) no sentido de zelar pela devida aplicação destes recursos.

Assim, caso a Pessoa Jurídica de Direito Público, no âmbito do processo judicial ou administrativo, depare-se com situação fraudulenta ou mesmo na qual o indivíduo não reúna condições de comprovar satisfatoriamente a condição de prejudicado (portanto de credor), deverá atuar no sentido de evitar a devolução da quantia entregue ao Fundo, que a princípio tem utilização afeta a finalidades públicas. Há um interesse da Fazenda Pública e, até mesmo, um interesse da sociedade, no sentido de serem evitadas restituições indevidas, razão pela qual a atuação da Pessoa Jurídica, segundo nos parece, deve se pautar por essa linha (sem prejuízo, claro, deste exame ser feito também pelo Juízo, pelo Ministério Público e pelo legitimado coletivo que promoveu a execução, que pode eventualmente ser instado a se manifestar, a depender das circunstâncias do caso).

No tocante à forma de restituição da quantia entregue ao Fundo, caso determinada judicialmente, temos que é caso de não observância parcial do regime de pagamento por precatório, previsto no art. 100 da Constituição da República.

Nesta linha, relevante considerar que o art. 100 da Carta estabelece que a sistemática de pagamento por precatórios restringe-se “*pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas*”²⁴⁵ ²⁴⁶. A norma, portanto, não abrange o patrimônio que compõe o Fundo e que, não se confundindo com o da Pessoa Jurídica de Direito Público, é gerido por um Conselho Gestor vinculado a esta.

---

²⁴⁵ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

²⁴⁶ A expressão Fazenda Pública é comumente utilizada para designar o patrimônio das Pessoas Jurídicas de Direito Público (erário) ou, em algumas situações, estas próprias Pessoas. O glossário jurídico da Câmara dos Deputados, por exemplo, define Fazenda Pública como “*conjunto de órgãos da administração pública destinados à arrecadação e à fiscalização de tributos, bem como à guarda dos recursos financeiros e títulos representativos de ativo e de direitos do Estado*” (In <http://www2.camara.leg.br/glossario/f.html>). Leonardo José Carneiro da Cunha considera que a expressão Fazenda Pública é relativa à área da Administração Pública referente gestão de finanças, estando imbrincada com o termo erário e se referindo ao aspecto financeiro do Ente Público. Para o mesmo autor, na acepção processual, a expressão Fazenda Pública em Juízo é utilizada para designar Pessoas Jurídicas de Direito Público que figuram em processos judiciais (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 4ª ed. São Paulo: Dialética. 2006. Págs. 15 e 34).

Além disso, importante ressaltar que a restituição deve ser suportada pelo Fundo e com os recursos deste, não sendo o caso de utilização de quantias do orçamento das Pessoas Jurídicas de Direito Público, afeto a outras despesas previstas nas normas de direito financeiro. Não é possível, aqui, que eventual restituição seja suportada pelo orçamento da Pessoa Jurídica de Direito Público, sob pena de infringência das normas financeiras que regulamentam e prevêm a destinação de recursos.

Conforme lembram Marinoni e Arenhart, as dívidas da Fazenda Pública são pagas mediante expedição de precatório expedido pelo Poder Judiciário e dirigido à Entidade condenada com finalidade de inclusão no orçamento para pagamento no exercício seguinte.²⁴⁷ Como o Fundo, embora se sujeite a regras de direito administrativo, tem seu patrimônio segregado daquele pertencente à Administração Pública e não conte com repasse de recursos orçamentários, inviável que a restituição se sujeite ao regime de requisição aplicável às Fazendas²⁴⁸.

Nestas condições, a determinação judicial de restituição de quantia entregue como produto da execução residual deve ser cumprida diretamente pelo Conselho Gestor, com os recursos que compõem o Fundo, não havendo que se falar em observância do regime de pagamento por precatórios.

---

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2008. Pág. 401

²⁴⁸ ainda que se entenda que a restituição deve respeitar a sistemática de precatórios, com o que não concordamos, a requisição expedida deveria então obedecer ordem e fila especificamente relativo ao Fundo, não havendo qualquer motivo que se aguarde o pagamento de requisitórios diversos, oriundos de condenações judiciais da Pessoa Jurídica de Direito Público.

6.6) A necessidade de diferenciação entre os danos não específicos (uniformes) e os danos específicos sofridos pelos indivíduos nos processos e execuções individuais posteriores ao término da execução residual. Limitação da quantia que eventualmente será restituída pelo FDD.

