GUSTAVO MILARÉ ALMEIDA

**EXECUÇÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:
ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012**

GUSTAVO MILARÉ ALMEIDA

**EXECUÇÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:
ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Rodolfo de Camargo Mancuso.

SÃO PAULO

2012

RESUMO

A presente tese tem por objetivo demonstrar que a sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, prevista nos arts. 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, é insuficiente, o que justifica a sua reforma legislativa para torná-la mais efetiva em nosso ordenamento jurídico, especialmente diante do atual cenário do Poder Judiciário brasileiro.

Com esse propósito, a princípio, aborda-se a necessidade de adequação de tal disciplina à realidade social, a fim de que esse processo consiga satisfazer os direitos violados em um prazo razoável, o que passa invariavelmente pela correlata melhoria dos serviços judiciários prestados no Brasil.

Por meio de dados estatísticos oficiais, do posicionamento atual da doutrina nacional e dos precedentes mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, estuda-se, então, a existência de relação entre a chamada “crise do processo” e a tutela coletiva, bem como em que medida os interesses individuais homogêneos se prestam para a democratização do acesso à Justiça e para tal melhoria nos serviços judiciários brasileiros.

Em seguida, analisa-se criticamente referida sistemática, a fim de, na medida do possível, identificar em que pontos apresenta-se deficiente e/ou omissa, sugerir o melhor e maior aproveitamento da *lege lata*, bem como formular propostas de *lege ferenda* viáveis para suprir tais pontos e, conseqüentemente, aperfeiçoar a tutela prestada.

Palavras-chave: acesso à Justiça – crise do processo – efetividade processual – tutela coletiva – execução – interesses individuais homogêneos.

ABSTRACT

The thesis aims to demonstrate that the systematic approach of homogeneous individual interests (rights of a fluid class member similar to those in a class action for damages of the US Law) in Brazil, as set forth on articles 95 to 100 of the Brazilian Consumer Code, is insufficient and ineffective, especially vis-à-vis the characteristics of the Brazilian Judiciary, justifying, therefore, its legislative review.

With such objective, *a priori*, it is addressed the necessity of adequating such discipline to the Brazilian social reality in order to guarantee that lawful authorities shall be able to respond to law breaks in a reasonable period of time, what, in correlation, requires improvements on the judicial services rendered in Brazil.

By means of official data, the current understanding of national authors and most recent precedents of the Brazilian Supreme Federal Court and the Brazilian Superior Justice Court, the thesis investigates the existence of a relation between the so-called “process crisis” and class actions in Brazil, as well as to what extent the homogeneous individual interests are efficient in fostering the democratization of the access to justice in Brazil and, ulteriorly, the improvement of judicial services in the country.

Finally, the systematic approach of the homogeneous individual interests in Brazil is critically assessed so to, as far as possible, identify its flaws, suggest best and major manners to enshrine *lege lata*, as well as formulate viable proposals of *lege ferenda* that can overcome such flaws and, consequently, enhance the injunctions based thereon.

Keywords: access to justice – process crisis – procedural effectiveness – class action – execution – homogeneous individual interests.

RIASSUNTO

La presente tesi ha per finalità dimostrare che la sistematica per la soddisfazione della tutela giurisdizionale dei singoli interessi omogenei, prevista negli articoli 95 a 100 del codice di difesa dell'utente, è insufficiente, il che giustifica la sua riforma legislativa per lasciarla più effettiva nel nostro ordinamento giuridico, specialmente dinanzi all'attuale scenario del Potere Giudiziario brasiliano.

Con questo scopo, innanzitutto, si studia la necessità di adeguazione di tale disciplina alla realtà sociale, affinché questo processo riesca a soddisfare i diritti violati in un termine ragionevole, il che passa necessariamente per una miglitoria dei servizi giudiziari realizzati in Brasile.

Per mezzo di dati statistici ufficiali, dal posizionamento della dottrina nazionale e dai precedenti più recenti del Supremo Tribunale Federale e del Superiore Tribunale di Giustizia, si studia, allora, l'esistenza del rapporto fra la cosiddetta "crisi di processo" e la tutela collettiva, così come in che misura i singoli interessi omogenei si prestano alla democratizzazione dell'accesso alla Giustizia e per tale miglitoria nei servizi giudiziari brasiliani.

In seguito, si analizza criticamente la sopranominata sistematica, affinché, quando possibile, identificare in che punti si presenta deficiente e/o omessa, suggerire il meglio e il maggior profitto della legge lata, così come formulare proposte di legge ferenda fruibili per suprire tali punti e, conseguentemente, perfezionare la tutela prestata.

Parole chiave: accesso alla giustizia – crisi del processo – effettività processuale – tutela collettiva – esecuzione – singoli interessi omogenei.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
1.1. Apresentação do tema e justificativa da sua escolha.....	8
1.2. Hipótese e plano de trabalho.....	14
1.3. Premissas metodológicas.....	17
2. A CRISE DO PROCESSO E A TUTELA COLETIVA.....	22
2.1. A crise do processo.....	22
2.1.1. <i>O que justifica essa denominação?</i>	22
2.1.2. <i>Dados estatísticos oficiais</i>	27
2.1.3. <i>A quem interessa?</i>	31
2.1.4. <i>Causa</i>	36
2.1.5. <i>Consequências (as falsas-causas)</i>	42
2.1.6. <i>Tentativa de solução: necessária reinterpretação do acesso à Justiça..</i>	48
2.1.6.1. <i>Breve resgate da sua evolução e ampliação</i>	49
2.1.6.2. <i>Efeito nocivo da sua ampliação</i>	52
2.1.6.3. <i>Necessária mudança de mentalidade</i>	53
2.1.6.4. <i>Melhor e maior aproveitamento da tutela coletiva</i>	62
2.2. A tutela coletiva.....	70
2.2.1. <i>Interesses ou direitos difusos e coletivos</i>	76
2.2.2. <i>Interesses ou direitos individuais homogêneos</i>	79
2.2.2.1. <i>Defesa coletiva de direitos</i>	80
2.2.2.2. <i>Homogeneidade de origem</i>	82
2.2.2.3. <i>Indevida limitação às relações de consumo</i>	87
2.2.3. <i>Forma de identificação e distinção em juízo</i>	93

3. EXECUÇÃO NOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	100
3.1. Sistemática.....	100
3.2. Considerações preliminares.....	102
3.2.1. Sentença condenatória genérica.....	102
3.2.2. Liquidação.....	108
3.2.3. Execução.....	112
3.2.3.1. Execução específica ou obtenção de resultado prático equivalente.....	113
3.3. Informação insuficiente.....	121
3.3.1. Da figura dos interesses individuais homogêneos.....	124
3.3.2. Do título executivo.....	127
3.3.2.1. Entre a coletividade.....	128
3.3.2.2. Entre os entes legitimados.....	132
3.4. Legitimidade.....	135
3.4.1. Legitimidade individual.....	137
3.4.2. Legitimidade coletiva.....	139
3.4.2.1. Do Ministério Público.....	148
3.4.2.2. Da Defensoria Pública.....	152
3.4.2.3. De associação constituída para a exclusiva satisfação de determinado título executivo.....	156
3.4.2.4. Litisconsórcio ativo facultativo.....	161
3.5. Competência.....	165
3.5.1. Vinculação à Justiça e ao juízo da ação condenatória.....	166
3.5.2. Inexistência de forum shopping.....	167
3.5.3. Competência territorial do juízo.....	168

3.5.4. <i>Liquidação</i>	172
3.5.5. <i>Execução</i>	177
3.6. Concurso de créditos.....	180
3.7. Relação de prejudicialidade.....	182
3.8. Habilitação dos interessados.....	184
3.8.1. <i>Termo inicial do prazo de um ano</i>	185
3.8.2. <i>Natureza desse prazo</i>	188
3.8.3. <i>Número compatível com a gravidade do dano</i>	192
3.8.4. <i>Plano de cumprimento da sentença condenatória</i>	195
3.8.5. <i>Intervenção do Poder Judiciário nas finanças públicas</i>	200
3.9. Destinação do valor da indenização devida.....	207
3.9.1. <i>Fundo de reparação de interesses difusos lesados</i>	208
3.9.2. <i>Compatibilização de finalidades</i>	218
3.10. Propostas.....	224
4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	228
5. BIBLIOGRAFIA.....	233

INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do tema e justificativa da sua escolha

É célebre a máxima de Giuseppe Chiovenda segundo a qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.¹

Dela se extrai que o que fundamenta o processo é a sua aptidão para satisfazer (em um prazo razoável) um direito que tenha sido violado, pois também é conhecida a afirmação popular de que de nada adianta “ganhar e não levar”.² De fato, o mero reconhecimento de um direito não possui nenhuma utilidade pragmática se não for acompanhado da sua correspondente e tempestiva satisfação.³

Enquanto instrumento criado pelo Estado para realizar sua atividade jurisdicional, o processo somente se justifica e se legitima se for capaz de produzir um resultado que seja *rápido, prático e satisfatório* na vida do titular de um direito, isto é, se conseguir vencer o chamado *tempo inimigo*⁴, para, com uma “duração razoável”, conforme

¹ *Instituições de direito processual civil*, trad. Paolo Capitanio, vol. I, Campinas, Bookseller, 1998, p. 67.

² Tanto é que a exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado nº 116/2010, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados Federais sob o nº 8.046/2010, redigida pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, que se encarregou de elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, inicia-se fazendo menção expressa à *efetiva* satisfação, nos seguintes termos: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. Ademais, restou consignado no art. 4º desse anteprojeto que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

³ Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez e Vicente Gimeno Sendra chegam a afirmar que a execução constitui um dos termômetros mais significativos para mensurar a eficácia da administração da Justiça de um país (*Derecho procesal civil: Parte general*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2000, p. 448).

⁴ Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 354.

assegurado em nosso texto constitucional (art. 5º, LXXVIII), satisfazer em concreto a obrigação prevista no ordenamento jurídico.⁵

Essa constatação evidencia que a tão almejada e aclamada efetividade processual, ou seja, a concretização do ideal de *acesso à ordem jurídica justa*⁶, depende necessariamente do sucesso da satisfação da tutela jurisdicional.⁷

Ocorre que esse sucesso somente pode ser alcançado se o processo dispuser de meios apropriados para satisfazer *todas*⁸ as situações jurídicas tuteláveis em juízo, sejam elas individuais ou coletivas.⁹

Para tanto, tal instrumento deve acompanhar as constantes transformações que se operam na sociedade, a fim de garantir que aquele titular possa se valer utilmente dele para exigir do Estado que prive o respectivo devedor, imediata ou progressivamente, de bens que se encontrem em sua esfera jurídica para satisfazer o crédito do exequente.¹⁰

⁵ Elio Fazzalari afirma que o “scopo del processo è quello di soddisfare in concreto il diritto di credito, di realizzare – eseguire – il contenuto dell’obbligo corrispondente” (*Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996, p. 201-202).

⁶ Kazuo Watanabe, Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas, in *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)* (coord. Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 161.

⁷ José Carlos Barbosa Moreira é claro e sucinto ao asseverar que “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (Por um processo socialmente efetivo, in *Revista de Processo* 105, p. 181).

⁸ Roberto Omar Berizonce destaca que, com a socialização jurídica do Estado contemporâneo, *todos* os jurisdicionados devem dispor de instrumentos capazes de efetivar seus direitos (*Efectivo acceso a la Justicia*, La Plata, Platense, 1987, p. 9).

⁹ Segundo Michele Taruffo, “il sistema della tutela giurisdizionale deve tendere a fornire strumenti esecutivi per tutte le situazioni giuridiche tutelabili davanti al giudice” (L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1, p. 174).

¹⁰ Angelo Bonsignori, *L’esecuzione forzata*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 5. Araken de Assis explica que os meios de coerção são admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual as modificações fáticas exigidas para a satisfação de um direito não devem ficar restritas ao círculo patrimonial do devedor, mas invadir também a sua esfera jurídica (*Manual do processo de execução*, 13ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 98).

Em outras palavras, isso significa que os mecanismos processuais devem ser incessantemente estruturados e desenvolvidos para se manterem aderentes à realidade social e, assim, tentarem debelar a chamada “crise de cooperação”¹¹ decorrente do comportamento omissivo daquele que violou ou ameaçou o direito de outrem.¹²

Nesse contexto, a tutela coletiva¹³ vai ganhando mais relevância em uma sociedade crescentemente litigiosa, massificada e globalizada, como a brasileira, o que não significa, todavia, que a tutela individual tradicional deixou de ser considerada importante. Ao contrário! Tanto que continua a ser constantemente ampliada e aprimorada na busca dos seus melhores resultados. Essa tendência reflete, apenas e tão somente, as aspirações e necessidades daquela nova realidade social.

Daí porque, quer pela complexidade das situações concretas envolvidas, quer pelo largo espectro de interessados compreendidos, referida necessidade de o processo dispor de meios adequados de satisfação é *potencializada* na tutela coletiva.¹⁴

¹¹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1999, p. 34 (tradução livre).

¹² A esse respeito, Humberto Theodoro Júnior explica que “a atividade jurisdicional não fica, portanto, limitada ao accertamento de direito e obrigação; entra a predispor remédios tendentes a permitir a ulterior intromissão do órgão judicial na esfera jurídica do condenado, invasão essa que poderá assumir o feitiço de verdadeira execução forçada ou de medidas coercitivas de várias modalidades, todas, porém, tendentes a provocar o cumprimento da prestação definida no accertamento condenatório” (As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado, in *Revista IOB – Direito Civil e Processual Civil* 43, p. 53).

¹³ Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que, “desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da *coletivização* dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5º, XXI; LXX, b; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; *torcedores* de modalidades desportivas etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializados, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo” (*A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380).

¹⁴ Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 401. No mesmo sentido, v. José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela jurisdicional coletiva*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 43.

Muito embora tais observações pareçam até bastante óbvias, infelizmente o legislador nacional¹⁵ não se ateve a elas, tendo focado sua atenção apenas na criação e na aplicação do denominado “processo de conhecimento” à processualística civil, sobretudo, em âmbito coletivo.¹⁶

Com isso, deixou de dotar a tutela coletiva com os meios adequados para a sua satisfação, bem como relegou o seu intérprete aos subsídios fornecidos pela tutela individual tradicional, os quais, contudo, não suprem essa lacuna legislativa.¹⁷

Desde o meu primeiro contato com o processo coletivo, indaguei-me em que medida a *insuficiência* daquela previsão legal poderia impactar a sua efetividade. E, nos estudos que empreendi, verifiquei que o *ponto nevrálgico* do sistema coletivo brasileiro é a *satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos*.

Isso porque, pelas suas particularidades e pelo regramento que lhe foi conferido por lei, a sua satisfação caracteriza-se pela individualização do acerto judicial obtido no respectivo processo de conhecimento, o que, em termos práticos, significa a possibilidade de uma multiplicação de processos satisfativos em número correspondente ao de beneficiários.

¹⁵ Federico Carpi informa que essa falta de atenção não foi apenas do legislador brasileiro, tendo ocorrido também na Itália (Note in tema di attuazione dei diritti, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, Napoli, Jovene, 1996, p. 93-94).

¹⁶ Gregório Assagra de Almeida confirma que “não há um regramento específico adequado sobre a execução coletiva, o que se justifica, em parte, por ser relativamente recente o movimento pela coletivização do direito processual. Muitos conceitos, princípios e diretrizes interpretativas ainda estão em construção. Em regra, são aplicáveis no processo coletivo os procedimentos previstos no CPC; porém, em razão de esse diploma processual ter sido elaborado com base em uma concepção liberal individualista, a sua aplicabilidade é limitada, incidindo-se somente quando não contrariar o microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum (LACP, 21 e CDC, art. 90) ou outras disposições específicas e, mesmo assim, não colocar em situação de risco o próprio direito material coletivo” (Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas. In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11951>>. Acesso em 8.12.2010).

¹⁷ Araken de Assis bem ilustrou essa situação ao afirmar que, “chegando às culminâncias da sentença de procedência, o autor da ação civil pública, depois de dificuldades variadas, terá alcançado só a metade do caminho, e aí cairá na vala comum” (Execução na ação civil pública, in *Revista de Processo* 82, p. 49).

Entretanto e apesar de não ser um problema exclusivo do Brasil¹⁸, há muito tempo o nosso Poder Judiciário não tem conseguido recepcionar a contento os processos que lhe são submetidos, o que, ano após ano, vem comprometendo a qualidade do seu serviço e, por consequência, aquela almejada e aclamada efetividade processual, para completa frustração e verdadeiro desespero de todos os jurisdicionados.

Essa circunstância reforçou e elevou minhas reflexões sobre o tema da satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, já que tenho plena consciência de que mera adequação legislativa não é capaz de incrementar, isolada e substancialmente, a efetividade dessa tutela.

Inquietou-me, então, a ideia de que a qualidade do serviço judiciário brasileiro pudesse agravar mencionada insuficiência legislativa a ponto de transformá-la em simples hipótese teórica, ou seja, incapaz de cumprir citada máxima chiovendiana.

Essa preocupação tornou-se ainda mais latente quando, no exercício da minha atividade profissional de advogado militante, passei a constatar que, de modo gradual, as ações coletivas ajuizadas para a defesa de tais interesses têm deixado de ser consideradas um assunto relevante dentro das grandes corporações (em geral, rés nessas demandas), justamente em razão daquela insuficiência legislativa combinada com a qualidade cada vez pior do serviço judiciário no país.

Esses incômodos e indesejáveis fatos instigaram-me a investigar seus problemas, refletir sobre as suas causas e, assim, ainda que modestamente, procurar contribuir para o debate destinado ao encontro das suas soluções.

¹⁸ Giuseppe Tarzia ressalta que a crise da execução (e a busca de sua efetividade) é um problema encontrado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos (Problemas atuais da execução forçada, in *Revista de Processo* 90, p. 68).

Nessa pesquisa, embasei-me em dados estatísticos oficiais para localizar o que, sob o prisma técnico-processual, tem impedido o nosso sistema em vigor de ser efetivo e como isso prejudica a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. Analisei criticamente a sua sistemática prevista pelo legislador pátrio, buscando suprir sua insuficiência e, assim, incrementar sua efetividade processual, sem perder de vista, porém, que não existe fórmula mágica para alcançar esse desiderato, em especial, mediante simples reforma legislativa.

Essa análise, portanto, foi realizada de modo que, independentemente das modificações que se fazem necessárias na estrutura judiciária nacional, sobretudo em nossa cultura judiciária (até porque é importante deixar claro que o problema não é meramente normativo), sirva para aprimorar a satisfação daquela tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais e a par de algumas contribuições que se colhem na doutrina, justificou a minha escolha por esse tema o fato de tal insuficiência legislativa – talvez por se tratar de assunto complicado e de difícil resolução – ainda não ter sido explorada de forma ampla e específica.

Com efeito, não se tem conhecimento de nenhuma monografia que trate exclusivamente do tema com o enfoque dado nesta tese, sendo que as questões a seu respeito que já foram apontadas pela doutrina receberam tratamento esparso e, em geral, sem a finalidade de suprir as lacunas da lei e, com isso, auxiliar o operador do Direito a (tentar) solucionar os problemas que têm surgido na praxe forense relativos à satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos.

A escolha do tema ainda se justificou pela já anotada tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei do Senado nº 116/2010 (hoje em dia, na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010), que altera substancialmente o Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 5.869/73), legislação subsidiária ao direito processual coletivo, bem como pelas notícias que circularam junto à comunidade jurídica de que juristas renomados já minutam propostas

para reformar o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no qual se encontra a disciplina legal, ainda que tímida e incompleta, para a satisfação de tais interesses (arts. 95 a 100).

Nessa medida, o presente trabalho constitui contribuição original para a ciência processual civil brasileira, sendo certo que, além do seu caráter *inédito*, revela-se *oportuno*, *atual* e de extrema *relevância prática*, destinando-se, especialmente, a estudantes, advogados, membros ministeriais, defensores públicos e juízes que, em seus estudos ou em sua atividade profissional, tenham contato com o direito processual coletivo.

Feita a apresentação do tema e da justificativa da sua escolha, passa-se a expor a hipótese e o plano de trabalho, a fim de que o leitor tenha a exata medida daquilo que pode esperar deste estudo, evitando, com isso, frustrar-se ao seu final ou perder seu valioso tempo com uma leitura que não se condiga com as suas aspirações.

1.2. Hipótese e plano de trabalho

A presente tese busca demonstrar que a sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, prevista nos arts. 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, é *insuficiente* e, por esse motivo, precisa passar por reforma legislativa para se tornar mais efetiva, em especial, diante do atual cenário do Poder Judiciário brasileiro.

Em outras palavras, este estudo objetiva perquirir, com profundidade, de que modo essa disciplina legal pode ser complementada e/ou alterada, a fim de aprimorar a sua prestação jurisdicional e, assim, deixá-la mais aderente aos anseios e necessidades decorrentes da realidade jurídico-social do Brasil.

A ausência de meios adequados à satisfação da referida tutela é um *fato*, tanto que, como afirmado há pouco, sabe-se que juristas de renome já trabalham na elaboração de propostas para reformar o mencionado diploma consumerista, arcabouço de tal sistemática satisfativa.

Além disso, como também afirmado, os processualistas ainda não se dedicaram ao exame, conjunto e aprofundado, daquela insuficiência legislativa, sobretudo, com foco nos problemas verificados no dia-a-dia do foro, o que configura um verdadeiro vazio em nosso direito processual civil a merecer ser preenchido.

Não obstante e a toda evidência, esta tese não se limitará a compilar e a reproduzir as ideias já manifestadas sobre o tema, tampouco a indicar as omissões presentes em tal sistemática. Como não poderia deixar de ser, muito mais do que isso, sua intenção é de servir utilmente para incrementar a efetividade daquela tutela, o que significa dizer que se almeja contribuir para a melhora da prática do direito processual coletivo pátrio.

Portanto, é imprescindível deixar claro e expresso que a hipótese de trabalho é a análise crítica da redação dos dispositivos legais referidos acima, com vistas a comprovar que eles não dispõem dos meios adequados para a satisfação do correspondente direito material e que, por isso, precisam ser reformados para se tornarem mais efetivos, ou seja, para conseguirem concretizar o ideal de acesso a uma ordem jurídica justa (ou, no mínimo, se aproximarem disso).

Para tanto, a princípio, propôs-se a elaboração do presente capítulo introdutório, subdividido em três itens, para uma exposição mais didática sobre o tema.

Apresentou-se, então, o tema objeto de estudo e justificou-se a sua escolha, visando a chamar atenção para a problemática que encerra. Em seguida, o que acabou de ser realizado, ofertou-se a descrição da sua hipótese de trabalho, mediante a especificação do seu propósito central, com o intuito de permitir a perfeita mensuração daquilo que, dele, pode se esperar. Agora, passou-se à indicação do plano para a sua elaboração, com o sucinto apontamento do teor dos seus capítulos. Somente após, serão expostas as premissas metodológicas que o delimitam, a fim de evidenciar as opções, de forma e de conteúdo, adotadas na sua redação.

No segundo capítulo, a primeira parte encarregar-se-á de avaliar, com base em dados estatísticos oficiais, em que medida a crise pela qual (já há um bom tempo) passa o processo civil influi na satisfação de um direito violado no ordenamento jurídico brasileiro.

Ponderar-se-á a respeito da garantia de acesso à Justiça, presente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e da adequação do processo coletivo, em especial daquele destinado à tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, para a necessária vazão do (imenso) volume de processos que se encontra em juízo, para, ao final, tratar da existência de relação entre tal crise e a tutela coletiva.

Na segunda parte do segundo capítulo, serão apresentadas as características dos interesses metaindividuais normatizados no Brasil (difusos, coletivos e individuais homogêneos), principalmente destes últimos, tendo em vista o propósito definido para este trabalho. Após, examinar-se-á como tais interesses podem ser diferenciados na prática, fonte de costumeira confusão e, por conseguinte, de inevitável comprometimento da efetividade processual da sua tutela jurisdicional.

Na sequência, adentrar-se-á ao núcleo do tema proposto. O terceiro capítulo será dedicado à demonstração da afirmada insuficiência legislativa da sistemática prevista para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos e à correspondente reflexão e formulação de sugestões, de *lege lata* e de *lege ferenda*, para a sua supressão e respectivo aperfeiçoamento.

Por fim, utilizar-se-á o quarto capítulo para ofertar as considerações conclusivas extraídas desta tese, sempre com vistas a cumprir o objetivo anteriormente traçado de fazer com que ela não se limite a uma exposição das ideias já manifestadas pela doutrina e pela jurisprudência, mas, antes e acima de tudo, seja crítica e propositiva.

1.3. Premissas metodológicas

Concluída a exposição da hipótese e do plano de trabalho, cumpre fixar as premissas metodológicas que balizarão o presente estudo, a fim de evidenciar os limites propostos e as opções escolhidas para a sua elaboração.

Como referido no item anterior, são premissas de forma e de conteúdo, sendo que aquelas são de ordem absolutamente terminológica.

A primeira, é que o vocábulo *execução*, utilizado inclusive no título desta tese, alude simplesmente ao conjunto de atos estatais ordenados à efetivação de determinado título executivo, judicial ou extrajudicial, formado para a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos.

Relaciona-se, portanto, apenas aos “atos executivos” destinados à concretização do direito material (execução forçada¹⁹) e *não* ao “processo de execução”, enquanto processo autônomo.²⁰

¹⁹ Como afirma Piero Calamandrei, “esta posterior atividade jurisdicional, que deve seguir a condena a fim de que a sanção individualizada na decisão possa ser colocada em ação no mundo sensível, é a execução forçada: emprego por parte do Estado da força física, para traduzir na realidade o mandato declarado certo por meio da decisão” (*Direito processual civil*, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary, vol. I, Campinas, Bookseller, 1999, p. 139).

²⁰ Assim como anotado por José Miguel Garcia Medina, “não se desconhece, contudo, a distinção entre *ação de execução* e *execução forçada*, que reserva este último termo para a designação do ato de satisfação no processo de execução” (A execução da liminar que antecipa efeitos da tutela sob o prisma da teoria geral da tutela jurisdicional executiva – O princípio da execução sem título permitida, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 509, nota 1). A esse respeito, entre outros, v. Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, vol. 2, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 31 e s.; e Sérgio Seiji Shimura, *Título executivo*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 9 e 112.

Até porque, como bem esclarece Alexandre Freitas Câmara, “execução não é o nome de um tipo de processo, mas a denominação de uma atividade jurisdicional. Nos casos em que se faz necessário instaurar um processo para que tal atividade seja exercida, ter-se-á processo de execução”.²¹

Não obstante, vale a explicação, pois, como observa José Carlos Barbosa Moreira, após a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que inseriu o Capítulo X (“Do Cumprimento da Sentença” – arts. 475-I/475-R) no Título VIII do Livro I do nosso Código de Processo Civil, intensificou-se a discussão doutrinária a respeito da sua correta denominação, ante a tendência que se verificou de “traçar uma linha divisória nítida entre duas formas de efetivação do *dictum* judicial: aquela a que tradicionalmente se chamava (e se chama) *execução* e a consistente em medidas diferentes, embora ordenadas a fim análogo – a satisfação concreta do litigante vitorioso”.²²

Contudo e em que pese tal distinção, procurar-se-á utilizar, preferencialmente, a palavra *satisfação* no lugar de “execução”, deixando este vocábulo para caracterizar o “processo de execução”, com vistas a distingui-lo, desse modo, do “processo de liquidação”, procedimento, em geral, também integrante da efetivação daqueles títulos executivos formados para a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos.

Aliás, sempre que for cabível, as referências deste texto à *sentença condenatória genérica* (ou simplesmente *sentença condenatória*) estender-se-ão ao *compromisso de ajustamento de conduta*, tendo em vista que se trata de título executivo extrajudicial, a teor do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), e, portanto, exequível, embora tenha se buscado fazer alusão expressa a ele quando oportuno.

²¹ *A nova execução de sentença*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 90. No mesmo sentido, entre outros, v. Leonardo Greco, Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05, in *Revista Dialética de Direito Processual* 36, p. 71; e Evaristo Aragão Santos, Breves notas sobre o “novo regime de cumprimento de sentença”, in *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05* (coords. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro), São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 39.

Nenhuma diferenciação também se fará entre *interesse* e *direito* neste texto. A uma, porque nem a própria lei os diferenciou (art. 81, parágrafo único, I, II e III, do CDC). E, a duas, como bem explanado por Kazuo Watanabe, porque, “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.²³ Não obstante, preferir-se-á o uso da palavra *interesse*, como também feito no título desta tese, por entender ser a forma mais usual utilizada no meio jurídico.

Ainda em termos de forma e sem desconhecer as posições da doutrina sobre sua devida nomenclatura²⁴, esclarece-se que, igualmente, não se fará nenhuma distinção entre as

²² “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, in *Revista Dialética de Direito Processual* 42, p. 61.

²³ *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 70. Essa posição reflete a concepção de interesse juridicamente protegido, pois, como explica Paulo Afonso Garrido de Paula, “a transformação do interesse em direito é produto da cultura, de modo que representativo da conjuntura política em determinado momento histórico, resultando, sob o prisma axiológico, de uma evolução ou de um movimento regressivo. Nem sempre, portanto, o interesse encontra-se protegido pelo ordenamento jurídico. Se a razão entre o sujeito e o objeto não encontra proteção jurídica, não pode o interesse ser tutelado pela sentença. O legislador motiva-se pelo valor potencial do interesse enquanto o juiz fundamenta-se na valia já reconhecida”. (Direitos e interesses e sua proteção jurisdicional, in *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 449).

²⁴ Há quem entenda, como Sérgio Seiji Shimura, que “a expressão ‘ação coletiva’ (*não-individual*) constitui-se em gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da ‘ação individual’, que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada” (*Tutela coletiva e sua efetividade*, São Paulo, Método, 2006, p. 43). Contudo, há quem defenda, como José Marcelo Menezes Vigliar, que “não há como sustentar seja a *ação coletiva* um gênero, do qual a *ação civil pública* seja uma espécie. É plenamente possível a utilização de uma expressão pela outra. Ambas não deveriam existir, pois ação não deve ser adjetivada. Mas, a *coletiva* diz muito mais: diz que tipo de interesse se busca tutelar. A *civil pública* além de ser utilizável por outros legitimados que não o Ministério Público (*vide* os róis dos arts. 5º e 82 das Leis 7.347/85 e 8.078/90, respectivamente) pode perfeitamente postular a defesa de um interesse individual homogêneo, já que tal ação se presta (porque de idêntica abrangência da *coletiva*) a tutelar interesses coletivos (sejam essencialmente coletivos, sejam não-essencialmente coletivos)” (*Ação civil pública ou ação coletiva?*, in *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 412). Ou quem distinga essas ações com base no seu autor, como Hugo Nigro Mazzilli, que assevera que, “se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chamá-la de *ação civil pública*. Mas se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de *ação coletiva*. Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei n. 7.347/85, para a defesa dos interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal ou o próprio Ministério Público, entre outros legitimados; será ação coletiva qualquer ação fundada nos arts. 81 e s. do CDC, que verse a defesa de interesses transindividuais” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 68). E há, ainda, quem adote outra classificação, como Ricardo Negrão, que entende que “a melhor forma de expressar o fenômeno das ações com escopo supraindividual é o seguinte: a) Ação coletiva ‘*lato sensu*’ – como sendo a forma genérica de referirmos a toda e qualquer ação que enseje provimento jurisdicional supraindividual (tal como o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade – e seu reverso a ação declaratória de constitucionalidade – a ação popular, etc.); b) ação coletiva ‘*stricto sensu*’ (ou simplesmente ação coletiva),

expressões *ação civil pública* e *ação coletiva* neste estudo, uma vez que, como já anotado em trabalho anterior, “entendo tratar-se de discussão inócua, sem nenhuma relevância prática, e cuja distinção em nada agregará ou modificará o conteúdo que será desenvolvido aqui”.²⁵ De todo modo, procurar-se-á usar, de preferência, aquela última.

Ademais, utilizar-se-á *processo coletivo* como mera distinção de *processo individual*, não existindo nenhuma relação entre aquela expressão e a conceituação legal dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme art. 81, parágrafo único, I, II e III, do CDC).

No tocante ao conteúdo do presente trabalho, importa deixar claro que não se cogita, em hipótese nenhuma, a necessidade de total reforma da sistemática processual em vigor referente à satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos para o incremento da sua efetividade.

Ao longo desta tese, como esclarecido anteriormente, sugerir-se-á a necessidade de complementos e modificações para suprir a insuficiência legislativa dessa sistemática e, assim, melhorar a concretização do respectivo direito material tutelado no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, mediante certo exercício lógico e interpretativo, é possível se buscar (e implementar) diversas alternativas tendentes a contribuir para tais desideratos, o que, inclusive, é até preferível, já que menos propenso a sofrer indevidas rejeições.

para designar aquela ação intentada com base na chamada Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, em equivalência, portanto, da referida ação civil pública (inclusive para a defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que haja uma ação própria para sua defesa quando estes forem derivados de ato ilícito, situação na qual recebe da lei tratamento diferenciado – arts. 91 e ss. do CDC)” (*Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*, São Paulo, Leud, 2004, p. 34).

²⁵ *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 5. Embora reconheça que se trata “de polêmica destituída de qualquer utilidade prática”, Pedro Lenza questiona ambas expressões (*Teoria geral da ação civil pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 153-158). A esse respeito, Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que, “sem embargo da importância que o rigor terminológico apresenta para a ciência do Direito como um todo e para o processo em particular, não há negar que a adjetivação aposta a uma ação, a partir da pretensão material nela veiculada, não lhe define nem lhe altera o conteúdo (*verba non mutant substantiam rei*), o qual segue sendo de natureza *processual*, donde ser mais seguro tomar por base o tipo de provimento jurisdicional a que a ação vem vocacionada” (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 22). No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell lembra que a ação – surgida como o direito de pleitear do Estado uma solução para determinada crise jurídica – independe de adjetivação, já que marcada por nota de *generalidade* (*Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1998, p. 58 e s.).

Nesse sentido, a análise crítica proposta do direito posto basear-se-á em dados estatísticos oficiais sobre a situação do Poder Judiciário no país, no posicionamento atual da doutrina e nos precedentes mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relativos ao tema.

Por fim, todas as vezes que isso se mostrou conveniente para assentar ou realçar as ideias defendidas neste texto, foram feitas menções ao Projeto de Lei nº 5.139/2009 (referente à chamada Nova Lei da Ação Civil Pública) e ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados Federais, referente ao Novo Código de Processo Civil), ante a possibilidade de operarem significativas alterações em nosso sistema processual.

A CRISE DO PROCESSO E A TUTELA COLETIVA

2.1. A crise do processo

Não é de hoje que se tornou lugar-comum afirmar que a Justiça está em crise.

Em 1990, Ada Pellegrini Grinover já avaliava que “a crise da Justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greves e protestos de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente”.²⁶

Sem dúvida, a chamada “crise do processo” atinge e afeta o sistema processual e os seus atores como um todo.

2.1.1. O que justifica essa denominação?

Essa denominação justifica-se pelo fato de o processo, enquanto instrumento²⁷ estatal destinado a realizar o direito material²⁸ e, nessa medida, implementar os escopos da jurisdição²⁹, não estar conseguindo cumprir sua finalidade³⁰ em um prazo razoável de tempo³¹

²⁶ A crise do Poder Judiciário, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 34, p. 11-12.

²⁷ Por todos, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

²⁸ Sobre essa íntima relação de interação existente, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

²⁹ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição possui três escopos: (i) *social*, destinado à eliminação de conflitos e à pacificação social; (ii) *político*, consubstanciado no poder jurisdicional do Estado de decidir imperativamente os conflitos que lhe são submetidos; e (iii) *jurídico*, correspondente à atuação da vontade concreta da lei (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 127-136).

³⁰ Eduardo J. Couture é taxativo ao asseverar que “la idea de proceso es necesariamente teleológica” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 122).

que esteja fundamentando seu uso quando examinado sob o ponto de vista pragmático de uma relação *custo x benefício*.³²

Até porque, como bem lembra Augusto Tavares Rosa Marcacini, é preciso ter sempre em mente que “o processo jamais será suficientemente rápido a ponto de atender as expectativas do consumidor da Justiça, pelo simples fato de que jamais se conseguirá fazer com que os direitos sejam atendidos no momento em que o deveriam ser; este momento antecede ao próprio processo, e já a necessidade de se valer do processo judicial para fazer valer um direito é, em si, desvantajosa em relação àquele cumprimento espontâneo que seria de esperar. Depois, jamais haverá um processo instantâneo, exceto sob tirania, que não desejamos, ou perante julgador onisciente, qualidade que foge aos limites humanos. Algum tempo, então, o processo irá necessariamente demorar, e o que se mostra possível é tão-somente fazer deste tempo um lapso razoável”.³³

Ou seja, minorar os efeitos daquilo que Italo Augusto Andolina chamou de *dano marginal* do processo³⁴, o qual exsurge pela sua mera existência e desenvolvimento, na medida em que adiciona um dano àquele “original”³⁵ causado pela própria inobservância do direito, agravando a posição daquele que tem tal direito insatisfeito e beneficiando aquele que não o tem.

³¹ Também por todos, v. José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

³² Ao ampliar o recorte temático técnico-processual definido para a elaboração do presente trabalho para a sociologia jurídica, José Eduardo Faria aponta que essa denominação ainda se justifica pela ineficiência do Poder Judiciário de desempenhar, além da instrumental, suas funções política e simbólica. Em suas palavras, “pela primeira, o Judiciário é o principal locus institucional de resolução dos conflitos na sociedade contemporânea. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, reforçando as estruturas de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, ele dissemina um sentido de Justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade” (O Judiciário e seus dilemas, in *Revista do Advogado* 56, p. 64).

³³ *Estudo sobre a efetividade do processo civil*, tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em setembro de 1999 sob a orientação do Professor Dr. Luiz Carlos de Azevedo, p. 49.

³⁴ Em suas palavras, “mentre il processo va scadendo lentamente il ritmo del próprio svolgimento, la situazione concreta che si staglia sullo sfondo di esso continua ad incidere negativamente sulla sfera dell’attore, accrescendo progressivamente la dimensione complessiva del suo danno; e, per converso, continua ad incidere positivamente sulla sfera del convenuto, accrescentando progressivamente la dimensione complessiva del suo vantaggio” (“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, Giuffrè, 1983, p. 18).

³⁵ A expressão é de Debora Ines Kram Baumöhl (*A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 18).

Com efeito, o processo é o método criado pelo Estado para exercer seu poder jurisdicional com vistas a prover decisões justas e céleres.³⁶

Tanto que Cândido Rangel Dinamarco aponta, com precisão, que “a tônica principal do processo instrumentalista é a efetividade do acesso à Justiça, para plena consecução da promessa constitucional da tutela jurisdicional efetiva”.³⁷

Em outras palavras, isso significa que a existência de um estado de crise decorre da *incapacidade* que o Poder Judiciário tem demonstrado de fazer com que o processo produza *resultados rápidos, práticos e satisfatórios* na vida daquele titular de um direito, ou seja, de prestar um serviço que seja efetivamente *útil* para os consumidores³⁸ da Justiça.

Daí porque João Batista Lopes destacar que “a doutrina não se cansa de pôr em relevo que o acesso à Justiça não significa o mero exercício formal do direito de ação”.³⁹

Em particular no âmbito cível, tem-se buscado incessante e insistentemente a consecução de um *processo civil de resultados*⁴⁰, ou seja, um processo civil que vá além da mera decisão judicial sobre o conflito. Um processo civil que faça com que a entrega da prestação jurisdicional para o titular de um direito corresponda a mudanças reais e tempestivas

³⁶ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 17.

³⁷ *Execução civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 27.

³⁸ Segundo Ada Pellegrini Grinover, “o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos *consumidores* da justiça” (Modernidade do direito processual brasileiro, in *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 6). No mesmo sentido, v. Mauro Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia* 12, p. 320-321.

³⁹ Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 329. A esse respeito, por exemplo, Luigi Paolo Comoglio assevera que “l’*accesso alla giustizia* significa (e non potrebbe non significare) per qualsiasi individuo la incondizionata ed *effettiva libertà* di adire gli organi giurisdizionali, ed al fine di domandare (ed, a processo concluso, eventualmente ottenere) la tutela adeguata ed *effettiva* dei diritti o degli interessi sostanziali fatti valere” (Accesso alle corti e garanzie costituzionali, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (orgs. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo, DPJ, 2005, p. 277).

⁴⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, cit., p. 108.

na sua vida⁴¹, pois, como alerta Sérgio Seiji Shimura, “de nada adianta a existência dos direitos se, quando vêm judicialmente reconhecidos, ou exigidos, não mais têm utilidade prática”.⁴²

José Rogério Cruz e Tucci confirma que “é preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado ‘fonte perene de decepções’. Assim, incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa”.⁴³

Essa verdadeira crise de efetividade oriunda da insatisfação com a qualidade dos serviços judiciários e com a consequente (e desesperadora) morosidade processual^{44 45} não é apenas brasileira.⁴⁶

⁴¹ Nesse sentido, v. Luiz Guilherme Marinoni, *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*, in *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988* (org. José Rogério Cruz e Tucci), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233.

⁴² *Arresto cautelar*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 22-23. Em outro estudo, esse mesmo autor é ainda mais incisivo ao afirmar que, “se o indivíduo deve necessariamente se valer do aparelho estatal, em contrapartida, deve se outorgar a este mesmo indivíduo a real concretização do provimento jurisdicional. A não ser assim, ter-se-á apenas um processo de ‘faz-de-conta’, um amontoado de papel sem qualquer resultado real” (Efetivação das tutelas de urgência, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 667).

⁴³ *Garantia do processo sem dilações indevidas*, in *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988* (org. José Rogério Cruz e Tucci), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 235.

⁴⁴ Totalmente condizentes com as ideias que serão defendidas adiante neste texto, Sérgio Seiji Shimura recorda que “não devemos nos esquecer de que a morosidade na prestação dos serviços judiciários deita raízes em diversos campos.

No político, encontra-se a falta de projetos e de vontade dos governantes quanto ao cumprimento dos deveres impostos diretamente ao Estado, como o da assistência judiciária e defensoria pública.

No cultural, tem-se a ausência de compromisso dos figurantes do processo judicial e na mentalidade, já arraigada, de que é preferível protelar o andamento do feito, jogando e ganhando dividendos com o entravamento da máquina judiciária.

Do enfoque estrutural, as origens vão desde a massificação do ensino jurídico, em total esquecimento e indiferença ao humanismo, até a carência de recursos humanos e financeiros por que passam os tribunais e juízos de primeiro grau.

E no terreno legal, depara-se com uma ordem normativa que não tem acompanhado o crescimento vertiginoso, em progressão insustentável, do volume de feitos que chega aos tribunais. Neste último aspecto, encontra-se o processo civil, que, se não é o único responsável na solução do problema da demora, ao menos tem o dever de amenizar o angustiante e triste quadro daqueles que têm de se socorrer do Judiciário, na tentativa de salvaguardar seus direitos” (Cumprimento de sentença, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005, p. 241-242).

⁴⁵ Para um estudo aprofundado sobre as principais causas da morosidade do nosso sistema processual civil, v. Ricardo Quass Duarte, *O tempo inimigo no processo civil brasileiro*, São Paulo, LTr, 2009, p. 63-114.

Com mais ou menos intensidade, processualistas do mundo inteiro⁴⁷ têm procurado encontrar o almejado equilíbrio entre os vetores *celeridade* e *segurança jurídica*⁴⁸, pois se, de um lado, o processo precisa produzir tais resultados rápidos, práticos e satisfatórios, de outro, como lembra Fredie Didier Júnior, o “direito à demora” é uma conquista de mais de dois mil anos, que não pode ser afastada.⁴⁹

Fernando da Fonseca Gajardoni informa, contudo, que “a humanidade está perdendo essa batalha. Não há relatos, até a presente data, de um só sistema que tenha conciliado tão bem essas forças (celeridade x segurança), a ponto de satisfazer plenamente os jurisdicionados”.⁵⁰

Humberto Theodoro Júnior confirma que, “ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a *composição justa* da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, *injustiçada*, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça”.⁵¹

⁴⁶ Dado do Banco Mundial colhido pela Americas Society and Council of the Americas (AS/COA) para apresentação de um trabalho dedicado, entre outros temas, à análise da administração do Poder Judiciário, “o maior obstáculo para o fechamento de negócio para 70% de empresários do mundo é a morosidade do Poder Judiciário” (Reportagem de Laura Ignácio, intitulada “Lentidão é o principal obstáculo aos negócios, dizem empresários”, publicada na edição de 06.08.2007 do jornal *Gazeta Mercantil*, Caderno A, p. 12).

⁴⁷ Enrique Véscovi noticia que a excessiva morosidade processual foi tema das V Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual, realizadas nas cidades de Bogotá e Cartagena, ambas na Colômbia, em 1970 (*Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984, p. 68). Mais recentemente, Augusto Mario Morello relata que, também na Argentina, tem-se verificado uma “notable presión del justiciable por escapar al insufrible costo temporal del litigio pues la duración de éste se há ido apartando de manera sideral del tiempo de la justicia” (*El proceso civil moderno*, La Plata, Platense, 2001, p. 471).

⁴⁸ José Carlos Barbosa Moreira, Miradas sobre o processo civil contemporâneo, in *Temas de direito processual* (Sexta série), São Paulo, Saraiva, 1997, p. 45-46.

⁴⁹ *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 12ª ed., Salvador, Juspodivm, 2010, p. 59-60.

⁵⁰ O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide, in *Revista de Processo* 141, p. 153.

⁵¹ Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais, in *Revista de Processo* 125, p. 68. Fernando da Fonseca Gajardoni apresenta dados que comprovam essa insatisfação em países como, por exemplo, Itália, França, Inglaterra, Estados Unidos e Japão (Os reflexos do tempo no direito processual civil, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura* 1, p. 66). V. também seu *Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003, p. 40 e s.

No Brasil, não é diferente. Em que pesem os esforços envidados, referida crise tem se agravado ano a ano em nosso país.

2.1.2. Dados estatísticos oficiais

De acordo com o último relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativo ao ano de 2010⁵² (ou seja, hoje em dia, certamente, esses números são ainda maiores⁵³), o Brasil possuía 83,4 milhões de processos em andamento nos ramos das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista.

Desse volume, mais de 71% (59,2 milhões) referia-se a processos ajuizados antes de 2010. Dos processos novos (24,2 milhões), 73% (17,7 milhões) estavam concentrados na Justiça Estadual, a mais demandada, e, aproximadamente, 13% (3,25 milhões) na Justiça Federal, e outros 13% (3,25 milhões) na Justiça Trabalhista.

Esse levantamento também apontou que a *taxa de congestionamento*⁵⁴ da Justiça brasileira era de 70% (percentual que aumentou em cerca de três pontos percentuais em relação a 2009), ou seja, o índice destinado, justamente, a mensurar a sua eficiência revelou que o nosso Poder Judiciário apenas estava conseguindo finalizar 30 de cada 100 processos em trâmite. Aliás, esse percentual encontra-se relativamente estável desde 2004, ano em que teve início a publicação de tal relatório, o que indica que a taxa de congestionamento atual está, no mínimo, naquele mesmo (e elevado) patamar.⁵⁵

⁵² Relatório Justiça em Números 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 07.11.2011.

⁵³ Corroborando essa afirmação, somente o Supremo Tribunal Federal passou de 9,5 mil processos entrados e de 9 mil julgamentos realizados em 1980 para 71 mil processos entrados e 103 mil julgamentos realizados em 2010, sendo que, em 2011, já foram 27 mil processos entrados e 39 mil julgamentos realizados. Ou seja, nos últimos 30 anos, o número de processos entrados cresceu 647%, e o de julgamentos realizados, 1.044% (Reportagem de Alessandra Duarte e Chico Otavio, intitulada “Justiça lotada, direito do cidadão mais longe”, publicada na edição de 19.06.2011 do jornal *O Globo*, Caderno País).

⁵⁴ Conforme nota constante do referido relatório, esse índice “corresponde à divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa. Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga/vista”.

⁵⁵ No ponto, destaca-se que houve significativo aumento dessa taxa de congestionamento na década passada em comparação com a anterior. Ainda que sem os mesmos critérios adotados no referido relatório (Resolução CNJ

Segundo ainda essa apuração, o principal gargalo está no total de processos que não são finalizados em 1ª instância (71%), tendo merecido destaque, nesse ponto, a Justiça Estadual, cuja taxa de congestionamento era de 73% em 2010.

A esse respeito, o cálculo diferenciado da taxa de congestionamento entre as fases de conhecimento e de execução apresentado nesse relatório evidencia que, em 1ª instância (primeiro grau e juizados especiais), essa taxa atingiu 58% na Justiça Federal e 60% na Justiça Estadual na fase de conhecimento, enquanto que, na fase de execução, esses percentuais subiram para 86% na Justiça Federal e 85% na Justiça Estadual.

Embora pública e notória, a mera análise desses números permite confirmar que a execução tem se mostrado a etapa mais *crítica* do processo, pois, voltada a concretizar o direito material, expõe com maior nitidez a ineficiência do serviço judiciário que tem sido prestado pelo Estado.⁵⁶

Tanto é que um dos argumentos da exposição de motivos da mencionada Lei nº 11.232/2005 foi justamente que “a execução permanece o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito”.

nº 76), Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo constatarem em estudo similar, elaborado para apurar a movimentação judicial na Justiça Comum no período compreendido entre 1990 e 1998, que a defasagem entre o número de processos entrados e julgados era relativamente constante e, em média, de “apenas” 29% (O Judiciário e a prestação de justiça, in *Acesso à Justiça* (org. Maria Tereza Sadek), São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001, p. 15).

⁵⁶ A esse respeito e embora escrito sob o enfoque da tutela individual, mas plenamente possível de ser estendido para a situação atual da tutela coletiva, já que de todo condizente, Rodrigo Barioni aduz que se, por um lado, “seria incorreto atribuir ao processo de execução integral responsabilidade pelos males da falta de efetividade do processo civil”, por outro, “igualmente equivocado seria desconsiderar que grande parte da falta de efetividade do processo tem origem no ineficiente processo de execução” (Cumprimento de sentença: primeiras impressões sobre o projeto de alteração da execução de títulos judiciais, in *Revista de Processo* 134, p. 53).

Humberto Theodoro Júnior também chama atenção para esse aspecto de que, na busca pela “efetividade do direito material por meio de instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada, visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no *exercício efetivo* do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem”.⁵⁷

Daí porque Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto sustenta que já não se pode “ignorar a inadequação do procedimento e dos conceitos e valores que lhe estão na base, e sinceramente é de estarrecer como para defeitos tão antigos as reformas dos últimos dez anos não tenham logrado mais do que alterações pontuais, importantes sem dúvida mas incapazes de alterar o quadro geral”.⁵⁸

Em 1993, Donaldo Armelin não apenas já havia identificado esse problema, como, também, que ele era agravado por tal crise do processo. Em suas palavras, “dúvidas não podem existir quanto a estar o processo de execução em crise. Mas este é apenas um aspecto de uma crise maior que todo o processo enquanto instrumento da tutela jurisdicional. Por sua vez a crise do processo se engasta naquela atinente ao acesso à Justiça que se prende às demais inerentes a um país de terceiro mundo, com veleidades de se inserir no primeiro. Isto porque, em um Estado deficiente de meios, vários são os acessos obstados pelas carências econômicas e materiais: acesso à saúde, à educação, à habilitação e, por vezes, até mesmo ao indispensável à subsistência. Nesse panorama sombrio da vida nacional, seria demais pretender que a prestação jurisdicional não houvesse sido afetada, principalmente no concernente à sua efetividade, vista essa como adequação dos meios aos fins objetivando a produção destes. Impossível a um Estado em crise propiciar meios suficientes para o exercício de um de seus poderes. Daí o truísmo de se afirmar que as deficiências da prestação da tutela jurisdicional passam pelas restrições impostas ao Judiciário, no concernente à sua estruturação e adaptação à crescente demanda de seus serviços. A constatação desse fato resulta de meras estatísticas e

⁵⁷ As vias de execução..., cit., p. 32.

⁵⁸ Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma *never ending story*. In *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005, p. 82-83.

a sua afirmação implica verdadeiro ‘ritornello’ nas eternas reclamações a esse respeito na divisão dos recursos entre os poderes do Estado”.⁵⁹

Conforme será abordado detida e oportunamente, pela sua natureza e pela estrutura judiciária brasileira, o problema da execução consegue ser ainda mais complexo no processo coletivo, especialmente no que tange aos interesses individuais homogêneos, o que realça a importância do presente trabalho.⁶⁰

O citado relatório informa ainda que a Justiça brasileira já(!) consegue encerrar 4% mais processos do que os que ingressam no Poder Judiciário, na medida em que esse índice teria alcançado 104% em 2010.

Apesar de tal publicação oficial procurar demonstrar que o Poder Judiciário está atento à morosidade processual e firme no desafio de combatê-la, para, com isso, debelar ou, ao menos, minimizar a crise do processo, a verdade é que ele não tem conseguido gerenciar o imenso e crescente volume de processos que o sobrecarrega e, assim, melhorar a qualidade do seu serviço jurisdicional.

⁵⁹ Crise do processo de execução, in *Ciência Jurídica* 54, p. 11. Quase na mesma época, mais precisamente após a reforma operada no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.953/94, cujo resultado considerou positivo, Carlos Alberto Carmona alertava que ainda havia “muito o que fazer depois da consolidação da reforma, em especial no que diz respeito ao processo de execução, cuja efetividade deixa muito a desejar” (O processo de execução depois da reforma, in *Revista de Processo* 80, p. 26).

⁶⁰ Segundo Guilherme Freire de Barros Teixeira, “a par dos vários aspectos que concorrem para a demora do processo de conhecimento, a execução possui problemas particulares, dentre os quais podem ser destacados os seguintes, que contribuem para o alto índice de sua ineficácia: inadequação dos procedimentos à satisfação dos créditos, especialmente diante dos novos direitos (ambiente, consumidor etc.); ineficácia das coações processuais; dificuldade para localização dos bens do devedor; limites da execução provisória; exacerbação do respeito à liberdade individual e à vida privada do devedor; males do próprio processo de conhecimento” (A penhora de salários e a efetividade do processo de execução, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005, p. 121, destaquei).

Não é por outro motivo que, em adição às críticas que lhe foram e ainda lhe têm sido dirigidas, as discussões sobre as causas e respectivas soluções dessa crise têm excedido os limites estritamente jurídicos e invadido os debates dos mais diversos setores da nossa sociedade civil e até mesmo de organismos internacionais, cujas preocupações deixaram de se centrar apenas nos aspectos da economia nacional.⁶¹

Antes, porém, de adentrar nesse assunto, cumpre examinar a quem interessa esse atual estado de crise, pois, como adverte José Carlos Barbosa Moreira, trata-se de “idéia ingênua” acreditar que todos, indistintamente, anseiam por um processo célere.⁶²

Somente com essa noção é que se poderá compreender porque a tutela jurisdicional é como ela é em nosso ordenamento jurídico e porque, em que pesem os esforços envidados em sentido contrário, é tão complicado implementar alternativas concretas no Brasil, que colaborem para a almejada e aclamada efetividade processual, ou seja, para a produção daqueles resultados práticos, rápidos e satisfatórios na vida do titular de um direito.

2.1.3. A quem interessa?

Não se questiona a existência da mencionada crise do processo. Da mesma forma, não há como duvidar de que essa situação interessa a alguém. Caso contrário, dificilmente estaríamos presenciando seu contínuo e crescente agravamento, em particular, sem nenhuma (ou quase nenhuma) esperança de reversão ou sequer melhora do seu quadro.

⁶¹ Maria Tereza Sadek aponta duas razões para essas críticas: “1) a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário” (Judiciário: mudanças e reformas, in *Revista Estudos Avançados* 51, p. 84).

⁶² “O submisso nº 2 é a idéia que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível. Ajunto que os respectivos advogados nem sempre resistem à tentação de usar todos os meios ao seu alcance, lícitos ou ilícitos que sejam, para procrastinar o desfecho do processo: os autos retirados deixam de voltar a cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se recursos, cabíveis e incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se

Esse desalento explica-se pela simples constatação de que aquele que é o principal responsável pela solução dessa crise (ou, no mínimo, por uma tentativa de solução) também é quem mais se beneficia com seu agravamento e consequente perpetuação.

É igualmente público e notório que o Estado é o maior litigante da Justiça brasileira. Esse fato é mais do que suficiente para levar à conclusão de que ele não tem o menor interesse em melhorar o funcionamento do Poder Judiciário, ou seja, da estrutura que opera o método que criou para exercer seu poder jurisdicional, e, com isso, agilizar o andamento dos processos judiciais. A ausência de vontade política para que isso ocorra é facilmente verificada em todos os seus níveis de organização e de atuação.⁶³ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “tal é a figura do *Estado-inimigo*”.⁶⁴

Clito Fornaciari Júnior explica que o desinteresse estatal pelo “destino da Justiça” acontece “porque, em qualquer confronto de contas, ele é mais devedor do que credor”.⁶⁵

Com efeito, Sergio Luis Mendonça Alves aponta que não interessa “àqueles que usam o Poder Judiciário para usurpar sua dignidade e conspurcar o sistema judiciário com demandas intermináveis, deixando para seus sucessores um esqueleto de precatórios a serem saldados em administrações futuras e em suaves parcelas. Isto não interessa àqueles que fazem as leis, pois sabemos que elas devem servir a seu propósito mais abjeto, o de distanciar a justiça da consagração dos diversos direitos fundamentais do homem, da sua efetividade”.⁶⁶

tenha para impugná-las, e assim por diante” (O futuro da justiça: alguns mitos, in *Temas de direito processual (Oitava série)*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 3-4).

⁶³ Ricardo Quass Duarte, *O tempo inimigo...*, cit., p. 77-78.

⁶⁴ *Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 594.

⁶⁵ *Processo civil: verso e reverso*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, p. 1.

⁶⁶ Oração aos moços e aos processualistas, moços ou sábios, in *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin* (coords. Mirna Cianci e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2007, p. 843.

Por conseguinte, como assevera José Rogério Cruz e Tucci, o Estado “não se dispõe a prestar qualquer contribuição material para imprimir maior celeridade procedimental com o escopo de minimizar o espaço temporal entre o início do processo e a satisfação do direito lesado”.⁶⁷

As estatísticas confirmam essas afirmações. Em conformidade com os dados do referido relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶⁸, dos 83,4 milhões de processos em trâmite na Justiça brasileira em 2010, 27 milhões consistiam em execuções fiscais, o que corresponde a quase um terço do total (32%). Desse volume, 88% (23,7 milhões) tramitavam na Justiça Estadual. Isso significa que, dos quase 48 milhões de processos pendentes nesse ramo da Justiça, aproximadamente 20,9 milhões (43,5%), correspondiam a execuções fiscais.

Tomando por base apenas os processos em fase de execução (exceto execuções criminais) nos ramos das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista, o contingente representou 76% do total, sendo que, na Justiça Federal, chegou a 79% dos processos em andamento no ano de 2010.

Destaquem-se, também, os resultados compilados no I Relatório – abril/2011 – O Múltiplo Supremo do Projeto Supremo em Números, pesquisa da Escola de Direito, que contou com o apoio da Escola de Matemática Aplicada, ambas da Fundação Getúlio Vargas (“FGV”) do Rio de Janeiro/RJ, cuja finalidade foi apresentar “uma abrangente análise a respeito do comportamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 21 anos, realizada sobre um banco de dados composto de mais de 1,2 milhão de processos, quase 14 milhões de andamentos, 1 milhão de partes dos processos e cerca de 370 mil decisões publicadas em seu *website*”.⁶⁹

⁶⁷ O judiciário e os principais fatores de lentidão da justiça, in *Revista do Advogado* 56, p. 78.

⁶⁸ Relatório Justiça em Números 2010, cit.

⁶⁹ I Relatório – abril/2011 – O Múltiplo Supremo, disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/i-relatorio-abril2011-o-multiplo-supremo>>. Acesso em 30.06.2011.

De acordo com esse relatório, o Executivo Federal é o grande cliente do Supremo Tribunal Federal, já que, dentre os seus 12 maiores litigantes, somente 1 não pertence ao setor público. Aliás, juntos, os 3 maiores litigantes (Caixa Econômica Federal, União e Instituto Nacional de Seguridade Social) somam mais de 50% dos recursos dirigidos a essa corte.

Como afirmado, o fato de ser o maior litigante do país faz com que o Estado também não possua nenhum interesse em melhorar os seus serviços judiciários, porque essa sua posição no *ranking* da nossa Justiça lhe traz todas as vantagens de ser um litigante “habitual” (*repeat player*) e não meramente “eventual” (*one shot player*), conforme clássica distinção de Marc Galanter.⁷⁰

Com efeito, de um lado, essa situação aumenta o seu poder de barganha porque desestimula aquele titular de um direito lesado pelo Poder Público a buscar a sua reparação em juízo. E, de outro, incita ainda mais a sua inércia porque, àquela posição de maior litigante do país, corresponde um volume de processos cujo passivo econômico nas contas estatais é tão significativo que o induz a manter referido estado de crise simplesmente para protelar a necessidade de “colocar a mão no bolso” e, assim, saldar suas dívidas, reparando os danos que causou aos seus próprios jurisdicionados.

Como se não bastasse, mencionado desinteresse ainda decorre do fato de o Poder Judiciário ser visto como o mais fraco dos três poderes⁷¹, o que, na medida em que faz com que os seus problemas sejam relegados a um segundo plano e os seus comandos

⁷⁰ Didaticamente, Mauro Cappelletti e Bryan Garth explicam que aquele professor “sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros” (*Acesso à Justiça* (trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet do original *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, Milano, Giuffrè, 1978), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25).

⁷¹ Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 77.

insistentemente desobedecidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, torna a superação da crise do processo, ou melhor, a minoração dos seus efeitos algo até mais difícil e improvável.

Assevera-se que “a *performance* institucional dos três poderes, muito mais do que orientada por um modelo de separação e divisão de responsabilidades, tem sido impulsionada por um sistema que estimula *multi-vetos*.”⁷² Todavia, nessa “queda de braço”, a experiência demonstra que o Poder Judiciário tem perdido de forma reiterada, apesar da crescente *judicialização da política*⁷³, notadamente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.⁷⁴

O Poder Judiciário não tem mais autoridade perante os demais poderes.⁷⁵ Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, isso ocorre porque “o Poder Executivo não lhe reconhece força alguma; nega impunemente o cumprimento de suas sentenças, não cumpre os precatórios (nem de natureza alimentar), e tampouco oferece o concurso da força policial, quando necessário. Pior, serve-se despudoradamente do Poder Judiciário para mascarar o seu crônico problema de caixa, em ofensa direta ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”. Já o Poder Legislativo, “se reconhecesse alguma autoridade no Judiciário, não limitaria de forma tão excessiva seus gastos, através da Lei de Responsabilidade Fiscal, e também não anistiaría infratores de multas aplicadas pela Justiça trabalhista e eleitoral”.⁷⁶

⁷² Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, A crise do Judiciário e a visão dos juízes, in *Revista USP* 21, p. 38.

⁷³ Luís Roberto Barroso explica que “*judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, in *Revista Atualidades Jurídicas* 4, p. 3). No mesmo sentido, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Jurisdição coletiva e coisa julgada – Teoria geral das ações coletivas*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

⁷⁴ Rogério Bastos Arantes informa que “basta uma simples retrospectiva dos principais conflitos entre os poderes de Estado, e deste com a sociedade, nos últimos anos, para constatar que a reorganização institucional realizada em 1988 colocou o Judiciário na difícil posição de árbitro do jogo político entre estes grandes contendores” (*Judiciário e política no Brasil*, São Paulo, Idesp, Editora Sumaré, Fapesp, Educ, 1997, p. 24).

⁷⁵ José Ignacio Botelho de Mesquita, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 257.

⁷⁶ *Técnicas de aceleração...*, cit., p. 21-22. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco adverte que “a fórmula da *harmonia* a prevalecer nas relações entre os Poderes do Estado democrático reside nas regras de competência fixadas na Constituição e no recíproco dever de respeito às atividades legitimamente realizadas por eles. (...) No momento em que um deles, notadamente o Executivo, afasta-se da disciplinada observância das legítimas decisões de agentes de outro Poder, abre-se estrada para o arbítrio e para o *totalitarismo*. A efetividade de uma democracia tem por esteio fundamental a observância, pelo próprio Estado, das decisões de seus juízes. Sem isso, *adeus* liberdades públicas, *adeus* direitos humanos e, sobretudo, *adeus* Estado-de-direito” (*Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 594-595).

Corolário lógico é que chega a ser até natural que exista uma “profunda má vontade” dos outros poderes para com o Poder Judiciário e, mais, para com a viabilização de alternativas concretas que melhorem a qualidade do serviço que presta e, por conseguinte, incrementem a efetividade processual.⁷⁷

Não obstante e ainda que tais constatações desestimulem até mesmo o mais otimista, precisamos seguir em frente e jamais nos darmos por vencidos, pois somente assim, com muita insistência, é que conseguiremos provocar as almejadas mudanças necessárias no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa também é a visão de Rodolfo de Camargo Mancuso, que sustenta que, “se é verdade que números, índices e estatísticas de órgãos e institutos oficiais acreditados, confirmam o descontentamento e desconfiança da população em face da Justiça estatal, a configurar a *crise* nesse serviço estatal, nem por isso é caso para desalento ou de ‘jogar a toalha’, e sim de ‘arregaçar as mangas’ na formação de uma *vontade política* de reavaliar o modelo até agora experimentado, buscando excogitar novos rumos e novas estratégias com vistas a alterar o ineficiente estado de coisas. Para que essas novas trilhas sejam percorridas exitosamente, há que se trabalhar, inclusive, no sentido de uma *mudança de mentalidade* por parte dos operadores do Direito e dos próprios jurisdicionados”.⁷⁸

2.1.4. Causa

De acordo com Andrea Proto Pisani, que a denominou de “crise da Justiça Civil”,⁷⁹ a crise do processo decorre da necessidade de o Estado, de um lado, jurisdicionalizar todos os conflitos e, de outro, prestar-lhes uma tutela jurisdicional *efetiva*, o que inevitavelmente toca à questão da excessiva duração dos processos.⁸⁰

⁷⁷ A esse respeito ainda, José Roberto dos Santos Bedaque bem destaca que “o desconhecimento da realidade dos juízes, advogados e dos demais profissionais envolvidos com o processo – além da demagogia e da retórica vazia dos políticos – gera consequências danosas ao processo” (*Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 23).

⁷⁸ *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

⁷⁹ *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991, p. 15 (tradução livre).

⁸⁰ Ricardo de Barros Leonel, A eficácia imediata da sentença e as reformas do Código de Processo Civil: um aspecto da caminhada para a efetividade da tutela jurisdicional, in *Revista de Processo* 119, p. 119.

Não há dúvida de que é imprescindível que o Poder Judiciário disponha de meios idôneos que, aderentes à realidade, consigam (i) recepcionar todos os interesses, reclamos e necessidades que surgirem na sociedade⁸¹, assegurando aos jurisdicionados seu ingresso em juízo; e, concomitantemente, (ii) satisfazer o direito daquele titular que lhe bater às portas em um prazo razoável de tempo, distribuindo-lhe justiça, a fim de permitir que o respectivo processo possa ser considerado justo.⁸²

Todavia, os números mencionados acima demonstram que o Estado somente tem conseguido cumprir parte da sua função jurisdicional.⁸³ Exata e infelizmente aquela que não traz modificações reais na vida do titular de um direito. Isto é, embora esteja aparentemente recepcionando em juízo os conflitos que têm surgido na sociedade, o Poder Judiciário não tem sido capaz de garantir a sua tutela adequada, circunstância que tem piorado continuamente e, nessa mesma medida, a qualidade do serviço prestado.

Referido relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça⁸⁴ comprova o gradual aumento nos números tanto de casos novos que aportam em nossa Justiça anualmente (24,2 milhões de processos só em 2010!), quanto de casos pendentes de baixa (taxa de congestionamento anual média de 70% para toda a Justiça brasileira no período entre 2004 e 2010).

⁸¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Jurisdição coletiva...*, cit., p. 8.

⁸² Sobre a ideia de processo justo, v. Luigi Paolo Comoglio, Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa, in *Revista de Processo* 116, p. 99-158; Italo Augusto Andolina, Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo, in *Revista de Processo* 150, p. 71-80; entre nós, v. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 430-439; e José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo...*, cit., p. 24-26.

⁸³ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, a jurisdição trifurca-se em *função, poder e atividade* (*Jurisdição coletiva e coisa julgada...*, cit., p. 209-216).

⁸⁴ Relatório Justiça em Números 2010, cit.

Isso significa que o Estado tem assegurado o simples acesso à Justiça, mas não a efetiva garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV), isto é, o acesso a um Poder Judiciário que disponha de instrumentos aptos a proverem uma tutela de direitos rápida, prática e satisfatória.⁸⁵

Ocorre que, como explica Kazuo Watanabe, “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.⁸⁶

De fato, como assinalado por José Afonso da Silva, “quem recorre ao Poder Judiciário é que confia em que ele é uma instituição que tem por objeto ministrar Justiça como valor, uma instituição que, numa acepção moderna, não deve nem pode satisfazer-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual. Os fundamentos constitucionais da atividade jurisdicional querem mais, porque exigem que se vá a fundo na apreciação da lesão ou ameaça do direito para efetivar um julgamento do conflito. Só assim se realizará a Justiça concreta que se coloca precisamente quando surgem conflitos de interesses”.⁸⁷

Aqueles dados deixam clara, ainda, a existência de uma relação *direta, indissociável e paradoxal* entre o acesso à Justiça (ingresso em juízo) e a sobrecarga do Poder Judiciário, cujos reflexos têm correspondido a uma menor capacidade deste organismo de tutelar aqueles casos novos com efetividade (distribuindo justiça).

⁸⁵ Kazuo Watanabe, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), in *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996, p. 20.

⁸⁶ Acesso à justiça e sociedade moderna, in *Participação e processo* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁸⁷ Acesso à justiça e cidadania, in *Revista de Direito Administrativo* 216, p. 9.

Tanto é que Araken de Assis afirma que vivemos uma “crise de demanda”⁸⁸, caracterizada por um número excessivo de conflitos, incrementado pela ampliação do acesso à Justiça, em especial, pela jurisdicionalização dos interesses metaindividuais, que o Poder Judiciário não consegue absorver e eliminar de modo adequado e tempestivo.⁸⁹

José Roberto dos Santos Bedaque confirma essa constatação, ao asseverar que “o aumento excessivo do número de demandas decorre, paradoxalmente, da adoção de técnicas destinadas a facilitar o acesso à Justiça àqueles que necessitam da tutela jurisdicional”.⁹⁰

Como se não bastasse, não se pode esquecer da inapropriada formação acadêmica belicosa dos nossos operadores do Direito⁹¹, que insiste em incentivar essa galopante procura pelo Poder Judiciário de forma monopolista, apesar de já não se coadunar com a realidade da nova ordem mundial há muito tempo.

A esse respeito, Juvêncio Vasconcelos Viana bem adverte que, “modernamente, o operador do Direito, não obstante uma formação que poderíamos dizer *adversarial* (treinado para litigância pura), deve ter os olhos abertos para uma situação de ‘convivência’ de outros meios de pacificação com a saída do processo”.⁹²

⁸⁸ O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário, in *Revista do Advogado* 43, p. 12-14. Conforme sustenta nesse mesmo estudo, ao lado do desaparelhamento do Poder Judiciário (“crise da oferta”) e do alheamento dos operadores jurídicos à realidade contemporânea (“crise ideológica”), essa “crise de demanda” comprometeria a eficiência da administração judiciária (p. 11-15).

⁸⁹ Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira* (coords. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 199-200.

⁹⁰ *Efetividade do processo...*, cit., p. 47.

⁹¹ José Roberto dos Santos Bedaque e Carlos Alberto Carmona sustentam que o número excessivo de recursos que superlotam nossos tribunais deriva da nossa formação cultural, “que estimula os advogados a recorrerem de tudo, contra tudo e contra todos” (A posição do juiz: tendências atuais, in *Revista Forense* 349, p. 86).

⁹² Notas em torno da jurisdição e dos meios alternativos de solução de conflitos, in *Revista Dialética de Direito Processual* 9, p. 65.

Até porque, como salienta Rodolfo de Camargo Mancuso, a excessiva combatividade entre as partes “desserve ao escopo da *composição do litígio com justiça*, porque arma os espíritos e cria um ambiente vibratório pesado, que impregna de energia negativa todo o processo”⁹³.

Assim, é possível concluir que, entre nós e do ponto de vista técnico-processual, a *verdadeira causa* da crise do processo é o *desmesurado acesso à Justiça*, ampliado sem a necessária e concomitante equiparação com a estrutura, material e humana, destinada a recepcionar todos esses conflitos, e fomentado pela cultura demandista ou judiciarista do povo brasileiro, também chamada de *cultura da sentença*⁹⁴, evidenciada, por sua vez, pelo privilégio de soluções contenciosas e adjudicadas ao invés de soluções conciliativas dos conflitos.

Ressalte-se que essa conclusão se faz com base nos dados estatísticos oficiais citados acima e não em puro “achismo”, típica postura dos operadores do Direito brasileiro, que, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, têm verdadeiro repúdio “ao registro criterioso do que realmente se passa no foro, ao levantamento de dados concretos, à elaboração e análise de estatísticas”.⁹⁵

Dessa conclusão empírica⁹⁶, ainda é lícito extrair que *todo o resto é apenas consequência* daquela crise.

⁹³ O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da fazenda pública, in *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão* (coord. Luiz Guilherme Marinoni), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 863.

⁹⁴ Kazuo Watanabe, Cultura da sentença e cultura da pacificação, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (orgs. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo, DPJ, 2005, p. 687.

⁹⁵ Saudação a Ada Pellegrini Grinover, in *Temas de direito processual (Sexta série)*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 322.

⁹⁶ Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que, ainda que em vão, desde 1962, tem defendido a relevância das estatísticas no diagnóstico dos problemas enfrentados pelo nosso Poder Judiciário (O processo civil no limiar de um novo século, in *Revista Forense* 353, p. 55). Em outro estudo, reiterou a importância dessa base empírica, tendo aduzido que “há muito tenho notado que não há no Brasil preocupação com duas questões de suma importância para localizar dificuldade no funcionamento do aparelho judiciário e tentar resolvê-las com dados reais e concretos, ao invés de ensaiar experiências fundadas em dados empíricos. Uma dessas questões é a da *estatística judicial*, que permitirá radiografar e diagnosticar os males que afligem e entram a justiça; outra é a dos rendimentos que é lícito esperar dos magistrados, pois há os que produzam mais e os que produzem menos, sem que jamais se tenha tentado apurar qual a produção que se deve esperar de cada um e quais os meios de obter

Realmente, de novo segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “o volume excessivo de processos não está na *origem dos males*, mas antes é a *consequência* – até previsível – de uma concepção que ao longo do tempo veio sendo sustentada por uma ideologia defasada e irrealista do acesso à Justiça, a qual permitiu extrair da garantia constante do art. 5º, XXXV, da CF mais do que aí se contém, ali vislumbrando uma sorte de convite à litigância, praticamente convertendo o direito de ação num... *dever de ação* e com isso fomentando a contenciosidade ao interno da coletividade e desestimulando as outras formas, auto e heterocompositivas, de solução de controvérsias”.⁹⁷

E é muito importante ter cuidado para distinguir o que é causa e o que é consequência nessa análise, para não incorrer no risco de, ilustrativamente, tratar somente o sintoma e não a doença.⁹⁸

Não se nega, porém, que, por serem consequências, não devam ser “tratadas”. Claro que sim! Até porque de nada adiantaria identificar a causa do nosso estado de crise e adotar as medidas necessárias ao seu tratamento se, mesmo assim, o Estado ainda não dispusesse de condições, materiais e humanas, de prestar um serviço judiciário de (boa) qualidade. Gestão e planejamento estratégicos da Administração Pública são imprescindíveis em qualquer contexto, quiçá, no atual.

Contudo, não se pode (e não se deve) limitar-se ao combate das suas consequências, sob pena de a verdadeira causa da crise do processo continuar a se agravar e, por conseguinte, a se perpetuar.

que ela seja alcançada” (As tendências do processo civil contemporâneo, in *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil* 11, p. 155-156).

⁹⁷ A lei da ação civil pública no âmbito das relações do trabalho, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 564.

⁹⁸ José Carlos Barbosa Moreira busca explicar esse equívoco comum pelo fato de que “estatísticas judiciárias não são o nosso forte: ou simplesmente inexistem, ou, quando existem, nem sempre se mostram acessíveis ou fidedignas” (Reformas processuais e poderes do juiz, in *Revista Jurídica* 306, p. 17).

Como se passa a abordar, embora atenda ao propósito de muitos, a mera expansão da máquina judiciária, com a maciça ingestão de recursos, não resolve o complexo problema dessa crise e, ainda, compromete a saúde das contas do Poder Público.⁹⁹ Da mesma forma, a sucessiva reforma legislativa.

2.1.5. Consequências (as falsas-causas)

Costuma-se supor¹⁰⁰ (ainda que nem sempre de modo conjunto) que as causas da crise do processo são basicamente: (i) o insuficiente aparelhamento do Poder Judiciário brasileiro, em especial, o reduzido número de magistrados; (ii) a falta de investimentos governamentais no setor; e (iii) a inadequação da nossa legislação, notadamente, processual.¹⁰¹

Ocorre que, de acordo com os dados estatísticos oficiais citados acima, essas não são as suas verdadeiras causas, mas sim meras consequências daquele desmesurado acesso à Justiça.

Com efeito, conforme mencionado relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁰², o Brasil possuía 16.804 magistrados nos ramos das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista em 2010 (aumento de cerca de três pontos percentuais em relação a 2009), o que equivalia a uma média geral de 8,7 magistrados para cada 100 mil habitantes.

⁹⁹ Araken de Assis, *Duração razoável...*, cit., p. 201.

¹⁰⁰ Ainda que com mais de 60 anos de atraso em relação aos Estados Unidos, onde surgiu a ideia, a chamada *jurimetria*, disciplina que mistura Direito com Estatística e tem a finalidade de usar métodos científicos para estudar empiricamente os conflitos e indicar as melhores formas de resolvê-los, parece que começa a se desenvolver no Brasil, haja vista a recém-criada Associação Brasileira de Jurimetria, por professores de direito e de estatística da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que, já no mês da sua fundação (junho de 2011), promoveu seminário na capital paulista com representantes do meio e do governo interessados em estudar o direito de forma quantitativa (Reportagem de Máira Magro, intitulada “Estudiosos querem mapear Justiça”, publicada na edição de 26.07.2011 do jornal *Valor Econômico*, Caderno Legislação & Tributos).

¹⁰¹ Por exemplo, como Augusto Tavares Rosa Marcacini, que, seguindo divisão comum na doutrina, classificou tais causas como de *ordem externa* (que contribuem para o aumento da litigiosidade, mas que não se referem ao aparelho judiciário ou à legislação processual, tais como as crises econômicas, políticas etc. que afetam nosso país) e de *ordem interna* (relativas ao aparelho judiciário: falta de estrutura material e humana; e à legislação processual: necessidade de reformas) (*Estudo sobre a efetividade...*, cit., p. 27-32).

¹⁰² Relatório Justiça em Números 2010, cit.

Daquele montante, 11.938 estavam alocados na Justiça Estadual, 1.749 na Justiça Federal e 3.117 na Justiça do Trabalho, o que correspondia, respectivamente, a 6,2, 0,9 e 1,6 magistrados para cada 100 mil habitantes.

No tocante aos servidores¹⁰³, existiam 321.963 naqueles três ramos da Justiça brasileira em 2010, sendo 193.996 (78,5%) da área judiciária¹⁰⁴, dos quais 146.359 (80%) na Justiça Estadual, 18.727 (74,8%), na Justiça Federal e 28.910 (76,5%) na Justiça Trabalhista, o que representava uma força de trabalho de, respectivamente, 122, 20 e 25 pessoas para cada 100 mil habitantes.

A conclusão desses dados é que houve um aumento de 3,2% no número de juízes e de 1,8% no número de servidores em nossa Justiça de 2009 para 2010. No entanto, esse incremento sequer minimizou a crise do processo entre nós (como visto, a taxa de congestionamento média para toda a Justiça brasileira tem se mantido estável em 70% desde 2004), o que demonstra que esse aparelhamento humano não é a sua causa ou uma delas¹⁰⁵ (ainda que se reconheça que colabore para essa situação), mas apenas consequência daquele desmesurado acesso à Justiça.

¹⁰³ Isto é, segundo esse relatório, “o total de servidores é composto pelo pessoal do quadro efetivo (exceto cedido), requisitado, terceirizado, estagiário e comissionado sem vínculo” (Relatório Justiça em Números 2010, cit.).

¹⁰⁴ Conforme nota constante desse relatório, “entende-se por área judiciária os setores que impulsionam diretamente a tramitação do processo judicial, tais como: protocolo judicial, distribuição, gabinetes, contadoria, precatórios, secretarias judiciárias, centrais de mandados, taquigrafias, estenotipia, setores de processamentos de autos, hastas públicas, perícia (contábil, médica, de serviço social e de psicologia), central de conciliação, setores de admissibilidade de recursos, arquivo. No quadro de pessoal, foram considerados os servidores efetivos, exceto cedidos, os requisitados e os comissionados” (Relatório Justiça em Números 2010, cit.).

¹⁰⁵ Antes mesmo desse relatório, Ada Pellegrini Grinover já havia vislumbrado que a solução para a crise do processo “não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve” (Os fundamentos da justiça conciliativa, in *Revista de Arbitragem e Mediação* 14, p. 17-18).

O mesmo pode-se dizer do seu aparelhamento material, pois, por exemplo, como comprovam os resultados do também mencionado relatório do Projeto Supremo em Números¹⁰⁶, os juizados especiais, instituídos com a finalidade de ampliarem o acesso à Justiça a causas de menor complexidade, que, por isso, não raro deixavam de ser jurisdicionalizadas, transformaram-se em uma das principais fontes de recursos para o Supremo Tribunal Federal, figurando, hoje em dia, como o terceiro tribunal de origem mais frequente.¹⁰⁷

Ainda segundo o citado relatório do Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁸, em 2010 os investimentos governamentais no Poder Judiciário brasileiro atingiram a bilionária cifra de R\$ 41.040.301.422,00, o que correspondeu a 1,12% do Produto Interno Bruto, a 2% dos gastos da União e dos Estados e a R\$ 212,37 ao ano por habitante. A Justiça Estadual respondeu por 58% daquele montante, a Justiça do Trabalho por 26% e a Justiça Federal por 16%.

Aquele valor ainda representou um crescimento de 3,7% em relação a 2009 (R\$ 39,6 bilhões), sendo inferior, contudo, à média anual de 9% que vinha sendo verificada desde 2004.

Como se verifica, apesar de crescentes e significativos, tais investimentos também não têm conseguido isoladamente minorar a crise do processo e, portanto, não podem ser considerados a sua causa ou uma delas.

Na verdade, repito que, a meu ver, esses valores revelam que esse agigantamento da nossa estrutura judiciária apenas tem cooperado para comprometer ainda mais as já notoriamente deficitárias finanças públicas do país.

¹⁰⁶ I Relatório – abril/2011 – O Múltiplo Supremo, cit.

¹⁰⁷ Para um estudo aprofundado e com abordagem empírica sobre a realidade dos juizados especiais no país, v. Leslie Shérica Ferraz, *Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2010.

¹⁰⁸ Relatório Justiça em Números 2010, cit.

Rodolfo de Camargo Mancuso corrobora que é “um erro estratégico, cujas consequências são difíceis de reverter, o vazo de enfrentar o volume excessivo de processos sob a óptica meramente *quantitativa*: à medida que cresce a demanda por Justiça, intenta-se *acompanhar* aquele crescimento com o *aumento físico* da estrutura judiciária: mais Fóruns, mais juízes, mais auxiliares e assessores, mais projetos de Lei voltados à criação de novos cargos, tudo engendrando uma máquina gigantesca, cuja própria dimensão desmesurada vem a se constituir em *mais um problema* em termos de custeio e gerenciamento interno, consumindo vorazmente parcelas cada vez maiores do orçamento público”.¹⁰⁹ Até porque, como bem lembra esse próprio autor, “o *aumento da oferta acaba por retroalimentar a demanda*”.¹¹⁰

Igualmente, as leis brasileiras, sobretudo as processuais, não são as geradoras de tal crise, mas meras consequências daquele desmesurado acesso.

A história recente comprova que a evolução da ciência processual civil, com sua correspondente produção legislativa, mostrou-se boa tecnicamente e até sofisticada em certos aspectos em nosso ordenamento jurídico. Não é por outro motivo que o colocaram em posição de vanguarda na criação e na implementação dos processos coletivos entre os países de *civil law*.¹¹¹

Na verdade, a crítica que se faz refere-se justamente à desarmonia entre essa evolução e o aparelhamento, material e humano, do Poder Judiciário para gerenciar o volume de processos decorrentes da referida ampliação do acesso à Justiça.

¹⁰⁹ A lei da ação civil pública..., cit., p. 547.

¹¹⁰ *Acesso à justiça...*, cit., p. 58.

¹¹¹ Ada Pellegrini Grinover, Direito processual coletivo, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

De fato, em estudo publicado em 1990, Ada Pellegrini Grinover já sustentava que “é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária, de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários”.¹¹²

Tanto é assim que o relatório do Projeto Supremo em Números¹¹³ concluiu que, não obstante as introduções da súmula vinculante e da repercussão geral em nosso ordenamento jurídico, que reduziram o número de recursos de 110 mil para pouco mais de 30 mil por ano, o Supremo Tribunal Federal ainda está longe de ter capacidade de julgar esse volume, uma vez que, por exemplo, somente tem conseguido decidir 50% dos casos com repercussão geral.

Ademais, a experiência também prova que a mania¹¹⁴ que tomou conta do legislador brasileiro de tentar (será mesmo?¹¹⁵) resolver todo e qualquer problema relacionado ao nosso Poder Judiciário por meio de incessantes e infundáveis alterações legislativas é absolutamente *inócua*, quando não *perversa*.¹¹⁶

¹¹² *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 177.

¹¹³ I Relatório – abril/2011 – O Múltiplo Supremo, cit.

¹¹⁴ Cassio Scarpinella Bueno denomina-a de “ambientação ‘reformista’” (Reforma processual e acesso à justiça, in *Revista dos Tribunais* 772, p. 79).

¹¹⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso bem observa que, “por trás dessa *compulsão normativa* está, naturalmente, o Estado – leviatã, onipresente e onisciente, cada vez mais intervencionista, pronto a regular de múltiplas formas toda e qualquer conduta social, mesmo as mais corriqueiras, com isso invadindo os espaços que deveriam ficar preservados à privacidade, à liberdade de escolha, enfim, à livre fruição de direitos fundamentais” (*Acesso à justiça...*, cit., p. 67).

¹¹⁶ Como bem identificado por Vilian Bollmann “o Direito Processual Civil brasileiro tem sofrido diversas alterações normativas no tempo, todas buscando dar mais celeridade ao processo judicial, considerado moroso. Essas alterações, já rotineiras, aceleraram-se a partir da Lei 8.952, de 13.12.1994, que instituiu a tutela antecipada, passando, por exemplo, pelas Leis 9.139, de 30.11.1995; 9.245, de 26.12.1995; 10.352, de 26.12.2001; 10.444, de 7.5.2002, até as recentes 11.232, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006, essas

Como ressalta Humberto Theodoro Júnior, “pensar-se em reformar a lei sem se preocupar com a reforma simultânea ou sucessiva dos agentes que irão operar as normas renovadas, chega a ser uma utopia, para não dizer uma temeridade”.¹¹⁷

Por tais motivos e – reitere-se – fundado em dados empíricos, parece-me claro que as causas da crise do processo frequentemente cogitadas pela doutrina, na realidade, são apenas *falsas-causas*, pois sua resolução não implicará na eliminação daquela crise.

Consistem, assim, em consequências da verdadeira causa dessa crise: o desmesurado acesso à Justiça verificado em nosso país. Daí porque, como será exposto adiante, entendo que a sua solução (ou, talvez, o primeiro passo a ser dado rumo à sua superação, ou melhor, à minoração dos seus efeitos) está condicionada a uma necessária *reinterpretação* da garantia constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV).

Obviamente, não se trata de tarefa simples. Tampouco depende da argúcia e/ou engenhosidade do legislador. Ao contrário! Está condicionada a uma *mudança de mentalidade* de todos aqueles que estão ou possam vir a estar envolvidos em nosso sistema judiciário. Trata-se, pois, de um processo de (re)educação do exercício da cidadania.

Até porque, como bem lembra Rodolfo de Carmargo Mancuso, “se é verdade que o perfil cultural de um povo não tem como ser alterado abrupta e radicalmente (valha o aforisma: ‘já se viu sociedade que mudou a lei, mas ainda não se viu lei que mudou a sociedade’), nem por isso o traço comportamental é algo irreversível ou imutável. A partir do momento em que a divulgação de dados objetivos permite à coletividade a percepção de que uma dada postura ou costume estão ultrapassados, tornaram-se inócuos ou mesmo se tornaram

oriundas dos estudos decorrentes do chamado ‘Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano’. Espantosamente, contudo, com mais de uma década de alterações legais, o sistema processual civil não só continuou moroso, como também se tornou mais lento. As afirmadas “reformas” não atingem os fins a que se destinam simplesmente porque repetem a tentativa de modificar aspectos pontuais do sistema, mantendo o mesmo paradigma de comportamento anterior; algo como tirar com balde a água que invade um barco em naufrágio” (Mais do mesmo: reflexões sobre as “reformas” processuais. In *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/Vilian_Bollmann.htm>. Acesso em 03.11. 2011).

¹¹⁷ Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional..., cit., p. 70.

perniciosos, abre-se ensejo para que a própria comunidade assimile tal informação e possa, gradualmente, adotar outras condutas”.¹¹⁸

Duas são as razões que explicam referida proposta: uma, é que não se podem descartar as relevantes e históricas conquistas obtidas para a concretização do ideal de acesso à ordem jurídica justa, nem se pode deixar de estimular seu contínuo alargamento, a fim de assegurar que nenhum direito fique sem a devida tutela jurisdicional; e, outra, é que também não se pode mais aceitar o elevado (e crescente) índice de inefetividade do sistema processual brasileiro que, ainda que não esteja deixando à margem, tem-se mostrado incapaz de entregar aquela prometida tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

2.1.6. Tentativa de solução: necessária reinterpretação do acesso à Justiça

Sei que não é tarefa fácil resolver a crise do processo, ou melhor, tentar resolvê-la. Se assim o fosse, já o teriam feito há muito tempo. Também sei que não conseguirei fazer isso, ainda mais sozinho e com simples palavras. Contudo, na medida do possível e dentro das minhas limitações pessoais, espero que as sugestões formuladas neste trabalho possam contribuir utilmente para esse fim.

Sem querer parecer poético, ainda que representem mera gota no oceano, almejo que as ideias desenvolvidas a seguir possam acrescentar algo proveitoso ao debate em torno desse tema, tão caro às sociedades contemporâneas, em especial, à brasileira.

¹¹⁸ *Acesso à justiça...*, cit., p. 60.

2.1.6.1. Breve resgate da sua evolução e ampliação

O acesso à Justiça sempre foi um desejo social.¹¹⁹ Por óbvio, mais ou menos concretizado dependendo da época histórica e das circunstâncias locais de cada povo.

Embora a sociedade moderna tenha surgido com as revoluções burguesas do século XVIII, com destaque para a independência norte-americana em 1776 e para a Revolução Francesa de 1789¹²⁰, foram apenas as modificações das relações econômicas, sociais, políticas e culturais ocorridas no século XX, sobretudo após o término da Segunda Guerra Mundial, que realçaram a problemática daquele tema.

Isso porque marcaram a necessidade de eliminação dos obstáculos que se antepunham ao efetivo acesso à Justiça, bem como de jurisdicionalização dos *novos direitos*, advindos dessa *nova sociedade* e que não dispunham de proteção no sistema processual tradicional.¹²¹

Tanto é assim que, no último quarto do século passado, Mauro Cappelletti e Bryan Garth coordenaram o famoso “Projeto de Florença para o Acesso à Justiça” (“*The Florence Access-to-Justice Project*”), cujo objetivo era “delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas”.¹²²

¹¹⁹ Ricardo de Barros Leonel, Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 721.

¹²⁰ Alexandre Amaral Gavronski, A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

¹²¹ A esse respeito, na década de 70, Mauro Cappelletti constatou que “é evidente que, diante de tais institutos, novos ou renovados, as velhas regras e estruturas processuais em questão de legitimação e interesse de agir, de representação e substituição processual, de notificação, e em geral, de direito ao contraditório, de limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, caem como um castelo de cartas. Tais regras e estruturas, desenhadas em vista de um processo civil de conteúdo individualístico – o regulamento de fixação de limites entre Tício e Caio, a restituição de uma soma de Tício a Caio, o ressarcimento de um dano pessoalmente advindo a Tício por um ato ilícito de Caio... – revelam sua impotente incongruência diante de fenômenos jurídicos como aqueles que se verificam na realidade social econômica moderna” (Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, in *Revista de Processo* 5, p. 147).

¹²² *Acesso à Justiça*, cit., p. 8.

Por meio desse ensaio, que compilou a experiência de diversos países ocidentais, tais juristas identificaram a existência dos seguintes obstáculos ao efetivo acesso à Justiça: (i) custas judiciais envolvidas direta e indiretamente em um processo; (ii) possibilidades intelectual, psicológica e financeira de se estar em juízo; e (iii) tutela dos interesses metaindividuais, sobretudo, dos difusos.¹²³

Na sequência, apontaram três etapas de evolução das soluções propostas para superá-los, que ficaram conhecidas como *ondas renovatórias*¹²⁴ e que se referiam, respectivamente: (i) à assistência judiciária para os necessitados; (ii) à representação dos interesses metaindividuais, sobretudo, dos difusos; e (iii) a uma nova concepção de acesso à Justiça¹²⁵, destinada a promover uma reestruturação judiciária capaz de conferir efetividade à tutela jurisdicional, ou seja, que conseguisse assegurar a satisfação do direito material (ainda que forçada).¹²⁶

Segundo Leslie Shérída Ferraz, no âmbito teórico, o mérito dessas ondas “foi ampliar o espectro da ciência jurídica que, além do estudo das normas, passou a se ocupar também (i) dos problemas e das necessidades sociais que antecedem e justificam sua elaboração e (ii) dos seus impactos na comunidade”.¹²⁷

No Brasil, a implementação de cada estágio desse movimento reformador (ainda que quase de forma simultânea na década de 80¹²⁸) produziu alterações em nosso ordenamento jurídico, ampliando, como pretendido, a acessibilidade ao Poder Judiciário.

¹²³ Mauro Cappelletti e Bryan Garth, *Acesso à Justiça*, cit., p. 15-29.

¹²⁴ A respeito dessas ondas renovatórias, v. de minha autoria *Poderes investigatórios...*, cit., p. 34-40.

¹²⁵ Particularmente a respeito dessa *terceira onda renovatória*, em outro estudo, Mauro Cappelletti esclarece que sua finalidade consistiu em propor um novo *método de pensamento*, que examine o processo como instrumento voltado à realização das pretensões dos *consumidores* dos serviços jurisdicionais e não dos seus produtores (*Accesso alla giustizia...*, cit., p. 320-321). No mesmo sentido, v. Vittorio Denti, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIX, p. 533-550.

¹²⁶ Mauro Cappelletti e Bryan Garth, *Acesso à Justiça*, cit., p. 31-73.

¹²⁷ *Acesso à Justiça...*, cit., p. 77.

¹²⁸ Devido a circunstâncias políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas, Maria Tereza Sadek afirma que a década de 80 desencadeou um “processo inexorável de mudanças” no país (Juizados Especiais: o processo inexorável da mudança, in *Novas direções na governança da justiça e da segurança* (orgs. Catherine Slakmon, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini), Brasília, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2006, p. 249).

Assim, por exemplo, pode-se destacar as promulgações da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 (Lei da Assistência Judiciária), da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular), primeira norma infraconstitucional a tratar dos conflitos de largo espectro, com sujeitos indeterminados e objeto indivisível¹²⁹, e, posteriormente, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Contudo, entre nós, o acesso à Justiça atingiu seu ápice com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, quando foi elevado ao *status* de direito e garantia fundamental. Reconhecidamente inovando em relação às anteriores¹³⁰, essa Carta Política, além de ter assegurado que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), ainda trouxe outras garantias processuais para garanti-lo.