Como se constata, as possibilidades existentes para tratamento das demandas individuais ajuizadas posteriormente ao término da execução residual mostram-se burocráticas, na medida em que se faz necessária, na maioria das situações, a intervenção do réu do processo coletivo e da Pessoa Jurídica ao qual vinculado ao Fundo. Quando tal intervenção não ocorre, o réu/executado, arcando com o pagamento da indenização individual, tem a possibilidade de buscar o restabelecimento do equilíbrio da situação, acionando posteriormente a Pessoa Jurídica de Direito Público mediante o ajuizamento de demanda de conhecimento.

Conforme expusemos no item 4.4, consideramos imprópria a utilização da execução residual em situações em que o dano uniforme (não específico) é significativo no aspecto econômico e é possível a identificação dos prejudicados. Adotada esta linha, o procedimento descrito no presente capítulo terá muito pouca utilização, eis que, consequentemente, em raros casos serão ajuizadas demandas de conhecimento ou execuções individuais pelos sujeitos prejudicados após ultimada a execução residual.

Mas além disso, necessário ressaltar que, conforme analisado no item 5.1. b., em sede de tutela de interesses individuais homogêneos, trabalha-se com a distinção entre o dano específico sofrido pelo prejudicado e o dano não específico (uniforme), sendo que, para fins de aplicação do art. 100 do CDC, aqueles não podem ser levados em consideração uma vez que a verificação de sua existência e extensão é impossível sem que haja iniciativa e atuação do ofendido.

Isto considerado, a eventual devolução pelo Fundo do valor entregue em virtude da execução residual - seja diretamente ao indivíduo lesado, seja ao executado que suportou o pagamento da indenização individual após finalizada a execução residual - somente pode abranger os danos sofridos considerados não específicos (uniformes) em relação a cada

indivíduo, ainda que este valor tenha sido fixado mediante arbitramento ou estimativa pelo Juízo.

Nesse panorama, mostra-se necessário que, já no momento do término da execução residual, o Juízo especifique o que foi considerado como valor do dano não específico (uniforme) suportado por cada um dos indivíduos prejudicados (e que, portanto, funcionou como um dos elementos para arbitrar o valor entregue ao Fundo), ainda que este valor tenha sido arbitrado razoavelmente, consideradas as circunstâncias do caso, por ser impossível precisá-lo com exatidão.

Assim, numa hipótese envolvendo assinatura de telefonia básica, por exemplo, poderia considerar que o dano não específico (uniforme) médio, levado em consideração para fins de execução residual, foi o valor de três mensalidades. Assim, caso o indivíduo consumidor entenda fazer jus à, posteriormente, restituição do valor de vinte assinaturas básicas e ajuíze demanda indenizatória ou execução individual após a aplicação do art. 100 do CDC, apenas no tocante ao valor de três assinaturas seria necessário observar aquilo que foi abordado nos tópicos anteriores, sendo este o valor que, ao final, eventualmente deverá restituído pelo Fundo. O valor da restituição, da mesma forma, será o mesmo para quantos indivíduos posteriormente reclamarem o recebimento do valor a que fazem jus.

Imperioso, pois, que, na conclusão da execução residual, o Juízo explicita o que foi considerado o prejuízo uniforme presumidamente sofrido por cada um dos indivíduos. Este valor servirá como baliza em caso de posteriores pedidos de pagamento de indenização, sendo que, no tocante ao Fundo, a restituição se limitará ao valor do prejuízo uniforme para cada indivíduo que eventualmente venha a ajuizar demanda de conhecimento ou execução individual da sentença coletiva²⁴⁹.

---

²⁴⁹ A nosso aviso, esta posição prevalece ainda que haja insolvência posterior por parte do executado, já que a norma do art. 99 do CDC, que faz com que os valores entregues ao Fundo não sejam utilizados enquanto pendentes processos individuais de julgamento, não abrange demandas ou execuções ajuizadas posteriormente à entrega da quantia (seja a título de condenação por ofensa a interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, seja em virtude da execução residual). Em tais condições, se solvente o executado quando ultimada a execução residual, eventual restituição pelo FDD será limitada aos prejuízos uniformes sofridos por cada um dos indivíduos que venha a ajuizar demanda posterior, não abrangendo prejuízos específicos e peculiares, ainda que o réu do processo coletivo venha a cair em estado de insolvência.

7 – CONCLUSÃO.

O instituto da execução residual, conquanto de muita relevância na tutela dos interesses individuais homogêneos no atual contexto brasileiro, guarda peculiaridades em diversos aspectos e que devem ser observadas em sua aplicação.

Consideramos necessário um aprofundamento acerca dos aspectos que cercam a aplicação do art. 100 do CDC, de maneira a propiciar uma mais ampla utilização deste importante instrumento criado pelo Código de Defesa do Consumidor e cujos benefícios são de significativa relevância para a sociedade brasileira no atual contexto de litigância de massa.