Não obstante, como recorda Welington Luzia Teixeira, “o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional ou do acesso ao processo, ou, melhor ainda, ao órgão judiciário, figura no Direito Constitucional brasileiro desde a Constituição de 1946. Com o advento do golpe militar de 1964 passou por um período de grandes restrições. O Ato Institucional de nº 5, de 13 de dezembro de 1968, previa, no seu artigo 11, a exclusão de apreciação por parte do órgão judiciário de quaisquer atos ou omissões praticados pelos agentes públicos e que estivessem em harmonia com as suas estipulações. A Emenda Constitucional de 1969 excluiu, de vez, a apreciação do judiciário de quaisquer atos praticados pelo Governo Federal”.¹³¹

¹²⁹ Até então, Rodolfo de Camargo Mancuso lembra que o Direito brasileiro vinha exibindo tímidas ou setorizadas intervenções no campo da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, tais como a regulação dos dissídios coletivos pela Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”) de 01.05.1943 e as ações que podiam ser ajuizadas por associações de servidores públicos (Lei nº 1.134/50) ou pela Ordem dos Advogados do Brasil (“OAB”), em prol dos interesses dos seus associados (Lei nº 4.215/63). Entretanto, nesses exemplos, ressalva que, apesar de abrangerem expressivo número de sujeitos, estes apareciam unidos em um grupo definido e, nessa medida, continha-se a eficácia da coisa julgada (A projetada *participação equânime* dos co-legitimados à propositura da Ação Civil Pública: da previsão normativa à realidade forense, *Revista dos Tribunais* 796, p. 16).

¹³⁰ José Carlos Barbosa Moreira, *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*, cit., p. 48-49.

¹³¹ As condições da ação sob a óptica do direito coletivo, in *Revista Dialética de Direito Processual* 93, p. 100.

2.1.6.2. *Efeito nocivo da sua ampliação*

Como exposto, a experiência mostrou que principalmente a positivação do ideário renovador referido acima gerou um *efeito nocivo* em nosso Poder Judiciário, uma vez que se ampliou o acesso à Justiça a direitos que até então não eram protegidos ou o eram precariamente, sem, todavia, o devido zelo concomitante e correspondente à satisfação dessa tutela jurisdicional, o que resultou em uma enorme e cada vez mais crescente sobrecarga judiciária.

Com efeito e ainda que não tenham sido as únicas responsáveis, as transformações advindas daquelas ideias provocaram a multiplicação dos conflitos individuais e metaindividuais levados a serem decididos pelo Poder Judiciário em velocidade muito superior àquela da sua capacidade de lhes ofertar o devido amparo, isto é, com qualidade e eficiência, fenômeno conhecido como *explosão da litigiosidade*.¹³²

Assim, se, por um lado, aquele movimento buscou resolver o problema da denominada *litigiosidade contida* (“conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito do prejudicado”¹³³), por outro, comprometeu e continua a comprometer a qualidade da prestação do serviço judiciário brasileiro e, por conseguinte, a efetividade processual.

Tanto é que, como bem apontado por Márcio Carvalho Faria, “se, antes, o desafio era ‘entrar’, ‘acessar’, ‘chegar’ ao Judiciário, hoje o problema é como e, principalmente, *quando sair*”.¹³⁴ Caetano Lagrasta Neto corrobora essa afirmação, sustentando que “se antes temia-se a litigiosidade contida, teme-se hoje a litigiosidade expandida”.¹³⁵

¹³² Nesse sentido, v. Héctor Fix-Fierro, *Courts, Justice and efficiency: A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2003, p. 9.

¹³³ Kazuo Watanabe, Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas, in *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)* (coord. Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 2.

¹³⁴ A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à *crise do processo*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual* 6, p. 479.

¹³⁵ Mediação, conciliação e suas aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e*

Igualmente, de modo bastante ilustrativo, José Eduardo Carreira Alvim aponta que “o problema do acesso à Justiça não é uma questão de ‘entrada’, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida”.¹³⁶

Rodolfo de Camargo Mancuso explica que essa “*explosão da litigiosidade*, que estigmatiza a sociedade contemporânea, apresenta complexa etiologia, passando pela possível existência de povos naturalmente propensos e receptivos à regulação estatal (refletindo-se, *pour cause*, num reduzido arcabouço normativo), a par de outros mais resistentes às regras de conduta, cujos países, por isso mesmo, superabundam em normas, muitas delas sobrepostas e até supérfluas, o que dificulta sua compreensão, tanto pelos operadores do Direito como pela população em geral”.¹³⁷

2.1.6.3. *Necessária mudança de mentalidade*

Como mencionado, no caso brasileiro, a solução (ou tentativa de solução) para a crise do processo consiste em uma necessária *reinterpretação* da garantia constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), mediante uma *mudança de mentalidade geral* a respeito do seu teor, de modo a contextualizá-la com a realidade social, econômica, política e cultural do país e do mundo em que vivemos hoje em dia.

mediação (coords. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto), São Paulo, Atlas, 2007, p. 12.

¹³⁶ Justiça: acesso e descesso. In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078>>. Acesso em 27.10.2010.

¹³⁷ *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

Em nossa conflituosa, massificada e globalizada sociedade contemporânea, é imprescindível que tal garantia deixe de ser compreendida como a forma de solução de conflitos por excelência, derivada de uma “leitura incorreta”¹³⁸ da Constituição Federal.

Como elucida Rodolfo de Camargo Mancuso, “os milhões de processos em curso em nosso aparelho judicial estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do *acesso à Justiça* (também chamado princípio da *ubiquidade/indeclinabilidade/inafastabilidade da jurisdição*), sediado no inciso XXXV do art. 5º da CF: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Embora inserida no capítulo dos ‘direitos e deveres individuais e coletivos’ (art. 5º e incisos), trata-se de norma precipuamente dirigida ao Executivo e ao Legislativo, e só indireta ou reflexamente aos jurisdicionados, porque aquele inciso adverte esses dois Poderes para que se abstenham de apresentar proposição tendente a suprimir lides ao contraste jurisdicional, e não mais do que isso. Vale lembrar, desde logo, que o verbo ‘apreciar’ é *axiologicamente neutro*, e assim aquela ‘garantia’ não implica *compromisso* de que os históricos de lesão sofrida ou temida serão resolvidos em seu mérito, já que o enfrentamento deste depende da presença de certos quesitos – condições da ação e pressupostos processuais – e da ausência de outros tantos, tais a litispendência, a exceção de coisa julgada, a convenção de arbitragem (CPC, art. 267, V, VI, VII)”.¹³⁹

Até porque o inciso XXXV do seu art. 5º *não* estabelece essa prioridade da justiça estatal para o exercício da jurisdição. Prevê, apenas e tão somente, que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, o que, a toda evidência, não significa que esta será a principal via ou, pior, a única!¹⁴⁰

¹³⁸ Joaquim José Calmon de Passos, Reflexões, fruto do meu cansaço de viver ou de minha rebeldia?, in *Execução civil – Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* (coord. Ernane Fidélis dos Santos), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 838.

¹³⁹ *A resolução de conflitos...*, cit., p. 59-60.

¹⁴⁰ Carlos Alberto Carmona bem observa que essa garantia não implica uma obrigação, ainda mais com a exclusão de outros meios também legítimos de tutela jurisdicional (*Arbitragem e processo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 311 e s.). A respeito dessa visão monopolista da jurisdição estatal, John Anthony Jolowicz é radical ao sustentar que, na verdade, “o tempo dos tribunais e juízes – especialmente dos mais altos – não deveria ser gasto em casos cuja decisão não fará senão resolver um conflito individual. O processo judicial não deveria ser visto como apenas uma dentre as técnicas de solução de litígios: as atividades judiciais de solução de litígios deveriam ser limitadas, tanto quanto possível, a casos cujas decisões atingiriam interesses superiores e exteriores

Na verdade, considerando que se trata de uma *garantia* (= poder) e não de uma obrigação (= dever), a leitura correta a ser feita desse dispositivo constitucional é que o Poder Judiciário deve ser reservado aos conflitos que, inevitavelmente, demandem sua atuação, ou seja, como única ou última via para a propagada *pacificação social com justiça*, escopo magno da jurisdição, e, por conseguinte, de todo o sistema processual.¹⁴¹

Por esse motivo, José Renato Nalini afirma que “nem todas as causas podem ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível para a população. O Judiciário há de ser reservado para as grandes questões. Tudo aquilo que a comunidade jurídica puder solucionar por si, sob influxo da *noção de justiça* nela disseminada pela atuação do principal dos operadores jurídicos – o juiz – será satisfatório”.¹⁴²

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso novamente esclarece que “o acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso ‘convite à demanda’ para, realisticamente, reduzir-se a uma *cláusula de reserva*, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas *não necessariamente pela via judicial*, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados *equivalentes jurisdicionais*, tais as formas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas”.¹⁴³

aos das partes nominais” (Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil, in *Revista de Processo* 135, p. 176).

¹⁴¹ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 30.

¹⁴² *O juiz e o acesso à justiça*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

¹⁴³ *A resolução de conflitos...*, cit., p. 62.

Não se nega, por óbvio, a possibilidade concreta de todos serem ouvidos em juízo, com as garantias inerentes ao devido processo legal, sob pena de flagrante e indevida violação à Constituição Federal. E nem poderia ser diferente, já que o acesso à Justiça “representa não mero direito formal ao processo, mas garantia substancial a um processo justo, concebido como aquele apto a proporcionar ao titular do direito a tutela adequada”.¹⁴⁴

O que se propõe – reitere-se – é uma *mudança de mentalidade* a respeito da oferta judicial, não para impedir ou obstaculizar o acesso à Justiça, mas, ao contrário, viabilizar a *efetiva* consecução dessa garantia constitucional na nossa litigiosa, massificada e globalizada sociedade contemporânea.

Até porque a incapacidade do sistema judicial de satisfazer aquele que “consome” os seus serviços é muito mais perigosa para a sua estabilidade do que a mencionada litigiosidade contida, na qual o lesado tem consciência do seu direito, mas prefere contê-lo (= não reivindicá-lo), entre outros fatores, pela descrença na Justiça.

Como bem observa Leslie Shérída Ferraz, “o autor, nesses casos, não deixa o processo da mesma forma que entrou, mas em ‘piores condições’: além dos custos financeiros (custas e taxas processuais, despesas com advogado, deslocamento e outras decorrentes do acompanhamento do processo), há o ônus psicológico causado pela sensação de frustração e injustiça”.¹⁴⁵

Felizmente, parece que (ao menos em teoria) o Estado está tomando consciência (será mesmo?) daquela leitura incorreta que vem sendo insistentemente dada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

¹⁴⁴ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo...*, cit., p. 231.

¹⁴⁵ *Acesso à Justiça...*, cit., p. 142.

Prova disso é a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125, de 29 de novembro de 2010, que, entre outras providências, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, conferiu *novo sentido* a tal princípio, tendo-o desvinculado da visão tradicional de monopólio da justiça estatal para lhe atribuir um caráter de verdadeiro *sistema de Justiça*.

Com efeito, em seus “considerandos”, registrou expressamente que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, conforme ideia assente na doutrina, à qual já se teve a oportunidade de fazer referência neste trabalho e de clamar por sua observância.

Ademais, logo no parágrafo único do seu art. 1º, estabeleceu que “Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

Enquanto se espera pelos efeitos práticos dessa Resolução, resta consignar que não se imagina que referida tomada de consciência vá se dar de um dia para o outro. Chegaria a ser pueril ter essa ilusão. Sabe-se que se trata de um processo lento, complexo, longo e contínuo. Todavia, urge que seja imediata e realmente iniciado para que se consiga atingir o fim ora pretendido.

Consistente em um método de reeducação de cidadania, essa verdadeira alteração de padrão na ideia de acesso à Justiça não pode (e não deve) ficar restrita aos cursos de Direito, tampouco à comunidade jurídica, apesar de ser no seio dela que deve ganhar corpo com a sua consecução prática.

Deve, sim, expandir-se para toda a sociedade civil, mediante a inclusão de disciplina específica à formação do cidadão contemporâneo desde o ensino escolar (como era a chamada disciplina Educação Moral e Cívica) e a incisiva e ampla divulgação junto à

opinião pública (não apenas por órgãos, instituições, entidades e associações que têm a prestação dessa informação entre as suas finalidades, mas também e principalmente pela mídia, dada sua força e capacidade de inserção na nossa sociedade contemporânea) dos direitos dos cidadãos, dos meios para a sua tutela – não necessariamente pela via judicial e não necessariamente de forma individual –, bem como dos locais e dos eventuais entes legitimados para que isso ocorra.

Para tanto, como adverte Nelson Nery Junior, é preciso ter consciência de que, para ser (como deve ser!) profunda e paradigmática, tal mudança de mentalidade de todos os partícipes, atuais e futuros, do processo deve contar com a ajuda de outros ramos, tais como a política, a sociologia e a filosofia¹⁴⁶, na medida em que envolve o combate à interpretação literal do acesso à Justiça, num esforço conjunto e simultâneo do Poder Público e da sociedade. Na verdade, principalmente, do Poder Público, que tem o *dever* e não o simples *poder* de assegurar o pleno gozo daquela garantia constitucional (acesso à ordem jurídica justa).

Não bastam somente ações destinadas a confrontar a imensa quantidade de processos que lotam, ou melhor, superlotam os tribunais nacionais, caso se pretenda realmente enfrentar a referida crise do processo. Concomitante e paralelamente ao incremento sempre que necessário da estrutura, material e humana, do Poder Judiciário, impõe-se a pregada mudança de mentalidade para que o acesso à Justiça também guarde aderência aos anseios sociais, sobretudo, de ordem coletiva, a fim de que tal garantia não se transforme em simples retórica constitucional.

Isso porque, como ressalta Mario Grynspan, “mais do que a justiça, é a própria crença no sistema, é a legitimidade da ordem democrática que, num quadro como este, é afetada. Reforçam-se, assim, mecanismos hierarquizantes, pessoais, informais, extra ou mesmo não-legais de solução de problemas e decisão de disputas. Se a reversão desta tendência é necessária, ela não é, no entanto, simples, não se esgotando no aumento da oferta de serviços judiciais, por mais essencial que esta possa ser, como de fato é. Além de

¹⁴⁶ *Princípios do processo na Constituição Federal*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 315.

mudanças básicas nas posturas dos operadores do sistema legal – como juízes, promotores, defensores, advogados, oficiais de cartório e policiais –, é preciso criar meios que possibilitem o reconhecimento e a apropriação destes serviços pela população.”¹⁴⁷

No ponto e sem deixar de reconhecer a sua valiosa importância na luta para desafogar o Poder Judiciário, apesar de não se prestarem somente para isso¹⁴⁸, mais do que a busca e o estímulo por procedimentos simplificados (como, por ex.: juizados especiais cíveis e criminais¹⁴⁹) ou por meios alternativos de solução de controvérsias¹⁵⁰ (como, por ex.: arbitragem, mediação e conciliação), é preciso que se promova uma releitura do tripé *ação, jurisdição e processo*, para, por um lado, conseguir relegar o Poder Judiciário àquela posição residual, mas, por outro, não lhe livrar de um trabalho que é seu e somente seu.¹⁵¹

A par de iniciativas que foram e estão sendo tomadas com o intuito de aprimorar as soluções propostas para a eliminação ou, ao menos, a minoração dos conflitos sociais e, assim, da crise do processo, isto é, promover uma *justiça coexistencial*¹⁵² e não (apenas) contenciosa, impende que tais conceitos também sejam contextualizados com a nova ordem mundial.

¹⁴⁷ Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões, in *Cidadania, Justiça e Violência* (orgs. Dulce Chaves Pandolfi, José Murilo de Carvalho, Leandro Piquet Carneiro e Mario Grynszpan), Rio de Janeiro, Editora FGV, 1999, p. 113.

¹⁴⁸ Mauro Cappelletti esclarece que os meios alternativos de solução de conflitos não se destinam somente a reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, mas, além disso, tentar produzir resultados mais céleres, menos onerosos e melhores, até mesmo em qualidade, do que aqueles gerados pelo processo contencioso (Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, in *Revista de Processo* 74, p. 87-97). Cândido Rangel Dinamarco confirma que tais meios alternativos “não visam a dar efetividade ao direito material, ou à *atuação da vontade concreta da lei* – i. é, não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado. Mas, tanto quanto esta, têm o *escopo pacificador* que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado moderno” (*Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 837).

¹⁴⁹ A esse respeito e ainda com base nos chamados Juizados de Pequenas Causas, Kazuo Watanabe já enfatizava que eles *não* haviam sido criados para solucionar a crise do processo ou da Justiça (Filosofia..., cit., p. 1-3 e 7).

¹⁵⁰ Roberto Rosas confirma que “os meios alternativos de auto-composição de litígios têm sido aperfeiçoados, divulgados e estimulados” (Processo civil de resultados, in *Revista Dialética de Direito Processual* 2, p. 109).

¹⁵¹ José Ignacio Botelho de Mesquita, As reformas do processo, artigo publicado na edição de 06.06.2011 do *Correio Brasiliense*, na coluna Direito & Justiça.

¹⁵² Mauro Cappelletti, Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas, *Revista de Processo* 65, p. 132.

Sem a pretensão de explorar os aspectos inerentes a cada um daqueles institutos, já que isso resultaria em um verdadeiro tratado de direito processual civil, o que passa longe dos objetivos traçados para este estudo, em suma, a sociedade contemporânea precisa entender (e exercitar) a *ação* simplesmente como o poder ou direito constitucional de obter da *jurisdição*, enquanto função estatal inerte destinada à realização do direito material, uma resposta que, instrumentalizada pelo *processo*, sirva para solucionar apenas e tão somente aqueles conflitos que realmente demandem a sua atuação, com justiça e em um prazo razoável.¹⁵³

O que, na verdade, corresponde à natureza da ação defendida por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco com base nas lições de Enrico Tullio Liebman, ou seja, um “*direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”.¹⁵⁴

¹⁵³ Essa ideia coaduna-se com as seguintes críticas lançadas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira à teoria clássica de ação processual de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Tratado das ações*, t. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 44 e s.): “Nesse aspecto, diga-se, em primeiro lugar, que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também uma garantia ‘de resultado’, ressaltando o nexo teleológico fundamental entre ‘o agir em juízo’ e a ‘tutela’ do direito afirmado. Essa mudança de perspectiva não permite mais referência à ação como tal – nem à demanda ou à exceção em si, ‘instrumentos’ tecnicamente neutros –, mas, sim, aos tipos de pronunciamento e de tutela que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do ‘resultado’ de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põem assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional” (Efetividade e tutela jurisdicional, in *Revista de Direito Processual Civil* 34, p. 679).

¹⁵⁴ *Teoria geral do processo*, cit., p. 265. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que “pouco importa seja a ação um direito subjetivo, ou um poder, ou uma faculdade para o respectivo titular, como é desinfluyente tratar-se da ação como direito concreto ou abstrato frente ao direito material disputado em juízo, se essas ideias não conduzem à produção de resultados socialmente mais satisfatórios no plano finalístico da função jurisdicional” (As vias de execução..., cit., p. 32).

A adoção desse novo método de interpretação ainda se justifica pela também paradoxal situação verificada em nossa sociedade, na qual, de um lado, sofremos com os efeitos nefastos da referida crise do processo, mas, de outro, aquela garantia de acesso à Justiça continua completamente inócua para grande parte da população brasileira.¹⁵⁵

De fato, mais do que a democratização do acesso à Justiça, aquele movimento reformador instigou a concentração do uso da máquina judiciária por “litigantes habituais” (*repeat players*), na referida clássica definição de Marc Galanter, em especial, pelo próprio Estado, maior litigante do Poder Judiciário, o que, como já se teve a oportunidade de constatar, além de retirar o seu interesse em solucionar ou, ao menos, minimizar a crise do processo, ainda tem prejudicado a efetiva garantia de direitos.

Tanto é que Pierpaolo Cruz Bottini informa que, “no Brasil, existe um processo em tramitação para cada cinco cidadãos, um índice elevado que aparenta, em uma primeira análise, amplo e irrestrito acesso à Justiça. (...) No entanto, não é esta a realidade. O alto índice de litigância no Judiciário brasileiro aponta apenas que um número muito pequeno de pessoas ou instituições utilizam intensamente o sistema, enquanto que a maior parte da população não tem acesso a este meio formal de resolução de conflitos. (...) Há um excesso de demandas judiciais que não decorre da democratização do acesso à Justiça, mas de sua utilização exagerada por poucos atores, dentre os quais o Poder Público, empresas concessionárias prestadoras de serviços e instituições financeiras. Não há possibilidade de se pensar em reforma da Justiça sem refletir sobre o papel destes personagens e sobre como limitar seu acesso ao sistema judicial”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Marcelo José Magalhães Bonício, *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 68. Daí porque, ao tratar daquilo que denominou de nascimento de um novo processo civil, Cândido Rangel Dinamarco assevera que o processualista moderno “apercebeu-se de que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas – *universalizando-se* tanto quanto possível para evitar ilegítimos resíduos não-jurisdicionalizáveis e aprimorando-se internamente para que a idéia de *ação* não continue sobreposta à de *tutela jurisdicional*. O processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas” (*Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 303).

¹⁵⁶ Contornos da reforma contemporânea do processo civil, in *Revista de Processo* 143, p. 280.

Por tal razão, em obra conjunta, Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo alertam que é preciso qualificar o acesso a que se faz referência, “pois a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos”.¹⁵⁷

Obviamente, para que isso não ocorra, ou melhor, para tentar reverter esse quadro que já se faz presente entre nós no atual estado de crise em que estamos inseridos e para fazer alusão ao ideal de acesso real à Justiça (acesso à ordem jurídica justa), é imprescindível que a reinterpretção ora proposta dessa garantia também compreenda a adequada utilização dos meios já existentes para a efetiva tutela de direitos.

2.1.6.4. Melhor e maior aproveitamento da tutela coletiva

A necessária mudança de mentalidade por parte dos operadores do Direito e dos próprios jurisdicionados a que se fez menção deve resultar na implementação de um *novo modelo judiciário*, que priorize a tutela coletiva em relação à individual, ainda que, como apontado por Leslie Shérída Ferraz, com base em estudo empírico realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEBEPEJ), a cultura da defesa coletiva dos interesses metaindividuais ainda não tenha sido devidamente absorvida por tais operadores.¹⁵⁸

Em que pese a importância da tutela individual, é chegado o momento de se reconhecer que, sob um prisma técnico-processual, a tutela coletiva é a forma mais célere, pragmática e econômica para a correta judicialização dos conflitos decorrentes da nova sociedade contemporânea e, nessa medida, a faceta mais eficiente desse novo padrão que se propõe para a redução do desmesurado acesso à Justiça, que, como visto, é o responsável pela superlotação dos nossos tribunais.

¹⁵⁷ O Judiciário e a prestação de justiça, cit., p. 41.

¹⁵⁸ *Acesso à Justiça...*, cit., p. 81.

Sérgio Seiji Shimura confirma que “é voz corrente deitar críticas à morosidade da Justiça e à inefetividade do serviço jurisdicional. Exsurge daí, cada vez mais, a necessidade de clamar e chamar a atenção de todos para a vantagem do chamado processo coletivo, como instrumento de realização do direito material da sociedade de massa”.¹⁵⁹

E, a esse respeito, Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta que “o incremento da jurisdição de tipo coletivo apresenta várias vantagens: *i*) permite o tratamento processual *unitário* da matéria controvertida, o que constitui a técnica adequada nas demandas que envolvem interesses metaindividuais, pela própria natureza indivisível destes; *ii*) previne a pulverização dos conflitos *de massa* em múltiplas ações individuais, as quais tumultuam o ambiente judiciário, retardam a prestação jurisdicional, e, ao cabo, levam ao descrédito social no Poder Judiciário; *iii*) evita o paradoxo das decisões qualitativamente diversas sobre um mesmo assunto, ocorrência incompatível com a garantia constitucional da isonomia, a qual deve se estender à norma *judicada* e não apenas restringir-se à norma *legislada*, *iv*) oferece um parâmetro judicial apriorístico, útil para o equacionamento ou mesmo a prevenção de conflitos plurissubjetivos, como aqueles que contrapõem contribuintes e Fisco; aposentados e Previdência Social, *poupadores* e sistema bancário; servidores públicos e Estado; consumidores e fornecedores; *v*) viabiliza a uniformização da jurisprudência, permitindo uma resposta judiciária homogênea, cuja eficácia se expande ao longo da extensão e compreensão do interesse metaindividual considerado, estabelecendo, assim, um confiável *parâmetro judiciário* para as demandas assemelhadas; *vi*) contribui para acelerar o trâmite das demandas individuais cuja causa de pedir coincida com a da ação coletiva julgada procedente tendo em vista que a coisa julgada formada nesta última se traslada – *in utilibus*, portanto – para o âmbito da ação individual (Lei n. 8.078/90, art. 103, § 3º)”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ O reexame necessário nas ações coletivas, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.

¹⁶⁰ *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 425-426.

Até porque essa tendência de coletivização do processo civil não é nenhuma novidade. Há mais de duas décadas, a doutrina nacional já vem anunciando a *transmigração do individual para o coletivo*.¹⁶¹

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “embora nessa *transmigração* não se veja o abandono da tutela individual ou das técnicas voltadas a ela – senão a *ampliação* do espectro de oportunidades e preocupações para que também a tutela jurisdicional coletiva seja uma realidade –, tal movimento significa que o juiz moderno não manipula exclusivamente casos individuais (*atômicos*, na linguagem de Watanabe), mas também aqueles que, pelo *impacto de massa* de que são capazes, envolvem uma parcela significativa da comunidade”, Aliás, segundo esse jurista, “foi assim que o direito positivo brasileiro veio a instituir *uma nova fonte de direito*, o que fez ao disciplinar as sentenças condenatórias genéricas a serem proferidas para a tutela jurisdicional dos titulares de *direitos individuais homogêneos* (CDC, arts. 95-97)”.¹⁶²

Tanto é que aquela tendência foi consagrada no anteprojeto de Novo Código de Processo Civil¹⁶³ com o chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetidas” (arts. 895-906), o qual, de acordo com a exposição de motivos daquele anteprojeto, “consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”.¹⁶⁴

¹⁶¹ A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira (Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80, in *Temas de direito processual (Quarta série)*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 69). Cândido Rangel Dinamarco confirma que, “no que diz respeito aos aspectos estruturais do sistema de pacificação pelo processo, a tendência mais expressiva é a de *coletivização da tutela jurisdicional*, que também é portadora de enorme relevância política” (*Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 754-755). José Manoel Arruda Alvim Netto também faz referência à “vocaço coletiva do processo contemporneo” (Anotaes sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporneo – Sua evoluo ao lado do direito material, in *Processo civil: novas tendncias – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jnior* (coords. Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauar), Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 77-78).

¹⁶² *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 1.135.

¹⁶³ Projeto de Lei do Senado n 116/2010, como j mencionado, atualmente em trmite na Cmara dos Deputados Federais sob o n 8.046/2010.

¹⁶⁴ Registre-se que a ideia desse incidente tambm no nenhuma novidade no direito brasileiro, pois, h anos, Cndido Rangel Dinamarco j havia cogitado “de mecanismos que permitam a expanso *ex-officio* dos litgios individuais: um caso-piloto seria julgado com eficcia *ultra partes*, no obstante a propositura da demanda por um s, ou por alguns dos titulares dos interesses homogneos (assim se d nas *class actions* norte-americanas,

Tal incidente foi criado com inspiração na figura do *Musterverfahren* do direito alemão, o qual, segundo Antonio do Passo Cabral, tem por escopo “estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas”.¹⁶⁵

A respeito dessas pretensões repetitivas, Sidnei Agostinho Beneti explica que, nesses casos, “não se tem, propriamente, a lide individual clássica, mas, sim, fenômeno diverso: a macrolide, a desdobrar-se em ações e processos individuais. A composição das lides é apenas ilusoriamente individual. Contornos principais dos casos individuais transmigram entre os autos dos processos; argumentos expostos individualmente espraiam-se a todos os processos e, ao final, fundamentos das pretensões e motivos dos julgados mesclam-se, mormente ante o fenômeno moderno da reprodução em massa de papéis – via copiadoras e impressoras de computador e envio por internet – e, entre nós, da ânsia das partes de prequestionar desde a inicial – para haver acesso aos Tribunais Superiores – e dos julgadores para o possível atalhe à interposição de Embargos de Declaração”.¹⁶⁶

A criação de referido mecanismo também se coaduna com a opinião de Petrônio Calmon, que defende a necessidade de reconstrução do modelo processual brasileiro “com base na observação social e no pensamento filosófico hoje reinante”, o que, no seu entendimento, deverá ser feito, entre outros “pilares mestres”, por meio da “prevalência do coletivo sobre o individual. Um processo civil voltado para o coletivo, com ampla

que são o resultado de uma *certification* exarada pelo juiz no curso de um processo que originariamente era individual)” (*Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 887 e 1.129).

¹⁶⁵ O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, in *Revista de Processo* 147, p. 132.

¹⁶⁶ Assunção de competência e *fast-track* recursal, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (orgs. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo, DPJ, 2005, p. 791.

possibilidade de transformação de processos individuais em coletivos e com ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada”.¹⁶⁷

No ponto, contudo, vale fazer breve parênteses a respeito de tal “Incidente de Resolução de Demandas Repetidas”, pois me parece que se trata de uma alternativa forjada pelo legislador para tutelar (*parcialmente*) verdadeiros interesses individuais homogêneos.

Teresa Arruda Alvim Wambier bem elucida que “o direito acontece quando se encontram *o mundo dos fatos* com *o mundo das normas*. As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um movimento ‘pendular’, que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a *subsunção*, qualificando os fatos e determinando-lhes as consequências no plano normativo”.¹⁶⁸

Como mencionado, o proposto “Incidente de Resolução de Demandas Repetidas” consiste na possibilidade de reunião de processos (individuais) que estejam em primeiro grau de jurisdição e que contenham a *mesma questão de direito*. Ou seja, nos termos da lição acima, o que une esses processos é a incidência da norma sobre o fato em casos que já estejam em curso.

Já a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos caracteriza-se pela possibilidade de tratar coletivamente direitos individuais que decorram de uma origem comum, isto é, como se verá mais detidamente adiante, que possuam *um mesmo fato* ou *uma mesma circunstância episódica* que lhes confira uniformidade e que, nessa medida, sugira que a sua adequada defesa seja exercida de forma coletiva.

¹⁶⁷ Fundamentos da ação civil pública, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 519-520.

¹⁶⁸ Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial, in *Revista de Processo* 92, p. 53.

Ocorre que o direito nasce do fato, de modo que somente pode ser assim considerado quando o aplicador da lei lhe reconhecer como tal após a devida subsunção do fato à norma.

Ora, sendo assim, verifica-se que, enquanto a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos trabalha com uma questão de fato, a fim de prevenir que o trato da sua respectiva questão de direito não gere múltiplos processos individuais, o “Incidente de Resolução de Demandas Repetidas” trabalha apenas com a questão de direito (leia-se: com o fato já subsumido à norma), pressupondo que o pior já aconteceu, ou seja, que já foram gerados tais múltiplos processos individuais.

Dessa forma, tenho para mim que a lógica do mecanismo proposto pelo anteprojeto de Novo Código de Processo Civil está compreendida na lógica que inspirou a criação e positivação dos interesses individuais homogêneos em nosso ordenamento jurídico (daí porque afirmei que se trata de uma tutela *parcial*).

Rodolfo de Camargo Mancuso endossa essa posição, ao observar que “a ação coletiva por interesses individuais homogêneos consegue, a um tempo, alcançar o relevante objetivo de *evitar* a pulverização do conflito coletivo em múltiplas ações individuais sobre uma mesma *causa petendi*, e, ainda, proporcionar um tratamento judicial isonômico aos jurisdicionados concernentes a um mesmo *thema decidendum*, por meio da prolação de uma *sentença de condenação genérica* (Lei 8.078/1990, art. 95). (...) Ao invés disso, a instauração daquele excogitado *incidente de coletivização* ocorre quando *já está judicializada* uma controvérsia ‘com potencial de gerar *relevante multiplicação de processos* fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do *risco de coexistência de decisões conflitantes*’ (art. 930, *caput*, do citado Projeto de Lei da Câmara 8.046/2010), notando-se, pois, que esse alvitre não se preordena a *evitar* o mal maior – a pulverização do conflito coletivo –, mas apenas enseja o manejo dos *efeitos* já deflagrados, buscando fixar parâmetro para julgamento massivo e isonômico dos pleitos individuais repetitivos”.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Acesso à justiça..., cit., p. 412-413.

Daí, parece-me que o “Incidente de Resolução de Demandas Repetidas”, a bem da verdade, consiste em mais um (desnecessário) projeto do legislador pátrio para tentar atacar o imenso volume de processos que superlotam nossos tribunais, haja vista que desconsidera e desprestigia solução mais adequada já existente no arcabouço jurídico brasileiro, que é a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos.

Como afirmado, a coletivização do processo civil é uma tendência, para mim, mais do que urgente. Todavia, a busca pela resolução da morosidade judiciária não pode se converter em uma busca pela celeridade a qualquer custo, que, além de não solucionar a referida causa daquele problema, ainda gere a chamada *injustiça do cêlere*, à qual também já se fez referência neste estudo.¹⁷⁰

Recorde-se do alerta de José Carlos Barbosa Moreira de que, “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor do que é*. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.¹⁷¹

No mesmo sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni ressalta que “a decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível. Mas, deve respeitar também as garantias de defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura. Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização”.¹⁷²

¹⁷⁰ Nesse sentido, parece-me ser a crítica formulada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier de que, “sob o discurso de que a ‘coletivização’ das demandas seria a solução para o volume de demandas perante o Judiciário e a aceleração na satisfação do direito, o Projeto e a ideologia que o sustenta têm ganhado adesões. Ignoram-se, em nosso sentir, porém, pontos absolutamente essenciais, como as divergências regionais entre os interesses” (Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro, in *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto* (orgs. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior e Mariângela Guerreiro Milhoranza), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 619).

¹⁷¹ O futuro da Justiça..., cit., p. 5.

¹⁷² O princípio constitucional..., cit., p. 152-153.

Com a priorização da tutela coletiva em relação à individual sugerida acima, o que se objetiva é simplesmente pôr em prática a ideia expressa por Kazuo Watanabe “de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias”.¹⁷³

Trata-se, pois, de incentivar e desenvolver a denominada *jurisdição coletiva*, a qual, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, consubstancia-se em “um *modo de ser* do braço judiciário do Estado, voltada a dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados, ou pela inação/incompetência das instâncias administrativas que deveriam tê-los satisfatoriamente dirimido, ou pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados. Por aí se compreende que a Jurisdição coletiva revela-se como um receptáculo de interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão *aumentando a pressão social*, operando assim a via judicial como uma sorte de *válvula de escape*, até porque as instâncias do Executivo e do Legislativo não são diretamente acionáveis pelo cidadão comum, tirante certos expedientes de eficácia demorada e incerta, como os projetos de lei de iniciativa popular, o plebiscito, as audiências públicas”.¹⁷⁴

Para tanto, é fundamental que a tutela coletiva opere de maneira *adequada e eficiente* em nosso ordenamento jurídico (e não mediante propostas arquitetadas para contorná-la).

Em outras palavras, a implementação daquele novo modelo judiciário depende fundamentalmente da eficiência desse amparo, desde o seu requerimento em juízo até a entrega da respectiva prestação jurisdicional.

¹⁷³ Demandas coletivas e os problemas emergentes da *praxis* forense, in *Revista de Processo* 67, p. 119.

¹⁷⁴ *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, cit., p. 85.

Caso contrário, de nada adiantará qualquer esforço que se faça para que os cidadãos brasileiros tomem consciência dos seus direitos e, sobretudo, da possibilidade de virem a ser defendidos coletivamente.

2.2. A tutela coletiva

Como já se expôs, a nova realidade mundial pós-Revolução Industrial, realçada pelas transformações econômicas, políticas, sociais e culturais derivadas do término da Segunda Grande Guerra, implicou o surgimento de *novos* sujeitos de direito e, por conseguinte, de *novas* demandas.¹⁷⁵

Na verdade, como esclarece Ricardo de Barros Leonel, “não é correto pensar que conflitos de índole coletiva só tenham surgido recentemente. Em verdade, sempre existiram. Seu tratamento processual coletivo, este sim, é que guarda origem e evolução recente, pois do ponto de vista da própria Administração Pública tais interesses sempre, necessariamente, receberam tratamento de certa forma organizado”.¹⁷⁶

Hugo Nigro Mazzilli confirma que “interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob o processo coletivo. A razão consiste em que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: *não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica*. Dessa forma, o legislador estipulou regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar

¹⁷⁵ A esse respeito, Pedro Lenza escreve que “a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, proporcionou uma profunda e radical metamorfose da sociedade, assinalando o principal movimento responsável por colocar em evidência os direitos transindividuais, trazendo, consigo, os inevitáveis conflitos de massa” (Efetividade do processo coletivo: PL nº 5.139/2009 – Avanço em relação à ação revisional – Coisa julgada *secundum eventum probationis*, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrólio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 497).

¹⁷⁶ *Manual do processo coletivo*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

problemas atinentes à economia processual, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada”.¹⁷⁷

A nova sociedade que se consolidou a partir da segunda metade do século XX passou a se caracterizar pela globalização, massificação e aumento da litigiosidade, tanto do ponto de vista quantitativo como do ponto de vista qualitativo, ante a maior complexidade dos conflitos envolvendo a proteção de bens, valores e interesses individuais e, notadamente, metaindividuais.¹⁷⁸

Ocorre que o sistema jurídico não dispunha¹⁷⁹ do aparato técnico e físico para prover a devida proteção legal a essas novas situações da vida, o que chamou a atenção especialmente dos processualistas, preocupados em assegurar que o processo continuasse a servir à sua finalidade de meio hábil à solução de conflitos com eficiência, ou seja, que mantivesse sua operacionalidade e funcionalidade frente a esse aumento da complexidade das relações sociais.¹⁸⁰

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, essa nova realidade “simplesmente conferiu ao tema do acesso à justiça um novo colorido, agora descortinado sob o prisma do acesso *coletivo* à justiça, resultado de uma ‘poderosa tendência’, referida por Ada Pellegrini Grinover, no intuito de assegurar respostas supraindividuais a desafios massificados”.¹⁸¹

¹⁷⁷ *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 58.

¹⁷⁸ Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, *Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 111.

¹⁷⁹ Muito embora, como adverte Celso Fernandes Campilongo, não se pode esperar que o sistema jurídico opere em um grau de complexidade tão alto ou equivalente ao de seu ambiente que seja capaz de amparar todas as situações fáticas da vida (Teoria do direito e globalização econômica, in *Direito global* (coords. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira), São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 92).

¹⁸⁰ Nesse sentido, v. José Eduardo Faria, *O direito na economia globalizada*, 3ª tir., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 39.

¹⁸¹ A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In *Ação Civil Pública – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.

Buscou-se (e constantemente ainda se busca), então, ajustar as técnicas processuais existentes às novas necessidades, reclamações e aspirações sociais¹⁸², uma vez que, como esclarece Cassio Scarpinella Bueno, “a revitalização, a (re)adaptação e a canalização dos institutos já consagrados para as finalidades emergentes do cotidiano dão a necessária margem de segurança e previsibilidade para o julgador (que está habituado a tratar com aqueles termos) executar sua função”.¹⁸³

De fato, como assevera Kazuo Watanabe, o que se pretendeu e ainda se pretende “é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”.¹⁸⁴

Todavia, a principal dificuldade encontrada nessa tentativa de se repensar o *modelo tradicional predominante*¹⁸⁵ foi (e ainda é) superar a índole individualista com a qual o processo comum ordinário fora concebido¹⁸⁶, pois, como ressalta Antonio Gidi, “não é possível valer-se da concepção ortodoxa dos institutos processuais para a compreensão das ações coletivas”.¹⁸⁷

¹⁸² A esse respeito, v. Waldemar Mariz de Oliveira, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos, in *A tutela dos interesses difusos* (coord. Ada Pellegrini Grinover), São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 9-11.

¹⁸³ As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta, in *Revista de Processo* 82, p. 145.

¹⁸⁴ *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas e Central de Publicações Jurídicas, 1999, p. 20-21.

¹⁸⁵ José Manoel Arruda Alvim Netto, Tutela Antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas), in *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996, p. 85.

¹⁸⁶ Guido Alpa, Interesse diffuso, in *Revista de Processo* 81, p. 149.

¹⁸⁷ *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 57. No mesmo sentido, v. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 217.

O Brasil enfrentou e tem enfrentado bem esse desafio¹⁸⁸, haja vista que a intensa produção doutrinária ensejada por esse novo cenário mundial, como afirmado, permitiu que o nosso ordenamento jurídico atingisse uma posição de vanguarda na criação e na implementação dos processos coletivos entre os países de *civil law*.

Tanto é que a doutrina nacional já havia se dedicado ao assunto, estabelecendo a natureza dos interesses difusos e coletivos, delimitando a diferença entre eles, bem como insinuando a existência dos interesses individuais homogêneos mesmo antes da posituação das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁸⁹

Entre nós, aquela adaptação técnica não se limitou a uma mera oferta de procedimentos especiais a esses novos direitos¹⁹⁰, mas consistiu na instituição de *novas modalidades de processos*, que alteraram a estrutura da relação jurídico-processual vigente até então, desconstruindo verdadeiros dogmas do processo civil tradicional, como, por exemplo, a legitimação ordinária (art. 6º do CPC) e os limites subjetivos da coisa julgada (art. 472 do CPC).¹⁹¹

¹⁸⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes lembra que “o caminho legislativo percorrido não foi, entretanto, apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu, em conjunto ou isoladamente, reveses, ressaltando as restrições relacionadas com o objeto [Medida Provisória nº 2.180-35/2001] e com a tentativa de atomização e confinamento dos efeitos do julgado aos limites da competência territorial do órgão judicial prolator da sentença [Lei nº 9.494/97]” (O direito processual coletivo, a legitimidade para agir nas ações coletivas e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 755).

¹⁸⁹ Ada Pellegrini Grinover, Ação civil pública de dissolução de sociedade anônima intentada pelo MP. Inexistência de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Falta de legitimação do autor. In *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 442 e s.

¹⁹⁰ Até porque, a respeito do cabimento da instituição de procedimentos especiais, Antonio Carlos Marcato explica que “a especialidade não resulta, destarte, do simples encurtamento do rito processual, mas das próprias características que envolvem o litígio submetido à apreciação jurisdicional, assim como das exigências das pretensões nele contidas. O conflito de interesses a ser dirimido apresenta particularidades que escapam ao alcance de um tratamento processual comum, daí por que os procedimentos especiais se ajustam às peculiaridades das exigências das relações jurídicas neles trazidas, tornando mais aparente e efetiva a relação existente entre o direito e o processo” (*Procedimentos especiais*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 37).

¹⁹¹ José Marcelo Menezes Vigliar, *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 11-12.

Nesse sentido, como também já afirmado, o nosso primeiro instrumento processual destinado à tutela jurisdicional coletiva foi a ação popular, inserida pela Constituição Federal de 1934 (art. 113, alínea 38) e, depois, disciplinada infraconstitucionalmente pela Lei da Ação Popular¹⁹², que legitimou qualquer cidadão-eleitor a pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, o qual, nos termos do § 1º do seu art. 1º, corresponde aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Não obstante, somente com a Lei da Ação Civil Pública é que tivemos avanços significativos na matéria, pois, além de prever a defesa dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico mediante as denominadas ações civis públicas (art. 1º), essa norma ainda legitimou, concorrente e disjuntivamente, diversos entes a exercer essa proteção (art. 5º).¹⁹³

A boa recepção das inovações trazidas por essa lei levaram à sua constitucionalização em 1988, oportunidade em que a sua disciplina ainda foi alargada, já que se previu o seu uso para a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III).¹⁹⁴

¹⁹² Posteriormente, a ação popular foi suprimida pelo constituinte de 1937, porém ressurgiu com a Carta Política de 1946 (art. 141, § 38), tendo sido mantida na de 1967 (art. 150, § 31), na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, § 31) e, finalmente, na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXIII) (Gilberto Gomes Bruschi, Breves considerações sobre a ação popular, in *Revista Dialética de Direito Processual* 64, p. 39; e Pedro Roberto Decomain, A ação popular e os valores que se destina a proteger, in *Revista Dialética de Direito Processual* 65, p. 92-93). Ainda sobre a evolução histórica da ação popular no direito brasileiro, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 64-74.

¹⁹³ Cândido Rangel Dinamarco aponta essa norma como o marco inicial da tendência moderna de coletivização da tutela jurisdicional no Brasil (*Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 748).

¹⁹⁴ Sérgio Seiji Shimura ressalta que essa constitucionalização outorgou “também legitimidade a alguns entes para defesa de direitos coletivos ou de categorias” (*Tutela coletiva...*, cit., p. 37).

Porém, foi com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que se completou a introdução da tutela jurisdicional coletiva no país e promoveu a sua integração, haja vista que, no que toca ao objeto deste trabalho, por um lado, esse diploma a ampliou também para os interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III), na medida em que, a teor do seu art. 117, que acrescentou o art. 21 à Lei da Ação Civil Pública, a aplicabilidade da sua parte processual se estende para as ações civis públicas e, daí, nos termos do seu art. 1º, para as ações populares (o chamado *diálogo das fontes*¹⁹⁵). E, por outro, o seu art. 90 estabeleceu que, às ações previstas em seu Título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo), incluindo-se, assim, tanto as de natureza essencialmente coletiva, quanto aquelas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, aplicam-se as normas da Lei nº 5.896, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) e da Lei da Ação Civil Pública, naquilo que não contrariar suas disposições.

A esse respeito, Antonio Gidi chegou a afirmar que, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, toda a sua parte processual passou a formar um “ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo”.¹⁹⁶

Já Gregório Assagra de Almeida sustentou que “a aplicabilidade aqui entre o CDC, parte processual, e a LACP, não é subsidiária, mas integrada (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP)”.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “as disposições do CDC e da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), dialogam entre si, a partir do disposto no art. 21 desta Lei, com a redação determinada pelo art. 117 do CDC” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.317).

¹⁹⁶ *Coisa julgada...*, cit., p. 77.

¹⁹⁷ *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 80.

Além de consolidar os reclamos da nossa sociedade contemporânea relativos à consecução de um efetivo acesso à Justiça, o Código de Defesa do Consumidor ainda conceituou legalmente em *difusos, coletivos e individuais homogêneos*¹⁹⁸, por meio, respectivamente, dos incs. I a III do parágrafo único do seu art. 81¹⁹⁹, os interesses passíveis de serem objeto de processos coletivos, valendo-se, para tanto, das suas principais características jurisdicionais.²⁰⁰

2.2.1. Interesses ou direitos difusos e coletivos

De acordo com a consagrada expressão de José Carlos Barbosa Moreira, os interesses difusos e coletivos podem ser considerados como aqueles *essencialmente coletivos*²⁰¹, já que, sempre e necessariamente, dizem respeito a uma coletividade maior ou menor de pessoas e o seu trato processual deve se dar pela via coletiva.

¹⁹⁸ Essa positivação consagrou a expressão pioneiramente utilizada por José Carlos Barbosa Moreira entre nós quando, ao fazer referência às *class actions for damages* do direito norte-americano em estudo dedicado às novas tendências do nosso direito processual civil, escreveu, em nota, que aquela espécie de demanda “pressupõe um feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos, defendidos em juízo, na sua totalidade, por apenas um ou vários dos co-interessados, em razão da impraticabilidade da participação de todos no processo” (Tendências contemporâneas do direito processual civil, in *Temas de direito processual (Terceira série)*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 10, nota 24). A respeito da distinção entre as *class actions* norte-americanas, inclusive com suas recentes alterações, e as nossas ações coletivas, v. interessante comparação realizada por Carlos Alberto de Salles, *Class actions: algumas premissas para comparação*, in *Revista de Processo* 174, p. 215-236.

¹⁹⁹ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

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

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

²⁰⁰ José Manoel Arruda Alvim Netto, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins asseveram que “esses três incisos definem as situações idealizadas pelo legislador para caracterizar as situações sociais e estruturais, que podem ser objeto de defesa a título coletivo” (*Código do consumidor comentado e legislação correlata*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 364).

²⁰¹ Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos, in *Temas de direito processual (Terceira série)*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 195-196.