Importante também, na aplicação do instituto, atenção em relação à perspectiva do executado, de maneira a resguardar os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Nesta senda, todo o procedimento deve se desenvolver com possibilidade de manifestação do executado acerca da presença dos elementos suficientes para instauração da execução residual e para a quantificação do valor que, como resultado desta, é revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Acerca dos elementos a serem considerados na fixação da quantia a ser revertida em favor do Fundo, fundamental que, ao término da execução residual, o Juízo explicita o valor do dano não específico (uniforme) em relação a cada indivíduo que não requereu a execução de seus prejuízos. Nas situações em que este dano não específico sofrido pelos indivíduos não possa ser precisado com exatidão, será caso de utilização do arbitramento judicial, realizado à luz dos elementos concretos e com atenção ao princípio da razoabilidade. Da mesma forma, nos casos em que não seja possível se aferir, com exatidão, o número de indivíduos prejudicados, uma estimativa poderá ser utilizada pelo Magistrado no momento da fixação do valor produto da execução residual.

A explicitação do valor do dano uniforme também tem utilidade nas situações de posterior ajuizamento de demandas de conhecimento indenizatórias ou de execuções individuais (muito embora, conforme item 4.4, consideramos imprópria a utilização da execução residual em casos em que o direito individual tenha substancial repercussão econômica e que seja a identificação dos prejudicados, a restituição pode ocorrer em

situações excepcionais, em que o sujeito prejudicado formula pedido indenizatório posteriormente à aplicação do art. 100 do CDC). Nestes casos, eventual restituição do valor entregue o Fundo em virtude da execução residual terá como limite o valor do dano não específico (uniforme) explicitado pelo Juízo em relação a cada indivíduo.

Nas situações de pedidos indenizatórios formulados posteriormente pelos sujeitos prejudicados (excepcionais quando a execução residual é utilizada somente em hipóteses de prejuízos individuais pouco significativos ou quando não é possível a identificação dos prejudicados), será caso de utilização do procedimento para restituição, em relação ao qual tecemos considerações no derradeiro capítulo 6.

8. BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, Lucio Rodrigues. *Guia do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 4ª ed. 2005.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Processo coletivo. Teoria geral, cognição e execução*. São Paulo: Ltr. 2012.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 9ª ed. 2005.

ALVIM, Arruda. *Ação Civil Pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In *Processo Coletivo e Temas de Direito Processual*. Org: Araken de Assis; Carlos Alberto Molinaro; Luiz Manuel Gomes Júnior e Marinângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas. 14ª ed. 2012.

ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 15ª ed. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BADIN, Arthur. *O Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. In *Revista do Direito do Consumidor*. Vol. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros. 2ª edição. 2012.

BARBOSA E SILVA, Érica. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Breves notas sobre jurisdição e ação*. In *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. (Org: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell). São Paulo: Malheiros. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros. 6ª ed. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6ª ed. 2012.

BENJAMIM, Antônio Hermam V. *Responsabilidade Civil e Acidentes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor*. In *Revista do Advogado* n 33. Dezembro de 1.990. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo.

BENJAMIM, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5ª ed. 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos*. Brasília: Brasília Jurídica. 3ªed. 2006.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*. Vol 3. Pág. 177 *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4. *Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva. 28ª ed. 2013.

CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. Rio de Janeiro: *Lumen Iures*. 20ª ed.2010.

CAMARGO. Luiz Henrique Volpe. *Liquidação e Execução na Tutela Coletiva*. In *Execução civil e cumprimento da sentença*. Vol. 3. SHIMURA, Sérgio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. Coord. São Paulo: Método. 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. 1998

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1985.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª edição. São Paulo: Atlas. 2010.

COSTA. Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: *Quartier Latin*. 2009.

COSTA, Susana Henriques da. *Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa por Meio da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade*. In *Processo Civil Coletivo*. Coord: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. São Paulo: *Quartier Latin*. 2005.

COSTA. Susana Henriques da. *A imediata jurisdicionalização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In: *O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. Org: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 4ª ed. São Paulo: Dialética. 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETTI JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4 – *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm. 4ª ed. 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I. São Paulo: Malheiros. 6ª edição. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, II, III e IV.* São Paulo, Malheiros.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública.* São Paulo: Saraiva. 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil.* Vol. 7. São Paulo: Saraiva. 23ª ed. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado.* 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E. *Cases and Materials on Environmental Law.* Eighth Edition. Thompson Reuters. 2010

FARMER, Susan Beth. *More lessons from the laboratories: cy-près distributions in parens patriae antitrust actions brought by State Attorneys General.* In Fordham L. Rev. 361. 1999-2000.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas. 7ª ed. 2013.

FIGUEIREDO. Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros. 9ª ed. 2008.

FISS. Owen. *Um novo processo civil.* São Paulo. Revista dos Tribunais.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil.* Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 17ª edição. 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. CUNHA, Luciana Gross (Coord). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário.* Uma análise empírica. São Paulo: Saraiva. 2012.