Identificam-se pela *indivisibilidade* do direito material (bem jurídico tutelado), ou seja, não cabe repartição no modo como se opera a lesão ou ameaça de lesão ou a satisfação de tais interesses entre os seus titulares. Em outras palavras, isto quer dizer que tal indivisibilidade corresponde à existência de uma comunhão entre todos os interessados de modo que eventual dano ou perigo de dano afete-os indistintamente, assim como a respectiva reparação ou prevenção para um aproveite os demais.²⁰²

Contudo, diferenciam-se pela sua *titularidade* e pela *origem* do direito material. Enquanto os interesses difusos pertencem a um contingente indeterminável de indivíduos unidos apenas por uma circunstância fática (por ex.: morar no mesmo local, utilizar o mesmo rio, consumir o mesmo produto etc.), os interesses coletivos possuem interessados determináveis agrupados por uma situação preexistente, quer seja ela uma relação jurídica base (por ex.: membros de um sindicato ou de uma associação), quer seja ela um vínculo jurídico que os une à parte contrária (por ex.: estudantes de escolas particulares, contratantes do mesmo plano de saúde etc.).

A respeito dos interesses difusos, Rodolfo de Camargo Mancuso chama a atenção para o fato de que a típica dispersão deles compromete a sua devida tutela jurisdicional, pois “são interesses metaindividuais, que, não atingindo o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”.²⁰³

²⁰² Ada Pellegrini Grinover, A problemática dos interesses difusos, *A tutela dos interesses difusos* (coord. Ada Pellegrini Grinover), São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 28 e s. No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, in *Temas de direito processual (Primeira série)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 109 e s.

²⁰³ *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.

Pedro Lenza, por sua vez, observa que, na tutela dos interesses coletivos, “a indivisibilidade dos bens é percebida no âmbito interno, dentre os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Assim, o bem ou interesse coletivo não pode ser partilhado internamente entre as pessoas ligadas por uma relação jurídica-base ou por um vínculo jurídico; todavia, externamente, o grupo, categoria ou classe de pessoas, ou seja, o *ente coletivo*, poderá partir o bem, exteriorizando o interesse da *coletividade*”.²⁰⁴

Logo, verifica-se que os interesses difusos e coletivos assemelham-se no critério objetivo (indivisibilidade do direito material), mas se distinguem nos critérios subjetivo (titularidade do direito material) e de origem (origem do direito material).²⁰⁵

A apresentação das principais características desses interesses ainda permite notar que não existem grandes dificuldades para a definição da sua natureza jurídica (*essencialmente* coletiva), para a sua identificação como espécie própria de tutela jurisdicional (difusa ou coletiva) e, ainda, para a mensuração de sua abrangência material (meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ordens econômica, urbanística e da economia popular, além de qualquer outro interesse difuso ou coletivo).

Todavia, o mesmo não se pode dizer dos interesses individuais homogêneos e, por isso, seu trato processual encerra diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere à natureza jurídica e à abrangência material, que, além da sua efetividade, ainda comprometem a sua adequada utilização como meio destinado ao combate da crise do processo e à implantação do referido novo modelo judiciário, resultante daquela necessária mudança de mentalidade anteriormente proposta.

²⁰⁴ *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 71.

²⁰⁵ De acordo com Antonio Gidi, esses três são os critérios básicos utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor para definir e diferenciar os interesses metaindividuais (*Coisa julgada...*, cit., p. 21-24).

2.2.2. Interesses ou direitos individuais homogêneos

Valendo-se de outra consagrada expressão de José Carlos Barbosa Moreira, os interesses individuais homogêneos podem ser considerados como aqueles *acidentalmente coletivos*²⁰⁶, tendo em vista que são (e sempre serão) interesses individuais, mas a sua tutela jurisdicional é realizada de forma coletiva por uma questão de opção de política legislativa.

De fato, como esclarece Ricardo de Barros Leonel, “o tratamento processual coletivo conferido a estes interesses decorre da conveniência da aplicação a eles das técnicas de tutela coletiva. Sua implementação configura opção de política legislativa. Na essência, são interesses individuais e nada impede a demanda atomizada de cada qual dos titulares, com v.g., obtenção de indenização a título pessoal pelos danos sofridos”.²⁰⁷

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, isso significa que “os individuais homogêneos são coletivos apenas *na forma, no modo de exercício*, sendo, pois, coletivos apenas em função de uma contingência episódica: a sua origem comum, que os uniformiza e recomenda o trato concomitante”.²⁰⁸

Assim, diferentemente dos interesses difusos e coletivos, os interesses individuais homogêneos caracterizam-se pela *divisibilidade* do direito material (critério objetivo), pela *titularidade determinada ou determinável* do direito material (critério subjetivo) e pela “origem comum” do direito material (critério de origem), ou seja, por consequência do mesmo fato ou da mesma circunstância, dizem respeito a determinados indivíduos que podem defender seus direitos pela via coletiva.

²⁰⁶ Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos, cit., p. 195-196.

²⁰⁷ *Manual...*, cit., p. 98.

²⁰⁸ *Manual do consumidor em juízo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 53. Em outro estudo, buscando diferenciar os interesses individuais homogêneos dos difusos e coletivos, assevera que “um interesse só é coletivo *na forma* por que é exercido, não em sua essência. Um *feixe* de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o *exercício* ser coletivo. A essência permanece individual” (*Interesses difusos...*, cit., p. 53).

Daí porque há quem critique, como o faz Teori Albino Zavascki, a sua inserção na categoria de interesses metaindividuais. Em sua opinião, “conquanto que homogêneos, são direitos individuais e não transindividuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível existência de direitos individuais transindividuais”.²⁰⁹

2.2.2.1. Defesa coletiva de direitos

O estudo dos interesses individuais homogêneos exige que o operador do Direito entenda que a tutela coletiva no Brasil abrange a defesa de direitos coletivos (interesses difusos e coletivos) e a defesa coletiva de direitos (interesses individuais homogêneos).

Isto é, o sistema projetado pelo legislador brasileiro para a tutela jurisdicional coletiva no país compreende tanto a proteção dos interesses *essencialmente coletivos* (interesses difusos e coletivos), cujo trato processual *deve* se dar pela via coletiva, quanto a proteção dos interesses *acidentalmente coletivos*, cujo trato processual *pode* se dar pela via coletiva (interesses individuais homogêneos).

A ausência dessa correta inteligência sobre o modelo da tutela jurisdicional coletiva prevista em nosso ordenamento jurídico é uma das principais causas de indevidas limitações que ela vem sofrendo no seu exercício prático, o que, ao contrário do que colimado pelo legislador, tem reduzido e não ampliado o seu acesso efetivo à Justiça, sobretudo, o dos interesses individuais homogêneos.

Elton Venturi explica que isso se deve ao fato de não ser uma espécie autônoma, já que se trata de típicos direitos individuais²¹⁰, o que faz com que a análise dos interesses individuais homogêneos não se centre na sua definição, mas sim no papel social que

²⁰⁹ Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, in *Revista de Processo* 78, p. 35.

²¹⁰ Compartilho da opinião de Humberto Dalla Bernardina de Pinho de que configuraria um “preciosismo desnecessário” qualquer proposição nesse sentido (*A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 36).

exercem e, por conseguinte, nas vantagens e desvantagens da sua proteção judicial pela via do processo coletivo.²¹¹

Como já se afirmou, a tutela jurisdicional de tais interesses desempenha importante função social em nosso ordenamento jurídico, especialmente para a ampliação do referido acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e para a celeridade e economia processuais (judicialização de pretensões sem conteúdo econômico relevante isoladamente consideradas, redução do número de ações ajuizadas e minoração do risco de decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica).

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, existe um *interesse social* para “que seja prevenida a *atomização de conflitos coletivos*, os quais, tratados fora dos esquemas de jurisdição coletiva, acabam gerando múltiplas demandas individuais, com efeitos deletérios bem conhecidos: sobrecarga do Judiciário, duração excessiva dos feitos, risco de decisões qualitativamente diversas”.²¹²

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes confirma que “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 em tempo hábil as 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 julgamentos de teor variados, se apreciadas de modo singular”.²¹³

²¹¹ *Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Maheiros, 2007, p. 61-62.

²¹² *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

²¹³ *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 221.

Nessa medida e tendo em vista o objeto definido para o presente estudo, é importante examinar a abrangência do conceito legal de interesses individuais homogêneos, a fim de justificar a afirmação acima de que a sua tutela jurisdicional coletiva tem sofrido limitações indevidas, o que, por óbvio, impacta diretamente a efetividade de tais interesses, já comprometida pelo cenário atual do Poder Judiciário a que se fez referência anteriormente.

Até porque, como bem observa Márcio Flávio Mafra Leal, eventuais interpretações jurídicas reducionistas do conceito legal dos interesses individuais homogêneos derivam, em grande parte, do “preconceito ou aversão ao termo ‘individuais’”.²¹⁴

2.2.2.2. *Homogeneidade de origem*

Conforme exposto, os interesses individuais homogêneos foram legalmente conceituados pelo inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor nos seguintes termos: “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

A simples leitura da sua definição normativa é mais do que suficiente para se constatar que, embora não seja a sua única característica, o que confere homogeneidade a tais interesses é a existência de uma *origem comum*, a qual, como já se fez referência, deve ser entendida como um mesmo fato ou uma mesma circunstância episódica que confira uniformidade àqueles interesses e, por essa razão, sugira que a sua adequada defesa seja exercida de forma coletiva.²¹⁵

²¹⁴ *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 198.

²¹⁵ Embora de forma mais completa, essa definição normativa foi mantida no Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública), que assim dispôs: “Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos: (...) III – individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio”.

Isto significa que a condição prevista em lei para que se possa considerar viável a tutela jurisdicional de determinadas ou determináveis pessoas com pretensões individuais é a homogeneidade das situações fáticas ou jurídicas que as unem, ou seja, a mesma causa de pedir.²¹⁶

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho corrobora o entendimento de que essa origem comum “deve ser analisada no sentido de garantir homogeneidade dos interesses, ou seja, podem ser considerados de origem comum os interesses ou direitos tanto decorrentes de um mesmo fato como de fatos apenas similares, não importa, pois o que se mostra indispensável é que os fatos, por sua simetria, determinem interesses em substância homogêneos”.²¹⁷

Em outras palavras, a homogeneidade exigida pelo citado texto de lei é apenas da fonte do direito material dos indivíduos, ou seja, como afirma Antonio Gidi, “como a homogeneidade decorre tão-só e exclusivamente da origem comum dos direitos, estes não precisam ser iguais quantitativa ou qualitativamente”.²¹⁸

E nem pode ser outra a interpretação jurídica de tal dispositivo, pois qualquer intenção de condicionar referida homogeneidade a critérios quantitativos ou qualitativos implicaria, necessariamente, formar um grupo de pessoas diferente daquele estabelecido pelo inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, o qual, a meu ver, na medida em que seria mais específico do que aquele previsto no conceito legal, corresponderia a uma redução do espectro de incidência normativo, o que, por sua vez, iria de encontro ao propósito de molecularização dos conflitos e à implementação do mencionado acesso à Justiça, garantia constitucional da própria efetividade do nosso ordenamento jurídico.²¹⁹

²¹⁶ José Marcelo Menezes Vigliar, *Interesses individuais homogêneos...*, cit., p. 84.

²¹⁷ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Parte processual*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 62.

²¹⁸ *Coisa julgada...*, cit., p. 32.

²¹⁹ Américo Bedê Freire Júnior, Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada, in *Processo civil coletivo* (coords. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco), São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 68.

Com efeito, a apreciação judicial da responsabilidade civil daquele que causa um dano ou ameaça causá-lo *independe* das questões pessoais relativas a cada interessado (em tese, diretamente proporcionais ao número de lesados).

A sentença condenatória que se busca na tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos é de conteúdo genérico, o que, conforme será analisado adiante, significa que todas as questões de fato e de direito envolvendo as vítimas e seus sucessores, destinadas a apurar a existência ou não de dano pessoal e o seu nexo de causalidade com o evento danoso, somente serão objeto de exame por ocasião da liquidação da sentença condenatória genérica de pretensão individual homogênea.

Tanto é que o próprio sistema, por meio do § 3º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor²²⁰, previu a possibilidade de extensão *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada decorrente de ações coletivas para a proteção de interesses difusos e/ou coletivos, ou seja, para beneficiar eventuais indivíduos que também tenham sido lesados, os quais, nessa hipótese, somente precisam liquidar e, posteriormente, executar a respectiva sentença.²²¹

²²⁰ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...)

§ 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.”

²²¹ Marcos Paulo Veríssimo explica que essa “hipótese incide nos casos de tutela de interesses coletivos e difusos, autorizando a lei uma espécie de *ampliação* ope legis *do objeto do processo*, por meio da qual a sentença de procedência irá sempre condenar o réu, implicitamente, à reparação individual dos danos causados pela conduta ilícita estabelecida *incidentalmente* na ação coletiva” (in *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 545). Exemplo que já pode ser considerado clássico desse aproveitamento individual da tutela coletiva é o caso do Condomínio Residencial Barão de Mauá, construído na cidade de Mauá, Estado de São Paulo, sobre terreno contaminado por lixo tóxico, cuja respectiva ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e outros em face de Cofap Companhia Fabricadora de Peças e outros, visa à proteção do meio ambiente, mas, sua procedência, gerará o direito a indenizações individuais.

Por tais razões, discordo²²² daqueles que sustentam que o inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor conteria, na verdade, *duas* exigências distintas, que devem se apresentar concomitantemente para ensejar a tutela dos interesses individuais homogêneos, a saber: a *origem comum* (ou seja, a causa, fática ou jurídica/próxima ou remota, que gerou o dano) e a *homogeneidade* de tais interesses (consistente na prevalência de aspectos coletivos sobre os individuais).²²³

Ainda que essa tenha sido a intenção inicial durante a sua elaboração, não foi o que constou da redação final, promulgada, desse dispositivo legal, não tendo, portanto, como se aceitar uma interpretação textual que exija mais do que o próprio texto de lei exige, notadamente, quando tal exigência é contrária à ideia de ampliar o acesso real à Justiça, que informou e informa a concepção do processo coletivo em nosso ordenamento jurídico.

Daí, compartilho da opinião de José Marcelo Menezes Vigliar, para quem, ao autor da ação coletiva, “cabe a narrativa de uma conduta única, que, em verdade, é um *modelo*, ao qual se amoldam as ocorrências individualizadas que a ele se assemelham”, pois essa *causa de pedir modelo*, prossegue esse processualista, “que congrega aquelas diversas situações individuais que se tornam homogêneas (diversas apenas nos limites efetivos dos direitos individuais a serem liquidados), indicará o pedido correto a ser deduzido em juízo: haverá, assim, na narrativa da causa de pedir, a indicação da crise a ser solucionada pela intervenção da atividade jurisdicional do Estado”.²²⁴

²²² Essa discordância resulta de um estudo mais aprofundado do tema, que me fez mudar a opinião que sustentei em trabalho anterior (*Poderes investigatórios...*, cit., p. 66).

²²³ Como, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Da *class actions for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, in *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 31-32; Kazuo Watanabe, *Código brasileiro...*, cit., p. 76-77; Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 156; Sérgio Cruz Arenhart, O regime da prescrição em ações coletivas, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrólio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 612; e Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários do código do consumidor (Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 103.

²²⁴ *Interesses individuais homogêneos...*, cit., p. 46.

E subscrevo também a apreciação de Elton Venturi, que assevera que, “sistematicamente, não há como negar que o modelo de tutela coletiva implantado no Brasil procurou minimizar os obstáculos à aceitação da proteção coletiva de direitos individuais: não cogitou de qualquer critério quantitativo ou mesmo qualitativo para tal admissão, apenas a tendo condicionado à origem comum, ou seja, à conexão quanto à causa de pedir próxima e remota. Daí, verdadeira e exclusivamente, o sentido de homogeneidade”.²²⁵

Felizmente, esse também parece ser o entendimento que vem se firmando em sede jurisprudencial, já que, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que “não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC” (AgRg no Ag nº 1.323.205/SP, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Agostinho Beneti, j. 19.10.2010).²²⁶

Assim, em que pesem entendimentos em contrário, a homogeneidade prevista no conceito legal dos interesses individuais homogêneos diz respeito, apenas e tão somente, à sua *origem comum*, e não a qualquer questão pessoal individualmente considerada.

Até porque, como apontado por Antonio Gidi e referido linhas atrás em nota, esse é justamente um dos critérios básicos fixados pelo inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor para defini-los e diferenciá-los dos interesses difusos e coletivos.

²²⁵ *Processo civil coletivo...*, cit., p. 74.

²²⁶ Julgado anterior confirma que a homogeneidade exigida pelo Superior Tribunal de Justiça é *de origem, verbis*: “Os direitos individuais homogêneos, por definição legal, referem-se a um número de pessoas ainda não identificadas, mas passível de ser determinado em um momento posterior, e derivam de uma origem comum, do que decorre a sua homogeneidade” (REsp nº 761.114/RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.08.2006).

Por conseguinte, mostra-se *ilegal* qualquer restrição que se faça à viabilidade da defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos com base em interpretações reducionistas da letra da lei (“decorrentes de origem comum”), fundadas em critérios quantitativos ou qualitativos.²²⁷

Todavia, pior do que estas e igualmente ilegais, são ainda as restrições impostas à defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos em decorrência do fato de a sua positivação ter se dado por meio do Código de Defesa do Consumidor.²²⁸

2.2.2.3. *Indevida limitação às relações de consumo*

A previsão normativa da defesa em juízo dos interesses individuais homogêneos decorre do já mencionado movimento reformador de ampliação do ideal de acesso à Justiça (acesso à ordem jurídica justa), vastamente acolhido pelo legislador pátrio e verdadeira mola propulsora do expressivo desenvolvimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial experimentado pelo processo coletivo no Brasil.

²²⁷ Como, por exemplo, o “novo” conceito legal que lhes trouxe o inciso II do parágrafo único da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 (que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo): “II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum *e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante*” (destaquei). A esse respeito, em artigo conjunto, Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos sustentam que “a interpretação desse dispositivo nos leva a concluir que a novidade está em dar tratamento coletivo a direitos individuais. Essa terceira modalidade de direitos coletivos *lato sensu* [interesses individuais homogêneos] se traduz nos mesmos direitos subjetivos individuais de há muito conhecidos em nossa ordem jurídica, que têm como seus titulares as pessoas individualmente consideradas. A diferença entre essa classe de direitos e aqueles já consagrados em nossa ordem jurídica, reside justamente no modo como se pode realizar sua defesa em juízo. Na verdade, eles contam com um mecanismo a mais – ação coletiva – através do qual se pode obter sua proteção” (O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, in *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto* (orgs. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior e Mariângela Guerreiro Milhoranza), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 480).

²²⁸ Não se desconhece, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro já tutelava interesses individuais homogêneos por meio da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, relativa à proteção dos investidores no mercado acionário, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor. A esse respeito, v. Lionel Zaclis, *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007; e Fernando Campos Salles de Toledo, A Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989: a tutela judicial do mercado de valores mobiliários, in *Revista dos Tribunais* 667, p. 70-78.

Embora introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que disciplina a proteção judicial dos titulares de valores mobiliários e dos investidores do mercado de capitais²²⁹, os interesses individuais homogêneos vieram a integrar o sistema legal de forma indistinta com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o qual, nessa medida, alargou a tutela jurisdicional coletiva no país.

Em que pese o veto ao seu art. 89²³⁰, esse diploma *não* se restringe à órbita consumerista, haja vista que, como também já mencionado, sua aplicabilidade se estende às ações civis públicas, a teor do seu art. 117, e, às ações previstas em seu Título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo), aplicam-se as normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública, naquilo que não contrariar suas disposições, nos termos do seu art. 90.

Como assevera Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “a relevância de seu tratamento molecular não decorre de uma indivisibilidade natural de seu objeto (interesses e direitos públicos e difusos), nem da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas da necessidade de facilitação de acesso à justiça aos seus titulares, como decorrência do mandamento constitucional de promoção da defesa dos consumidores – embora não se restrinjam ao âmbito das relações de consumo”²³¹.

Como se não bastasse para demonstrar o equívoco daquela limitação ao seu campo de incidência, reitere-se que a admissão da via coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos está condicionada simplesmente à *origem comum* do direito material, único requisito para se aferir a possibilidade de se tutelar coletivamente pretensões individuais, sejam elas referentes a relações de consumo ou não.

²²⁹ Tanto é que Ada Pellegrini Grinover já chegou a afirmar tratar-se da “primeira *class action for damages* do sistema brasileiro” (*Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 133).

²³⁰ Texto vetado: “Art. 89 - As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente”.

²³¹ *Comentários...*, cit., p. 1.303.

Não obstante, tal interpretação suscitou (e ainda suscita) divergência na doutrina e na jurisprudência, o que continua a produzir indevidas limitações ao adequado amparo dos interesses individuais homogêneos.

Em parte, isso derivou do fato de se tratar de novidade e, como qualquer outra, de início, suscetível de desconfiança e até de certo preconceito. Entretanto, a experiência mostrou que os reais motivos dessa restrição são muito mais de ordem político-ideológica do que técnica.²³²

Com efeito, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ressalta que “os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais”.²³³

Tanto que, em sede doutrinária, há quem sustente, como o fez Teori Albino Zavascki, que, “em se tratando de direitos individuais homogêneos, contudo, a legitimação extraordinária é restrita à ação coletiva de responsabilidade por danos individualmente sofridos por consumidores (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, III, e art. 91)”.²³⁴

Já, em sede jurisprudencial, por ocasião do exame da legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa daqueles interesses, o Supremo Tribunal Federal ainda demonstrou entender que o cabimento dessa espécie de demanda por tal ente legitimado ocorre “quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes” (RE nº 424.048 AgR/SC, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.10.2005).²³⁵

²³² Elton Venturi, *Processo civil coletivo*..., cit., p. 75.

²³³ *Ações coletivas no direito comparado*..., cit., p. 220.

²³⁴ Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, cit., p. 43.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento sobre a matéria recentemente, tendo decidido que o “cabimento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos se restringia àqueles direitos que envolvessem relação de consumo”, mas a jurisprudência atual entende que “o artigo 21 da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.078/90, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados às relações de consumo” (REsp nº 1.199.611/RS, Segunda Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.10.2010).²³⁶

Em que pese a liberdade de pensamento jurídico, é preciso sempre ter em mente que a garantia constitucional da inafastabilidade da prestação judiciária (art. 5º, XXXV) compreende o acesso individual e coletivo à Justiça, sendo que este, desde a entrada em vigência do Código de Defesa do Consumidor, também engloba os interesses individuais homogêneos.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli afirma que, “considerando, pois, que o acesso à jurisdição por via de ação civil pública ou coletiva, sobre ser garantia constitucional, é ainda *o único meio eficiente previsto em nosso Direito para garantir que todos os lesados possam ver submetidas suas pretensões ao Judiciário* (pois, pelo sistema da legitimação individual, está demonstrado que a maioria dos lesados fica sem efetiva tutela jurisdicional), qualquer lei que impeça ou inviabilize a tutela coletiva é claramente inconstitucional”.²³⁷

Qualquer pretensão que busque obstaculizar aqueles acessos, como atrelar e limitar a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos ao âmbito consumerista, mostra-se *indevida*, uma vez que flagrantemente *inconstitucional*.

²³⁵ No mesmo sentido: AI nº 613.465 AgR/PR, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18.05.2010; e AI nº 438.703 AgR/MG, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.03.2006.

²³⁶ No mesmo sentido: REsp nº 667.939/SC, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.03.2007.

²³⁷ *A defesa...*, cit., p. 137.

Justamente por esse motivo, parece confirmado que o uso desse fundamento serve, em verdade, para mascarar a costumeira (e inconstitucional) intenção do Poder Público de impedir que os entes legitimados (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC)²³⁸ utilizem as ações coletivas para obterem resultados que, potencializados pela natureza desses instrumentos processuais, poderão ser ainda mais contrários aos seus interesses, ante o maior impacto que certamente gerarão em suas finanças, tais como em questões previdenciárias²³⁹ e tributárias²⁴⁰.

Com perspicácia, Sérgio Cruz Arenhart realça que “o paradoxo dessa situação atual está em que muitas dessas restrições são criação da jurisprudência, originária dos mesmos órgãos que reclamam do acúmulo de feitos para julgamento, da contradição de decisões (a respeito de um mesmo assunto) e da multiplicação de causas semelhantes”.²⁴¹

²³⁸ Marilena Lazzarini esclarece que “essa opção do legislador teve como um dos seus objetivos fortalecer a sociedade civil organizada e permitir que instituições mais fortes se contraponham com um pouco mais de equilíbrio diante de réus, invariavelmente, mais potentes financeira e politicamente” (As investidas contra as ações civis públicas, in *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006, p. 159).

²³⁹ Alinhado com o referido posicionamento que tem firmado no sentido de não condicionar a defesa dos interesses individuais homogêneos ao âmbito das relações de consumo, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em matéria previdenciária (por ex.: REsp nº 1.142.630/PR, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.12.2010 e REsp nº 946.533/PR, Sexta Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.05.2011). Esse entendimento, aliás, segue o do Supremo Tribunal Federal que já admitiu tal legitimidade ativa ministerial não apenas para discutir a revisão de benefício previdenciário (RE nº 549.419/DF, Segunda Turma, rel. Min. Ayres Britto, j. 28.06.2010 e RE nº 607.200/SC, Segunda Turma, rel. Min. Ayres Britto, j. 28.06.2010), como também a equiparação, para fins previdenciários, de menores sob guarda judicial, filhos de segurados (RE nº 491.762/SE, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09.02.2010), o critério de concessão do benefício assistencial para portadores de deficiência e idosos (RE nº 444.357/PR, Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.10.2009) e a proteção de direitos sociais, tais como a educação (RE nº 511.961/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009) e a moradia (RE nº 603.577/DF, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 23.02.2010).

²⁴⁰ Infelizmente, ao contrário do que se está começando a ver com as questões previdenciárias, nossos tribunais superiores continuam vedando a via coletiva para a discussão de questões tributárias. Nesse sentido, entre outros, confira no Supremo Tribunal Federal: AI nº 382.298 AgR/RS, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 04.05.2004 e RE nº 195.056/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.12.1999; e no Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 808.111/PE, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, j. 17.04.2007 e REsp nº 691.574/DF, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.04.2006.

²⁴¹ A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 216.

A verdade é que, como bem aponta Eurico Ferraresi, o problema é que “ações coletivas são ações políticas”.²⁴² Ademais, não se pode esquecer do interesse e vontade do Estado em melhorar a prestação do seu serviço judiciário, do qual – recorde-se – é o maior cliente.

Tais fatos explicam a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, por meio da qual o Poder Executivo incluiu o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que dispõe que: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

A esse respeito, além de asseverar que “é flagrantemente inconstitucional a vedação trazida pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/85”, Cassio Scarpinella Bueno confirma que o objetivo dessa inclusão foi “que o Executivo Federal quis, vez por todas, vedar (ou debelar) todas e quaisquer ações civis públicas que tenham como objeto as matérias que enumera”.²⁴³

Logo e apesar de toda a resistência que enfrenta para o seu reconhecimento, em grande ou na maior parte oriunda dos objetivos interesseiros do Estado, a única conclusão plausível e coerente com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro é que os interesses individuais homogêneos não se restringem às relações de consumo, mas se prestam à tutela de *todas* as espécies de lesões ou ameaças de lesões decorrentes de uma origem comum que sejam geradoras de responsabilidade civil, quer subjetiva, quer objetiva.²⁴⁴ Essa é a sua verdadeira abrangência material.

²⁴² Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 229.

²⁴³ *O Poder Público em juízo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 130.

²⁴⁴ Elton Venturi, *Processo civil coletivo...*, cit., p. 76.

2.2.3. Forma de identificação e distinção em juízo

A adequada tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é fundamento para a efetividade do nosso ordenamento jurídico em vigor, erigido para implementar o ideal de acesso à Justiça (acesso à ordem jurídica justa) e, nessa medida, atender às exigências da sociedade de massa contemporânea que se consolidou após o término da Segunda Guerra Mundial.

Nos itens anteriores, foram objeto de exame as principais características dos interesses passíveis de proteção coletiva no Brasil, com base nos conceitos legais previstos nos incs. I a III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Deu-se ênfase, porém, aos interesses individuais homogêneos, tendo em vista que seu trato processual mostrasse mais deficiente do que o dos demais.

Mediante a análise empreendida acerca dos seus critérios objetivo, subjetivo e de origem, foi possível constatar que o legislador brasileiro bem demarcou os limites para a admissão dos processos coletivos em nosso sistema legal. Ainda que criticável, por poder inviabilizar ao invés de fomentar o acesso à Justiça pela via coletiva, tal conceituação tornou relativamente fácil a distinção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos *na teoria*.

Contudo, *na prática*, essa diferenciação não tem sido tão simples assim, o que, não raro, tem suscitado a confusão entre tais interesses e, por consequência, comprometido a sua adequada tutela.

A experiência tem demonstrado que, em geral, danos a interesses difusos ou coletivos também acarretam, simultaneamente, danos a interesses individuais homogêneos.²⁴⁵ Aliás, antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, ao comentar a Lei da Ação Civil Pública, que, como exposto, previu a tutela dos interesses difusos e coletivos,

²⁴⁵ Gustavo José Tepedino, A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas, in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 302.

Ada Pellegrini Grinover já havia chamado atenção para esse fato de, concomitantemente à lesão de um bem indivisível, outros bens individualmente considerados também poderem vir a ser lesados.²⁴⁶

Tal circunstância, inclusive, é bastante *previsível*, já que a coletividade que legitima a tutela difusa e coletiva é formada, justamente, por um contingente populacional, cujos direitos subjetivos próprios estão umbilicalmente ligados entre si. Tanto é que Hugo Nigro Mazzilli aduz que “constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos)”.²⁴⁷

Assim, em juízo, o problema que se apresenta é a correta identificação do interesse ou interesses que estão sendo tutelados, uma vez que, por poderem eles ter a mesma origem, eventual processo coletivo também poderá congrega a proteção de mais de uma espécie de interesse.

Somente mediante a *prévia identificação* é que o juiz poderá efetivamente distingui-los e, a partir de então, aferir a legitimidade ativa do ente incumbido da sua defesa coletiva (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC), bem como os limites subjetivos da coisa julgada (art. 16 da LACP e art. 103 do CDC).

Para tanto, considerando que (i) os elementos que individualizam uma demanda são: partes, causa de pedir e pedido²⁴⁸ e que (ii) a tutela coletiva sempre será exercida por um ente legitimado por meio de uma causa de pedir que poderá ser a mesma para os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, chega-se à conclusão de que aquela identificação está condicionada ao *pedido* formulado pelo autor da ação coletiva, que poderá ou não sofrer

²⁴⁶ *Novas tendências...*, cit., p. 150-151.

²⁴⁷ *A defesa...*, cit., p. 56.

²⁴⁸ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 277.

cumulação e, assim, uma mesma ação coletiva destinar-se à tutela de mais de um interesse metaindividual.²⁴⁹

Até porque, ainda que a causa de pedir corresponda à descrição do fato ou ato jurídico que autorize a intervenção jurisdicional do Estado e, nessa medida, permita identificar e distinguir cada espécie de interesse antes mesmo da sua processualização (dedução da pretensão em juízo), será apenas mediante a formulação do pedido que haverá essa concretização e, por conseguinte, devida especificação.

Apesar que, como lembra Sérgio Seiji Shimura, “antes mesmo do enfoque ‘processual’ (*pedido deduzido em juízo*), pode-se classificar a espécie de interesse pela *pretensão* que emana do fato ou ato jurídico ocorrido, pelas conseqüências jurídicas que a lesão ou ameaça geram no âmbito social, sem necessariamente observar o fenômeno pela ótica do processo”.²⁵⁰

Leandro Katscharowski Aguiar assevera que “vai daí que o *pedido de tutela formulado* é o elemento mais forte para que se possa identificar corretamente o direito deduzido e, assim, evitar que algum equívoco quanto à sua natureza possa comprometer a efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo tendo em vista que a legitimação ativa *ad causam* e o alcance dos efeitos das sentenças proferidas nas ações coletivas [diferem], conforme se trata de direito difuso, coletivo propriamente dito ou individual homogêneo”.²⁵¹

²⁴⁹ Para Sérgio Seiji Shimura, além do pedido, também a causa de pedir condiciona essa identificação. Em suas palavras, “o que qualifica cada tipo de interesse ou direito é o conjunto formado pela *causa de pedir* e pelo *pedido deduzido em juízo*” (*Tutela coletiva...*, cit., p. 47).

²⁵⁰ *Tutela coletiva...*, cit., p. 47.

²⁵¹ *Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 29. No mesmo sentido, v. Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 64.

E a justificativa é que o pedido corresponde à pretensão deduzida em juízo e, nessa medida, além de constituir o objeto do processo²⁵², ainda define o campo de atuação do juiz e a natureza do seu provimento, em razão do princípio da correlação ou congruência entre a demanda e a sentença (arts. 128 e 460 do CPC).²⁵³

De fato, como sustenta Rodolfo de Camargo Mancuso, “na jurisdição coletiva, o conflito *em sua inteireza* vem exposto no objeto litigioso: de modo *absoluto* nos interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e um tanto *relativo* nos episodicamente coletivos (interesses individuais homogêneos)”.²⁵⁴

Exemplificando: empresa de assistência médica que veicule publicidade na mídia televisiva a respeito de plano de saúde cuja mensalidade é reajustada por índice de correção diverso do permitido em lei. Se eventual ação coletiva for ajuizada pleiteando apenas a cessação dessa publicidade, o interesse tutelado será *difuso*, pois atinge um número indeterminado de indivíduos e o direito de exigir a respectiva reconstituição do bem lesado é indivisível, já que não é possível cessar para uns e não para outros. Contudo, se tal demanda for intentada objetivando simplesmente a invalidade desse reajuste, o interesse tutelado será *coletivo*, uma vez que as pessoas atingidas são determináveis (aquelas que contrataram o plano de saúde), mas o direito material é indivisível, pois tal reajuste não pode ser válido para umas pessoas e inválido para outras. Agora, se eventual ação coletiva for proposta visando a restituição dos valores pagos a maior nas mensalidades por alguns conveniados, o interesse tutelado será *individual homogêneo*, haja vista que uma mesma situação fática (causa de pedir) afetou apenas determinadas ou determináveis pessoas. Ainda nesse exemplo, nada impede que referida ação coletiva tenha por objeto, cumulativamente, a cessação daquela publicidade

²⁵² Embora considere tratar-se de mais uma discussão terminológica inócua, sem nenhuma relevância prática, cumpre consignar que há quem entenda que as expressões *objeto do processo* e *objeto litigioso do processo* não são sinônimas. Para Ricardo de Barros Leonel, esta expressão teria um significado mais restrito e faria referência às pretensões deduzidas em juízo que serão objeto de procedência ou improcedência, caso julgado o mérito, enquanto que aquela expressão teria um significado mais abrangente e faria referência a todos os pontos e questões, de fato ou de direito, levados à apreciação judicial (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, São Paulo, Método, 2006, p. 99-103). No mesmo sentido, v. José Manoel de Arruda Alvim Neto, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 483-484.

²⁵³ Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos...*, cit., p. 232 e s.

²⁵⁴ A concomitância entre ações de natureza coletiva, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 165).

enganosa, a declaração de invalidade do índice de correção ilegal e a restituição dos valores pagos a maior, situação em que os interesses tutelados serão, concomitante e respectivamente, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por óbvio, existe uma infinidade de outros exemplos que demonstram que a adequada tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico em vigor passa, necessariamente, pelo exame do *pedido* como forma para a sua correta identificação e distinção.

A toda evidência, também, dependerá do pedido ou pedidos acolhidos pelo juiz a definição dos referidos efeitos subjetivos da coisa julgada (art. 16 da LACP e art. 103 do CDC) e, ainda, do procedimento para a sua satisfação.

A esse respeito, aliás, sabe-se que a execução visa à satisfação de um direito reconhecido. Ou seja, como já afirmado na introdução do presente estudo, a efetividade do processo depende dos (bons) resultados obtidos com a sua fase executiva.

Anteriormente, também já se afirmou que a superlotação dos nossos tribunais é reflexo da crise do processo, que, em suma, nada mais é do que uma crise de efetividade processual.

Por isso, é possível concluir que toda providência que seja adotada para aperfeiçoar a satisfação da tutela jurisdicional (leia-se: torná-la mais efetiva) tende a contribuir para minorar os efeitos da crise do processo.

Por óbvio, essa eventual contribuição será medida pelos resultados numéricos que produzir no imenso volume de processos a cargo do Poder Judiciário. Isto é, tanto pelo número de processos que conseguir finalizar (leia-se: direitos reconhecidos que conseguir satisfazer), quanto pelo número de processos que evitar que sejam ajuizados.

Nesse sentido, afirmou-se ainda que a tutela coletiva é a forma mais rápida, prática e econômica de jurisdicionarizar os conflitos oriundos da nossa atual sociedade contemporânea.

E, dentre os interesses passíveis de serem defendidos coletivamente, sem dúvida, os interesses individuais homogêneos são os que representam o maior potencial numérico, uma vez que, ao contrário dos interesses difusos e coletivos, todos os lesados têm legitimidade ativa para pleitear a reparação dos danos sofridos em juízo (lembre que são interesses individuais cuja aplicação de técnicas coletivas mostra-se conveniente apenas por opção de política legislativa).

Daí porque Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que “o *modus* correto de manejo dessa litigiosidade exacerbada consiste na sua condução para o campo da jurisdição coletiva, dado que o processo que aí se desenvolve, mormente na modalidade da ação voltada à tutela dos interesses individuais homogêneos, tem aptidão para coalizar todas as pretensões num só instrumento, ao final produzindo um resposta de eficácia potencializada e uniforme, já que, na fase de conhecimento, toma os sujeitos em dimensão indeterminada, e o objeto em modo indivisível”.²⁵⁵

A adequada tutela dos interesses individuais homogêneos apresenta-se, portanto, como a resposta judicial mais eficiente para combater aquela crise, haja vista que, entre outras vantagens, capaz de impedir com apenas um processo que milhares ou até milhões de outros desemboquem em nosso já superlotado Poder Judiciário.²⁵⁶

²⁵⁵ A lei da ação civil pública..., cit., p. 547-548.

²⁵⁶ Como ocorre com a discussão judicial sobre a legalidade de planos financeiros conjunturais, como lembra Araken de Assis (O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário, cit., p. 13).

Luiz Guilherme Marinoni observa que “instituir a possibilidade da tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz, é fundamental para que o ordenamento jurídico – por exemplo, de proteção ao consumidor – não se transforme em letra morta. Uma única ação para a tutela de direitos individuais, pertencentes a várias pessoas, além de eliminar os custos das inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes, e neutraliza as vantagens do litigante, que, não fosse a ação única, se transformaria em habitual, e assim teria vantagens sobre o litigante eventual”.²⁵⁷

José Marcelo Menezes Vigliar corrobora aquela assertiva, ao mencionar que “a própria filosofia que anima a defesa de interesses individuais homogêneos é das mais importantes, porque destaca um valor da sociedade que deve ser preservado, qual seja, a segurança e confiabilidade em relação à atividade jurisdicional do Estado”.²⁵⁸

Obviamente, assim como qualquer outro interesse, a tutela adequada de tais interesses passa, necessária e principalmente, pela efetividade da sua satisfação, ou seja, pela capacidade dessa espécie de processo coletivo conseguir cumprir o seu papel de distribuir justiça em um prazo razoável de tempo e, nessa medida, realizar o ideal de acesso à ordem jurídica justa.

A análise crítica da satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos e a formulação de propostas para a sua melhoria são os objetivos do próximo capítulo.

²⁵⁷ *Técnica processual e tutela de direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 101.

²⁵⁸ Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos, in *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 325.

EXECUÇÃO NOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Antes de dar início à análise crítica da execução nos interesses individuais homogêneos e à respectiva formulação de propostas para incrementar a sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro, objetos do presente estudo, é oportuno apresentar a sua sistemática prevista em lei.

Isso porque não teria nenhum sentido censurar a legislação vigente e buscar alternativas para a melhoria da sua aplicação prática se, primeiro, não estivesse claro o atual procedimento para a satisfação de tais interesses, única forma de o leitor conseguir identificar os principais pontos de estrangulamento do modelo definido pelo legislador pátrio e, assim, compreender a finalidade deste trabalho.

Conforme se poderá verificar, referida sistemática é bastante tímida e, por isso, como se procura demonstrar por meio desta tese, *insuficiente* para prover aquela almejada e aclamada efetividade processual e, conseqüentemente, inapta para minorar a crise do processo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. Sistemática

A sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos está prevista nos arts. 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

A princípio, estabelece que, em caso de procedência, a respectiva sentença condenatória fixará, genericamente, a responsabilidade do réu pelos danos causados (à coletividade formada pelas pessoas que se enquadrem no objeto da ação coletiva proposta, conforme art. 95).²⁵⁹

²⁵⁹ Embora apenas faça alusão à sentença, reitere-se que essa sistemática também se aplica para satisfação de compromissos de ajustamento de conduta firmados e que não venham a ser cumpridos, tendo em vista se tratar de títulos executivos extrajudiciais, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.

Em seguida, dispõe que as vítimas e os seus sucessores, bem como os legitimados elencados no art. 82 do diploma consumerista poderão promover a liquidação e a execução dessa sentença condenatória genérica, ou seja, confere legitimidade individual e coletiva para tais procedimentos (art. 97).

A execução coletiva das indenizações que já tiverem sido liquidadas individualmente poderá ser promovida por esses entes, sem prejuízo de outras execuções (*caput* do art. 98), sendo que será instruída com as certidões das sentenças dessas liquidações, das quais deverá constar eventual trânsito em julgado (art. 98, § 1º).²⁶⁰

Não houve especificação da competência territorial para a liquidação, individual ou coletiva, tendo tal sistemática se limitado a prever que é competente o juízo da liquidação da sentença condenatória genérica ou da ação condenatória para a execução individual (art. 98, § 2º, I) e apenas o da ação condenatória para a execução coletiva (art. 98, § 2º, II).

Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei da Ação Civil Pública e de indenizações pelos prejuízos individuais sofridos, resultantes de um mesmo evento danoso, definiu que os de natureza individual terão preferência sobre os de natureza difusa ou coletiva (*caput* do art. 99), sendo que, exceto na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para arcar com a integralidade dos créditos, a sua destinação para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública ficará sustada enquanto houver pendência de decisão de segundo grau sobre a definição judicial a respeito daqueles de caráter individual (art. 99, parágrafo único).

²⁶⁰ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “a *idéia mater* desse § 1º do art. 98 do CDC reside no binômio – economia processual / simplificação do procedimento executório – a partir de uma concreção ou aglutinação das indenizações resultantes de um fato de origem comum: interesses individuais homogêneos (CDC, art. 81, III)” (*Comentários ao código de proteção do consumidor* (coord. Juarez de Oliveira), São Paulo, Saraiva, 1991, p. 339).

Por fim, estipulou o prazo de um ano para a habilitação dos interessados, findo o qual, caso não existam interessados em número compatível com a gravidade do dano²⁶¹, aqueles entes legitimados poderão promover a liquidação e a execução da indenização devida (*caput* do art. 100), cujo produto será revertido para tal fundo (art. 100, parágrafo único).²⁶²

3.2. Considerações preliminares

Antes ainda de realizar a análise crítica e a respectiva formulação de sugestões propostas neste trabalho, é oportuno tecer breves considerações a respeito da sistemática apresentada acima, com vistas a fixar algumas premissas importantes para a compreensão do tema.

Para tanto, parece-me pertinente fazer tais considerações separadamente sobre a *sentença condenatória genérica*, a *liquidação* e a *execução* relativas à tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos.

3.2.1. Sentença condenatória genérica

A condenação genérica prevista pela sistemática apresentada acima para o caso de procedência do pedido significa que, por regra²⁶³, o juiz limita-se a decidir o dever de reparar, sem, contudo, determinar o valor ou o objeto da obrigação e individualizar aqueles que fazem jus a ela.²⁶⁴

²⁶¹ Como bem apontado por Luiz Antônio Rizzatto Nunes, a expressão “gravidade do dano” deve ser compreendida de forma ampla, a fim de abranger também a *extensão do dano*. Isso porque um dano pode ser grave, mas não necessariamente muito extenso; ou, extenso, mas não necessariamente muito grave, hipóteses que, contudo, não afastam a possibilidade de qualquer um desses danos ser tutelado de modo coletivo (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 826).

²⁶² Luiz Rodrigues Wambier defende que essa seria a “única hipótese em que se pode falar de liquidação propriamente coletiva” (*Liquidação de sentença civil: individual e coletiva*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 308).

²⁶³ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 484, nota 1 ao art. 286. Essa, porém, não parece ter sido a orientação do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) que estabeleceu em seu art. 29 que, “Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação *poderá* ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar” (destaquei).

²⁶⁴ Cândido Rangel Dinamarco explica que “a sentença *genérica* prevista no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor abre caminho para uma ‘liquidação’ que é mais do que uma *liquidação*, na medida em que cada

Em outras palavras, segundo Fabiano Afonso, “a sentença genérica lança, no mundo fático, juízo hipotético de probabilidade de dano, pois, quando o juiz, no processo de conhecimento, condena alguém a pagar por danos a serem posteriormente apurados em liquidação de sentença (sentença genérica), de conformidade com o que restar provado no procedimento de liquidação de sentença, ele o faz sem a necessária certeza de que no referido procedimento será auferido algum resultado positivo”.²⁶⁵

Luiz Rodrigues Wambier sustenta que “a condenação sempre será genérica, não havendo qualquer possibilidade, diante da lei posta, de que os legitimados obtenham sentença condenatória cujo *quantum* já esteja previamente definido”.²⁶⁶

sedizente lesado deduzirá em sede ‘liquidatória’ individual uma pretensão mais complexa que aquela ordinariamente deduzida em sede de processo liquidatório de cunho tradicional. (...) Examinada no aspecto sistemático e das relações entre o processo e o direito substancial, essa sentença condenatória situa-se *a meio caminho entre o abstrato da lei e o concreto da sentença em litígios individuais*. (...) Do ponto-de-vista institucional e da separação funcional entre os chamados *Poderes do Estado* essa novidade consiste em dotar o juiz do processo de conhecimento tutelar de interesses individuais homogêneos do poder de ditar uma norma quase-abstrata (mas *norma*) que se destinará a reger a situação daqueles que se disserem lesados” (*Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 1.136-1.138).

²⁶⁵ *Liquidação de sentença coletiva*, Curitiba, Juruá, 2010, p. 101. Nessa passagem, alude-se à possibilidade da chamada “liquidação zero”, ou seja, à possibilidade de que, em sede de liquidação, os habilitantes não comprovem a sua condição de vítimas ou sucessores. Érica Barbosa e Silva chama a atenção para o fato de que “essa possibilidade, porém, não decorre especificamente do resultado relacionado ao *quantum debeatur*, mas da identificação dos lesados. Note-se que a liquidação não será ‘zero’ se houver um dano sofrido a ser apurado. A liquidação será negativa, caso não haja verificação do dano pessoal ou nexo de causalidade com o dano globalmente apurado. O contrário importaria quantificar, na liquidação, um dano que individualmente pode não ter existido” (*Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 122).

²⁶⁶ *Liquidação de sentença civil...*, cit., p. 308. Em outro estudo, porém, esse autor, em parceria com Teresa Arruda Alvim Wambier, registra opinião diversa, sustentando que, “não obstante a redação do art. 95 do CDC, nada impede que, mesmo tratando-se de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, seja proferida sentença ‘líquida’, que defina com precisão o valor devido a cada um dos entes individualmente considerados” (Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 273). Naquele mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin também aduz que “o caráter de generalidade da decisão judicial, neste sentir, indica primeiro que esta será ilíquida, ao mesmo tempo que não deverá debruçar-se sobre o que efetivamente cada vítima do dano perdeu” (*Comentários...*, cit., p. 1.430).

Ouso discordar desse posicionamento, pois entendo que, em alguns casos, é absolutamente possível que o juiz, sem especificar o *quantum debeat* de cada lesado, estabeleça critérios que permitam a individualização da condenação genérica (por simples cálculos ou fórmula matemática²⁶⁷ ou, ainda, indicando a forma específica de ressarcimento²⁶⁸).

Aliás, embora tratando do procedimento para a liquidação da sentença previsto no Código de Processo Civil, mas cujo sentido é plenamente cabível para defender o posicionamento acima, até porque reitere-se que referido diploma aplica-se subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor, Fernando da Fonseca Gajardoni sustenta que, “na verdade, sempre que possível o juiz deverá evitar a remessa das partes às vias de liquidação para apuração do *quantum*, seja em que procedimento for. A emissão de provimento que por si só já possibilite a imediata execução é conduta que mais se coaduna com o espírito do sistema e com o princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF)”²⁶⁹.

²⁶⁷ Essa, inclusive, é uma das técnicas de tutela coletiva, conforme previsão dos seguintes parágrafos do art. 27 do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública): “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.

§ 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 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.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.”

²⁶⁸ Luiz Guilherme Marinoni, Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (art. 7º), in *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006, p. 152-153.

²⁶⁹ Reflexões sobre a nova liquidação de sentença, in *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* (orgs. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 550.

Ricardo de Barros Leonel confirma que “é possível que no momento de proferir a sentença (seja no caso dos interesses difusos, coletivos, ou mesmo individuais homogêneos), o magistrado já disponha de elementos de prova que lhe permitam, desde logo, fixar a responsabilidade e o seu montante numérico, considerando a prova pericial produzida no curso da ação e o próprio pedido formulado pelo autor”.²⁷⁰

Esse entendimento, inclusive, já foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que, “diante das circunstâncias específicas do caso, a execução coletiva pode dispensar a prévia liquidação por artigos ou por arbitramento, podendo ser feita por simples cálculos, na forma da antiga redação do art. 604, CPC” (REsp nº 880.385/SP, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.09.2008).²⁷¹

Não obstante, apesar de a sentença ser genérica, é imprescindível que o juiz estabeleça *todos os parâmetros que estiverem ao seu alcance* para orientar a apuração de eventual valor devido (como: índices de correção, termos iniciais, valores de referência etc.) ou o cumprimento de determinada obrigação (como: lugar, modo, penalidade etc.).

Tais características diferem a sentença genérica proferida na tutela dos interesses individuais homogêneos daquela, também genérica, do processo civil tradicional. Primeiro, porque é regra, e não exceção, como estabelecido no art. 286 do Código de Processo Civil²⁷², que, aliás, é taxativo ao dispor as hipóteses em que isso é possível. E, segundo, porque não apenas deixa de especificar a obrigação, mas, além disso, deixa de identificar os seus beneficiários.

²⁷⁰ *Manual...*, cit., p. 425.

²⁷¹ No mesmo sentido: REsp nº 1.026.217/SP, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2009.

²⁷² “Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados;

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito;

III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.”

Teori Albino Zavascki explica que essa diferença decorre do modelo de processo coletivo definido pelo legislador pátrio para a proteção dos interesses individuais homogêneos. Em suas palavras, “como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos, quais sejam, o objeto da controvérsia: o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeatur* (= identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeatur* = quem é o titular do direito e o *quantum debeatur* = qual é a prestação a que especificamente faz *jus*) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento”.²⁷³

Com efeito, embora certa, uma vez que estipula direitos e deveres, a sentença condenatória genérica relativa à tutela de interesses individuais homogêneos não estabelece quem são os lesados (*cui debeatur*), nem a correspondente reparação de cada um (*quantum debeatur*), providências que serão objeto da sua liquidação.²⁷⁴

No ponto, Ada Pellegrini Grinover esclarece que “o fato de a condenação ser *genérica* não significa que a sentença não seja certa ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la”. E, em seguida, conclui que “a sentença *genérica* do art. 95 é, portanto, *certa e ilíquida*”.²⁷⁵

²⁷³ *Processo coletivo...*, cit., p. 165.

²⁷⁴ Nesse sentido, v. Luiz Rodrigues Wambier, Consideração sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de código-modelo de processos coletivos para a Ibero-América, in *Revista de Processo* 121, p. 151; Gledson Marques de Campos e Marcos Destefenni, Liquidação em ações coletivas e as repercussões decorrentes da Lei 11.232/05, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 375.

²⁷⁵ *Código brasileiro...*, cit., p. 152. No mesmo sentido, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários...*, cit., p. 333; Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários...*, cit., p. 819-820.

Ou seja, tal sentença padece de liquidez²⁷⁶ e, por isso, não é passível de ser executada de imediato, a teor do disposto no art. 586 do Código de Processo Civil²⁷⁷, o qual condiciona a exequibilidade de qualquer título executivo à existência de uma obrigação *líquida, certa e exigível*.

A respeito desses requisitos, Sérgio Seiji Shimura ensina que “a liquidez consiste em determinar o valor, individualizar o objeto; a certeza significa a existência da dívida e a incontrovérsia da obrigação; e a exigibilidade representa a possibilidade imediata de postular-se o cumprimento da obrigação, ou quando a prestação não depender de termo nem condição”.²⁷⁸

Logo, sempre que for preciso definir o *cui debeat* e o *quantum debeat*, haja vista que a mera necessidade de definição daquele elemento poderá ser feita à luz da verificação da legitimidade ativa para executar a sentença condenatória genérica (pertinência temática), sem nenhum prejuízo ao direito de defesa do réu²⁷⁹, será cabível a prévia liquidação da referida sentença condenatória genérica para, somente então, dar-se início à sua execução.²⁸⁰

Olavo de Oliveira Neto aduz se tratar “da obediência ao princípio da satisfatividade, segundo o qual a atividade executiva se limita ao montante equivalente ao principal e aos seus acessórios”.²⁸¹

²⁷⁶ Luiz Paulo da Silva Araújo Filho afirma que essa sentença é “subjetivamente ilíquida” (*Ações coletivas: a tutela dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 123).

²⁷⁷ Recorde-se que o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor dispôs que, às ações previstas em seu Título III (“Da Defesa do Consumidor em Juízo”), entre elas, as destinadas à defesa dos interesses individuais homogêneos, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

²⁷⁸ *Tutela coletiva...*, cit., p. 148.

²⁷⁹ Até porque, como adverte Érica Barbosa e Silva, a extinção do processo por falta de legitimidade ativa na execução da tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos equivalerá “à improcedência do mérito, uma vez que aquele autor específico não poderá renovar pedido” (*Cumprimento...*, cit., p. 124, nota 124).

²⁸⁰ Segundo Ricardo de Barros Leonel, a sentença genérica é “pressuposto” para a liquidação (*Manual...*, cit., p. 424).

²⁸¹ Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005, p. 193.

Para tanto, porém, essa sentença deverá ser publicada no órgão oficial de imprensa do juízo em que proferida, a fim de tornar público o seu teor, bem como marcar o início do prazo processual para que o autor ou o réu da respectiva ação coletiva interponham eventual recurso cabível contra ela e para que os interessados possam, caso queiram, liquidá-la (estratégia que, antes do trânsito em julgado dessa decisão, não se mostra muito produtiva, já que subsiste a possibilidade de sua reforma, o que poderá modificar os critérios para aquela liquidação ou até impedi-la, se a ação coletiva vier a ser declarada improcedente).

3.2.2. *Liquidação*

A liquidação sobre interesses individuais homogêneos também apresenta aspectos que a diferenciam do sistema tradicional, cujo procedimento está previsto nos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil e é aplicável, hoje em dia, tanto para a tutela individual quanto para a tutela de interesses difusos e coletivos.

Em primeiro lugar, porque sua finalidade de integrar e complementar a sentença condenatória genérica proferida é mais abrangente, já que, além do *quantum debeat*, os lesados ainda deverão comprovar individualmente os prejuízos que sofreram e o nexo de causalidade com a conduta (ação ou omissão) do réu declarada ilícita pelo juízo, ou seja, cabe a cada interessado demonstrar que compõe a coletividade atingida por tal conduta e individualizar o seu dano.²⁸²

²⁸² Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas...*, cit., p. 194-195. O Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) é claro a esse respeito, tendo previsto: “Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização”.

Uma vez que “o objeto do conhecimento do juiz incluirá fatos e alegações referentes ao dano efetivamente sofrido pelo liquidante, relação de causalidade com o fato intrinsecamente danoso afirmado na sentença genérica prevista no artigo 95, além dos fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido (aqui, verdadeira liquidação)”, Cândido Rangel Dinamarco afirma que a liquidação sobre interesses individuais homogêneos possui uma natureza *sui generis*, diversa daquela de cunho tradicional.²⁸³

Daí porque Ricardo de Barros Leonel assevera que a complexidade dessa liquidação é *objetiva* e não subjetiva, como no caso de interesses difusos e coletivos. A dificuldade não é a natureza dos bens tutelados e a sua valoração, mas se refere “à existência de diversos lesados e à necessidade de especificação dos danos individualmente sofridos, pois a condenação genérica apenas fixa a responsabilidade quanto aos danos causados”.²⁸⁴

Em segundo lugar, porque é sempre na modalidade por *artigos*²⁸⁵, ante a necessidade do lesado de provar *fato novo* para determinar o seu crédito, isto é, fato que guarde relação específica com questões pessoais e que, justamente por isso, não foram objeto da sentença condenatória genérica da ação coletiva.²⁸⁶

Entretanto, por exemplo, é possível que, para isso, seja preciso a realização de perícia, hipótese em que também se aplicaria a modalidade de liquidação por *arbitramento*, ou se limite a meros cálculos aritméticos, apresentados pelo credor ou efetuados pelo contador judicial, hipótese em que se aplicaria a modalidade de liquidação por *cálculos*.²⁸⁷

²⁸³ As três figuras da liquidação de sentença, in *Estudos de direito processual civil em memória de Luiz Machado Guimarães* (coord. José Carlos Barbosa Moreira), Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 97 e 99.

²⁸⁴ *Manual...*, cit., p. 427.

²⁸⁵ Tanto é que essa modalidade estava expressamente prevista no texto vetado do parágrafo único do art. 97 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*: “Parágrafo único - A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

²⁸⁶ Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo, Lejus, 1998, p. 194. No mesmo sentido, v. Luiz Rodrigues Wambier, *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 316; Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários...*, cit., p. 820.

²⁸⁷ Diferentemente, com base no art. 475-B do Código de Processo Civil, Ricardo de Barros Leonel sustenta que, “se a situação envolve mero cálculo aritmético (como pode ocorrer em casos em que houve descontos indevidos, ou pagamentos excessivos, em que o indivíduo pode calcular, de acordo com o que foi estabelecido na sentença, o que lhe é devido), não há propriamente liquidação, mas sim início da execução com a juntada da memória discriminada e atualizada do cálculo, com os documentos que demonstram sua correção” (*Manual...*, cit., p. 426).

E, em terceiro lugar, porque, não obstante as alterações trazidas pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, excepcionalmente, mantém a natureza de uma “ação” e não de mera fase processual subsequente à sentença condenatória, como ocorre, hoje em dia, em casos de tutela individual e de interesses difusos ou coletivos, tendo em vista que continua a exigir a observância de pressupostos processuais e condições da ação para a sua promoção.

Com efeito, a respectiva ação de liquidação poderá ser promovida pela vítima ou seus sucessores ou, ainda, pelos legitimados previstos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁸ (art. 97 do CDC), por meio de processo autônomo²⁸⁹, que, destinado a inaugurar uma nova relação processual, deverá observar os princípios que informam o devido processo legal (*due process of law*), notadamente, o do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)²⁹⁰, e poderá ser iniciado ainda que na pendência de recurso e independentemente do efeito em que este tiver sido recebido (art. 475-A, § 2º, do CPC)²⁹¹.

Sérgio Seiji Shimura confirma que “a sistemática dos arts. 475-A a 475-H, CPC, vale para a liquidação de sentença relativa aos direitos difusos e coletivos. Isso porque, se envolver *direitos individuais homogêneos*, mister se faz que cada lesado instaure outro processo (de liquidação), separadamente do feito coletivo que gerou a sentença genérica (art. 97, CDC)”.²⁹²

Nesse sentido, o art. 43 do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) estabeleceu que: “A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante de indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória de cálculo”.

²⁸⁸ Como já mencionado, o art. 117 do Código de Defesa do Consumidor estendeu a aplicabilidade da sua parte processual para as ações civis públicas da Lei nº 7.347/85 e, portanto, também estão legitimados a liquidar (e executar) a sentença condenatória sobre interesses individuais homogêneos os legitimados estabelecidos pelo art. 5º dessa norma.

²⁸⁹ Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que se trata “de simples *fase*, posta ao final do processo de conhecimento, e não mais de um *processo incidente*” (*Manual do consumidor...*, cit., p. 243).

²⁹⁰ A esse respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que “a execução de sentença genérica de procedência, proferida em sede de ação coletiva *lato sensu* – ação civil pública ou ação coletiva ordinária –, demanda uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido na ação coletiva. Precedente: AgRg no REsp 658155/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 10/10/2005” (REsp nº 1.100.970/RS, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 01.12.2009). Mais recentemente, confirmando esse posicionamento, v. AgRg nos EREsp nº 1.100.970/RS, Primeira Seção, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.03.2011).

²⁹¹ Conforme art. 90 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁹² *Tutela coletiva...*, cit., p. 150.

Todavia, apesar dessa natureza cognitiva, cumpre deixar claro que referida ação de liquidação não se presta à rediscussão da lide ou à reforma da sentença condenatória genérica, na medida em que o objeto do conhecimento do juiz está limitado ao *an debeatur*, ou seja, ao dispositivo daquela decisão, dada sua necessidade de vinculação ou fidelidade a tal provimento.²⁹³

Assim, em sede de liquidação sobre interesses individuais homogêneos, não cabe discutir os fatos que levaram à definição do dever de reparar, mas apenas aqueles necessários às comprovações da existência de um prejuízo pessoal, do seu montante e do seu nexu etiológico com o dano globalmente causado.

Liquidada, por meio da decisão proferida na correspondente ação de liquidação, a sentença condenatória genérica completa-se e, assim, torna-se um título executivo exequível, ou seja, líquido, certo e exigível (art. 586 do CPC) e, nessa medida, passível de autorizar a intromissão do Estado no patrimônio do devedor (réu/executado) para satisfazer o direito material de cada um dos credores (lesados individualmente considerados).

Daquela decisão de liquidação, contudo, caberá recurso de apelação, que será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Nesse sentido, Araken de Assis é enfático ao afirmar que, “do pronunciamento que julgar a liquidação por artigos, processada em *autos apartados*, caberá apelação doravante dotada de duplo efeito (art. 520, *caput*)”.²⁹⁴

²⁹³ Nesse sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários...*, cit., p. 1.436. Ressalte-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça entende que não se aplica a proibição de se levantar questão anterior à sentença em sede de embargos à execução à execução individual *in utilibus*, pois é nesse momento que se poderá suscitar a prescrição contra a pretensão individual, em razão dessa defesa poder ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição (REsp nº 1.057.562/RS, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.10.2010).

²⁹⁴ *Cumprimento de sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 128.

3.2.3. Execução

Diversamente do que se verifica nos interesses difusos e coletivos, a tutela dos interesses individuais homogêneos costuma ser *ressarcitória*, isto é, voltada ao pagamento de valores, e não específica, embora também exista essa possibilidade, como, por exemplo, nos casos de *recall* (art. 10 do CDC).²⁹⁵

Por isso, via de regra, a liquidação da sentença condenatória genérica proferida para a sua tutela jurisdicional deve preceder esse procedimento, que, como visto, poderá ser promovido de forma individual ou coletiva (art. 97 do CDC).

No tocante à sua forma coletiva, a sistemática apresentada anteriormente definiu duas formas distintas para a sua promoção: uma prevista no art. 98 do Código de Defesa do Consumidor, baseada no agrupamento de execuções individuais; e outra, no art. 100 desse diploma, fundada na consideração do dano globalmente causado (e não nos prejuízos individualmente sofridos), hipótese subsidiária e condicionada à falta de habilitações em número compatível com a gravidade do dano²⁹⁶, na qual a indenização apurada será revertida para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

A respeito desse fundo e muito embora se vá voltar ao seu estudo adiante, desde já cabe mencionar que se trata de mecanismo similar ao adotado no sistema do direito norte-americano, denominado de *fluid recovery*, no qual o valor que lhe é revertido é utilizado para beneficiar indiretamente a coletividade, uma vez que pode “ser canalizado para a reposição ou recomposição de outros bens, que não os efetivamente lesados”.²⁹⁷

²⁹⁵ Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 409-410 e 425. No mesmo sentido, Sérgio Seiji Shimura, A execução coletiva e os direitos individuais homogêneos, in *Execução civil (aspectos polêmicos)* (coords. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha), São Paulo, Dialética, 2005, p. 350.

²⁹⁶ Gregório Assagra de Almeida confirma que a legitimidade do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor “é subsidiária e somente surge diante da falta de habilitação dos interessados ou habilitação em número incompatível” (*Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 375).

²⁹⁷ Édís Milaré, A ação civil pública em defesa do meio ambiente, in *Ação Civil Pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 262. No mesmo sentido, Elton Venturi, *Execução da tutela coletiva*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 156.

De fato, Carlos Alberto de Salles enfatiza que “a atividade do fundo não precisa estar condicionada ao local do dano, pois a compensação é do interesse afetado (por exemplo o meio ambiente) e não dos sujeitos de alguma forma prejudicados”.²⁹⁸

Assim como a liquidação, a execução nos interesses individuais homogêneos também mantém a natureza de “ação”, devendo, portanto, ser instrumentalizada em processo autônomo. Apesar das alterações trazidas pela Lei nº 11.232/05, Sérgio Seiji Shimura explica que “subsistem, todavia, casos em que, mesmo sem se cuidar de título judicial (sentença), continuará havendo processo *autônomo* de execução, como seguem: (...) sentença condenatória, oriunda de ação coletiva, que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos (arts. 97 e 98, CDC)”.²⁹⁹

Por conseguinte e ressalvada a impossibilidade de rediscussão da lide, o devedor poderá continuar a se valer dos embargos à execução para alegar alguma matéria de defesa, conforme disciplinado nos arts. 745 e seguintes do Código de Processo Civil, não se aplicando, portanto, a tais interesses a impugnação prevista no art. 475-L desse mesmo diploma processual.

3.2.3.1. Execução específica ou obtenção de resultado prático equivalente

Apesar de não serem as hipóteses mais comuns, a execução específica da obrigação (= mesmo “resultado que haveria se não fosse necessário processo”³⁰⁰) ou, na sua impossibilidade³⁰¹, a obtenção de resultado prático equivalente também são muito importantes na tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, tanto que, de modo gradual (até

²⁹⁸ *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 317.

²⁹⁹ *Tutela coletiva...*, cit., p. 166.

³⁰⁰ Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* (org. Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 160.

³⁰¹ Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues esclarecem que, “analisando as três formas de tutela que podem ser obtidas, verificamos que, numa ordem de preferência do legislador (que pode ser alterada por opção do autor), tenta-se alcançar a tutela específica propriamente dita, e, se esta não for possível, tenta-se, então, o resultado prático equivalente, e, apenas em último caso, por absoluta impossibilidade de se alcançar as duas primeiras é que a solução recai para a tutela genérica” (Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 367).

porque recente), a experiência tem começado a demonstrar que os juízes têm preferido a adoção dessas técnicas à típica condenação em pecúnia, causa da crise de efetividade prática dos provimentos condenatórios.³⁰²

Cândido Rangel Dinamarco, aliás, afirma que essa tendência contrapõe-se ao “corriqueiro expediente de *meia-justiça* que durante muito tempo satisfaz o espírito dos juristas menos preocupados com a efetiva aptidão do sistema processual a proporcionar tutelas jurisdicionais completas e exaurientes”.³⁰³

As obrigações de fazer ou de não fazer foram tratadas expressamente pelo legislador pátrio no microssistema processual coletivo³⁰⁴ em vigor (art. 11 da LACP e art. 84 do CDC)³⁰⁵. Contudo, a obrigação de entrega de coisa somente veio disciplinada mais tarde, com a introdução do art. 461-A ao Código de Processo Civil, o qual, como já visto, possui aplicação subsidiária à tutela coletiva.

Nessas espécies de execução, os princípios processuais da demanda e do dispositivo são *mitigados*, haja vista que, de ofício, o juiz pode: (i) determinar as medidas que assegurem o cumprimento da obrigação ou a produção do resultado prático equivalente; (ii) fixar multa e modificar seu valor e/ou sua periodicidade para efeito de coerção e de sub-rogação; e (iii) impor medidas, como: multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, tudo com requisição de força policial, se necessário, ou, ainda, na execução específica das obrigações de

³⁰² A esse respeito, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Acesso à justiça...*, cit., p. 103-116.

³⁰³ *Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 595.

³⁰⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que o *microssistema processual coletivo* é “composto, nuclearmente, pelas Leis 4.717/65 (ação popular), 7.347/85 (civil pública) e 8.078/90 (consumidores), e, num plano complementar-integrativo, por leis voltadas a segmentos e interesses metaindividuais diferenciados, v.g.: investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89); deficientes físicos (Lei 8.953/89); infância e juventude (Lei 8.069/90); proibidade administrativa (Lei 8.429/92); controle de constitucionalidade (Leis 9.868/99 e 9.882/99); idosos (Lei 10.741/2003); e biossegurança (Lei 11.105/2005)” (A concomitância..., cit., p. 163).

³⁰⁵ No mesmo sentido, art. 213 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e arts. 461 e 632 e seguintes do Código de Processo Civil. Daí porque Rodrigo Mazzei sustenta que “a concepção do *microssistema jurídico coletivo* deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o *microssistema* é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo” (in *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 154).

entrega de coisa, expedir mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

Em observância à máxima efetividade da tutela executiva e ao menor ônus possível para o devedor³⁰⁶ (arts. 612 e 620 do CPC, respectivamente), o parâmetro legal daquela mitigação deve ser sempre a *medida mais apropriada ao caso concreto*, de acordo com o livre convencimento do juiz, pois não há dúvida de que uma coisa é o cumprimento espontâneo pelo devedor e outra, completamente diferente, é aquele decorrente da pressão exercida judicialmente.³⁰⁷

De fato, qualquer medida destinada à execução específica da obrigação ou à obtenção de resultado prático equivalente deve estar balizada pela sua *adequação e necessidade*. Não se admite a adoção arbitrária de eventual medida incapaz de atingir tais desideratos.³⁰⁸

Cândido Rangel Dinamarco, inclusive, defende acertadamente que “ao juiz impõe-se, caso a caso, a busca da linha de equilíbrio entre essas duas balizas [efetividade do crédito do exequente e respeito à integridade patrimonial do devedor], para *não frustrar o direito do credor nem sacrificar o patrimônio do devedor além do razoável e necessário*”.³⁰⁹

³⁰⁶ Princípios fundamentais do processo de execução para José Miguel Garcia Medina, os quais, aliás, estariam divididos em três grandes grupos, a saber: “os relativos aos pressupostos básicos da execução, onde estão os da *nulla executio sine título* e da execução sem título permitida; os relativos à estrutura ou forma da execução e sua relação com a cognição, onde estão os princípios da autonomia da execução e do sincretismo entre cognição e execução; e os relativos aos poderes do juiz e sua limitação quanto aos meios executivos suscetíveis de serem utilizados, estando-se diante da tipicidade e atipicidade das medidas executivas, *cujas aplicação é norteadas pelos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível*” (*Execução civil: Teoria geral. Princípios fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 57, destaquei).

³⁰⁷ Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 33. De acordo com o art. 24 do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública), “Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor”.

³⁰⁸ Kazuo Watanabe, *Tutela antecipatória e tutela específica...*, cit., p. 45.

³⁰⁹ *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 290-291.

Até porque não se pode esquecer que a conversão da obrigação em perdas e danos trata-se de mais uma hipótese *subsidiária e condicionada*, neste caso, à impossibilidade de satisfação de outro modo, sendo que a indenização apurada não excluirá a multa que tiver sido cominada.³¹⁰

Assim, mesmo em se tratando de obrigações fungíveis, sempre que possível, deve-se priorizar a execução específica da obrigação ou a obtenção de resultado prático equivalente à sua conversão em pecúnia.³¹¹

Isso, porém, não afasta a possibilidade de o exequente cumprir ou mandar terceiro cumprir a obrigação de fazer ou desfazer certo ato às expensas do executado (arts. 633, 634 e 643 do CPC), tampouco a utilização de medidas compensatórias³¹², as quais, como observa Carlos Alberto de Salles (embora focado no meio ambiente, mas aplicável aos demais casos), têm “a grande vantagem de mais eficientemente poder direcionar recursos para utilização no mesmo contexto ambiental no qual ocorre o dano, beneficiando mais diretamente os diversos interesses negativamente afetados pelo ato lesivo”.³¹³

³¹⁰ Neste sentido, v. Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 408. A esse propósito, o § 2º do referido art. 24 do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) é claro ao prever que “a indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível”.

³¹¹ A esse respeito, o § 1º do mesmo art. 24 do Projeto de Lei nº 5.139/09 referido na nota anterior também é claro ao afirmar que “a conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito”.

³¹² Ricardo de Barros Leonel fornece interessante exemplo que bem ilustra essa alternativa: “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 de compensação em espécie, determinando-se ao causador do dano a obrigação de trazer água de outra região para o abastecimento daquela atingida” (*Manual...*, cit., p. 409).

³¹³ *Execução judicial...*, cit., p. 320-321.

Daí, a razão pela qual, como mencionado acima, tem-se notado verdadeira tendência na prática forense à utilização daquelas técnicas³¹⁴, mediante provimentos mandamental ou executivo *lato sensu* ou, ainda, mediante a conjugação de ambos para se produzir resultados mais rápidos, práticos e satisfatórios nas ações coletivas com pedidos formulados visando à defesa dos interesses individuais homogêneos.

Por exemplo, cite-se a hipótese de ação coletiva ajuizada contra a cobrança abusiva de concessionária de distribuição de energia elétrica. Ao invés de simples condenação à devolução dos valores cobrados indevidamente, poder-se-ia determinar o seu desconto nas faturas vencidas.³¹⁵

Nesse exemplo, além de impor a condenação fixada em sentença, com esse provimento mandamental evitar-se-ia, de um lado, que toda a eficiência da molecularização das pretensões individuais se perdesse na sua execução atomizada e que isso ainda representasse um acréscimo numérico ao nosso já abarrotado Poder Judiciário, bem como, de outro, que o executado tivesse que dispor imediatamente de eventual quantia elevada, a qual, por vezes, poderia inviabilizar a continuidade da sua atividade empresarial.

Ricardo de Barros Leonel confirma essa possibilidade, afirmando que, “embora não haja autorização expressa em lei, nada impede que isso ocorra. Sempre que seja possível a tutela específica da obrigação ou provimento mandamental, que se resolve em um fazer ou observância de determinação judicial, isso é preferível, dispensando-se os indivíduos beneficiados pela sentença coletiva das agruras de milhares de processos individuais de execução por quantia”.³¹⁶

³¹⁴ Cândido Rangel Dinamarco explica que “a força das tendências metodológicas modernas aponta para a *excepcionalidade da solução pecuniária*, reconhecendo-se a sua ilegitimidade sempre que seja possível a execução específica” (*Fundamentos...*, cit., vol. I, p. 596).

³¹⁵ Luiz Guilherme Marinoni confirma essa possibilidade ao trazer exemplo semelhante na abordagem da fungibilidade da tutela inibitória e das formas para a sua execução (*Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 124).

³¹⁶ *Manual...*, cit., p. 411. No mesmo sentido, prevê o Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública): “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”.

Aliás, tal entendimento já foi plenamente acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “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. 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 subproduto dos sucessivos planos econômicos ocorridos na história recente do país” (REsp nº 767.741/PR, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Agostinho Beneti, j. 15.12.2009).

Não se nega, por óbvio, que a disciplina existente na legislação em vigor, especialmente com as alterações impostas ao Código de Processo Civil, já contenha valiosas ferramentas para a efetividade da execução específica ou da obtenção de resultado prático equivalente, imprescindíveis à processualística contemporânea, individual e coletiva, sobretudo diante da utilização dos meios de coerção e de sub-rogação.

Entretanto e em particular sobre a satisfação dos interesses individuais homogêneos, objeto do presente trabalho, também é inegável que a sistemática vigente ainda carece de outras ferramentas para tornar essa tutela jurisdicional mais efetiva, além de célere e pragmática, e, nessa medida, mais aderente aos reclamos inerentes a uma sociedade massificada em constante crescimento e modificação, como a nossa.

Por isso, sempre que também for possível, ou seja, sempre que *adequado e necessário*, parece-me extremamente interessante a ideia de delegação dos atos executivos praticados pelo próprio juízo para seus auxiliares ou para terceiros. Até porque a satisfação de tais interesses traz consigo a potencial propositura de múltiplos processos individuais. Isso não significa a “transferência” da investidura judicial, ou melhor, do poder decisório do juiz, mas

apenas da administração da sentença proferida, isto é, a observância do cumprimento dos seus termos.³¹⁷

Previsão semelhante, aliás, já integra o rol legislativo do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (conhecida como Lei Antitruste), que compõe o nosso microssistema coletivo (acrescentou alínea ao art. 1º da LACP³¹⁸) e que, em seu art. 63³¹⁹, prevê a possibilidade de intervenção na empresa quando necessária para a execução das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme procedimento disposto nos seus arts. 69 a 78 (Da Intervenção Judicial, Capítulo II do Título VIII dessa norma).

Kazuo Watanabe reconhece que aquela ideia está presente nessa lei, sendo que a sua implementação consiste na autorização para nomeação de terceiro, tal qual o *receiver* ou *master* ou *administrators* ou *committees* do direito norte-americano. Em suas palavras, “o *receiver* americano, em matéria de proteção do meio ambiente, pode ter a atribuição de administrar uma propriedade para fazer cessar a atividade poluidora, de desenvolver obra de despoluição e de ressarcimento dos danos resultantes da poluição. A Lei Antitruste (n. 8.884/94), ao cuidar do descumprimento de obrigação de fazer ou não, fala em ‘*todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa quando necessária*’ (art. 63), e também em ‘*afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor*’. O modelo desta última lei sugere a possibilidade de adoção de medidas assemelhadas àquelas adotadas pelo sistema norte-americano, que prevê as figuras do *receiver*, *master*, *administrators* e *committees*”.³²⁰

³¹⁷ Nesse sentido, o § 2º do art. 27 do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) estabeleceu que, “Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função”.

³¹⁸ Inciso V (“V - por infração da ordem econômica”), cuja redação foi, posteriormente, ampliada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, para o fim de prever: “V - por infração da ordem econômica e da economia popular”.

³¹⁹ “Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.”

³²⁰ Tutela antecipatória e tutela específica..., cit., p. 45.

Ricardo de Barros Leonel confirma que “a figura da intervenção judicial está prevista na Lei 8.884/94 (art. 69 ao art. 78), que trata da defesa da ordem econômica, e tem por finalidade, precisamente, o alcance da execução específica da obrigação”, bem como que, embora “exista a possibilidade de conversão da obrigação específica em obrigação pecuniária, de cunho subsidiário, não se pode descartar a possibilidade de intervenção judicial na entidade executada”. Em seguida, porém, esse autor adverte que, “sendo a intervenção judicial providência drástica, sua aplicação deve ocorrer apenas em caráter extremo e subsidiário, quando nenhuma outra medida menos gravosa para o executado se apresentar viável”.³²¹

Portanto, em âmbito coletivo, tenho para mim que certamente a possibilidade de nomeação de interventor para administrar a execução de sentença condenatória, em moldes similares ao que já se tem hoje em dia na Lei nº 8.884/94, seria mais uma valiosa ferramenta para o incremento da efetividade processual dessa tutela, principalmente, no tocante aos interesses individuais homogêneos, tendo em vista – repita-se – o potencial numérico que a sua satisfação pode representar.

A toda evidência, muito embora pareça mais condizente com a execução específica ou com a obtenção de resultado prático equivalente, acredito que essa ferramenta não precisa, necessariamente, limitar-se a essas técnicas processuais, podendo – reiterar-se –, se adequada e necessária, também ser utilizada para a execução por quantia.

Contudo, apesar de prevista em referida lei extravagante, entendo que tal possibilidade de nomeação de interventor para administrar a execução coletiva de outros interesses que não aqueles relativos ao abuso de poder econômico depende de expressa regulamentação, o que ora se sugere de *lege ferenda*.

³²¹ *Manual...*, cit., p. 423.

Diante do objetivo definido para o presente trabalho, uma vez apresentada a sistemática da execução nos interesses individuais homogêneos e tecidas breves considerações indispensáveis a seu respeito, cumpre demonstrar a sua insuficiência legislativa, por meio de uma análise que não se restrinja a ser crítica, mas, como também buscado nesta tese, sirva para contribuir de alguma forma para a melhoria daquela disciplina e, por consequência, para sua maior efetividade processual.

3.3. Informação insuficiente

Na primeira parte do capítulo anterior, examinou-se a chamada crise do processo em nosso ordenamento jurídico, sendo que, de acordo com o estudo realizado, verificou-se que, no Brasil, a democratização do acesso à Justiça (movimento decorrente do ideário reformador que tomou conta de diversos países ocidentais, especialmente no último quarto do século XX), fomentou a concentração do uso da máquina judiciária por “litigantes habituais” (*repeat players*), conforme clássica definição de Marc Galanter, notadamente, pelo próprio Estado, maior litigante do Poder Judiciário nacional.

Como resultado, constatou-se que vivemos uma situação paradoxal nos dias de hoje, pois, de um lado, o sistema judiciário é muito utilizado por poucos e, de outro, pouco utilizado por muitos.

Assim, se é verdade, como sustento, que o combate à crise do processo passa pelo adequado manejo dos instrumentos previstos em lei para a efetiva proteção de direitos e, nessa medida, que a tutela coletiva, sobretudo, a relativa aos interesses individuais homogêneos, dado o seu potencial numérico, é a resposta judicial mais célere, pragmática e econômica para a correta judicialização de grande parte dos conflitos multiplexos inerentes à nossa massificada sociedade contemporânea, não é menos verdade que a consecução dessas ideias depende fundamentalmente da devida informação dos jurisdicionados sobre a existência de tal meio de defesa e o seu objeto.

Não se trata, porém, de remontar ao estudo dos óbices econômicos, sociais e culturais ao pleno acesso à Justiça.³²² Mais do que isso, significa aproveitar as conquistas doutrinárias do passado e os melhores produtos desenvolvidos como referencial para avançar na construção daquele novo modelo judiciário proposto no capítulo anterior, mediante a priorização da tutela coletiva sobre a individual.

Para tanto, como também já se sustentou, é preciso haver uma mudança de mentalidade em nossa sociedade civil a respeito da garantia constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), a ser implementada por meio de um verdadeiro processo de *reeducação* do exercício da cidadania, capaz de, paulatinamente, facultar à população brasileira a assimilação das vicissitudes daquela forma de prestação da atividade jurisdicional.

E, para que isso ocorra, deve-se começar pela *informação suficiente* (= adequada) dos jurisdicionados sobre (i) a possibilidade de seus direitos individuais virem a ser tutelados coletivamente; e (ii) quando e como eles podem fazer uso dessa tutela.

Somente assim pode-se esperar que entendam que, nas hipóteses em que possível, a molecularização das suas pretensões (i) evita as notórias possíveis consequências da sua atomização (fonte de injustiças; sobrecarga do serviço judicial, com a consequente morosidade dos seus procedimentos e descrédito da sua atividade; desprestígio da magistratura; desestímulo intelectual dos magistrados; irritação dos jurisdicionados; comprometimento da segurança jurídica etc.); e (ii) somente serve para lhes beneficiar³²³, ante o efeito *erga omnes* da sua coisa julgada (art. 103, III, do CDC).

³²² Para um estudo mais aprofundado a respeito desses obstáculos, v. de minha autoria *Poderes investigatórios...*, cit., p. 27-34; e Boaventura de Sousa Santos, Introdução à sociologia da administração da justiça, in *Revista de Processo* 37, p. 121-139.

³²³ A esse respeito, em obra conjunta, José Manoel Arruda Alvim Netto, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins ressaltam que “as ações coletivas *beneficiam*, mas nunca *prejudicam*”, pois “o sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor *estabeleceu um meio de proteção a mais e não um sistema substitutivo do processo comum*” (*Código do consumidor...*, cit., p. 355). Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, porém, critica a não produção de efeito *erga omnes* na hipótese de improcedência da ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, a meu ver, com acerto, sob o fundamento de que representa violação ao princípio da isonomia. Em suas palavras, “ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O

Em outras palavras, busca-se, assim, impedir algo semelhante/paralelo ao fenômeno que Leslie Shérída Ferraz denominou *litigiosidade latente*, o qual, nos seus dizeres, corresponde à “completa inércia do cidadão, decorrente do ‘desconhecimento’” do seu direito. Diferentemente do que se verifica na litigiosidade contida, em que “a parte sabe qual é o seu direito, mas ‘reprime-o’; na latência, o sujeito sequer tem discernimento para detectar a existência de um direito material passível de reivindicação”.³²⁴

Portanto, antes mesmo da preocupação com a sua satisfação, a primeira questão que chama a atenção para o incremento da efetividade processual da proteção dos interesses individuais homogêneos é a atual *informação insuficiente* dos jurisdicionados a respeito da tutela coletiva de determinadas lesões sofridas e do modo de aproveitamento de eventual direito declarado em um título executivo.

Isso porque a experiência prática tem demonstrado que, ainda hoje em dia, a imensa maioria das pessoas não sabe que seus direitos podem ser defendidos coletivamente em algumas ocasiões, nem se e quando eles são reconhecidos, tampouco como tirar proveito disso.

Cândido Rangel Dinamarco explica que, nos países latino-americanos, “fatores atávicos e históricos, associados às injustiças de uma distorcida distribuição de riquezas, são responsáveis por um estado de alienação e indiferença, maior ou menor nos diversos países mas que, em diversas medidas, põem os membros da população à margem da vida do processo e ignorantes das ofertas de tutela jurisdicional, inerentes ao sistema”.³²⁵

processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes” (A coisa julgada e os processos coletivos no direito vigente e no projeto da nova lei da ação civil pública (PL nº 5.139/2009), in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 72-73).

³²⁴ *Acesso à Justiça...*, cit., p. 88.

³²⁵ *Fundamentos...*, cit., vol. II, p. 752.

Contudo, como bem questiona José Marcelo Menezes Vigliar, “qual a utilidade de se lançar mão da tutela jurisdicional coletiva, para a defesa de interesses individuais de origem comum (art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/1990), se, ao final da demanda, os interessados sequer terão a noção de que seus direitos já foram defendidos? Para que uma tutela jurisdicional coletiva se, ao final, o interessado não detém a possibilidade de fazer valer na prática o que o comando jurisdicional decidiu, ou seja, a execução do título executivo judicial, precedido da liquidação para a aferição do *quantum debeatur* de cada um dos interessados?”³²⁶

A toda evidência, aquela informação suficiente também passa pela eficiente comunicação, não apenas entre a coletividade, mas entre os próprios entes legitimados (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) sobre as iniciativas adotadas para o exercício dessa espécie de amparo, pois, em geral, o que também se verifica na prática é que a atuação de um é descomprometida com a dos demais, o que significa que ora agem concomitantemente, mas em separado, e ora deixam de agir, talvez, esperando que outro o faça.

A meu ver, essas situações, decorrentes de tal informação insuficiente, são as principais responsáveis pela precariedade da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos no Brasil. Afinal, se alguém desconhece a existência de um direito, como esperar que possa exigí-lo?

3.3.1. Da figura dos interesses individuais homogêneos

Como se teve a oportunidade de expor, apesar de introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 7.913/89, relativa à proteção dos investidores no mercado acionário, os interesses individuais homogêneos apenas foram previstos e conceituados legalmente com o advento do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, III).

³²⁶ Alguns aspectos..., cit., p. 328.

Muito embora já se tenham passado mais de vinte anos da sua positivação, a disseminação da figura de tais interesses, ou seja, da possibilidade da tutela jurisdicional de direitos puramente individuais homogeneizados por sua origem comum, ainda é muito tímida e quase que restrita ao meio jurídico, onde, como afirmado, ela continua a enfrentar (infundadas) resistências ao seu reconhecimento como forma coletiva de defesa e (ilegais) limitações à sua abrangência material.

De fato e a despeito das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, (i) não há fomento governamental ou não-governamental permanente para tal divulgação, sendo certo que esta, quando existe, é pontual e esporádica e sempre feita de maneira singela e superficial; (ii) com exceção do Ministério Público³²⁷ (muito em decorrência do princípio da obrigatoriedade ao qual está vinculado), os demais legitimados possuem uma notória atuação fraca em juízo e fora dele; e (iii) o povo brasileiro, frustrante e sabidamente, não prima por um caráter associativo.³²⁸

Por consequência, os interesses individuais homogêneos permanecem sendo um *grande desconhecido* do público em geral, pouco prestando às finalidades que ensejaram a sua conceituação e positivação, quais sejam, ampliar o acesso real à Justiça, bem como propiciar economia e efetividade processuais (evitar a propositura de um sem-número de ações judiciais substancialmente iguais e a possibilidade de decisões contraditórias sobre questões jurídicas idênticas, além de judicializar determinado dano que, insignificante em âmbito individual, torna-se expressivo em âmbito coletivo), e, nessa medida, pouco servindo igualmente ao combate da crise do processo.

³²⁷ Apesar de antigo, o estudo de campo realizado por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro no Foro Central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que, entre os anos de 1987 e 1996, constatou que 60,92% das ações civis públicas ajuizadas o foram pelo Ministério Público Estadual, ainda guarda atualidade e serve de bom exemplo para demonstrar essa primazia da atuação ministerial (*Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 185). Em estudo mais recente, José Geraldo Brito Filomeno confirma essa primazia ministerial (Ação coletiva consumerista: avanços e recuos, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 820).

³²⁸ A esse respeito, v. de minha autoria *Poderes investigatórios...*, cit., p. 175-179.

A prova mais evidente disso são os incontáveis processos com a mesma origem comum, ou seja, com a mesma causa de pedir, que superlotam e insistem em superlotar o nosso Poder Judiciário cada dia mais.

Cite-se, por exemplo, a verdadeira corrida à Justiça que representou a ampla divulgação pela mídia, em meados do ano de 2007, do prazo prescricional para os poupadores de, aproximadamente, 80 milhões de contas que perderam rendimento de suas aplicações após a criação do chamado Plano Bresser em 12 de junho de 1987, requererem judicialmente o ressarcimento de cerca de R\$ 1,6 trilhão, referente à correção do indexador do investimento, o que culminou em enormes filas em frente aos fóruns de todo o país nos dias que antecederam o término desse prazo.

Por tais motivos, é imprescindível que a informação a respeito da figura dos interesses individuais homogêneos seja *suficiente*, isto é, capaz de atingir o público em geral e não apenas os operadores do Direito e demais pessoas que, por aspectos pessoais ou profissionais, acabam vindo a tomar conhecimento de questões jurídicas e dos seus respectivos meios de proteção jurisdicional.

E, para que a prestação dessa informação seja eficiente, é fundamental que seja entendida como um *serviço de utilidade pública*, haja vista que destinada à conscientização do povo brasileiro sobre os seus direitos e respectivo modo de exercício, ou seja, condizente com o já referido ideário de ampliação do acesso real à Justiça (acesso à ordem jurídica justa) que fundamentou a introdução e fundamenta a existência do processo coletivo no ordenamento jurídico pátrio.

Até porque, como bem ressaltado por Angela Carboni Martinhoni Cintra, “uma sociedade bem informada é a base sólida para o desenvolvimento cultural e intelectual do ser humano”.³²⁹

³²⁹ A publicidade dos atos do Poder Judiciário, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 51.

Somente assim será possível haver um esforço conjunto e concomitante da Administração Pública e da sociedade civil para a sua realização prática e, por conseguinte, para a implementação da mudança de mentalidade proposta anteriormente. Em outras palavras, a alteração do panorama atual relativo à figura dos interesses individuais homogêneos também está condicionada a um necessário reforço do próprio senso de cidadania.

Caso contrário, o que se continuará a assistir será a progressiva consolidação daquela situação paradoxal a que se fez referência acima e da inefetividade do nosso sistema processual, com o consequente agravamento dos efeitos inerentes à crise do processo (o que, porém, infelizmente, não se duvida que aconteça dada a já mencionada ausência de vontade política para a implantação de necessárias transformações no Poder Judiciário nacional).

Portanto, se não se quiser manter como letra morta para a imensa maioria da população brasileira, servindo apenas de mero instrumento jurídico sem nenhuma ou muito pouca utilidade prática para a efetiva reparação de danos ou perigos de danos decorrentes de uma origem comum, a adequada tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos depende essencialmente da suficiente divulgação da sua figura ao público em geral por todos aqueles que têm o *poder* e, sobretudo, o *dever* de fazê-lo.

3.3.2. Do título executivo

De nada adianta, contudo, promover a ampla divulgação da possibilidade de direitos individuais serem tutelados de modo coletivo e de como os jurisdicionados podem aproveitar essa tutela se, em momento oportuno, continuar a não ser feita a devida publicidade da existência de eventual título executivo (ou seja, sentença condenatória genérica ou compromisso de ajustamento de conduta) e do seu respectivo teor, quer entre a coletividade, quer entre os próprios entes legitimados.

3.3.2.1. Entre a coletividade

De acordo com a sistemática para a satisfação dos interesses individuais homogêneos apresentada anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor não previu, nos seus arts. 95 a 100, a forma de divulgação da correspondente sentença condenatória genérica. Ou melhor, até pretendeu dispor sobre a matéria em seu art. 96³³⁰, ao estabelecer que seria publicado edital após o trânsito em julgado dessa decisão. Todavia, esse dispositivo foi vetado, porque seu texto fazia remissão ao art. 93, quando o correto seria ao art. 94.³³¹

Isto significa que, na prática, tal decisão deve observar o procedimento normal relativo às intimações de atos processuais disciplinado pelos arts. 234 e seguintes do Código de Processo Civil, diante da sua aplicação subsidiária ao diploma consumerista (art. 90 do CDC), ou seja, a decisão será realizada mediante publicação no respectivo órgão oficial.

Ocorre que essa forma de divulgação, em geral, acaba por restringir a ciência do conteúdo daquela sentença ao juiz que a proferiu, às partes, aos seus procuradores e a algumas outras poucas pessoas que tiveram acesso aos autos, notadamente, os serventuários do respectivo cartório.³³² Salvo esses envolvidos com o processo, por razões particulares ou profissionais, e algumas raríssimas exceções, é preciso convir que mais ninguém tem interesse em ler as publicações oficiais.

³³⁰ Texto vetado: “Art. 96 - Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93”.

³³¹ Nesse sentido, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários...*, cit., p. 821. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, “cuidava-se de mero equívoco de datilografia ou de numeração: parece-nos claro que a remissão correta seria ao parágrafo único do art. 97, onde se previa que ao liquidante só caberia provar ‘o nexo de causalidade, o dano e seu montante’” (*Comentários...*, cit., p. 345).

³³² Essa situação parece-me ainda mais grave no caso da celebração de compromisso de ajustamento de conduta, na medida em que esse contingente de pessoas que tem acesso a esse título executivo é, em geral, ainda menor do que aquele que tem acesso a eventual sentença condenatória genérica.

E nem poderia ser diferente, pois, como observa Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, “essas publicações, por evidente, têm como destinatários os advogados das partes, uma vez que a eles cabe o dever de, continuamente, ‘procurar’ em nome do constituinte conceito que abrange a própria leitura dos atos publicados no órgão oficial (ou de algum outro modo, acesso a eles)”.³³³

Ocorre que, sem que haja a ampla informação da sentença condenatória, como é que se pode esperar que os seus beneficiários possam ter conhecimento a respeito da sua existência e do seu teor para, assim, tirar o devido proveito?

É evidente que os moldes atuais definidos para a informação dos interessados sobre a formação de tal título executivo também são *insuficientes*, para não se dizer contrários ao ideal de ampliação do acesso real à Justiça e à garantia de facilitação da defesa em juízo, assegurada como um direito básico do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC).³³⁴

Em que pese o mencionado veto, a interpretação analógica do Código de Defesa do Consumidor impõe que, *no mínimo*, seja conferido ao título executivo referente à tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos *a mesma publicidade* dada às ações coletivas ajuizadas, qual seja, por meio de *editais*, em conformidade com o disposto no seu art. 94³³⁵.

³³³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 236.

³³⁴ Ada Pellegrini Grinover também já constatou e registrou que “o desconhecimento da existência de liminares e da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 15).

³³⁵ “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

Até porque cumpre ao juiz observar o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, e 93, IX) e, nessa medida, valer-se dos seus poderes³³⁶ para efetivar os objetivos colimados pelo legislador pátrio para o processo coletivo voltado à defesa daqueles interesses.³³⁷

Tanto assim que Ada Pellegrini Grinover é enfática ao asseverar que o fato de “que a divulgação é imprescindível, não se discute. Se a medida já é aconselhável no momento da propositura da ação, (...) ela se torna absolutamente necessária quando se trata de dar conhecimento às vítimas e a seus sucessores do trânsito em julgado da sentença condenatória, com a finalidade de possibilitar a habilitação destes no processo, por intermédio do processo de liquidação”.³³⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso confirma que não existe “razão plausível para que assim não proceda no momento do trânsito em julgado, já que será preciso dar notícia da matéria decidida à coletividade dos consumidores interessados”.³³⁹

Não obstante, é igualmente imprescindível que aquela divulgação exceda os meros limites judiciais, a fim de conseguir alcançar o grande público e, com isso, oportunizar que realmente *todos* os interessados saibam da existência e do conteúdo de tal título executivo, para, então, aproveitá-lo, liquidando-o, se necessário, e, posteriormente, executando-o.