GAGLIANO. Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações.* São Paulo: Saraiva. 7ª ed. 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência.* Rio de Janeiro: Impetus. 2009

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva. 1995.

GIDI Antônio; MAC-GREGOR. Eduardo Ferrer. *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos.* Salvador: JusPodivm. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva. 2009.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: SRS Editora. 2ª ed. 2008 e 3ª ed. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In. *Ação Civil Pública – 15 Anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo - Estudos e Pareceres*. São Paulo: DPJ. 2009. 2ª edição. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. 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. 2ª ed. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1ª ed. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 27ª edição. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense. Volumes I e II. 10ª edição. 2011.

HILLEBRAND, Gail. TORRENCE, Daniel. *Claims Procedures in large consumer class actions and equitable distribution of benefits, in Santa Clara Law Review – 1988*.

KARAS, Stan. *The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Service*. In *California Law Review*. 90. 2002.

KLONOFF, Robert H; BILICH, Edward K.M.; MALVEAUX, Suzzete M. *Class Actions and Other Multiparty Litigation, Cases, and Materials (American Casebook Series)*. Thompson West.

KOVACIC-FLEISCHER, Candance; LOVE Jean C.; NELSON Grant S.; LEAVELL, Robert N. *Equitable Remedies, Restitution and Damages - Cases and Materials (American Casebook Series)*. Thompson West.

LENZA, Pedro. *Efetividade do processo coletivo: O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o direito brasileiro*. In. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2013.

LEITE, José Rubens Morato Leite. *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro*. In *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *A definição de interesse público. In Processo civil e interesse público*. Coord: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. BARBOSA E SILVA, Érica. *Análise Crítica da Liquidação e Execução na Tutela Coletiva. In Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Coord: Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Altas.

MANCUSO. *Interesses Difusos. Conceito e legitimidade para agir*. . São Paulo: Revista dos Tribunais. 7^a ed. 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 5^a ed. 2013.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *A ação Civil Pública: Instrumento de participação na tutela do bem comum. In Participação e Processo*. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1.988.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2^a ed. 2008.

MARINONI. Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. *Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5^a ed. 2013.

MARQUES, Claudia Lim. Benjamim. Antônio Herman V.; Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3^a ed. 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 25^a ed.. 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr. 2^a ed. 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 4^a edição. 2009.

MILARÉ. Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5^a ed.

MORAES. Voltaire de Lima. *A Lei da Ação Civil Pública 25 anos depois (Lei 7.347/1985) e a derrocada do Projeto de Lei 5.139/2009 que pretendia revogá-la*. In *Ação Civil Pública após 25 anos*. Coord: Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A comparative perspective*. Oregon – Portland: Oxford. 2004.

MULHERON, Rachael P. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications e Implications*. London: UCL Press. 2006.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Vol. 7*. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed. 2009.

NALINI, José Renato. *Do Poder Judiciário. In Constituição Federal. 20 anos. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal – processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 11ª Ed. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. 13ª ed.

NOVAIS, Maria Elisa Cesar. *A tutela executiva nas ações coletivas em defesa do consumidor*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva. 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Tratado de Direito Processual do Trabalho. Volume II*. São Paulo: LTr. 2008.

ORTEGATI, Cássio. BOBBIO, Norberto e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 2. Trad: Carmem Varria. Brasília: Editora UNB. 1999. 12ª ed. Pág. 1.211.

PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. *Conceito de interesse público e crítica de sua legitimidade: futuro da ação civil pública. In A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus. 1.998.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do Juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros. 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. In Processo Civil Coletivo*. Coord: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodvm. 2013.

RHODE, Deborah L. *Class Conflicts in Class Actions*. Stanford. Law. Review 34.1981/1982.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr. 6ª ed. 2008.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Livraria dos Tribunais. 6ª edição. 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. *A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Organização). *Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Método. 6ª ed. 2009

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Malheiros 2ª ed. 2007

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7ª ed. 2009.

SOUZA, Luiz Antônio de. *A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade*. In *A Ação Civil Pública após 25 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

STOCCO, Ruy. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Método. 2ª edição. 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método. 2013. 3ª edição.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 47ª ed. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 5ª Ed. 2007.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros. 2007.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos. In Ação Civil Pública. Lei n. 7.347/85. 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2002.*

WAGNER, Gerhard. *Collective Redress – Categories of Loss ad Legislative Options. London: Law Quarterly Review. 2011.*

WALD, Arnaldo. GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito Civil. Vol. 7. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva. 2011.*

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª edição. 2010.*

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5ª edição. 2004.*

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional. São Paulo: dpj. 2ª ed. 1996.*

ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela de Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2007.*

ZUFELADO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva. São Paulo: Saraiva. 2011.*