³³⁶ A esse respeito, entre outros, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. Já para uma abordagem específica em âmbito coletivo, v. Swarai Cervone de Oliveira, *Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009.

³³⁷ Leandro Katscharowski Aguiar sustenta que “o juiz, em observância ao princípio da publicidade dos atos processuais, deverá proceder à publicação desse provimento por meio de *editais*, e da forma mais adequada possível, para que todos os interessados tenham conhecimento de seu teor e, assim, possam habilitar-se através da ação de liquidação” (*Tutela coletiva...*, cit., p. 58).

³³⁸ *Código brasileiro...*, cit., p. 153.

³³⁹ *Manual do consumidor...*, cit., p. 248.

Por esse motivo e com acerto a meu ver, Elton Venturi defende que “a responsabilidade pela ampla divulgação, que não pode prescindir inclusive dos órgãos de imprensa, não fica restringida ao Poder Judiciário. Com efeito, o ente que moveu a ação coletiva (v.g., a associação ou o Ministério Público) tem por dever diligenciar para que não se torne inócua a própria demanda coletiva de classe em função do desconhecimento, por parte dos componentes desta, da existência e dos termos da condenação”.³⁴⁰

No mesmo sentido, Érica Barbosa e Silva sustenta que “não basta a publicação de editais nos Diários Oficiais, mas deve se dar publicidade em meios de grande circulação para que todos os interessados possam tomar conhecimento de seu teor e, assim, habilitar-se por meio da liquidação, efetivando o verdadeiro objetivo da condenação genérica”.³⁴¹

Igualmente, Luiz Antônio Rizzatto Nunes reconhece que “se os próprios autores divulgarem a sentença e, do mesmo modo, a imprensa, o efeito propagador será bastante eficiente”.³⁴²

Sem dúvida, para que seja *suficiente* para a coletividade, a informação a respeito de eventual título executivo relativo à tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos precisa extrapolar o âmbito judicial. Para tanto, em minha opinião, *cabe ao juiz*, enquanto parte do seu ofício, *e ao autor coletivo*, enquanto parte da sua função, zelarem para que isso aconteça *da maneira mais produtiva e eficiente possível* diante das peculiaridades do caso concreto.

³⁴⁰ *Execução...*, cit., p. 135.

³⁴¹ *Cumprimento...*, cit., p. 117.

³⁴² *Comentários...*, cit., p. 821.

Por isso, além do que já se colhe na doutrina, a par dos órgãos oficiais e da mídia mais apropriada para a consecução de tal finalidade, entendo que referida divulgação também pode vir a constar como *obrigação adicional* imposta ao causador do dano, hipótese em que deverá ser devidamente justificada na sentença condenatória e integrar o seu dispositivo ou resultar de acordo expresso em cláusula do compromisso de ajustamento de conduta, mas, apenas e tão somente, quando tal providência se mostrar *absolutamente indispensável* para a suficiente informação da coletividade lesada.

Nessas circunstâncias, poder-lhe-ia ser determinado ou, com ele, acordado que será de sua responsabilidade e, portanto, correrá às suas expensas levar ao conhecimento das vítimas ou dos seus sucessores o teor do respectivo título executivo formado, mediante, por exemplo, a inserção de ícones em seus *sites* na internet ou de informes constantes de suas faturas, encartes promocionais, talões de cheques etc.

Somente por meio da divulgação *mais abrangente possível* desse título executivo entre a coletividade é que se facultará a possibilidade de a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos ser efetiva para os interessados e, assim, contribuir para a afirmação da mudança de mentalidade proposta neste trabalho e, por consequência, para o combate da crise do processo.

3.3.2.2. *Entre os entes legitimados*

Como afirmado, a informação a respeito da existência e do conteúdo de eventual título executivo relativo à defesa coletiva de interesses individuais homogêneos também é *insuficiente* entre os legitimados ativos (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) ao seu exercício. Na verdade, mais do que o título executivo em si, tal falta de informação compreende a própria forma de atuação desses entes para a sua obtenção.

De fato, por meio de uma ação desorganizada e independente, que tem se mostrado ora excessiva, ora deficitária, eles têm comprometido a funcionalidade do modelo projetado pelo legislador pátrio e, por conseguinte, a efetividade daqueles interesses.

A explicação para isso é que, no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos está pautada pelo *dever* ou pelo *interesse*, isto é, a sua prática se dá, entre nós, ou pela obrigação funcional (como no caso do Ministério Público³⁴³) ou pela conveniência de agir (como, por exemplo, no caso de uma associação).

Ocorre que não existe nenhum instrumento à disposição daqueles entes que lhes permita tomar conhecimento sobre eventual apuração e/ou reparação de uma lesão ou ameaça de lesão decorrente de uma origem comum (repita-se: com a mesma causa de pedir) que esteja sendo realizada por outro legitimado.

Logo, de acordo com o sistema vigente em nosso país, esses entes não têm como saber *se* e *como* um dano ou perigo de dano a interesses individuais homogêneos está sendo ou já foi tutelado e, por conseguinte, não têm como coordenar a sua atuação nesse sentido.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogerio Favreto, inclusive, ressaltam que “não há qualquer sentido que no direito brasileiro não haja controle sobre a quantidade e o objeto das diversas ações coletivas em tramitação, havendo total desconhecimento pelos operadores do direito a respeito de tais dados”.³⁴⁴

³⁴³ Em trabalho anterior, critiquei a obrigatoriedade dessa atuação, por impedir que o *Parquet* intervenha de modo eficiente em todas as hipóteses para as quais está autorizado por lei (*Poderes investigatórios...*, cit., p. 177). No mesmo sentido, Marcelo Zenkner aduz que “é inegável que o excesso de intervenções por parte do Ministério Público em processos cujo objeto envolve interesses estritamente particulares ou individuais acaba prejudicando sobretudo a proteção e a defesa dos direitos transindividuais, principalmente se considerarmos as enormes lacunas existentes nos quadros do Ministério Público em todo Brasil (*Ministério Público e efetividade do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 138). Não obstante, como bem lembra Hugo Nigro Mazzilli, “se o Ministério Público não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifique* a hipótese em que a lei exija sua atuação, ao contrário, tem ampla liberdade para apreciar *se ocorre hipótese* em que sua ação se torna obrigatória” (A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 270).

³⁴⁴ O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 392.

Por óbvio, a resposta para essa situação também está condicionada à informação suficiente desses próprios atores processuais, pois, somente dessa forma, terão elementos objetivos para organizarem a sua ação, mediante a avaliação da necessidade de gastarem tempo e dinheiro em determinada iniciativa ou da possibilidade de auxiliarem alguma que já esteja sendo adotada por outro colegitimado.

A esse respeito, destaque-se a edição da Resolução Conjunta nº 2, de 21 de junho de 2011, resultado da parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da qual foi instituído o denominado Cadastro Único para o registro das informações relativas aos inquéritos civis, compromissos de ajustamento de conduta e ações coletivas em trâmite no Brasil.

De acordo com os seus “considerandos”, a sua intenção foi conciliar os papéis de coordenação, uniformização e harmonização desses Conselhos no tocante às políticas relativas aos processos coletivos e, nessa medida, permitir ao Conselho Nacional de Justiça trabalhar junto com o Conselho Nacional do Ministério Público nas matérias em que os interesses sejam complementares.

Já as principais justificativas da Resolução foram: (i) a importância daqueles instrumentos (inquéritos civis, compromissos de ajustamento de conduta e ações coletivas) para a atividade jurisdicional do Estado nos dias de hoje; (ii) a necessidade de criação de meios para ajudar e simplificar essa atividade jurisdicional; e (iii) a busca pela sua maior efetividade, tudo com vistas a fomentar o exercício da cidadania.

No ponto, destaque-se que a pretensão do legislador pátrio coaduna-se com a ideia defendida neste trabalho a respeito do necessário reforço do senso cívico como forma de melhorar a prestação do serviço jurisdicional estatal.

Nos termos daquela Resolução, até 31 de dezembro de 2011, deverão ser implantados bancos cadastrais que, operacionalizados por referidos Conselhos, reúnam os dados referentes, respectivamente, a todos inquéritos civis, compromissos de ajustamento de

conduta e ações coletivas no país. Tal Cadastro será alimentado por meio eletrônico, com base na tabela de numeração única já implantada em quase todos os tribunais brasileiros.

Embora só o tempo vá dizer se os resultados dessa medida foram positivos ou negativos, vejo-a com muito bons olhos, já que condizente com a ideia de informação suficiente dos entes legitimados desenvolvida acima.

Se, como indicam, apresentarem-se como bancos de dados completos e atualizados, tais cadastros têm tudo para, se não suprirem (uma vez que isso também depende da boa vontade daqueles entes), ao menos, contribuírem bastante para a melhoria da divulgação da sua atuação e, por via de consequência, da existência e do teor de títulos executivos coletivos em nosso país.

Com isso, espera-se deixar de assistir às atuais ações desorganizadas e independentes no exercício da tutela coletiva a que se fez referência acima, sobretudo, dos interesses individuais homogêneos, para se passar a presenciar a adoção de atitudes coordenadas e, sempre que possível, conjuntas entre tais entes, não apenas visando a otimizar o seu trabalho, mas, principalmente, a produzir os melhores resultados para os seus beneficiários e, nessa medida, tornar o sistema processual coletivo projetado pelo legislador pátrio mais funcional e efetivo.

3.4. Legitimidade

No estudo da sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, outra questão que chama atenção diz respeito à legitimidade para a sua promoção.

Isso porque essa legitimidade corresponde aos procedimentos que revelam a característica marcante da *divisibilidade* do direito material de cada beneficiário dessa espécie de tutela, cujo tratamento processual coletivo que lhe foi conferido até esse momento, como já esclarecido, havia se dado por mera opção de política legislativa.

De acordo com o art. 91 do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁵, a ação coletiva para a apuração de responsabilidade por danos individualmente sofridos poderá ser proposta, *concorrente* e *disjuntivamente*, pelos entes legitimados pelo art. 82 desse mesmo diploma (e, por conseguinte, também por aqueles previstos no art. 5º da LACP, ante a aplicação subsidiária dessa norma nos termos do art. 90 do CDC). *Concorrente*, porque outorgada a diversos entes e *disjuntiva*, porque qualquer legitimado pode atuar em juízo autonomamente aos demais.

Hugo Nigro Mazzilli explica que “é *concorrente* e *disjuntiva* a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É *concorrente*, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; e *disjuntiva* porque não precisam comparecer em litisconsórcio”.³⁴⁶

O ordenamento jurídico brasileiro em vigor legitimou especificamente apenas alguns entes (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações) para o processo de conhecimento destinado ao amparo coletivo de interesses individuais homogêneos.

Contudo, conforme a sistemática apresentada, a liquidação e a execução da sentença condenatória genérica proferida nessa demanda poderão ser promovidas não somente por aqueles entes, como ainda pelas vítimas dos danos sofridos ou pelos seus sucessores (art. 97 do CDC).

³⁴⁵ “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.”

³⁴⁶ *A defesa...*, cit., p. 298. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 155. Sobre a natureza jurídica dessa legitimação, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública...*, cit., p. 107-110.

3.4.1. *Legitimidade individual*

Como mencionado, o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁷ estendeu às vítimas e aos seus sucessores a legitimidade para a promoção da liquidação e da execução da sentença condenatória genérica relativa à tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. Não resta dúvida, portanto, de que a legitimidade individual é concorrente à coletiva nesses procedimentos.

Ocorre que a dificuldade acerca desse tema não é se essa legitimação é concorrente, mas sim se ela também continua a ser disjuntiva, isto é, se há ou não prevalência do *exercício* da legitimidade individual sobre a coletiva.

A esse respeito, referido dispositivo legal não fez nenhuma ressalva. Ou seja, segundo esse texto de lei, ainda seriam disjuntivas, já que não há menção à prevalência da legitimidade individual sobre a coletiva para a liquidação e a execução daquela sentença condenatória genérica.

Entretanto, a previsão normativa do art. 97 do Código de Defesa do Consumidor mostra-se *falha* quando apreciada à luz da sistemática prevista para a satisfação dos interesses individuais homogêneos. Basta passar-se à leitura do artigo seguinte para se verificar esse equívoco e, conseqüentemente, a primazia da atuação individual sobre a coletiva.

De fato, o *caput* do art. 98 desse mesmo diploma³⁴⁸ condiciona a execução coletiva de tal sentença condenatória genérica à sua prévia liquidação pelas vítimas (ou pelos seus sucessores, por óbvio).

³⁴⁷ “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.”

³⁴⁸ “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.”

Como se não bastasse, adiante (e não em seguida como deveria ser), o *caput* do art. 100³⁴⁹ também condiciona a liquidação e a execução coletiva da indenização globalmente devida à inércia, no prazo de um ano, dos beneficiários em número compatível com a gravidade do dano causado.

Logo, é claro que o sistema processual brasileiro *prefere* o exercício da legitimidade individual sobre a coletiva na promoção da liquidação e da execução da sentença condenatória genérica relativa à tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. Isso porque, em tese, os titulares dessa decisão estão mais habilitados e qualificados para cumprirem as exigências legais relativas à realização de tais procedimentos do que os entes legitimados.

Como afirma Érica Barbosa e Silva, “nesse momento, há uma busca pela reparação individual ligada ao dano que foi reconhecido na sentença genérica. O ressarcimento devido em caráter genérico agora será individualizado. Está claro que o próprio lesado terá mais condições de demonstrar o seu dano pessoal. Outrossim, o nexos com o dano globalmente reconhecido e o *quantum debeat* equivalente a sua parcela serão mais facilmente [demonstrados] se individualmente”.³⁵⁰

Realmente, não é necessário grande esforço intelectual para se constatar que, em teoria, é mais fácil para cada vítima (ou seus sucessores) comprovar o dano que sofreu, especificá-lo e ainda demonstrar o seu nexos de causalidade com a conduta do réu declarada ilícita pela referida sentença condenatória genérica do que para o autor coletivo. Essa facilidade, porém, não significa que essa seja a forma mais eficiente de satisfazer aquela tutela, isto é, que seja a melhor na prática, conforme será examinado a seguir.

³⁴⁹ “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.”

³⁵⁰ *Cumprimento...*, cit., p. 106.

De todo modo, em conformidade com a sistemática vigente, pode-se afirmar, portanto, que a legitimidade individual é *concorrente*, mas *não disjuntiva* à legitimidade coletiva para a execução nos interesses individuais homogêneos.³⁵¹

3.4.2. Legitimidade coletiva

No estudo da tutela jurisdicional coletiva, sabe-se que o correto equacionamento da legitimação a um representante adequado (*adequacy of representation*) depende da adoção de uma nova visão do processo, necessariamente dissociada das premissas que fundamentam o processo individual tradicional, tendo em vista que, dela, resulta toda regularidade e eficiência daquela espécie de amparo. Ricardo de Barros Leonel, inclusive, afirma tratar-se do “pressuposto” da sua efetividade.³⁵²

Após inúmeras e infundadas críticas suscitadas no passado, a moderna doutrina processual civil já deixou claro que a opção por um ente para defender em juízo os interesses de classe, grupo ou categoria (como, no sistema brasileiro, mediante prévia identificação definida em lei³⁵³ e desde que aferida a sua pertinência temática) não implica nenhuma violação às garantias constitucionais dos interessados relativas ao processo (contraditório, ampla defesa etc.).³⁵⁴

³⁵¹ Nesse sentido, embora confundindo o conceito de legitimação disjuntiva com o de concorrente, Patrícia Miranda Pizzol assevera “que não se trata, na hipótese, de legitimidade concorrente, pois as vítimas têm preferência com relação aos demais legitimados na propositura das liquidações” (*Liquidação...*, cit., p. 184).

³⁵² *Manual...*, cit., p. 163.

³⁵³ Diversamente ocorre no sistema norte-americano, de onde foi “importada” essa ideia, pois, lá, tal identificação compete ao juiz da ação e é realizada caso a caso, ou seja, existe um controle judicial acerca da representatividade adequada (*adequacy of representation*), até porque, em teoria, todo indivíduo está legitimado a ajuizar uma ação de classe (*class action*) (Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, *Civil procedure*, St. Paul, MN: West Publishing, 1999, p. 759-768).

³⁵⁴ Nesse sentido, v. Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 272; Ugo Ruffolo, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore. Il problema e Il metodo – Legittimazioni, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 47; e, entre nós, Ada Pellegrini Grinover, O novo processo do consumidor, in *Revista de Processo* 62, p. 146.

Naquele estudo, sabe-se também que o referido vínculo da pertinência temática é o elemento objetivo qualificador da legitimidade ativa.³⁵⁵ Trata-se do elo existente entre o direito tutelado e o ente legitimado. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, consiste em “requisito indispensável, que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse”.³⁵⁶

Daí porque Susana Henriques da Costa esclarece que “a verificação da representatividade adequada é, antes de tudo, uma garantia de que o interesse em juízo será devidamente tutelado, de que os princípios constitucionais do devido processo legal serão observados, ou seja, de que os atingidos pela lesão afirmada nos autos e que serão abarcados pelos efeitos da sentença foram efetivamente ‘representados’”.³⁵⁷

Ou seja, a prévia estipulação legal dos entes legitimados à tutela jurisdicional coletiva não afasta o controle a ser realizado pelo juiz da causa sobre a efetiva aptidão (pertinência temática) de cada um desses entes no caso concreto.³⁵⁸

No item acima, reiterou-se que, além da vítima e de seus sucessores, a liquidação e a execução da sentença condenatória genérica proferida na ação coletiva para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos também podem ser promovidas pelos legitimados por meio do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (art. 97 do CDC).

³⁵⁵ O que demonstra que a aferição da representatividade adequada no Brasil *não* é feita apenas em abstrato pelo legislador (*ope legis*), ao contrário do que parte da doutrina sustenta, como, por exemplo, Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, cit., p. 201; e Maximilian Fierro Paschoal, A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 891.

³⁵⁶ *A defesa...*, cit., p. 275.

³⁵⁷ A representatividade adequada e litisconsórcio – O projeto de lei nº 5.139/2009, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 631.

³⁵⁸ Nesse sentido, v. Cássio Scarpinella Bueno, *As class actions norte-americanas...*, cit., p. 129.

Ocorre que esses procedimentos visam a individualizar a pretensão inicial que, por questão de política legislativa, foi veiculada de forma coletiva. Por isso, a dúvida que surge é como conciliar esse *caráter pessoal*³⁵⁹ com aquela legitimidade coletiva outorgada pela lei, isto é, com a necessária pertinência temática do representante adequado.

Ou, como coloca Ricardo de Barros Leonel, “o problema é que sendo a sentença condenatória genérica, e versando apenas sobre o aspecto *uniforme e homogêneo* da lesão aos interesses individuais homogêneos, na fase de liquidação prevaleceriam os aspectos *desuniformes e heterogêneos* do conflito, exigindo tratamento individualizado”.³⁶⁰

Para a análise dessa questão, é preciso recordar que o Código de Defesa do Consumidor previu duas formas distintas de execução coletiva nos interesses individuais homogêneos: uma, por meio do agrupamento de execuções individuais (art. 98 do CDC) e outra, mediante a consideração do dano globalmente causado, hipótese subsidiária e condicionada à falta de habilitações em número compatível com a gravidade do dano no prazo de um ano (art. 100 do CDC).

Nesta forma, não vejo problema para a referida conciliação, pois, de acordo com a sistemática apresentada, o seu produto será revertido para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, ou seja, apesar daquele caráter pessoal, o ente legitimado continuará atuando em nome da coletividade, mas, agora, não apenas daquela lesada, e sim daquela correspondente ao universo de todas as pessoas indistintamente consideradas.

³⁵⁹ A expressão é de Érica Barbosa e Silva, que sustenta que, “no cumprimento da sentença genérica, a indivisibilidade do objeto da fase de conhecimento da Ação Coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos se perde, dando lugar à pretensão individual. O objeto litigioso se transforma, alteração que atinge a legitimidade” (*Cumprimento...*, cit., p. 105 e 107).

³⁶⁰ *Manual...*, cit., p. 412.

Todavia, naquela forma executiva (art. 98 do CDC), a reparação será destinada às vítimas ou aos seus sucessores, o que significa dizer que, nesse caso, o ente legitimado não atuará mais em nome da coletividade, mas passará a *representá-la*, total ou parcialmente, em juízo para a satisfação dos interesses particulares de todos ou parte dos seus integrantes. Neste ponto, então, entendo que reside a problemática inserta ao tema, uma vez que tal legitimado estará agindo em nome de outrem e defendendo direito também de outrem.

Embora representantes adequados previamente identificados pela lei, questiona-se, assim, a legitimação de alguns entes para a promoção dessa execução coletiva, ou seja, a falta de pertinência temática entre os seus fins institucionais e o objeto desse direito.

A meu ver, a resposta para esses questionamentos não está relacionada ao fenômeno processual (representação ou substituição) ou à etapa em que o processo se encontra, mas sim ao próprio processo.

A legitimidade do ente deve ser aferida por ocasião do ajuizamento da ação coletiva, pois é nesse momento que a sua atuação se mostrará ou não pertinente às suas finalidades institucionais.

Como novamente esclarece Susana Henriques da Costa, “as condições da ação [como a legitimidade ativa] não podem ser consideradas matéria processual, desvinculada do objeto do processo, simples preliminares ao exame do mérito. Elas constituem premissas lógicas para a solução do litígio, são questões de mérito. Destarte, a sentença proferida no processo, que o extingue por ausência de uma das condições da ação, examina alguns dos fundamentos do pedido feito pelo autor na inicial e, em consequência, decide a respeito dele no sentido da improcedência”.³⁶¹

³⁶¹ *Condições da ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 97.

Até porque o condicionamento a tal requisito decorre de mera construção técnico-processual, haja vista que a garantia a uma tutela jurisdicional efetiva, na verdade, advém do modelo constitucional de processo, concebido para assegurar um método de solução de controvérsias.³⁶²

Ora, considerando que (i) a natureza jurídica do direito tutelado não se modifica conforme a etapa em que o processo se encontra (desde o começo, na hipótese em estudo, os interesses individuais homogêneos são direitos individuais em essência); e (ii) a devida proteção jurisdicional de qualquer direito não se limita à prolação da respectiva sentença de mérito, mas compreende também a sua satisfação, como ressaltado na introdução deste trabalho (caso contrário, não teria porque tanto se buscar, justamente, a chamada efetividade processual), tenho para mim que se certo ente (aferida a sua pertinência temática) está legitimado a ajuizar determinada ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, por igual razão possui legitimidade para satisfazer a correspondente tutela jurisdicional prestada.

Negar essa possibilidade com base no caráter pessoal da liquidação e da execução daquele título executivo ou no fato do ente representar e não mais substituir processualmente os lesados, equivale negar a eficiência e, mais, a efetividade do próprio tratamento processual coletivo colimado pelo legislador brasileiro.

De fato, de que modo a coletivização desses interesses pode se apresentar como uma resposta apropriada para a correta judicialização dos conflitos multiplexos inerentes à nossa massificada sociedade contemporânea, se se prestar apenas para reconhecer um direito lesado, mas não facultar aos interessados a real oportunidade de também realizá-lo concretamente?

³⁶² José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada. Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 61 e s.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, de um lado, que, “sendo eficaz o título executivo judicial extraído de ação coletiva, nada impede que a associação, que até então figurava na qualidade de substituta processual, passe a atuar, na liquidação e execução, como representante de seus associados, na defesa dos direitos individuais homogêneos a eles assegurados. Viabiliza-se, assim, a satisfação de créditos individuais que, por questões econômicas, simplesmente não ensejam a instauração de custosos processos individuais” (REsp nº 880.385/SP, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.09.2008).

E, de outro, que “o STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE 193.503/SP; RE 193.579/SP; RE 208.983/SC; RE 210.029/RS; RE 211.874/RS; RE 213.111/SP - Informativo de Jurisprudência/STF nº 431)”. Logo, “pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido” (EREsp nº 760.840/RS, Corte Especial, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.11.2009).³⁶³

Embora seja importante e deva ser preservada, a técnica processual não pode se sobrepor à legitimação outorgada pela própria lei, pois, como lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, consiste no produto da “síntese entre o sistema e a forma”, destinada a servir aos “fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito”.³⁶⁴

³⁶³ Ainda na ementa desse julgado, foi feita referência ao fato de que, até então, “a jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EREsp 1.082.891/RN; AgRg no EREsp 1.077.723/RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EREsp 847.319/RS; EREsp 901.627/RS)”.

³⁶⁴ *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 125-126.

Fernando da Fonseca Gajardoni elucida que isso significa que seu “fundamento se encontra na premissa de que as regras procedimentais não têm um valor em si mesmo e devem ser examinadas à luz dos objetivos para as quais concebidas, bem como do interesse efetivo das partes”.³⁶⁵ Ou seja, deve haver “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”.³⁶⁶

Daí porque José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que “a técnica processual tem dois grandes objetivos: a) conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado; b) garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, [quer] pelo ângulo da tempestividade”.³⁶⁷

Em outras palavras, a meu ver, pouco importa para a efetividade daqueles procedimentos satisfativos se o fenômeno processual é *representação* ou *substituição* processual. O que deve ser observado é se o legitimado é o representante adequado para a sua prática, com base nas suas finalidades institucionais (pertinência temática).

Mais do que o apego a classificações técnicas, entendo que o processualista civil moderno deve ter claro em sua mente que o que o jurisdicionado busca é, apenas e tão somente, a satisfação do seu direito que foi lesado, o que, inclusive, espera que ocorra o mais rápido possível.

³⁶⁵ *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 105. No mesmo sentido, Francisco Ramoz Mendes, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1986, p. 340.

³⁶⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, in *Revista de Direito Processual Civil* 26, p. 659.

³⁶⁷ *Efetividade do processo...*, cit., p. 77-78.

Roger Perrot confirma que, “para quem ganhou a causa, a sentença não é senão uma etapa, importante decerto, mas que em si nada mais representa que uma satisfação acadêmica; o que conta, para ele, é menos o dia em que se profere a sentença do que aquele em que ele recebe a soma devida. No pensamento do jurisdicionado, o *imperium* é inseparável da *jurisdictio*: constitui o complemento natural dela. Os juristas começam a tomar consciência disso; eis porque, mais que outrora, a execução das decisões judiciais – e uma execução rápida – se converte em preocupação judiciária que se integra no processo civil”.³⁶⁸

É com esse desejo que tem que se preocupar o processualista civil moderno, sob pena de deixar que o formalismo transforme toda a pretensão do legislador pátrio de molecularização dos conflitos e o seu resultado processualizado em mera peça de retórica, desprovida de qualquer utilidade prática para aquele indivíduo que “consume” essa justiça e para quem, afinal, ela se destina.³⁶⁹

Ater-se a simples classificações técnicas, salvo melhor juízo, não me parece coadunar-se com os reclamos da nossa moderna e constantemente mutante sociedade de massa.

Assim, ao invés de contestada, a legitimidade coletiva deveria ser *incentivada* para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. Bem porque a sua potencialidade numérica, principal elemento que ensejou o nosso legislador a admitir o seu requerimento de modo coletivo, continua presente após o seu reconhecimento judicial, o que justifica para mim, a despeito das maiores e melhores condições que o lesado pode ter de demonstrar o seu dano particular, a *preferência* dessa legitimação à individual.³⁷⁰

³⁶⁸ O processo civil francês na véspera do século XXI, trad. José Carlos Barbosa Moreira, in *Revista Forense* 342, p. 167.

³⁶⁹ Paolo Biavati informa que não é de hoje a preocupação em não transformar a técnica processual em entrave à realização de direitos (I procedimenti civili semplificati e accelerati: Il quadro europeo e i riflessi italiani, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 3, p. 753-754).

³⁷⁰ Embora confirmando a suspensão de processo individual de ofício e, posteriormente, a sua conversão em liquidação, pode-se dizer que a ideia sustentada no texto foi acolhida em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual, baseado na premissa de que é do interesse público preservar a efetividade processual, recomendou-se a iniciativa de ofício de liquidação coletiva de sentença condenatória como forma de resolver de maneira uniforme e simultânea toda a macrolide (REsp nº 1.189.679/RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2010).

Em que pese o caráter pessoal dessa tutela, em especial, no momento da sua satisfação, considero que, justamente por tal razão e como vislumbrado pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça citado acima, a sua efetividade processual poderia ser incrementada se a legitimidade coletiva prevalecesse sobre a individual.

Essa, aliás, foi a ideia encampada pelo Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública), que, ao estipular o aperfeiçoamento do sistema de execução das tutelas coletivas como um dos seus objetivos, propôs que, “sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores” (parágrafo único do art. 40).

Ao tratar de proposta legislativa similar, em completa sintonia com a tese que se defende neste texto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes esclarece que essa opção se deu pelo conhecimento de “que a existência apenas de um processo de conhecimento coletivo não exaure todas as potencialidades da defesa coletiva dos direitos, pois o posterior fracionamento, para a liquidação e execução dos julgados, pode representar o risco de falta de acesso à prestação jurisdicional ensejadora da efetivação do julgado, da multiplicação de liquidações e execuções, com o assoberbamento do Judiciário, além da decorrente quebra de isonomia em relação ao direito e da falta de equilíbrio na relação processual”.³⁷¹

Não obstante e apesar de se procurar corroborar o que se sustentou, cumpre aprofundar o exame de algumas questões relativas ao tema, tendo em vista a sua importância prática.

A princípio, dadas as suas atuações e os requisitos legais exigidos para tanto, parece-me conveniente abordar a legitimação coletiva do Ministério Público e da Defensoria Pública para a promoção de tais procedimentos satisfativos.

³⁷¹ O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

3.4.2.1. Do Ministério Público

Como já se teve a oportunidade de mencionar, o art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor ampliou o campo de atuação dos legitimados coletivos (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) para os interesses individuais homogêneos, o que foi ao encontro do ideal de implementação do acesso real à Justiça (acesso à ordem jurídica justa) buscado pelo ordenamento jurídico nacional.

No caso do Ministério Público, esse alargamento dos interesses passíveis de serem tutelados coletivamente ainda coadunou-se com a legitimação que a Constituição Federal em vigor havia lhe conferido para defender os “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*), bem como “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Ocorre que a tentativa de conter os poderes confiados ao *Parquet* por esse constituinte levou à parcial contestação da sua legitimidade para a proteção jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. Em suma, as críticas lançadas visaram a restringir a atuação ministerial (i) à órbita consumerista; (ii) às situações previstas em lei; ou (iii) à indisponibilidade do direito.³⁷²

Salvo por algumas exceções³⁷³, essas críticas foram superadas, de modo que, hoje em dia, predomina o entendimento de que o Ministério Público está legitimado a defender os interesses individuais homogêneos qualificados como *socialmente relevantes*, assim compreendidos aqueles que podem propiciar algum benefício para a sociedade.^{374 375}

³⁷² Para um estudo aprofundado a respeito dessas críticas e dos poderes do Ministério Público, v. de minha autoria *Poderes investigatórios...*, cit., p. 57-67 e 75-163.

³⁷³ Por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier, *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 280-292; Érica Barbosa e Silva, *Cumprimento...*, cit., p. 108; Elton Venturi, *Execução...*, cit., p. 132; e Fabiano Afonso, *Liquidação...*, cit., p. 180-181. Ao seu turno, Ricardo de Barros Leonel aduz que “os únicos casos em que, excepcionalmente, seria possível sustentar ter o MP legitimidade também para a execução coletiva em benefício dos indivíduos, seriam aqueles em que a *homogeneidade* ou *uniformidade* também persistisse na execução” (*Manual...*, cit., p. 416).

³⁷⁴ Nesse sentido, por exemplo, a Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo dispõe que: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou

Da fato, segundo Antônio Carlos Efig, “na defesa dos interesses individuais homogêneos, entendidos como direitos ou interesses disponíveis, só será legitimado o MP quando, pela sua abrangência, natureza ou relevância, traga algum proveito para a coletividade como um todo”.³⁷⁶

No mesmo sentido, Márcia Fernandes Bezerra assevera que “relevante socialmente a fim de legitimar a atuação do Ministério Público são somente os direitos comuns a um número significativo de pessoas. Caso contrário, a tutela poderia ser realizada na via individual”.³⁷⁷

Teori Albino Zavascki também admite que, nos casos “em que a eventual lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, ter-se-ia presente hipótese de lesão a interesse social, para cuja defesa está o Ministério Público legitimado pelo art. 127 da CR”.³⁷⁸

garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária”.

³⁷⁵ Entre outros, esse qualificador foi incorporado à definição normativa dos interesses metaindividuais no Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública), que dispôs no § 1º do seu art. 2º que: “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica”.

³⁷⁶ *Fundamentos do direito das relações de consumo*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2004, p. 268.

³⁷⁷ Tutela dos interesses coletivos do consumidor no direito brasileiro. A questão da legitimidade, in *Revista de Processo* 150, p. 52.

³⁷⁸ Defesa de direitos coletivos..., cit., p. 47.

Nelson Nery Junior corrobora que “o argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá o tratamento de *interesse social* à defesa coletiva em juízo. O *parquet* não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse individual seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par. ún. III), essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC 82 I, por autorização da CF 129 IX e 127 *caput*)”.³⁷⁹

Como se percebe, a qualificação *socialmente relevante* utilizada para legitimar a atuação do Ministério Público comporta o requisito da *homogeneidade de origem*, o qual, conforme também já mencionado, consiste em um mesmo fato ou em uma mesma circunstância episódica capaz de uniformizar aqueles interesses e, por conseguinte, aconselhar a sua defesa coletiva.

Dá porque, como sustentei em trabalho anterior, “o entendimento mais correto e condizente com a nossa realidade diz respeito à restrição da sua legitimação ativa para a proteção dos interesses individuais caracterizados pela *homogeneidade* e pela *relevância social*, evidenciada esta pela dimensão e pelas características do dano apuradas pelas circunstâncias do caso concreto”.³⁸⁰

Assim considerados, os interesses individuais homogêneos apresentam-se como “interesses sociais”, o que autoriza a sua tutela jurisdicional pelo *Parquet*, nos termos da redação do *caput* do referido art. 127 da Constituição Federal.

³⁷⁹ O Ministério Público e as ações coletivas, in *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 366.

³⁸⁰ *Poderes investigatórios...*, cit., p. 65. No mesmo sentido, Marco Antonio Zanellato, A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público, in *Revista do Advogado* 89, p. 99-103.

Contudo, como se não bastasse, o atributo da relevância social ainda faz com que os interesses individuais homogêneos adquiram a natureza de *indisponíveis*³⁸¹ e, nessa medida, a sua defesa também esteja entre as incumbências conferidas a esse órgão pelo constituinte de 1988 (art. 127, *caput*).

Esse posicionamento é encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento recente, decidiu que “a ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supraindividual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações” (REsp nº 1.010.130/MG, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.11.2010).

Logo, quer por serem “interesses sociais”, quer por serem “individuais indisponíveis”, as exigências para a legitimação ativa ministerial na tutela de interesses individuais homogêneos são a sua *homogeneidade* e a sua *relevância social*, de acordo com as funções que lhe foram atribuídas pelos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal.

Como ressalta Ricardo Castilho, entendimento diverso, isto é, que tirasse tal encargo constitucional do *Parquet*, “significaria tirar de um sem-número de cidadãos a possibilidade de terem direitos tutelados juridicamente, o que seria uma violação do princípio do acesso à Justiça (visto em sua acepção coletiva)”.³⁸²

³⁸¹ Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 185-186. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos, in *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 442-450; e Nelson Nery Junior, O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo, in *Justitia* 160, p. 246-247.

³⁸² *Acesso à Justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público - Uma nova visão*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 169.

Ora, se essas são as exigências para autorizar a sua atuação na defesa de tais interesses, com base nas razões expostas no item precedente, entendo que essas também devam ser as exigências para legitimar o Ministério Público à satisfação³⁸³ da sentença condenatória que for proferida na respectiva ação coletiva (ou de compromisso de ajustamento de conduta que venha a ser descumprido).

Até porque, se tais interesses eram socialmente relevantes a ponto de justificar a legitimidade ministerial para ajuizar a correspondente ação coletiva (ou celebrar compromisso de ajustamento de conduta), ou seja, equivalentes a “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da CF), parece-me óbvio que eles continuem assim após, justamente, o seu reconhecimento jurisdicional.

Na verdade, pensando bem, pode-se dizer que essa relevância social é ainda *maior* em âmbito executivo, já que, antes, era a mera *pretensão* que podia ser caracterizada dessa forma, mas, com a formação do título executivo, o *direito individual* é que foi declarado dessa forma.

3.4.2.2. Da Defensoria Pública

Conforme redação dada pelo art. 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é igualmente uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica e da defesa dos necessitados em todos os graus, na forma do art. 5º, LXXIV, que, por sua vez, dispõe que a assistência jurídica estatal será integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse *status* que lhe foi conferido pelo constituinte de 1988 coadunou-se com o já referido ideal de ampliação do acesso à Justiça (acesso à ordem jurídica justa), tanto que não limitou sua atuação à esfera judicial, tendo-a garantido ainda em âmbito extrajudicial (“em todos os graus”).

³⁸³ Ada Pellegrini Grinover aceita essa legitimidade ministerial, mas após a liquidação e apenas para a execução, pois, “aqui, não parece inadequada a legitimação do Ministério Público, porquanto o interesse social se estabelece em função do tratamento coletivo das demandas executórias” (*Código brasileiro...*, cit., p. 160).

Não obstante tal previsão constitucional, críticas também foram lançadas sobre a legitimação coletiva da Defensoria Pública, com base nos argumentos de que (i) ela não figurava, à época, no rol dos legitimados elencados pela Lei da Ação Civil Pública³⁸⁴; e (ii) invadia as atribuições do Ministério Público.³⁸⁵

Contudo, essa discussão foi dirimida com a promulgação da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que, modificando aquela norma e dando-lhe nova redação, incluiu textualmente a Defensoria Pública no referido rol (art. 5º, II, da LACP) e, com isso, legitimou-a à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.³⁸⁶

Prova disso é que se tornou jurisprudência reiterada, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça já ter registrado, há alguns anos, que “vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências” (REsp nº 912.849/RS, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, j. 26.02.2008).³⁸⁷

³⁸⁴ Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 197.

³⁸⁵ José Augusto Garcia de Sousa afirma que a discussão travada entre os representantes desses órgãos chegou a lembrar “uma disputa de territórios, ou feudos” (A legitimidade coletiva da defensoria pública à luz do princípio da generosidade, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 290).

³⁸⁶ Entre outros, v. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da defensoria pública para as ações coletivas, in *A defensoria pública e os processos coletivos* (coord. José Augusto Garcia de Sousa), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 51 e s.; José Augusto Garcia de Sousa, A nova lei 11.448/2007, e os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da defensoria para as ações coletivas, in *A defensoria pública e os processos coletivos* (coord. José Augusto Garcia de Sousa), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 189 e s.; e Eurico Ferraresi, *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 205-210.

³⁸⁷ Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça ratificou esse posicionamento, tendo decidido que “a Defensoria Pública tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública com o objetivo de defender interesses individuais homogêneos de consumidores lesados em virtude de relações firmadas com as instituições financeiras” (AgRg no REsp nº 1.000.421/SC, Quarta Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24.05.2011).

Posteriormente, essa legitimação ativa foi confirmada pela Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), que alterou dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 (conhecida como Lei da Assistência Judiciária), bem como deu outras providências visando a regulamentar a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (chamada de Reforma do Judiciário), que, ao seu turno, havia assegurado autonomia funcional, administrativa e financeira à Defensoria Pública dos Estados (art. 134, § 2º, da CF).

Com efeito, o art. 1º daquela Lei Orgânica ratificou a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, ao prever que lhe incumbe, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos em todos os graus, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso e Carolina Brambila Bega, “dessa forma, a Defensoria Pública passa a ter, expressamente, a função institucional de promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando a demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. Deve a instituição promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, com os meios inerentes à sua adequada e efetiva tutela”.³⁸⁸

Porém, para ser condizente com a almejada democratização do acesso à Justiça e com reforço do sentido de cidadania pregado neste trabalho, essa interpretação implica, necessariamente, uma visão ampla e moderna do conceito constitucional de “necessitado” (art. 5º, LXXIV).

³⁸⁸ A reiterada legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ações coletivas, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 735.

Isso porque a “insuficiência de recursos” presente no texto constitucional não pode (e não deve) se limitar à vertente financeira desse elemento objetivo qualificador da ideia de necessidade/vulnerabilidade. Deve, sim, ser alargada de modo a compreender todas as hipóteses de hipossuficiência, tais como aquelas de ordem técnica, jurídica, organizacional etc., de acordo com a finalidade institucional buscada e positivada pelo legislador brasileiro.

Ada Pellegrini Grinover é enfática ao afirmar que, “mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça – de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”.³⁸⁹

Essa ampla e moderna visão do conceito de “necessitado”, vez que harmônica com o seu fim institucional, é que, portanto, deve balizar a aferição da legitimidade ativa da Defensoria Pública, a qual, pelas mesmas razões expostas anteriormente, deve servir tanto para o processo de conhecimento, quanto para os processos de liquidação e de execução, seja a ação coletiva ou não, já que, como visto, legitimada à defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos.

Especificamente a respeito da satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, objeto deste trabalho, é fundamental que o requisito da necessidade/vulnerabilidade compreenda *todos* os beneficiários, pois não há como se admitir que eventual sentença condenatória aproveite quem não seja hipossuficiente.

Caso contrário, estar-se-ia desprezando a exigência da pertinência temática que informa a tutela coletiva e, com isso, desvirtuando o objetivo visado pelo legislador pátrio, exposto acima, ao incluir a Defensoria Pública no referido rol dos legitimados ativos.³⁹⁰

³⁸⁹ A legitimidade da defensoria pública para ação civil pública, in *Revista de Processo* 165, p. 309.

³⁹⁰ Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 198; e Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. III, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 219.

Marcelo Rodrigues Abelha confirma que “a aferição da legitimidade da Defensoria Pública depende de se perquirir no caso concreto se existe pertinência entre a atuação da Defensoria na busca da tutela coletiva e o seu fim institucional de auxílio e assistência aos necessitados”.³⁹¹

Logo, em que pese a moderna amplitude da sua legitimidade ativa, é importante ter em mente que ela está adstrita à condição de as vítimas ou os seus sucessores enquadrarem-se em tal conceito de “necessitados”, até porque somente em face deles é que se operará o efeito *erga omnes* da correspondente sentença condenatória de procedência, a teor do disposto no art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor.

3.4.2.3. De associação constituída para a exclusiva satisfação de determinado título executivo

De acordo com a finalidade proposta para esta tese, ao analisar a sistemática em vigor para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, mais precisamente o tema da legitimidade coletiva para tanto, é inevitável fazer referência também às associações.

Sua previsão normativa está inserida no art. 82, IV e respectivo § 1, do Código de Defesa do Consumidor³⁹², que dispõe que as associações legalmente constituídas há, no mínimo, um ano e que incluam entre as suas finalidades institucionais a defesa dos interesses metaindividuais estão legitimadas à sua tutela jurisdicional, dispensada a autorização assemblear. Aquele requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz sempre que houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou, ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³⁹¹ *Ação civil pública e meio ambiente*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 83-84.

³⁹² “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (...)

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

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

Muito embora figurem entre os legitimados ativos, é notório que, na prática, a atuação das associações para essa tutela coletiva ainda é *deficitária*³⁹³, em grande parte, devido à barreira econômica que lhes é anteposta, o que levou Ada Pellegrini Grinover a realçar que elas “necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete”.³⁹⁴

Carlos Alberto de Salles explica que essa barreira está relacionada “com os custos envolvidos em qualquer iniciativa judicial, trazendo evidentes conseqüências à disposição dos agentes em promoverem a defesa de interesses gerais. As medidas judiciais custosas, implicando despesas com sua preparação, iniciativa e patrocínio, somando gastos que vão muito além das custas judiciais e dos honorários advocatícios. Esses encargos com o patrocínio de qualquer ação judicial dificultam a iniciativa judicial de eventuais interessados”.³⁹⁵

Daí porque, assim como outros legitimados, não raro, as associações preferam se beneficiar das iniciativas do Ministério Público (ainda que tenham que provocá-la), fenômeno conhecido como efeito-carona (ou *free-riding* ou, ainda, beneficiário gratuito), como meio de superar tal barreira.³⁹⁶

No ponto, Antonio Gidi observa que, “em face do sucesso intimidante da atividade do MP, o que era simples preenchimento de um espaço vazio ou mero impulso em direção ao amadurecimento da sociedade brasileira, tornou-se a regra e hoje constitui-se um verdadeiro impedimento a tal evolução”.³⁹⁷

³⁹³ Ricardo de Barros Leonel aduz que a legitimação para agir das associações “é recente na história do processo civil brasileiro, não tendo sido sedimentada na nossa cultura jurídica” (*Manual...*, cit., p. 437). No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública...*, cit., p. 138-139.

³⁹⁴ Rumo a um Código..., cit., p. 13.

³⁹⁵ *Execução judicial...*, cit., p. 126-127.

³⁹⁶ A respeito desse desequilíbrio de iniciativas, v. de minha autoria *Poderes investigatórios...*, cit., p. 5 e 52; e Rodolfo de Camargo Mancuso, *A projetada...*, cit., p. 11-38, principalmente, p. 27-30.

³⁹⁷ *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 408.

Quando não se valem dessa “alternativa”, a atuação coletiva das associações é balizada pela pertinência temática dos seus fins institucionais com os interesses tutelados, sejam eles individuais homogêneos ou não, em observância ao referido comando legal legitimador.

A respeito desses interesses, examinou-se que a sistemática em vigor para a satisfação da sua tutela jurisdicional demonstra clara predileção pela atuação dos titulares do direito material lesado na individualização da correspondente reparação determinada genérica e coletivamente.

Não obstante, como já sustentado, entendo que seria preferível que essa particularização fosse coletivizada, tendo em vista a maior agilidade e coordenação que esse modo de atuação poderia trazer para os seus beneficiários na prática.

Nesse sentido, a efetividade da tal tutela também poderia ser incrementada se expressamente admitida a legitimidade ativa de associação constituída pelos respectivos titulares com a finalidade exclusiva de satisfazer determinado título executivo (sentença condenatória ou compromisso de ajustamento de conduta).

Com certeza, a união dessas pessoas poderia otimizar a liquidação e a execução dos danos individualmente sofridos e, por conseguinte, a reparação de cada um dos direitos lesados. Até porque é preciso recordar que, muitas vezes, tais beneficiários somente tomam conhecimento (quando tomam!) daquele título executivo após a sua formação.

Não se nega que é mais conveniente que isso aconteça *antes* de requerida a devida tutela jurisdicional. Contudo, é igualmente inegável que essa reunião *posterior* ainda pode contribuir para a sua efetividade processual, embora essa associação não possa ser compulsória, por textual vedação consignada no art. 5º, XX, da Constituição Federal (“Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”).

A título de ilustração, imagine-se a grande valia que seria a possibilidade de essa associação de lesados vir, entre outros atos expropriatórios, a adjudicar ou a usufruir bem ou bens do devedor, tais como unidades condominiais que não tivessem sido entregues aos seus compradores por conta de problemas financeiros³⁹⁸ enfrentados ocasionalmente pela empresa construtora.

O que, aliás, a meu ver, já existe e está expresso no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Sob a minha ótica, a legitimidade dessa espécie de associação está plenamente coberta e assegurada pela dispensa referida no § 1º do inc. IV do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, partindo da premissa de que se aplica à processualística civil a máxima de que “quem pode o mais, pode o menos”³⁹⁹, se se legitima uma associação para pleitear a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, parece-me ilógico que não se admita a sua legitimidade apenas para satisfazer essa tutela, sobretudo, considerando que tal providência integra o adequado exercício desta.

De todo modo, a fim de que não paire dúvida sobre aludida possibilidade, seria interessante se o legislador a deixasse clara e expressa no mencionado comando legal, o que se sugere de *lege ferenda*.

Por óbvio, eventual associação com essa finalidade exclusiva não precisaria, necessariamente, estar sujeita às mesmas regras impostas para a constituição de qualquer outra, a teor dos arts. 53 a 61 do Código Civil, em especial, ser dotada de patrimônio e de movimentação financeira, ainda que sem fins econômicos.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Desde que esses problemas financeiros não resultassem no deferimento de pedido de processamento da recuperação judicial de tal empresa ou na decretação da sua falência (recorde-se do famoso e emblemático caso da Encol), hipóteses que imporiam a suspensão das execuções que lhe estivessem sendo movidas, a teor do *caput* do art. 6º da Lei nº 11.101/05, regra geral decorrente do princípio da universalidade do juízo falimentar.

³⁹⁹ Por exemplo, conforme expressamente registrado pelo Superior Tribunal de Justiça na ementa do acórdão prolatado nos autos do AgRg no Ag nº 611.510/RS, Terceira Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 14.02.2005.

⁴⁰⁰ Sílvio de Salvo Venosa confirma essa possibilidade, uma vez que, como ensina, as associações “são constituídas de agrupamentos de indivíduos que se associam em torno de objetivo comum e, de conformidade com a lei, integram um ente autônomo e capaz. Tais entidades podem até não ter patrimônio. Nesse sentido, o art. 53 do novo Código define: ‘Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins

Essas regras poderiam ser mitigadas e/ou simplificadas, visando, de um lado, a facilitar a formação de tal associação de lesados e, de outro, a resguardar outras formalidades legais exigidas para, entre outros controles, a aferição da sua capacidade de ser parte no processo.⁴⁰¹

No tocante a essa capacidade, considerando o fim eminentemente patrimonial da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, tenho para mim que a dotação de *personalidade jurídica* a tal associação seria a forma apropriada de materializar aquele pressuposto processual e, certamente, a mais simples de se operar na prática.

Isso porque, como sustentei acima, independe de alteração ou, caso assim não se concorde, independe de alteração significativa no texto legal, ao contrário do que ocorreria caso se optasse por lhe atribuir personalidade judiciária⁴⁰² (como sucede, por exemplo, à massa falida, à herança jacente ou vacante, ao espólio, ao condomínio, à sociedade sem personalidade jurídica⁴⁰³ e à massa do insolvente civil⁴⁰⁴), uma vez que referida capacidade deve ser conferida expressamente pela lei, a fim de que se conheçam os efeitos e reflexos jurídicos relativos à respectiva pessoa.

não econômicos.’ O termo sociedade é reservado às entidades com finalidade econômica” (*Direito Civil: Parte geral*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 256).

⁴⁰¹ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. I, 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 79.

⁴⁰² José dos Santos Carvalho Filho esclarece que, “atendendo, porém, a determinados aspectos especiais na ordem jurídica, a lei processual admitiu também como dotados de capacidade de ser parte alguns conglomerados jurídicos, que, não obstante despidos de personalidade jurídica de direito material, são autorizados a figurar na relação processual como se fossem pessoas. São as denominadas ‘pessoas formais’, ou seja, não têm a personalidade dotada da carga jurídica de direito material, mas equivalem formalmente às pessoas no que toca à possibilidade de figurarem no processo. Como tais conglomerados jurídicos não têm personalidade de direito material, mas valem como pessoas na relação processual, alguns estudiosos têm empregado a expressão ‘personalidade judiciária’ para indicar que, aos menos para o processo, são tratados como pessoas” (Personalidade judiciária de órgãos públicos, Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 27.09.2011).

⁴⁰³ Conforme art. 12, III, IV, V e VII, do Código de Processo Civil.

⁴⁰⁴ Conforme art. 766, II, do Código de Processo Civil.

Assim e a despeito do necessário aumento das iniciativas de associações para a tutela coletiva como um todo, tenho que as ideias ora defendidas, embora restritas à tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, se implementadas (ainda que mediante reforma legislativa), poderiam ser bastante profícuas para incrementar a sua efetividade processual e, nessa medida, ajudar a aliviar a tensão sobre um dos pontos nevralgicos daquela tutela, tão cara a qualquer sociedade de massa contemporânea.

3.4.2.4. *Litisconsórcio ativo facultativo*

Ainda dentro do tema da legitimidade coletiva para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, outra questão importante na prática e que merece ser explorada diante do propósito definido para o presente trabalho refere-se à possibilidade de eventual sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva ajuizada para a defesa de tais interesses vir a ser (liquidada e) executada por meio da formação de litisconsórcio ativo facultativo.

A sistemática prevista no Código de Defesa do Consumidor também foi omissa a esse respeito.

Tal instituto está disposto no art. 46 do Código de Processo Civil⁴⁰⁵, cuja aplicabilidade, como já se viu, é subsidiária ao diploma consumerista, nos termos do seu art. 90. Entre as circunstâncias elencadas naquele comando legal, que autorizam a enunciada pluralidade subjetiva da lide, encontra-se o *mesmo fundamento de fato ou de direito* (inc. II).

⁴⁰⁵ “Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.”

Em comentário a esse inciso, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery elucidam que essa “norma indica a possibilidade de litisconsórcio facultativo quando a lide fundar-se no *mesmo* fato ou título jurídico, não em fato ou regra jurídica semelhante”.⁴⁰⁶

Não existe dúvida de que referida sentença condenatória genérica constitui um título executivo (art. 95 do CDC c/c art. 475-N, I, do CPC). Conforme também já visto, o procedimento destinado à satisfação daquela tutela implica em verdadeira “ação autônoma”. Logo, com base na aplicação subsidiária do art. 46, II, do Código de Processo Civil, parece-me evidente que é possível a formação de litisconsórcio ativo facultativo para a (liquidação e) execução de tal decisão.

Obviamente que essa possibilidade restringe-se à hipótese de os legitimados coletivos (art. 82 do CDC e art. 5º da LACP) liquidarem e executarem os prejuízos *individualmente* sofridos em favor dos titulares dos direitos lesados, conforme mencionada previsão constante do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor.

Como esclarece Érica Barbosa e Silva, “no cumprimento da sentença genérica, visando à reparação do dano individual dos lesados, a pretensão deverá ter caráter pessoal, ainda que a liquidação e a execução sejam realizadas de modo coletivo, isto é, de forma agrupada. O cumprimento da sentença genérica proferida em defesa de direitos individuais homogêneos deve primar pela particularização do dano”.⁴⁰⁷

E nem poderia ser diferente, pois a outra já mencionada forma de execução coletiva refere-se à hipótese de os legitimados coletivos liquidarem e executarem o dano *globalmente* sofrido, dada a ausência de habilitações em número compatível com a gravidade desse dano no prazo de um ano, a teor do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ *Código de processo civil comentado...*, cit., p. 221, nota 9 ao art. 46.

⁴⁰⁷ *Cumprimento...*, cit., p. 107.

⁴⁰⁸ Segundo Luiz Rodrigues Wambier, quando o número de habilitações é inexpressivo, opera-se o que denomina de “hipótese de ‘coletivização’ do resultado do processo” (*Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 311).

De fato, enquanto a promoção desta é *essencialmente* coletiva, uma vez que visa ao cálculo e ao recebimento do *quantum* que será revertido para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (art. 100, parágrafo único, do CDC), a promoção daquela é apenas *convenientemente* coletiva, haja vista que ajuizada para facilitar a obtenção das reparações devidas a cada um dos beneficiários, nos termos da sistemática em vigor, já apuradas individualmente. Tanto é que essa forma de execução coletiva deverá ser instruída com as certidões das sentenças de liquidação individual, transitadas ou não em julgado (art. 98, § 1º, do CDC).

Assim, não há como se negar que não só é possível a sua formação, como, também, que a execução coletiva em benefício dos indivíduos lesados constitui verdadeiro *litisconsórcio ativo facultativo*.⁴⁰⁹ Aliás, segundo Ricardo de Barros Leonel, “tanto se trata de litisconsórcio (cumulação de demandas executivas), que o valor da causa é no somatório dos pedidos cumulados”.⁴¹⁰

Ao fazer essa afirmação, sou obrigado a reconhecer, pela observância da técnica processual, que essa forma de execução coletiva realiza-se mediante representação, e não por substituição, uma vez que, nessa hipótese, o que se tem é a atuação do legitimado coletivo em nome de outrem e na defesa do interesse de outrem, quais sejam: das vítimas ou dos seus sucessores já identificados.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo...*, cit., p. 230.

⁴¹⁰ *Manual...*, cit., p. 414.

⁴¹¹ Nesse sentido, v. Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 413; Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro...*, cit., p. 160, e Érica Barbosa e Silva, *Cumprimento...*, cit., p. 107-108 (muito embora sustente que essa classificação tradicional é insuficiente para os processos coletivos). Em sentido contrário, sustentando tratar-se de substituição processual, v. Sérgio Seiji Shimura, *Tutela coletiva...*, cit., p. 177-178 (apesar de tecer seus comentários com base na ação reparatória de dano *ex delicto* do art. 68 do Código de Processo Penal). Já afirmando tratar-se de hipótese de legitimação ordinária, v. Elton Venturi, *Execução...*, cit., p. 130-133.

Contudo, como sustentado anteriormente e daí porque defendo a possibilidade de referido litisconsórcio ativo facultativo abranger também a liquidação, tenho para mim que essa conceituação é *irrelevante* em termos práticos, pois, independentemente do modo como se dê a atuação do legitimado coletivo (se por representação ou se por substituição processual), o que interessa para os lesados é que aquela condenação, em regra, genérica seja cumprida e o seu direito material, reparado (de preferência, sempre o mais rápido possível).

É igualmente viável a propositura de diversas execuções, coletivas ou não, conforme as indenizações forem sendo fixadas por sentença nas liquidações individuais (*caput* do art. 98 do CDC). Como explica Ada Pellegrini Grinover, “à medida que novas sentenças surgirem, os entes ou pessoas a que a lei atribui a representação das vítimas poderão proceder a outras execuções coletivas”.⁴¹²

Diante dessa possibilidade, é recomendável que essas execuções coletivas sejam promovidas em favor de um número de beneficiários capaz de evitar os problemas inerentes ao denominado *litisconsórcio multitudinário* (em especial, embaraço à marcha do procedimento, tumulto processual e dificuldade para julgar⁴¹³).

Não obstante, mesmo que o legitimado coletivo não atente a essa recomendação, também por analogia é facultado ao juiz determinar a divisão dessa execução coletiva em tantos quantos processos entender suficientes para não comprometer a sua rápida solução ou dificultar a defesa do executado, nos termos do parágrafo único⁴¹⁴ do art. 46 do Código de Processo Civil.

⁴¹² *Código brasileiro...*, cit., p. 160.

⁴¹³ Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 402.

⁴¹⁴ “Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.”

Apesar de essa decisão estar relegada à sensibilidade do juiz, Cândido Rangel Dinamarco aponta que, na verdade, “cumpre-lhe impor o *desdobramento* sempre que perceber que o litisconsórcio multitudinário poderá chegar a níveis de complicação capazes de embaraçar o próprio exercício da jurisdição”. Até porque, complementa, “essa é uma razão de ordem pública, que ele deve considerar *ex officio*”.⁴¹⁵

Tendo em vista a linha traçada para o desenvolvimento desta tese, uma vez concluída a análise crítica da legitimidade prevista na sistemática vigente para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, cabe seguir a ordem numérica dos seus artigos e, assim, passar ao exame do próximo tema que disciplinou, qual seja, a competência para a liquidação e a execução do respectivo provimento jurisdicional.

3.5. Competência

Mais uma questão que chama a atenção no presente estudo refere-se à competência para a promoção da liquidação e da execução da sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos.

Corroborando a tese ora defendida, primeiro, porque a sistemática definida para a realização desses procedimentos também se mostra *insuficiente*, na medida em que deixa de regulamentá-los especificamente. E, segundo, porque aquela disciplina não acompanhou a reforma do Código de Processo Civil, que estabeleceu o chamado “cumprimento de sentença” (Lei nº 11.232/05), o que, apesar do caráter subsidiário desse diploma, tem suscitado controvérsias na sua prática, realçando, por conseguinte, tal insuficiência legislativa.

Com o intuito de evidenciar tais fatos e, ainda, facilitar a sua compreensão pelo leitor, considero pertinente abordar de modo separado a competência para a liquidação e a competência para a execução.

⁴¹⁵ *Litisconsórcio*, cit., p. 410.

Conforme se verá, em grande parte, os argumentos expendidos para o procedimento de uma serão similares para o da outra. Mesmo assim, optei por essa divisão, a fim de deixá-los claros, o que, em minha opinião, não ocorre na redação do texto legal vigente.

De fato, como já mencionado, o Código de Defesa do Consumidor não disciplinou a competência para a liquidação daquela sentença condenatória genérica, tendo se limitado a estabelecê-la para a sua execução (art. 98, § 2º).

Entretanto, considerando que ambas são procedimentos que visam a individualizar o dano cujo dever de reparar foi declarado em tal decisão e que aquele diploma consumerista tratou-as indistintamente para efeitos da sua legitimação ativa, é coerente que as regras de competência fixadas para a execução também se apliquem para a liquidação.

Antes, porém, de avançar na análise da competência de cada um desses procedimentos, cumpre prestar alguns esclarecimentos relativos ao seu exercício prático.

3.5.1. Vinculação à Justiça e ao juízo da ação condenatória

A liquidação e a execução da sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, sejam elas individuais ou coletivas, devem, necessariamente, estar vinculadas à *Justiça* e ao *juízo* da ação condenatória.

Isto significa que devem observar o *mesmo ramo* da Justiça (Estadual, Federal ou Trabalhista) em que tramitou a ação condenatória durante o processo de conhecimento e, se promovidas no mesmo local deste, o *mesmo juízo condenatório*.

A explicação para isso é que as opções que se abrem para a liquidação e a execução são de *foro* e não de *juízo* ou *Justiça*.⁴¹⁶

⁴¹⁶ Flávio Luiz Yarshell, Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos, in *Atualidades sobre liquidação de sentença* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 164. No mesmo sentido, Sérgio Seiji Shimura, *Tutela coletiva...*, cit., p. 185.

Assim, por exemplo, se determinada ação coletiva tramitou perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Salvador, Estado da Bahia, as liquidações e execuções da respectiva sentença condenatória devem ser promovidas ou neste mesmo juízo, ou seja, nessa própria 9ª Vara Cível ou em outros foros, mas desde que observado o ramo Estadual da Justiça (e, infelizmente, observadas as limitações territoriais impostas pelo art. 16 da LACP, às quais se fará referência adiante).

3.5.2. *Inexistência de forum shopping*

As alternativas previstas em lei, quer na própria sistemática estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, quer em outros dispositivos legais subsidiariamente aplicáveis, não podem ser tratadas como se fossem um típico *forum shopping*, usual e conhecida expressão de Direito Internacional Privado.

De acordo com a definição de Gustavo Bregalda Neves, utiliza-a “quando o autor de uma ação tem a faculdade de optar, entre os diversos foros competentes (em Estados diversos), por aquele que lhe seja mais favorável”.⁴¹⁷ Isto é, consiste na opção das partes (ou de uma delas) escolherem determinado foro não por ser o mais apropriado para apreciar eventual lide, mas por poder aplicar a lei que lhes/lhe é mais benéfica.

Como esclarece Sebastião José Roque, essa opção existe nessa área, pois, “embora se fale no Direito Internacional Privado em ‘conflito de leis’, a palavra conflito significa apenas diferença ou divergência, pois uma lei não contende com a outra, mas ambas são aplicadas numa relação jurídica vinculada a elas”.⁴¹⁸

⁴¹⁷ *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 249.

⁴¹⁸ *Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ícone, 2009, p. 15.

Contudo, ao contrário, na satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, como visto acima, não se busca uma melhor jurisdição ou uma jurisdição na qual haja maiores possibilidades de êxito para determinada pretensão, uma vez que as alternativas de foro abertas para o liquidante ou exequente, individual ou coletivo, não visam à aplicação de lei diversa (as regras serão sempre as mesmas!), mas apenas à *facilitação do exercício* de um direito reconhecido genericamente.

As normas aplicáveis à prática de tais procedimentos são aquelas previstas na analisada sistemática do Código de Defesa do Consumidor, com os subsídios de leis complementares, como a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Processo Civil. Ou seja, as vítimas ou seus sucessores não podem escolher a lei aplicável, mas apenas o local que lhes é mais conveniente para individualizar o dano globalmente declarado de acordo com a legislação brasileira atinente à matéria.

3.5.3. Competência territorial do juízo

Nos termos do referido inc. III do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor⁴¹⁹, no caso de procedência do pedido que verse sobre interesses individuais homogêneos, far-se-á coisa julgada *erga omnes* para beneficiar *todas* as vítimas e seus sucessores, ou seja, *in utilibus*.

Todavia, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública⁴²⁰, cuja aplicação, como também já referido, é subsidiária a tais interesses (art. 90 do CDC), limita esse efeito *erga omnes* à competência territorial do juízo prolator da respectiva sentença condenatória genérica.

⁴¹⁹ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...)

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

⁴²⁰ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Ocorre que, como ensina Ada Pellegrini Grinover, “o problema não é de competência”, mas de limite subjetivo da coisa julgada, pois “ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é”.⁴²¹

Logo, é evidente que não há como restringir os limites subjetivos *erga omnes* daquela coisa julgada ao critério territorial da competência do juízo prolator da respectiva sentença condenatória.

Até porque o oposto significa admitir que eventual pedido somente pode corresponder a tal competência, independentemente da extensão da lesão, como, aliás, o faz (de modo equivocado, a meu ver) Luiz Rodrigues Wambier, que afirma que “não se pode mais pleitear que a sentença abranja todo o dano, ainda que este tenha âmbito nacional”.⁴²²

Em outras palavras, esse entendimento contraria o fundamento molecular da tutela coletiva, uma vez que aceita a possibilidade de existirem decisões contraditórias sobre o mesmo fato (por exemplo: um medicamento ser considerado nocivo à saúde em São Paulo, mas não no Rio de Janeiro).

De fato, como observa Athos Gusmão Carneiro, “é inerente à sentença proferida em processos coletivos, de conformidade com seu objeto, a possibilidade de seus efeitos ultrapassarem os limites de competência territorial do magistrado prolator, e isso exatamente pelo pressuposto de que a tutela jurisdicional dos direitos coletivos e individuais homogêneos demanda o tratamento uniforme e único da questão levada à Justiça; decidida a lide coletiva num só e mesmo processo, evitar-se-á a repetição de ações, a maior sobrecarga dos tribunais e o risco de decisões contraditórias. Não pode haver coisas julgadas em sobreposição, com eficácia *erga omnes*, sobre o mesmo objeto, proferida uma no Estado de Pernambuco, outra no Paraná, uma terceira em Minas Gerais”.⁴²³

⁴²¹ *Código brasileiro...*, cit., p. 186-187.

⁴²² *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 307.

⁴²³ Da “competência” no projeto de lei da nova ação civil pública, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrónio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 81-82.

Sérgio Seiji Shimura bem resume que “a situação permitida pelo art. 16 da LACP, se interpretada isoladamente, vai contra toda a lógica e a ideologia do sistema das ações coletivas, além do emperramento ainda maior da máquina jurisdicional, em detrimento direto dos jurisdicionados que ficam sem saber qual decisão está prevalecendo. Pior ainda é a possibilidade de decisões conflitantes para uma mesma situação fática”.⁴²⁴

Entretanto e considerando tudo aquilo que já foi afirmado neste trabalho a respeito da postura e do interesse do Estado, especialmente no que tange ao manejo das ações coletivas, é possível compreender as razões para o texto de tal dispositivo.

É claro que referida “limitação” decorreu de artifício utilizado pelo Governo Federal por meio da Medida Provisória nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que deu a redação daquele art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, para minar a efetividade (isto é, a serventia) da tutela jurisdicional coletiva, sobretudo, em face de si.

Tanto que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que se trata de norma “inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5.º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 *caput* para que o Presidente da República possa, em caráter *absolutamente excepcional*, legislar por MedProv. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90”.⁴²⁵

⁴²⁴ *Tutela coletiva...*, cit., p. 191.

⁴²⁵ *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.456, nota 13 ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. No mesmo sentido, v. Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação...*, cit., p. 232; José Marcelo Menezes Vigliar, A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade, in *Revista dos Tribunais* 745, p. 67; e Francisco Antonio de Oliveira, Da ação civil pública: instrumento de cidadania – Inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997, in *Revista dos Tribunais* 744, p. 31.

Ada Pellegrini Grinover corrobora que “o Executivo, acompanhado pelo Legislativo, foi duplamente infeliz”, tendo pecado tanto pela intenção, contrária à filosofia dos processos coletivos, como pela incompetência, desconhecendo a integração entre a Lei da Ação Civil Pública (art. 21) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 90).⁴²⁶

Por sua vez, José Marcelo Menezes Vigliar é enfático ao afirmar que “o efetivo *acesso à justiça* mais uma vez ficou comprometido”.⁴²⁷

Não obstante, muito recentemente, o Superior Tribunal de Justiça deu sinal de que, enfim, acabou sua complacência com o objetivo colimado pelo Poder Executivo⁴²⁸, tendo decidido que o alcance subjetivo da sentença coletiva não sofre limitação territorial, na medida em que está condicionado apenas ao comando da decisão judicial, o qual, ao seu turno, deve estar de acordo com a extensão do dano.

Assim, felizmente, essa Corte mudou seu entendimento sobre o tema.

Para tanto, por um lado, apoiou-se no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que prevê a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, para reconhecer que essas duas normas formam um “microssistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa”. E, por outro, nos arts. 93 e 103 do Código de Defesa do Consumidor para definir que “a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao

⁴²⁶ *Código brasileiro...*, cit., p. 189-190. Ao seu turno, Marilena Lazzarini chegou a sustentar que “tal tentativa, além de inconstitucional, não conseguiu atingir seu objetivo na medida em que a competência territorial para julgar ação coletiva está disciplinada no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que garante aos órgãos jurisdicionais das capitais de qualquer Estado brasileiro, inclusive do Distrito Federal, a competência para julgar ações em que se discuta danos de âmbito nacional. Assim, a competência desses órgãos inclui todo o território do país” (As investidas..., cit., p. 161). No mesmo sentido, Leandro Katscharowski Aguiar, *Tutela coletiva...*, cit., p. 60.

⁴²⁷ *Ação civil pública*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 122.

⁴²⁸ Conforme entendimento que havia pacificado (!), de acordo, por exemplo, com os seguintes julgados: REsp nº 600.711/RS, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.11.2010; e EREsp nº 411.529, Segunda Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.03.2010.

tema” (REsp nº 1.243.887/PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011).⁴²⁹

Concluídos os esclarecimentos que se julgou necessário prestar, cabe passar à análise crítica acerca da competência daqueles procedimentos, haja vista a finalidade estabelecida para o presente trabalho.

3.5.4. Liquidação

Anteriormente, expôs-se que a liquidação na tutela de interesses individuais homogêneos poderá ser *individual* ou *coletiva* (art. 97 do CDC). Também já se teve a oportunidade de expor que o diploma consumerista foi omissivo com relação à competência para a liquidação, tendo se limitado a prever que o juízo competente para a execução individual será o da liquidação ou o da ação condenatória (art. 98, § 2º, I, do CDC).

Ora, se a própria lei oferece essa alternativa, parece-me claro que, por analogia, o juízo da liquidação *não* precisa corresponder ao da ação condenatória, podendo, portanto, ser outro (na verdade, foro, isto é, comarca ou seção judiciária), muito embora, como regra geral, exista essa vinculação.⁴³⁰

⁴²⁹ No mesmo sentido, REsp nº 1.247.150/PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011.

⁴³⁰ Trata-se, inclusive, de típico exemplo de competência funcional e, portanto, absoluta, conforme Athos Gusmão Carneiro, *Jurisdição e competência*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 111; e Patrícia Miranda Pizzol, *A competência no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 433. A respeito daquele conceito, Fernando da Fonseca Gajardoni ensina que a “competência funcional/hierárquica – *vínculo legal da causa com dado juízo* – se revela toda vez que a lei, por razões de ordem pública, vincular o ajuizamento de demanda a dado juízo” (in *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 138).

Até porque iria de encontro à utilidade e efetividade do processo coletivo se a liquidação e a execução individuais estivessem vinculadas ao juízo prolator da sentença condenatória.⁴³¹ Realmente, Ricardo de Barros Leonel confirma que “não faria sentido, entretanto, que a liquidação e a execução movida pelo indivíduo, com base em sentença proferida em ação civil pública fossem vinculadas ao juízo no qual foi proferida a decisão no processo de conhecimento”.⁴³²

Em que pese o veto ao parágrafo único⁴³³ do art. 97 do Código de Defesa do Consumidor, que autorizava a promoção da liquidação da sentença no foro do domicílio do liquidante, esse mesmo diploma erigiu a facilitação da sua defesa em juízo como um direito básico do consumidor (art. 6º, VIII), bem como dispensou às ações individuais de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços a faculdade de ser proposta no foro do domicílio do autor (art. 101, I).⁴³⁴

Por analogia e considerando o ideal de ampliação do acesso à Justiça que informou e informa a concepção do processo coletivo no Brasil, é lícito concluir que a liquidação da sentença condenatória genérica proferida na ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos também pode ser promovida no foro do domicílio do liquidante.⁴³⁵

⁴³¹ Neste sentido, v. Patrícia Miranda Pizzol, *A competência...*, cit., p. 592-594; e Érica Barbosa e Silva, *Cumprimento...*, cit., p. 111-112.

⁴³² *Manual...*, cit., p. 418.

⁴³³ Texto vetado: “Parágrafo único - A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

⁴³⁴ Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação...*, cit., p. 193. No mesmo sentido, v. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários...*, cit., p. 1.446; e Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários...*, cit., p. 110.

⁴³⁵ Dorival Moreira dos Santos bem realça que, caso contrário, ou seja, “se a liquidação ocorresse no juízo condenatório, perderia o sentido da norma que estabelece o processamento da execução nas varas residuais comuns, pois a dificuldade encontra-se justamente na individualização do *quantum* devido a *cada lesado*, por motivo da amplitude e individualidade probatória” (Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 43).

Caso contrário, como ressalta Patrícia Miranda Pizzol, de que adiantariam “tais garantias e outras conferidas ao consumidor se justamente no momento em que ele poderá fazer valer praticamente seus direitos, ele tiver que superar dificuldades como esta, de ter que promover a liquidação perante o juízo que proferiu a sentença condenatória, muitas vezes intransponíveis?”.⁴³⁶

Ada Pellegrini Grinover confirma que “a regra da propositura da ação individual no foro do domicílio do autor encontra plena aplicação à hipótese, sendo a única capaz de explicar e dar conteúdo ao remanescente § 2º, inc. I, do art. 98 do Código [de Defesa do Consumidor]”.⁴³⁷

Igualmente, João Batista de Almeida esclarece que “a possibilidade de cisão do juízo, podendo ser diferentes o da ação de conhecimento e o da liquidação e execução, a par de um rompimento com o esquema tradicional (CPC, art. 575), conduzirá a situações até então inimagináveis, mas que, na prática, beneficiam o consumidor. Exemplificando, uma sentença condenatória proferida em ação coletiva em São Paulo poderá ser liquidada e executada no Distrito Federal ou no longínquo Amapá, a título individual, se nessas localidades for domiciliado o autor-liquidante. O veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, do CDC não afastará tal entendimento, por força da aplicação analógica do inciso I do art. 101, já que individualmente esse seria o tratamento”.⁴³⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso também corrobora que “diz o art. 101, I, do CDC que as ações de responsabilidade do fornecedor ou prestador de serviços podem ser propostas no foro do ‘domicílio do autor’; logo, por essa via interpretativa se conclui, apesar do veto (ou até por causa dele...), que a ação executória pode ser proposta no foro do domicílio do liquidante”.⁴³⁹

⁴³⁶ *Liquidação...*, cit., p. 193.

⁴³⁷ *Código brasileiro...*, cit., p. 160. No mesmo sentido, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários...*, cit., p. 822.

⁴³⁸ *A proteção jurídica do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 250-251.

⁴³⁹ *Manual do consumidor...*, cit., p. 259.

Referida possibilidade ainda é plenamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça e não apenas para a liquidação, como também para a execução, nos seguintes termos: “considerando o princípio da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, desponta como um consectário natural dessa eficácia territorial a possibilidade de os agravados, consumidores titulares de direitos individuais homogêneos, beneficiários do título executivo havido na Ação Civil Pública, promoverem a liquidação e a execução individual desse título no foro da comarca de seu domicílio. Não há necessidade, pois, que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva” (AgRg no REsp nº 755.429/PR, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Agostinho Beneti, j. 17.12.2009).⁴⁴⁰

Ocorre que o art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁴⁴¹, cuja aplicação, como já afirmado, é subsidiária ao Código de Defesa do Consumidor naquilo que não contrariar as suas disposições (art. 90), permitiu que o novel “cumprimento de sentença”, além daquelas opções, ainda se realize no foro onde se encontram bens penhoráveis do devedor.

Embora pessoalmente admita essa hipótese, uma vez que não conflitante com as disposições do diploma consumerista e condizente com a ideia de maior acessibilidade à Justiça, entendo que a sua prática não deve observar a parte final do parágrafo único do art. 475-P do Código de Processo Civil, que estabelece que os autos deverão ser solicitados ao juízo de origem, sob pena de poder comprometer o direito à liquidação de outros interessados, devendo, em minha opinião, ser efetuada nos termos do art. 475-A, § 2º, desse mesmo *codex*⁴⁴², ou seja, em autos apartados, instruídos com cópias das peças processuais pertinentes.

⁴⁴⁰ No mesmo sentido os recentes julgados: REsp nº 1.247.150/PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011; e REsp nº 1.243.887/PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011.

⁴⁴¹ “Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (...)

II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; (...)

Parágrafo único. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.”

⁴⁴² “Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação. (...)

§ 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.”

Esse, aliás, é o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a operacionalização dessa liquidação, embora, lamentavelmente, limite a sua promoção ao juízo da ação condenatória, sob o seguinte fundamento (o qual, ainda que equivocado a meu ver, confirma referida *insuficiência legal*): “diante da ausência de regra acerca da competência para a liquidação coletiva de sentença nos processos em que sejam tutelados direitos individuais homogêneos, deve ser realizada interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, segundo o qual competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença” (CC nº 113.523/RJ, Primeira Seção, rel. Min. Castro Meira, j. 23.02.2011).

Não obstante, diante do exposto, entendo que, hoje em dia, são competentes para a *liquidação individual* da sentença condenatória genérica relativa a interesses individuais homogêneos: o juízo da ação condenatória, o foro do domicílio do liquidante, o foro do atual domicílio do devedor e o foro do local dos seus bens penhoráveis.⁴⁴³

Já segundo o art. 98, § 2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, o juízo competente para a *liquidação coletiva*, também por analogia, seria o da ação condenatória, o qual se aplicaria também para a forma de liquidação e execução coletiva prevista no art. 100 desse diploma consumerista.

Pelas mesmas razões esposadas acima, pode-se afirmar que, hoje em dia, são competentes para a *liquidação coletiva* daquela sentença condenatória, independentemente da sua forma (art. 98, § 2º, II, ou art. 100 do CDC): o juízo da ação condenatória, o foro do domicílio do devedor e o foro do local dos seus bens sujeitos à expropriação.⁴⁴⁴

⁴⁴³ No mesmo sentido, v. Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 418; e Érica Barbosa e Silva, *Cumprimento...*, cit., p. 112.

⁴⁴⁴ No mesmo sentido, v. Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 417.

A diferença entre elas encontra-se apenas na forma de operacionalização desse procedimento, pois, na forma do art. 98, § 2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a ressalva acima a respeito da parte final do parágrafo único do art. 475-P do Código de Processo Civil; ao passo que, na forma do art. 100 daquele diploma consumerista, descabe tal ressalva, sendo possível que os autos sejam solicitados ao juízo de origem, pois, nessa hipótese, não apenas a liquidação, mas também a execução será coletiva e, assim, nenhum prejuízo será acarretado aos interessados individualmente considerados.⁴⁴⁵

Com base em tais considerações, que corroboram a defendida *insuficiência legislativa* da sistemática prevista para a liquidação, individual e coletiva, da sentença condenatória genérica na tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, sugiro, de *lege ferenda*, que tal disciplina seja reformada, para o fim, primeiro, de regular especificamente a competência para esse procedimento e, segundo, para compilar expressamente no texto legal as alternativas de foro referidas acima, uma vez que já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁴⁶

Até porque, somente assim, vislumbra-se a possibilidade de se evitar quaisquer questionamentos a seu respeito no exercício prático, ou seja, desnecessários óbices à efetividade do amparo àqueles interesses.

3.5.5. Execução

Assim como a liquidação, a execução nos interesses individuais homogêneos também poderá ser *individual* ou *coletiva* (art. 97 do CDC).

⁴⁴⁵ Nesse sentido, v. Sérgio Seiji Shimura, *Tutela coletiva...*, cit., p. 184-185.

⁴⁴⁶ Justamente buscando atender a essas necessidades, o Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) previu: “Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado. (...)”
Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária. (...)”

Pelo texto legal, para a execução individual, será competente o foro em que liquidada a sentença condenatória genérica ou o juízo da ação condenatória (art. 98, § 2º, I, do CDC).⁴⁴⁷

Contudo, conforme exposto no item anterior, na verdade, hoje em dia, são competentes para a *execução individual*: o juízo da ação condenatória, o foro do domicílio do liquidante, o foro do domicílio do devedor ou o foro do local dos seus bens penhoráveis, visto que também se aplica subsidiariamente a esse procedimento o art. 475-P, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a ressalva feita acima acerca da sua parte final.

Essa execução será processada nos mesmos autos do processo de liquidação ou em processo autônomo, instruído com a certidão da sentença de liquidação⁴⁴⁸ (embora não recomendável, nada impede que o foro da execução seja diverso do da liquidação).

Já para a *execução coletiva*, independentemente da forma em que se dê (art. 98, § 2º, II, ou art. 100 do CDC) e também conforme exposto no item precedente, serão competentes: o juízo da ação condenatória, o foro do domicílio do devedor ou o foro do local dos seus bens sujeitos à expropriação, observadas, porém, as diferenças para os seus manejos na prática, igualmente referidas acima.

Ademais, na forma do art. 98, § 2º, II, do Código de Defesa do Consumidor, essa execução será instruída com as certidões⁴⁴⁹ das sentenças proferidas nas prévias liquidações individuais, das quais deverá constar o trânsito ou não em julgado da fixação do *quantum debeatur* (art. 98, § 1º, do CDC), o que, em outras palavras, significa que poderá ser

⁴⁴⁷ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara ao estabelecer que as execuções individuais de sentenças condenatórias em ações coletivas não justificam a prevenção do juízo prolator (por ex.: REsp nº 1.098.242/GO, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 21.10.2010).

⁴⁴⁸ Embora o § 1º do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor restrinja-se a admitir a possibilidade de a execução coletiva ser promovida com base nas certidões das sentenças das liquidações individuais, não existe razão para não se estender esse procedimento também para a execução individual por analogia, até como forma de simplificar (e, nessa medida, tornar mais efetiva) a prestação da tutela jurisdicional.

⁴⁴⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso fala em “*ítulos de legitimação*” (*Manual do consumidor...*, cit., p. 242).

provisória ou definitiva⁴⁵⁰ (*rectius*, a sentença, pois ela é que é provisória ou definitiva, e não a execução⁴⁵¹).

A corroborar essas possibilidades, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Érica Barbosa e Silva lembram que “o artigo 14 da Lei da Ação Civil Pública prevê que o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte, estabelecendo, em regra, apenas o efeito devolutivo aos recursos no âmbito das ações coletivas. Se é assim, logicamente, há amplo cabimento da liquidação e execução provisória”⁴⁵².

Evidentemente, na forma em comento, diversas execuções coletivas poderão ser ajuizadas, sendo que o valor de cada causa corresponderá à soma dos valores fixados anteriormente em cada ação de liquidação individual (*caput* do art. 98 do CDC).

Por tais razões, que corroboram mais uma vez defendida tese da sua *insuficiência legislativa*, considero interessante que também seja reformada a sistemática processual para a execução, individual e coletiva, da sentença condenatória genérica na tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, a fim de, compilando as alternativas de foro admitidas pela legislação em vigor atinente à matéria, igualmente especificá-las de modo expreso e, assim, evitar mencionados inconvenientes da sua promoção na praxe forense.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, v. Sérgio Seiji Shimura, *Tutela coletiva...*, cit., p. 177; Luiz Rodrigues Wambier, *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 320; e Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários...*, cit., p. 823. Em sentido contrário, não admitindo essa execução provisória, v. Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 414; e Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação...*, cit., p. 184.

⁴⁵¹ Marcos Neves Fava, Execução trabalhista e efetividade, in *Revista do Advogado* 110, p. 102.

⁴⁵² 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 de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006, p. 180.

3.6. Concurso de créditos

No estudo da satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos chama a atenção ainda o concurso de créditos previsto no art. 99 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁵³

De acordo com a sistemática apresentada, o *caput* desse dispositivo legal trata do concurso de crédito entre a condenação à reparação de danos causados aos bens indivisíveis tutelados pela Lei da Ação Civil Pública (art. 1º) e as indenizações devidas às pessoas individualmente consideradas, amparadas por aquele diploma consumerista (art. 81, parágrafo único, III).

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “o dispositivo em tela claramente indica que o legislador entendeu cumulativos a indenização pelos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado e o ressarcimento devido a título individual às vítimas do mesmo dano”.⁴⁵⁴

De fato, tais reparações são cumulativas e, para resolver essa situação, o *caput* do mencionado art. 99 foi expresso ao dispor que o interesse individual prevalece sobre o coletivo, ou seja, as vítimas e seus sucessores têm *preferência* no recebimento das suas indenizações sobre aquela concedida para a reparação do dano globalmente considerado.⁴⁵⁵

⁴⁵³ “Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.”

⁴⁵⁴ *Código brasileiro...*, cit., p. 162.

⁴⁵⁵ Essa preferência cede ao arbítrio do juiz no Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública), que, no parágrafo único do seu art. 45, dispôs que: “No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Esse privilégio dos direitos subjetivos pessoais é confirmado pelo parágrafo único⁴⁵⁶ desse comando legal, que impõe a sustação dos valores destinados ao fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, responsável pela reconstituição de tal dano globalmente considerado, enquanto pendentes de decisão de segundo grau as indenizações devidas àquelas vítimas e seus sucessores.

No ponto, vale destacar a opinião de Sérgio Seiji Shimura, para quem, “embora a lei se refira à decisão de ‘segundo grau’, devemos interpretar no sentido de que qualquer decisão sobre o pedido indenizatório individual ainda pendente gera a sustação no recolhimento ao fundo”.⁴⁵⁷

Realmente, condicionar tal sustação apenas à definição de eventuais recursos interpostos contra as decisões sobre os pedidos indenizatórios individuais contraria referida preferência assegurada às vítimas e seus sucessores, além de, em termos práticos, implicar clara descon sideração da notória e famigerada demora no trâmite processual do nosso Poder Judiciário.

Logo, por uma questão de coerência com o privilégio que estipula e com a realidade judiciária brasileira, entendo que melhor seria se mencionada previsão à “decisão de segundo grau” fosse retirada da redação daquele parágrafo único.

Aliás, nos seus termos, aquela indisponibilidade, contudo, não será determinada se o patrimônio do devedor for manifestamente suficiente para arcar com a integralidade de todos os créditos, conforme já mencionado quando apresentada a sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos.

⁴⁵⁶ “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.”

⁴⁵⁷ *Tutela coletiva...*, cit., p. 198.

Isto é, como aponta Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “somente se não houver risco de que a satisfação dos danos coletivos impeça a indenização dos danos individuais. Esta avaliação pertence, naturalmente, ao juiz, e insere-se no seu amplo poder de conhecimento e decisão sobre os fatos do processo”.⁴⁵⁸

Por óbvio, apesar de (mais uma vez) a lei não mencionar expressamente, essa “liberação” estará condicionada a *critério particular do juiz*⁴⁵⁹, razão pela qual é conveniente ao legitimado responsável pela execução da quantia a ser recolhida para o fundo demonstrar em seu respectivo processo executivo essa manifesta suficiência patrimonial do devedor, a fim de se evitar maiores e desnecessárias delongas no recebimento do crédito.

Assim, também seria interessante que o dispositivo legal em comento fosse reformado, para o fim de, agora, incluir em seu texto que tal sustação ficará condicionada à apreciação do juiz sobre a manifesta suficiência patrimonial do devedor.

3.7. Relação de prejudicialidade

O privilégio dado às vítimas e seus sucessores no recebimento das suas indenizações analisado acima, quando em confronto com a reparação destinada à reconstituição do dano globalmente considerado na hipótese de concurso de créditos, suscita outra questão relevante, que merece ser abordada no presente estudo, dada a sua finalidade, qual seja, a existência ou não de relação de prejudicialidade entre a execução individual e a coletiva.

Confirmando a tese defendida neste trabalho, a lei também foi omissa a esse respeito, nada tendo previsto acerca da necessidade ou não de satisfação prévia de uma forma para a promoção da outra, o que, certamente, poderia ter constado no texto legal, com vistas a torná-lo mais claro e a evitar, por conseguinte, qualquer questionamento sobre o assunto.

⁴⁵⁸ *Comentários...*, cit., p. 1.454.

⁴⁵⁹ Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro...*, cit., p. 162.

Ocorre que, conforme se depreende da sistemática apresentada, a execução coletiva somente pode ser promovida se abranger as indenizações já liquidadas individualmente (art. 98 do CDC) ou se não houver habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano no prazo de um ano (art. 100 do CDC).

Diferentemente do que possam aparentar em uma primeira leitura, tais disposições legais não determinam que a promoção da execução individual é prejudicial à promoção da execução coletiva. Na verdade, apenas deixam clara a *preferência* do nosso sistema pela *iniciativa individual*.

De fato, como já se teve a oportunidade de afirmar, em tese, as vítimas e seus sucessores têm melhores condições de comprovar seu dano pessoal, seu montante e o respectivo nexo de causalidade com o dano globalmente reconhecido.⁴⁶⁰

Por isso, o modelo definido pelo legislador pátrio incentiva essa demonstração individual antes de facultar a execução da correspondente obrigação em conjunto com outras também já liquidadas ou, no caso de inércia dos interessados, subsidiariamente, a sua apuração e satisfação em benefício de toda a coletividade.

Assim, de acordo com a sistemática vigente, *não existe relação de prejudicialidade* entre a execução individual e a coletiva, sendo possível a concomitante promoção dessas duas modalidades executivas para a satisfação da sentença condenatória proferida na tutela de interesses individuais homogêneos.

Tanto é que a parte final do *caput* do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor, que, como visto, dispõe sobre tais medidas, autoriza expressamente “outras execuções” além daquela coletiva fundada nas sentenças das liquidações individuais.

⁴⁶⁰ José Manoel Arruda Alvim Netto, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins anotam que “esta *preferência*, em realidade, diz com a própria possibilidade, na ordem prática, de que se apurem danos individuais, pois que, os legitimados de que trata o art. 82 não têm condições para a identificação de danos pessoal e individualmente sofridos, *como é curial*” (*Código do consumidor...*, cit., p. 449, nota 12).

Nesse ponto, aliás, ao comentar esse artigo, Ada Pellegrini Grinover sustenta que, “à medida que novas sentenças surgirem, os entes ou pessoas a que a lei atribui a representação das vítimas poderão proceder a outras execuções coletivas”.⁴⁶¹

Contudo, a meu ver, a parte final daquele dispositivo (“sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”) não se restringe a outras execuções coletivas, compreendendo também outras execuções individuais. Até porque, caso contrário, a promoção de eventual execução coletiva representaria o termo final do direito de cada lesado ter satisfeita sua pretensão à indenização individual, o que, a toda evidência, não foi (e nem poderia ser) a intenção do legislador nacional, já que conflitante com a característica da divisibilidade do direito material própria dos interesses individuais homogêneos.

3.8. Habilitação dos interessados

Seguindo a ordem numérica dos dispositivos legais previstos pelo legislador pátrio para a sistemática da satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, chega-se à análise do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a redação do seu *caput*, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados elencados no art. 82 do diploma consumerista (e, como já visto, no art. 5º da LACP) poderão promover a liquidação e a execução da indenização devida.

Da simples leitura da primeira parte desse comando, pelo menos, três questões chamam a atenção de imediato, já que ligadas à prática daquela disciplina, e se prestam a corroborar a tese da sua insuficiência legislativa defendida no presente trabalho, quais sejam: (i) o termo inicial desse prazo de um ano; (ii) sua natureza; e (iii) quanto seria um “número compatível com a gravidade do dano”.

⁴⁶¹ *Código brasileiro...*, cit., p. 160.

3.8.1. *Termo inicial do prazo de um ano*

O texto da primeira parte do *caput* do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor não deixa dúvida de que o prazo para os beneficiários de eventual sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos habilitarem-se, ou seja, ajuizarem a respectiva ação de liquidação, é de *um ano*.

Contudo, qual o seu termo inicial? Esse diploma também foi omissivo a esse respeito.

A teor do art. 234 do Código de Processo Civil, a “intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.

Conforme se teve a oportunidade de expor, diante do veto ao seu art. 96, mencionada sentença condenatória genérica deve observar apenas o procedimento normal, definido pelo comando transcrito acima e seus seguintes para dar ciência dos seus termos aos interessados, tendo em vista a aplicação subsidiária desse *codex* àquele (art. 90 do CDC). Isso significa que tal cientificação está condicionada à publicação daquela decisão no respectivo órgão oficial do juízo prolator.

Esse, portanto, a rigor, seria o termo inicial do prazo de um ano em comento. Até porque, como também já exposto, se se admite que a execução da referida sentença condenatória seja provisória (art. 98, § 1º, do CDC), parece-me lógico que tal prazo inicie-se com a publicação oficial daquela decisão, independentemente de qualquer outro ato.

Essa é, justamente, a opinião de Luiz Rodrigues Wambier, que afirma que o Código de Defesa do Consumidor, “ao autorizar a execução provisória (§ 1º do art. 98), para o

que necessariamente deverá a sentença ter sido liquidada, podemos concluir no sentido de que se pode dar início à liquidação ainda que pendente recurso recebido sem efeito suspensivo”.⁴⁶²

Contudo, há quem entenda, como Elton Venturi, que “a habilitação dos interessados na liquidação dos danos individuais sofridos, segundo o microssistema do CDC, deve ocorrer no interregno de até um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, pois a liquidação e destinação posteriores a este prazo estariam concebidas para a chamada *fluid recovery*”.⁴⁶³

Ou quem vislumbre, como Sérgio Seiji Shimura, que referido termo inicial ocorre com a publicação de edital no órgão oficial do juízo prolator, “em aplicação analógica do art. 94, CDC, e em face do princípio constitucional da publicidade dos atos jurisdicionais (arts. 5º, LX, e 94 [*rectius*, 93], IX, da CF), podendo ser a publicação da sentença ou mesmo o respectivo trânsito em julgado”.⁴⁶⁴

E também quem conjugue esses posicionamentos, como Ricardo de Barros Leonel, que, além do trânsito em julgado, ainda aduz que, “para que não haja dúvida quanto à ciência dos indivíduos a respeito da fluência desse prazo, deve-se concluir que ele só fluirá após a publicação de edital, bem como mediante a maior divulgação possível em meios de comunicação (rádio, televisão, imprensa, internet etc.)”.⁴⁶⁵

Como afirmei acima, entendo que a sistemática em vigor definida pelo legislador pátrio impõe que o termo inicial ora analisado inicie-se com a publicação oficial da correspondente sentença condenatória e nada mais. Não obstante, particularmente, não me parece muito inteligente essa previsão legal, tampouco funcional.

⁴⁶² *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 320.

⁴⁶³ *Execução...*, cit., p. 136-137. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, que, inclusive, formula a seguinte indagação: “de que outro termo inicial se contaria o prazo de um ano, de cuja fluência *in albis* se abre o procedimento para apuração do *fluid recovery* (CDC, art. 100; Lei n. 7.347/85, art. 13), senão da publicação do edital que alerta os consumidores acerca do trânsito em julgado da sentença coletiva?” (*Manual do consumidor...*, cit., p. 249).

⁴⁶⁴ *Tutela coletiva...*, cit., p. 187. No mesmo sentido, Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação...*, cit., p. 184.

⁴⁶⁵ *Manual...*, cit., p. 393.

Primeiro, porque, como também já afirmado neste trabalho, embora possível, é improdutiva a liquidação (ou, se desnecessária, a execução) dessa decisão antes do seu trânsito em julgado, em especial, diante da possibilidade de reforma, total ou parcial, dos seus termos.

Segundo, porque, mesmo que se cogite a hipótese de que os interessados se habilitem logo em seguida à publicação oficial da sentença condenatória, é pouco provável que, até o término do referido prazo, as eventuais liquidações individuais ajuizadas já tenham sido decididas, ainda mais de modo definitivo, a fim de permitir sua respectiva execução provisória⁴⁶⁶ ou, como se verá mais adiante, a apuração do valor que deverá ser revertido para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (não se pode esquecer do cenário atual do nosso Poder Judiciário, que influi diretamente na efetividade da tutela jurisdicional objeto de análise neste estudo).

Daí porque Luiz Rodrigues Wambier sustenta a inadequação da expressão utilizada pela lei e repetida pela doutrina, pois, “se o prazo de um ano, ao cabo do qual qualquer dos legitimados do art. 82 do CDC está autorizado a promover a liquidação, se escoar, contado da publicação da sentença, sem que se tenha julgado no juízo *ad quem* recurso recebido sem efeito suspensivo (recurso especial, por exemplo), tanto a liquidação quanto a execução se poderão iniciar, esta última de modo incompleto, a teor do que prevê a parte final do art. 587 do CPC”.⁴⁶⁷

E, terceiro, considerando o caráter residual daquela reversão, porque seu cálculo será tanto mais correspondente com o caso concreto quanto maior for a objetividade dos dados que o informam, evitando assim, de modo concomitante, que o devedor pague significativamente menos do que deveria se tivesse havido habilitações em número compatível com a gravidade do dano, bem como que pague em dobro pela reparação de alguns direitos individuais, hipóteses que, a toda evidência, não se coadunam com a sistemática idealizada pelo legislador brasileiro.

⁴⁶⁶ *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 320.

⁴⁶⁷ *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 320.

Por tais razões, a melhor forma de incrementar a efetividade da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos e minimizar a possibilidade de eventual injustiça na sua satisfação seria implementar o posicionamento de Ricardo de Barros Leonel exposto acima, até porque condizente com aquilo que se vem sustentando ao longo desta tese.

A meu ver, o trânsito em julgado da sentença condenatória deveria ser o termo inicial para a fluência de tal prazo de um ano, mas desde que fosse dada a suficiente informação a respeito do título executivo, conforme se defendeu anteriormente.

De acordo com a finalidade também propositiva do presente trabalho, sugere-se, então, que o *caput* do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor seja alterado para deixar claro e expresso que o termo inicial do prazo que prevê será o trânsito em julgado daquela sentença.

3.8.2. Natureza desse prazo

Como mencionado, o diploma consumerista também não fez referência à natureza do prazo de um ano para a habilitação das vítimas e seus sucessores, previsto no seu art. 100.

Não obstante, a Lei nº 7.913/89, que dispõe sobre a ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, no § 2º do seu art. 2º⁴⁶⁸, estabelece que o lesado “decairá do direito à habilitação” se não o exercer no prazo de dois anos, contado da convocação publicada em edital com essa finalidade.

⁴⁶⁸ “§ 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.”

Com base nesse dispositivo, por analogia, é usual na doutrina a afirmação de que aquele prazo também seria *decadencial*.⁴⁶⁹ Há quem sustente, contudo, que a sua natureza seria *prescricional*, como Hugo Nigro Mazzilli, que assevera que, “no caso dos demais lesados em questões que digam respeito a interesses individuais homogêneos, a lei não estabeleceu prazo decadencial. Assim, os lesados que não se habilitarem a tempo só por ação direta individual poderão discutir seus prejuízos”.⁴⁷⁰

Também há quem defenda que referida natureza seria *preclusiva*, pois o esgotamento daquele prazo representaria apenas a perda de uma faculdade processual, mas não de nenhum direito do lesado. Segundo Ricardo de Barros Leonel, “o prazo para ‘habilitação’ funciona, na verdade, como um limite temporal a partir do qual, na ação em defesa de interesses individuais homogêneos, os recursos obtidos, que deveriam ser em princípio destinados aos lesados, poderão ser encaminhados ao Fundo de Interesses Difusos”.⁴⁷¹

Ocorre que a hipótese prevista no referido art. 100 do Código de Defesa do Consumidor não se trata (e nem poderia) da perda de um direito, nem do seu exercício⁴⁷², pois, como assevera Érica Barbosa e Silva, “o prazo de um ano, estabelecido para que se proceda ao recolhimento da reparação do Fundo de Reparação Fluída, não pode jamais ser interpretado como prazo preclusivo para habilitação na liquidação, visto que o prazo de preclusão não pode ser inferior ao legalmente previsto para a prescrição da pretensão material”.⁴⁷³

⁴⁶⁹ Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 392.

⁴⁷⁰ *A defesa...*, cit., p. 475.

⁴⁷¹ *Manual...*, cit., p. 394.

⁴⁷² Elton Venturi, *Execução...*, cit., p. 137.

⁴⁷³ *Cumprimento...*, cit., p. 129. No mesmo sentido, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Manual do consumidor...*, cit., p. 263; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários...*, cit., p. 1.436.

Mesmo com o decurso de tal prazo de um ano, as vítimas e seus sucessores têm direito ao recebimento da sua cota parte da condenação imposta pela sentença proferida na ação coletiva para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, a qual poderá ser exigida até o término do seu prazo prescricional em conformidade com a regra específica para cada direito violado.⁴⁷⁴

Nesse sentido, inclusive, é a Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Não obstante, em julgamento recente, nossa outra corte superior, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu que “o beneficiário da ação coletiva tem o prazo de cinco anos para ajuizar execução individual, contados a partir do trânsito em julgado da sentença” (REsp nº 1.275.215/RS, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.09.2011).

Tecnicamente, essa decisão é coerente com a utilidade e a efetividade do processo coletivo, pois, como bem sintetiza Ricardo de Barros Leonel, “se a função da ação coletiva, do ponto de vista prático, é resolver o conflito coletivo, evitando o ajuizamento de milhares de ações individuais, não faria sentido que os indivíduos, aguardando anos a fio o desfecho da ação coletiva, fossem surpreendidos, na fase de liquidação ou de execução, com o reconhecimento da prescrição da pretensão individual em virtude de sua ‘inércia’. Isso significaria verdadeiro estímulo à propositura de ações individuais”.⁴⁷⁵

Contudo, a meu ver, peca por fixar o prazo prescricional estabelecido pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷⁶ como regra para a satisfação daquela tutela coletiva, desconsiderando a existência de outros prazos prescricionais, como os previstos na lei civil, normalmente maiores e, portanto, mais benéficos para os titulares de interesses

⁴⁷⁴ De acordo com a clássica lição de Clóvis Beviláqua, “prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1959, p. 423).

⁴⁷⁵ *Manual...*, cit., p. 391.

⁴⁷⁶ “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

individuais homogêneos (como, por exemplo, o prazo geral de dez anos disposto no art. 205 do CC⁴⁷⁷), o que representa verdadeira e inadmissível restrição aos direitos dessas pessoas.

Luiz Rodrigues Wambier, inclusive, assevera que aquele “direito ao recebimento do *quantum* relativo a cada uma das indenizações individuais não decai com o termo do prazo de um ano, razão pela qual tanto as execuções já em andamento, ainda que em número pequeno, quanto aquelas que venham a ser propostas posteriormente devem chegar satisfatoriamente a seu termo, não podendo ocorrer prejuízo para os autores individuais em benefício do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos”.⁴⁷⁸

Daí porque compartilho do entendimento de Sérgio Seiji Shimura, que afirma que aquele prazo “é apenas *processual*, para fins de permitir a instauração da liquidação e execução coletiva em prol de recursos a serem destinados ao Fundo. Por outras palavras, não extingue direitos nem impede que o lesado ingresse com a sua liquidação e execução individuais”.⁴⁷⁹

Com efeito, o prazo de um ano presta-se apenas para servir de termo inicial à abertura daquela já mencionada segunda forma de execução coletiva, baseada na apuração do dano globalmente sofrido por determinada coletividade, a fim de que o seu produto seja revertido para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. Nada mais! A autorização legal para que os legitimados procedam à liquidação e execução da indenização devida não obsta outras liquidações e execuções até o término do prazo prescricional do direito individual violado.

Por tais razões, parece-me que o problema que surge na análise dessa questão não é a natureza de tal prazo, mas a sua *compatibilização* com as finalidades da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos e daquele fundo. Para a análise dessa problemática, porém, conveniente que primeiro se examine esse mecanismo de arrecadação residual, o que será feito adiante.

⁴⁷⁷ “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

⁴⁷⁸ *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 323-324.

⁴⁷⁹ *Tutela coletiva...*, cit., p. 187.

Antes, como mencionado, cabe analisar ainda o que vem a ser um número compatível com a gravidade do dano.

3.8.3. Número compatível com a gravidade do dano

Como exposto, o *caput* e o parágrafo único do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor previram que, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados poderão promover a liquidação e a execução da indenização devida, cujo produto será revertido para o fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Ou seja, como afirma Paulo Eduardo Alves da Silva, “o réu condenado em ação coletiva será executado ainda que não haja liquidações individuais suficientes. Deverá pagar o valor a que foi condenado aos exeqüentes individuais que se habilitarem e, se as execuções individuais são insuficientes a comporem o dano globalmente causado, deverá pagar o remanescente ao Fundo”.⁴⁸⁰

Contudo, como também já exposto, aquele dispositivo não especificou *quanto* seria esse número compatível. E não o fez por clara e evidente opção do legislador pátrio de se valer dessa expressão como *conceito jurídico vago ou indeterminado*.

Embora possa comportar amplo debate doutrinário e jurisprudencial sobre a sua previsão normativa, José Carlos Barbosa Moreira explica que, às vezes, não é possível ou conveniente “que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre, então, o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se

⁴⁸⁰ *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 497.

defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’”.⁴⁸¹

Luiz Rodrigues Wambier esclarece que essa técnica de se valer de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados “vem sendo cada vez mais utilizada pelos legisladores da nossa época, na medida em que possibilita a geração de textos adaptados à realidade dos nossos dias e à velocidade vertiginosa com que ocorrem as transformações sociais”.⁴⁸²

De fato, ao reservar a sua ponderação à apreciação judicial⁴⁸³, a lei consegue evitar a natural obsolescência que determinada delimitação do conceito jurídico poderia ocasionar com o passar do tempo, especialmente diante da multiplicação das situações da vida sobre as quais poderia vir a ser aplicada.⁴⁸⁴

Isso porque, como esclarece Teori Albino Zavascki, “o pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos preestabelecidos. Todavia, a existência de situações que fogem aos padrões conceituais rígidos de modo algum infirma a necessidade de empreender, no plano da instrumentalização processual, as devidas distinções e

⁴⁸¹ Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in *Temas de direito processual (Segunda série)*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 64

⁴⁸² *Liquidação da sentença civil...*, cit., p. 320. A importância da utilização dessa técnica nos dias de hoje é repisada por esse autor, em ensaio conjunto com José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (Repercussão geral e súmula vinculante, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 374-375).

⁴⁸³ É o que a doutrina denomina de *reserva constitucional de jurisdição* ou apenas *reserva jurisdicional* e se trata das matérias relegadas exclusivamente à apreciação judicial. A esse respeito, v. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 580-586.

⁴⁸⁴ A esse respeito, porém, porque ainda não se sabe a resposta, ressalte-se a pergunta formulada por Clèmerson Merlin Clève ao final da seguinte passagem: “Vivemos um momento de superação dos postulados individualistas do direito. Os conflitos individuais vão, na sociedade técnica e de massas, cedendo espaço para conflitos coletivos. Por outro lado, o tempo acelera; conflitos novos nascem sem uma pronta solução normativa. As leis vão assumindo um caráter de provisoriedade; o papel do juiz cresce cada vez mais em importância. Cabe a ele, afinal, adequar os velhos dados normativos, às renovadas conjunturas, às situações emergentes, aos conflitos outrora inexistentes e, hoje, recorrentes. Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?” (Poder Judiciário: autonomia e justiça, in *Revista dos Tribunais* 691, p. 41).

diferenciações. Quando as peculiaridades do caso concreto não puderem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso”.⁴⁸⁵

Assim, além de se manter atual, referida indeterminação ainda possibilita que a lei se amolde às especificidades do litígio, ampliando, assim, seu espectro de incidência, o que lhe permite servir ao amparo de um sem-número de casos concretos.

Tanto é que Sérgio Seiji Shimura sustenta que, apesar de vago, tal conceito mostra-se salutar, pois “permite ao juiz incluir sob o alcance da norma situações nem sempre cogitadas pelo legislador, que, se fosse taxativa a previsão legal, ficariam sem tutela jurisdicional. Confere maior flexibilidade à norma e, conseqüentemente, proporciona espaço também maior de liberdade ao aplicador da lei”.⁴⁸⁶

Daí porque Rodolfo de Camargo Mancuso comenta que aquela “*compatibilidade* (= razoável adequação entre o montante ressarcitório e o número de liquidantes habilitados) haverá de ser aferida em cada caso, ao prudente arbítrio do juiz”.⁴⁸⁷

Por tais razões, a meu ver, andou bem o legislador ao prever tal conceito jurídico vago ou indeterminado na redação do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, pois, dessa forma, a um só tempo, permitiu a manutenção da atualidade do seu texto e a sua ampla incidência nos mais diversos casos que podem surgir na experiência prática, prestando-se, nessa medida, ao objetivo teleológico almejado pela sistemática para a satisfação da defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos.

⁴⁸⁵ Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

⁴⁸⁶ *Tutela coletiva...*, cit., p. 186. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, *O novo regime do agravo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 196.

⁴⁸⁷ *Comentários...*, cit., p. 347.

Nesse ponto, é preciso convir que foi dado o tratamento legislativo suficiente para a efetividade processual da tutela jurisdicional de tais interesses, sendo certo que eventual alteração normativa, salvo melhor juízo, deverá preservar referido conceito, continuando, desse modo, a transferir para o juiz a avaliação caso a caso da compatibilidade do número de habilitações com a gravidade do dano.

3.8.4. Plano de cumprimento da sentença condenatória

Ainda antes de passar à análise crítica do restante do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, cumpre observar que a sistemática prevista para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos também foi *insuficiente* no trato da forma para o cumprimento da respectiva sentença condenatória.

De fato, como visto, essa disciplina limitou-se a dispor sobre a natureza dessa decisão, a legitimidade e a competência para a sua liquidação e execução, a preferência do crédito pessoal sobre o crédito coletivo e a destinação do valor da indenização devida quando parte dos beneficiários ou a sua totalidade forem inertes na individualização da reparação do seu dano. Não há nada previsto acerca do modo de cumprimento daquela sentença.

E, na prática, essa falta de previsão legal tem trazido dificuldades (leia-se: inefetividade processual) à satisfação da tutela coletiva, notadamente, relativa àqueles interesses, haja vista que, em geral, pela sua própria natureza, a consideração global do dano causado corresponde a um numeroso contingente de pessoas determinadas ou determináveis e a sua reparação, a um elevado montante.

De acordo com a sistemática vigente, salvo eventual composição amigável⁴⁸⁸, não existe nenhum meio à disposição do causador do dano voltado a incentivar ou, ao menos, a facilitar o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta pela sentença condenatória. Aliada

⁴⁸⁸ A respeito da satisfação de eventual composição amigável, vale ressaltar a posição peculiar de Owen Fiss, que entende que um acordo não gera, nas partes, o mesmo comprometimento que as sentenças judiciais e, portanto, tem menos chances de ser cumprido do que tais decisões (*Um novo processo civil: estudos norte-americanos*

à problemática inerente à satisfação de tais interesses, que tem sido abordada neste trabalho, essa ausência legislativa tem contribuído para a inefetividade processual dessa tutela.

Certamente, inúmeras situações verificadas na praxe forense poderiam ser evitadas, ou melhor, inúmeras sentenças condenatórias poderiam ser cumpridas (ou, talvez, mais adequadamente cumpridas) se o nosso sistema dispusesse de meio destinado, como mencionado, a incentivar ou, ao menos, facilitar o seu cumprimento pelo causador do dano (não obstante a mencionada tendência que se tem verificado de a tutela condenatória em pecúnia ser convertida em tutela específica ou na obtenção de resultado prático equivalente). Isto é, se fosse facultado ao devedor maior participação na forma e nas condições de cumprimento da sua condenação, com vistas a minar sua possível recalcitrância em fazê-lo.

Não é por outro motivo que o Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública), em atenção ao seu objetivo de aperfeiçoar o sistema de execução das tutelas coletivas, “inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário”⁴⁸⁹, dedicou um capítulo inteiro (XI) a propor a instituição de um programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos (arts. 57 a 61⁴⁹⁰) a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

sobre jurisdição, constituição e sociedade, trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 139).

⁴⁸⁹ Conforme alínea “j” do item 7 da sua Exposição de Motivos (nº 00043-MJ).

⁴⁹⁰ “Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Nos termos desse Projeto de Lei, o programa terá por objetivo a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante a definição de procedimentos destinados à satisfação de referidos interesses, que poderão compreender diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, sendo que, especificamente com relação aos interesses individuais homogêneos, tal programa estabelecerá um sistema de identificação dos beneficiários e, quando possível, envolverá o maior número de partes interessadas e afetadas pela correspondente ação coletiva (art. 57, §§ 2º, 3º e 4º).

Ainda conforme aquele Projeto de Lei, o programa será apresentado unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, se existir processo em andamento, ou com qualquer outro legitimado, se não existir processo (art. 58). Apresentado, as partes terão o prazo de cento e vinte dias, prorrogável por igual período, para negociá-lo, sendo que o acordo que o estabelecer será submetido à manifestação do Ministério Público (obviamente, a meu ver, caso ele não o esteja negociando) e, em seguida, à homologação judicial (arts. 59 e 60).

Sem dúvida, essa proposta legislativa, se convertida em lei, poderia contribuir enormemente para o aperfeiçoamento do sistema de execução das tutelas coletivas, sobretudo, daquela relativa aos interesses individuais homogêneos. Infelizmente, porém, apesar de ela ser benéfica e necessária ao incremento do ordenamento jurídico brasileiro, tal Projeto de Lei foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados do Brasil, aguardando, desde 12 de maio de 2010, julgamento do recurso nº 394/2010, interposto pelo deputado federal Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ) contra essa rejeição (lembre-se do mencionado interesse do Estado na implementação de melhorias judiciárias...).

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.”

Isso significa que nosso sistema continua carente. Por isso, em conformidade com o objetivo traçado para este trabalho, entendo conveniente propor a inserção de meio semelhante, que, embora mais simples do que a sugestão vista acima (e, talvez por essa razão, menos difícil de ser aprovado), poderia auxiliar (e muito) a efetividade da sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional de tais interesses, cerne do presente estudo.

Trata-se de procedimento similar ao plano de recuperação judicial previsto nos arts. 53 e 54 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005⁴⁹¹ (conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e de Falência ou simplesmente Nova Lei de Falência).

Ao comentá-lo, Rachel Sztajn esclarece que “plano, no caso, é um projeto em que se prevêem operações ou meios destinados a debelar a crise da empresa. É, pois, um programa descrevendo ações voltadas para o saneamento da sociedade. Logo um conjunto de medidas que devem ser adotadas pelo administrador judicial em que estarão estruturadas as medidas operacionais a serem desenvolvidas ao longo de certo lapso temporal. Trata-se, pois, da proposta a ser apresentada pelo devedor aos credores em que se desenhe ou, no mínimo, estejam delineadas as ações que, ao reorganizar a atividade, recompor ou reformatar a sociedade, possibilitarão a sua continuidade. Plano é o detalhamento das medidas que, se aprovadas e corretamente previstas, facilitarão atingir o resultado esperado: a manutenção das atividades”.⁴⁹²

⁴⁹¹ “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.”

⁴⁹² Do plano de recuperação judicial, in *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo* (coords. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo), 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 265.

Essa é razão pela qual Manoel Justino Bezerra Filho afirma que, nesse plano, “ocorre efetivamente uma atividade política, no sentido de ser feita a melhor opção, tanto por parte do devedor, ao apresentar o plano, como, mais adiante, por parte dos credores, ao acolherem, rejeitarem ou modificarem o plano”.⁴⁹³

Transpondo esse mecanismo para a sistemática da satisfação dos interesses individuais homogêneos (embora essa ideia possa vir a ser estendida, na medida do possível, para os interesses difusos e coletivos⁴⁹⁴), parece-me possível a instituição de um *plano de cumprimento da sentença condenatória*.

Em moldes semelhantes ao que se verifica na Lei nº 11.101/05 e, ainda, aproveitando as sugestões desenvolvidas naquele Projeto de Lei, referida sistemática poderia conter a previsão de que, proferida a sentença condenatória de procedência, o réu teria o prazo de quinze dias para informar ao juízo se apresentará tal plano, que poderia ser oferecido em até quarenta e cinco dias seguintes e ininterruptos.

Apresentado o plano, as partes poderiam ter mais sessenta dias para negociá-lo, de preferência, em espécies de audiências públicas que contassem com o maior número de interessados, findos os quais o acordo resultante dessas tratativas ou, na hipótese de não haver composição amigável sobre os seus termos, o plano original seria remetido para manifestação do Ministério Público (obviamente, caso o *Parquet* já não estivesse envolvido nessa negociação) e, posteriormente, submetido à homologação judicial.

⁴⁹³ *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - Comentário artigo por artigo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.

⁴⁹⁴ Por exemplo, como determinado pela sentença do juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Mauá e mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do respectivo recurso de apelação (ainda passível de recurso às cortes superiores), para que os réus da já anotada ação civil pública relativa ao caso do Condomínio Residencial Barão de Mauá elaborem plano de recuperação do dano ambiental causado no prazo fixado, a ser aprovado pelas autoridades ambientais.

Com base no mencionado Projeto de Lei, o plano de cumprimento da sentença condenatória objetivaria a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer aos titulares que, na medida do possível, seriam identificados. Isto é, entre outras formas, poder-se-ia propor o pagamento parcelado da condenação ou o estabelecimento de procedimentos destinados a gerar algum benefício ou prestar alguma assessoria a esses interessados.

Também com base nesse Projeto de Lei e na Lei nº 11.101/05, poder-se-ia definir um limite temporal para o cumprimento desse plano, que seria liquidado e executado mediante supervisão judicial, sob pena de ser retomado o procedimento para a satisfação dos interesses lesados.

Por óbvio, trata-se de mera sugestão de alteração legislativa, passível de críticas e salutares contribuições para o aperfeiçoamento da ideia. De todo modo, ao meu sentir, constitui proposta que viria ao encontro da almejada busca da ciência processual, sobretudo, no campo coletivo, de tornar mais efetivos os seus instrumentos à disposição dos jurisdicionados.

3.8.5. Intervenção do Poder Judiciário nas finanças públicas

Questão delicada, mas que ainda revela a *insuficiência legislativa* da sistemática prevista para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas finanças públicas para programar o cumprimento da condenação imposta ao Poder Público, notadamente, quando consubstanciada em obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, tendo em vista a repercussão disso na sua esfera orçamentária.

Pertinente, assim, também sua abordagem antes de se prosseguir na análise crítica ao restante do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, tal questão toca aos limites do controle jurisdicional das políticas públicas, tema vasto e complexo⁴⁹⁵, a começar pelo fato de que o próprio conceito de políticas públicas é vago ou indeterminado, ou seja, não enuncia uma categoria jurídica já assentada ou clarificada.

Tanto é que Rodolfo de Camargo Mancuso explica que o “labor exegetico é particularmente acentuado no exame das *políticas públicas* e de seu natural corolário – a questão da *judiciabilidade* – e isso, entre outros fatores, porque aí se imbricam e se interpenetram vários elementos, a par do jurídico, propriamente dito, como o dado político, o sociológico, o institucional”.⁴⁹⁶

De acordo com Guilherme Amorim Campos da Silva, política pública é “o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e o Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário”.⁴⁹⁷

Já conforme Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁴⁹⁸, que expressem “a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Para um estudo aprofundado sobre o tema, v. Osvaldo Canela Júnior, *Controle judicial das políticas públicas*, São Paulo, Saraiva, 2010.

⁴⁹⁶ A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas, in *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 721.

⁴⁹⁷ *Direito ao desenvolvimento*, São Paulo, Método, 2004, p. 104.

⁴⁹⁸ *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 241.

⁴⁹⁹ O conceito de política pública em direito, in *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci), São Paulo, Saraiva, 2006, p. 39.

As políticas públicas, portanto, consistem em atividades planejadas⁵⁰⁰ para efetivarem os fins precípuos do Estado, sobretudo, os princípios positivados em nossa Constituição Federal, voltados, em uma visão contemporânea dos direitos fundamentais, à realização dos chamados direitos de segunda⁵⁰¹ e de terceira⁵⁰² geração, os quais, em termos práticos, referem-se essencialmente aos interesses metaindividuais.

Prova disso é que esses direitos de terceira geração relacionam-se com os interesses individuais homogêneos, foco do presente trabalho, os quais, como se viu, foram *conceitualmente normatizados* pelo art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade se estende à disciplina das ações civis públicas, a teor do seu art. 117.

Por esse motivo, Ricardo de Barros Leonel sustenta que, “quando se fala em controle judicial das políticas públicas, é possível pensar no controle de atos administrativos, no controle de atos normativos, e no controle da omissão da Administração Pública tanto quanto à prática de atos administrativos indispensáveis à realização das políticas públicas como quanto à emissão de atos normativos imprescindíveis à sua efetivação”.⁵⁰³

⁵⁰⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta essa característica ao asseverar que “a política pública, uma vez estabelecida, não pode ser tomada pelo agente ou órgão público que dela se deva desincumbir como se fosse um título em branco, que pode ser preenchido por qualquer critério e satisfeito em qualquer tempo, mas antes, cuida-se de atribuições definidas e cogentes, que devem ser desempenhadas tempestivamente e a contento, em conformidade com o quesito da eficiência, enumerado pelo artigo 37 da Constituição Federal dentre os princípios regedores da Administração Pública. Assim como não se concebe que uma norma seja editada para receber *qualquer* interpretação, e sim aquela mais consentânea ao seu vero conteúdo e objetivo, também não faria sentido que uma política pública fosse estabelecida para... ser atendida ou não, conforme conviesse à livre discricção da Autoridade” (Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 233).

⁵⁰¹ Segundo Márcio Flávio Mafra Leal, os direitos “de 2ª geração são os direitos sociais que incumbiam ao Estado algumas tarefas de prover garantias materiais mínimas (educação, saúde, proteção ao trabalhador)” (*Ações coletivas...*, cit., p. 101, nota 179).

⁵⁰² Para Norberto Bobbio, “ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído” (*A era dos direitos*, trad. port. Carlos Nelson Coutinho, 11ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 6).

⁵⁰³ *Manual...*, cit., p. 449.

Como assentado pela doutrina e pela jurisprudência, esse controle do Poder Público pelo Poder Judiciário, porém, pode e deve ser exercido de modo *excepcional*, em especial, para implementar ou corrigir as políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal, sempre que os organismos estatais competentes deixarem, parcial ou totalmente, de efetivá-las.

Wallace Paiva Martins Junior confirma que “o controle judiciário das políticas públicas é desenvolvido excepcionalmente e essa situação se configura inafastável quando há o adimplemento parcial ou o inadimplemento do Poder Executivo em seu cumprimento imolando direitos subjetivos do indivíduo”.⁵⁰⁴

O reiterado posicionamento do Supremo Tribunal Federal também corrobora que, “embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (ARE nº 639.337 AgR/SP, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011).

Ademais, o tema dos limites ao controle jurisdicional das políticas públicas ressalta o conflito existente com o domínio político e econômico, pois envolve, de um lado, a constatação da discricionariedade ou da vinculação do comportamento administrativo e, de outro, o necessário financiamento e custeio das atividades da Administração Pública.

De fato, além do referido modo excepcional do seu exercício pelo Poder Judiciário, esse tema compreende a denominada cláusula ou teoria da “reserva do possível” (*Volbehalt des Möglichen*).

⁵⁰⁴ Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 863.

Alice Gonzalez Borges esclarece que, concebida em julgamento da Corte Constitucional alemã na década de 70, consubstancia-se na ideia de que “a construção de direitos subjetivos às prestações positivas do Estado deverá estar condicionada à reserva do possível, no sentido da disponibilidade de recursos, isto é, daquilo que razoavelmente o indivíduo pode esperar da sociedade. A teoria alemã da reserva do racionalmente possível assumiu entre nós, ante as peculiaridades das condições socioeconômicas do País, o caráter de reserva do financeiramente possível, e é neste aspecto que frequentemente vem sendo invocado perante os tribunais”.⁵⁰⁵ E, complemento, também é nesse aspecto que tem balizado a implementação ou não de políticas públicas.

Isso porque, quando se trata de políticas públicas, não basta a previsão normativa da essencialidade de um direito (o mínimo existencial) para implementá-las, é preciso que o Poder Público também disponha de recursos financeiros para tanto, já que, por consistirem em programas ou atividades planejadas, esse aspecto econômico é fundamental para a sua concretização.

Como pondera Ana Paula de Barcellos, o objetivo primordial da nossa Constituição Federal, em particular, é a “promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas, in *Revista Brasileira de Direito Público* 25, p. 20.

⁵⁰⁶ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 245-246.

Ao tratar do tema, Ada Pellegrini Grinover elenca os seguintes requisitos e limites para o controle jurisdicional das políticas públicas: (i) garantia do mínimo existencial por parte da Administração Pública; (ii) razoabilidade da pretensão deduzida em juízo em face do Poder Público; e (iii) disponibilidade financeira e orçamentária estatal para realizar as prestações positivas que lhe são requeridas.⁵⁰⁷

Logo, para o que interessa a este estudo e fundamenta o presente tópico, aquela cláusula ou teoria da “reserva do possível”, ou seja, essa disponibilidade financeiro-orçamentária do Estado é a barreira a ser transposta para dotar de efetividade a sentença condenatória proferida em ação coletiva ajuizada contra o Poder Público para tutelar interesses individuais homogêneos, principalmente, como mencionado, quando tal condenação abrange obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, haja vista o seu reflexo nas finanças destinadas à implementação ou correção de políticas públicas.

Daí porque, além da observância daqueles requisitos e limites, é imprescindível que a decisão judicial implique em verdadeira obrigação de fazer imposta ao órgão estatal causador do dano de, caso ainda não exista, inserir verba específica no seu orçamento para atendê-la.⁵⁰⁸

Para tanto, deve ser lícita a intervenção do Poder Judiciário nas finanças públicas para o fim de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ente público do ano em que estiver em curso ou, caso isso não seja possível, de verba no orçamento do ano subsequente, com a dotação específica para a sua aplicação na implementação ou correção da política pública que lhe é exigida.

⁵⁰⁷ O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in *Revista de Processo* 164, p. 15.

⁵⁰⁸ Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas..., cit., p. 20.

Não se desconhece, porém, que tal obrigação implicará mais um embate na “queda-de-braço” da disputa política do Poder Judiciário com os demais poderes, à qual já se fez referência neste estudo e a qual, como observa José Eduardo Faria, “acaba comprometendo a neutralidade intrínseca às suas tradicionais funções adjudicatórias”.⁵⁰⁹

Contudo, parece-me que seja o preço a ser pago, pois, sem que haja tal obrigação de o Poder Público programar o cumprimento de uma condenação judicial, nenhuma melhora se poderá cogitar na satisfação das tutelas jurisdicionais coletivas, sobretudo, naquelas relativas aos interesses individuais homogêneos.

Por óbvio, essa previsão legal deve ser acompanhada da correlata estruturação do Poder Judiciário para a justiciabilidade dos direitos sociais reclamados, pois, como lembra Swarai Cervone de Oliveira, “via de regra, a implementação de políticas públicas é feita de forma gradual, em períodos longos, e obedece a critérios, tais como possibilidade orçamentária e necessidade dos diversos segmentos sociais. O Judiciário, tal como estruturado em nosso país, não tem – isso deve ser ressaltado – condições financeiras, técnicas ou de pessoal para acompanhar a implementação das políticas públicas e corrigir eventuais desvios”.⁵¹⁰

Nesse sentido, embora ainda em fase inicial de discussão, merece aplauso o anteprojeto de lei elaborado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, com a colaboração dos pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEBEPEJ) e dos professores e alunos do curso de mestrado em políticas públicas da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Estado do Espírito Santo, que visa, entre outras providências, a instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, tendo em vista que condizente com o que se defendeu acima.

⁵⁰⁹ O Judiciário..., cit., p. 65.

⁵¹⁰ *Poderes do juiz...*, cit., p. 117. No mesmo sentido, v. Clayton Maranhão, O controle jurisdicional de políticas públicas, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010, p. 168-169.

Certamente, se aprovado, após as devidas e salutares contribuições da comunidade jurídica, esse anteprojeto constituirá marco fundamental no trato do tema e, reflexamente, representará valiosa ferramenta para o incremento da efetividade processual da satisfação jurisdicional daqueles interesses. É o que se espera. Vamos aguardar.

3.9. Destinação do valor da indenização devida

Por um longo tempo, o problema da destinação do valor de eventual indenização devida foi um dos maiores entraves ao surgimento do processo coletivo, juntamente com as questões da legitimidade ativa coletiva e da coisa julgada com imutabilidade *erga omnes*.⁵¹¹

O fundo de reparação de interesses difusos lesados ou, como chamado na esfera federal, “Fundo de Defesa de Direitos Difusos”, foi o mecanismo encontrado pelo legislador brasileiro para resolver aquele problema quando impossível, impraticável ou irrisória a reparação individual. Como já visto, sua previsão promoveu verdadeira revolução no movimento de ampliação do acesso à Justiça (acesso à ordem jurídica justa) com o advento da Lei da Ação Civil Pública.

Assim, em conformidade com os propósitos definidos para este estudo, analisado o *caput* do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, cumpre examinar seu parágrafo único, que dispõe que serão revertidas para esse fundo as indenizações apuradas após a liquidação e a execução da sentença condenatória proferida em ação coletiva para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos quando não houver habilitações de interessados ou seu número for incompatível com a gravidade do dano no prazo de um ano.

⁵¹¹ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa...*, cit., p. 465.

3.9.1. Fundo de reparação de interesses difusos lesados

A princípio, cumpre fazer o alerta de que este tópico não será destinado ao exame pormenorizado da problemática relativa a esse fundo. Tal abordagem é impertinente ao desenvolvimento do tema central desta tese e, por isso, não será realizada.⁵¹²

Aqui, limitar-se-á a apresentar as suas principais características e as suas particularidades em relação ao mecanismo do *fluid recovery* do direito norte-americano, que serviu de ideia para a sua criação, além de avaliar a sua utilidade para a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública⁵¹³, inicialmente, esse fundo⁵¹⁴ foi regulamentado pelo Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro de 1986, alterado pelo Decreto nº 96.617, de 31 de agosto de 1988, revogados, contudo, pelo Decreto nº 407, de 27 de dezembro de 1991, posteriormente também revogado pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994, em vigor atualmente e responsável pela criação do Conselho Federal referido no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública na estrutura organizacional do Ministério da Justiça. No ano seguinte, a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, resultado da conversão da Medida Provisória nº 913, de 24 de fevereiro de 1995, praticamente repetiu seu texto.⁵¹⁵

⁵¹² Para esse estudo aprofundado, v. Arthur Badin, O fundo de defesa de direitos difusos, in *Revista de Direito do Consumidor* 67, p. 62-99; e Érica Barbosa e Silva, A *fluid recovery* no sistema brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental* (coords. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo), Santos, Universitária Leopoldianum, 2006, p. 90-94.

⁵¹³ “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.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput* e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”

⁵¹⁴ Na verdade, *fundos*, pois, embora tenha feito referência a apenas um fundo, esse texto legal autorizou a criação de diversos fundos: um fundo para a Federação e outros para cada um dos Estados (Ronaldo Porto Macedo Júnior, Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados, in *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 754).

⁵¹⁵ No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Estadual nº 6.536, de 13 de novembro de 1989, autorizou o Poder Executivo a criar o “Fundo Especial de Defesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados” dentro da estrutura

Embora relacionada com a atividade jurisdicional, a natureza do fundo é meramente *administrativa*, sendo certo que sua gerência e, sobretudo, a utilização dos seus recursos estão dissociadas de qualquer ação coletiva.⁵¹⁶

A esse respeito, Ricardo de Barros Leonel informa que, “a partir do momento em que o valor é recolhido ao Fundo, deixa de sujeitar-se à ingerência judicial. Seu emprego será determinado pelo órgão encarregado da sua gestão. A má ou equivocada destinação pode ser impugnada administrativamente ou judicialmente, em demanda autônoma que não guarda relação alguma com a ação coletiva originária onde houve a condenação”.⁵¹⁷

No tocante a essa origem, apesar de o mencionado art. 13 da Lei da Ação Civil Pública ter feito referência apenas a “condenação em dinheiro”, a legislação posterior complementou as fontes de receita do fundo, de modo que, hoje em dia, os seus recursos são constituídos dos produtos das seguintes arrecadações: (i) condenações judiciais relativas à tutela de interesses difusos e coletivos; (ii) multas judiciais e indenizações desde que não voltadas à reparação de danos causados a interesses individuais; (iii) multas administrativas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (antitruste); (iv) rendimentos auferidos com aplicações dos seus recursos; e (v) doações e outras receitas que lhe forem destinadas.⁵¹⁸

organizacional do Ministério Público paulista. Todavia, a Lei Estadual nº 13.555, de 9 de junho de 2009, alterou sua denominação para “Fundo Estadual de Defesa de Interesses Difusos” (“FID”), o qual passou a estar vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

⁵¹⁶ Para um estudo mais aprofundado a esse respeito, v. Ricardo Quass Duarte, Os fundos de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados: natureza, gerência e serventia, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental* (coords. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo), Santos, Universitária Leopoldianum, 2006, p. 103-127.

⁵¹⁷ *Manual...*, cit., p. 431. Em sentido contrário, Álvaro Luiz Valery Mirra sustenta que, “no que se refere ao dinheiro resultante de condenações judiciais proferidas no contexto da reparação pecuniária do dano ambiental, não há qualquer liberdade para os conselhos gestores dos fundos federal e estaduais, no sentido de utilizarem a verba para finalidade diversa daquela da recomposição do bem ou sistema ambiental degradado, tutelado por aquela ação civil pública da qual proveio o dinheiro. A vinculação, aqui, é total, a menos que essa providência não seja possível, em virtude da irreversibilidade do dano ambiental” (Fundo de recomposição de interesses difusos, in *Revista de Direitos Difusos* 36, p. 9).

⁵¹⁸ Conforme art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.008/95.

Como bem aponta Sérgio Seiji Shimura, portanto, apesar da sua nomenclatura, “não é o simples fato de o interesse defendido ser *difuso ou coletivo* que necessariamente os recursos serão revertidos ao Fundo federal de Defesa dos Direitos Difusos”.⁵¹⁹

O art. 13 da Lei da Ação Civil Pública também estabeleceu que os recursos arrecadados pelo fundo serão “destinados à reconstituição dos bens lesados”. Entretanto, como adverte Carlos Alberto de Salles, é impróprio falar-se em *reconstituição* ou termo similar nesse caso, pois isso poderia fazer supor que “seria possível, mediante condenação em dinheiro, transferir para o fundo a obrigação de reconstituir o bem objeto da condenação judicial”, quando “a destinação final dos recursos, decidida pelo conselho gestor do fundo, é, na verdade, uma compensação em espécie do interesse lesado, através de equivalente não-pecuniário”, o qual, por sua vez, é “representado por aquelas ações capazes de beneficiar o interesse lesado, genericamente considerado, em proporção semelhante ao dano sofrido, representa, em última análise, a destinação, por via administrativa, da condenação em dinheiro prevista na Lei nº 7.347/85”.⁵²⁰

Consequentemente, também se revela inapropriado o termo “recuperação” de bens utilizado pelo § 3º do art. 1º da Lei nº 9.008/95, que prevê, além dessa finalidade, a aplicação dos recursos arrecadados pelo fundo (federal) na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa⁵²¹ dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, à infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

⁵¹⁹ *Tutela coletiva...*, cit., p. 198.

⁵²⁰ *Execução judicial...*, cit., p. 315-319.

⁵²¹ Sobre esse ponto específico, é farta a crítica doutrinária. Inclusive, em trabalho anterior, já manifestei minha contrariedade a essa previsão, que não me parece justificável (*Poderes investigatórios...*, cit., p. 172-173). No mesmo sentido, v. Édís Milaré, Joana Setzer e Renata Castanho, O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/85, in *Revista de Direito Ambiental* 38, p. 17; Álvaro Luiz Valery Mirra, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 335; e Ronaldo Porto Macedo Júnior, *Propostas para a reformulação...*, cit., p. 814. Em sentido contrário, Arthur Badin entende que “não parece ter andado mal o legislador ao prever a possibilidade de uso dos recursos para a modernização administrativa de órgãos públicos encarregados da tutela dos interesses difusos e coletivos” (*O fundo...*, cit., p. 81).

Por tais razões, Ricardo Quass Duarte bem elucida que “a situação ideal é que a ocorrência do dano deva ser evitada a qualquer custo, o que se dá mediante adequada e tempestiva tutela preventiva. Se o dano já estiver consumado, a tutela adequada passará a ser aquela prestada de forma específica, ou seja, voltada para a reposição do bem ou interesse lesado ao seu *statu quo ante*. Se essa tutela, contudo, também não puder ser prestada, seja pela irreparabilidade do bem, seja pela incapacidade de sua execução, é que se deve cogitar da tutela compensatória. A compensação, por sua vez, deve dar-se, preferencialmente, por meio de equivalente não-pecuniário, a ser estabelecido pelo próprio juízo. Somente como última alternativa, deve o juiz condenar o autor da lesão a recolher dinheiro ao fundo, para que, então, o respectivo conselho gestor o aplique em ações tendentes a beneficiar o bem lesado”.⁵²²

Não obstante, como mencionado, na tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, em especial, para a sua satisfação, objeto do presente trabalho, o legislador brasileiro atentou ainda para a hipótese de a sentença condenatória não ser liquidada pelos beneficiários ou aqueles que tomaram essa iniciativa serem em número incompatível com a gravidade do dano. Para esses casos, como visto, previu a reversão do produto da indenização devida para o fundo (parágrafo único do art. 13 da LACP).

Segundo Ada Pellegrini Grinover, isso “é comum no campo das relações de consumo, quando se trata de danos insignificantes em sua individualidade mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por exemplo, o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente *causado* pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo *sofrido* por cada consumidor lesado”.⁵²³

⁵²² Os fundos de reparação..., cit., p. 109-110.

⁵²³ Código brasileiro..., cit., p. 163.

No ponto, cumpre deixar claro que, de início, tal destinação surgiu como alternativa ao seguinte *paradoxo*: a falta ou insuficiência de habilitações implicaria em recolher aquela indenização para os cofres públicos.⁵²⁴ Contudo, em grande parte das vezes, o Estado é o próprio causador do dano. Logo, referida providência iria contra os objetivos colimados pelo legislador brasileiro para a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, razão pela qual se previu que referida indenização seria revertida para o fundo e, nessa medida, prestar-se-ia a voltar para os lesados mediante o benefício de toda a sociedade.⁵²⁵

O sistema buscou, assim, assegurar a punição do causador do dano mesmo diante dessas características inerentes a tais interesses e, com isso, de um lado, evitar que ele venha a se enriquecer de maneira ilícita pela provável inércia das vítimas e seus sucessores e, de outro, promover, ainda que indiretamente, a restituição de valores para a coletividade.⁵²⁶

Essas são, basicamente, as duas vantagens do fundo também na opinião de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, ou seja, “primeiro, não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir. Por outro lado, determina a possibilidade de reparação; não sendo diretamente reclamada pelos lesados, a indenização pode ser utilizada em iniciativas e projetos vinculados aos direitos que a ação coletiva buscou proteger”.⁵²⁷

⁵²⁴ Ada Pellegrini Grinover, *O novo processo...*, cit., p. 144.

⁵²⁵ Érica Barbosa e Silva, *Cumprimento...*, cit., p. 141.

⁵²⁶ O *caput* do art. 45 do Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) foi mais claro que a lei vigente a esse respeito, tendo disposto que: “Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu”.

⁵²⁷ *Comentários...*, cit., p. 1.459.

Daí porque Érica Barbosa e Silva assevera que aquela “reparação 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. Isso porque mesmo sem a identificação específica das pessoas atingidas por esse dano, o causador será condenado a uma obrigação de pagar. Para tanto, basta que a sentença reconheça a existência de um *eventus damni*”.⁵²⁸

Entretanto, como também já visto, essa indenização baseada no dano globalmente causado trata-se de hipótese *subsidiária*⁵²⁹, condicionada à falta de habilitações em número compatível com a gravidade do dano, conforme clara e suficientemente expresso no *caput* do referido art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Tanto é que o legislador pátrio também previu a sustação do repasse dos créditos coletivos para o fundo quando em concurso com os créditos individuais decorrentes de um mesmo evento danoso, enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização individuais, salvo se o patrimônio do devedor for suficiente para responder pela integralidade dos débitos (art. 99 e parágrafo único do CDC).

Esse caráter subsidiário ou residual⁵³⁰ assemelha-se com o do *fluid recovery* do direito norte-americano, no qual a indenização aferida é utilizada para a realização de atividades compensatórias em benefício da coletividade lesada.⁵³¹

⁵²⁸ *Cumprimento...*, cit., p. 136.

⁵²⁹ Elton Venturi discorda desse caráter subsidiário, pois, em sua opinião, “ainda que o número de interessados que tenham se habilitado seja compatível com a gravidade do dano, mesmo assim não se afasta a mensuração da reparação indivisível, destinada ao Fundo” (Liquidação e execução coletiva da *fluid recovery* referente à “sobra” do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido, in *Revista de Processo* 111, p. 315-316).

⁵³⁰ Mauro Cappelletti fala em “eventual resíduo não reclamado dos membros da coletividade” (Formações sociais..., cit., p. 153).

⁵³¹ Embora conteste essa possibilidade no sistema brasileiro, Arthur Badin reconhece que, “em alguns casos, a condenação de obrigação de fazer pode se afigurar mais exequível que a de obrigação de pagar quantia certa” (O fundo..., cit., p. 78-79).

Tal mecanismo foi criado pela jurisprudência norte-americana para tentar resolver o problema decorrente da dificuldade de distribuição do valor obtido por meio de ação coletiva destinada à reparação de danos causados a pessoas indeterminadas ou do eventual resíduo não reclamado quando essa classe é composta por centenas, milhares ou até milhões de lesados ou quando não é possível a imediata identificação dessas pessoas.⁵³²

Carlos Alberto de Salles observa que “a doutrina brasileira tem apontado reiteradamente semelhança da sistemática do fundo criado pela Lei nº 7.347/85 com o *fluid recovery* do direito norte-americano. No entanto, essa proximidade é apenas de concepção. O fundo brasileiro opera de maneira bastante diversa daquela solução judicial provinda das *class actions* norte-americanas”.⁵³³

Com efeito, muito embora tenha servido de inspiração, o *fluid recovery* possui diferenças marcantes em relação ao fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Como explica Lionel Zaclis, nos Estados Unidos, “nos casos em que a quantidade de integrantes de uma classe é muito grande ou naqueles em que se verifica uma contínua alteração na participação, de modo a tornar-se impossível ou extremamente difícil a identificação individual, caracteriza-se o fenômeno conhecido como *fluid class*, ou seja, ‘classe fluida’. Nessas hipóteses, utiliza-se o mecanismo da *fluid class recovery* ou simplesmente *fluid recovery*”.⁵³⁴

Já, no Brasil, o fundo não se apegua a essa fluidez, mas é usado para atender a interesses indivisíveis (difusos ou coletivos) e individuais homogêneos, nas hipóteses previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.⁵³⁵

⁵³² Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro...*, cit., p. 162-163. No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa...*, cit., p. 466-467.

⁵³³ *Execução judicial...*, cit., p. 310.

⁵³⁴ *Proteção coletiva dos investidores...*, cit., p. 194. Como bem anotado por Márcio Flávio Mafra Leal, por isso, ao contrário do que comumente afirmado pela doutrina, na verdade, o que é fluida é a classe e não a reparação (*Ações coletivas...*, cit., p. 164, nota 351).

⁵³⁵ Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial...*, cit., p. 313.

Além disso, viu-se que a natureza do fundo brasileiro é administrativa, ao passo que o *fluid recovery* é jurisdicional. Diferentemente do mecanismo nacional, o norte-americano está vinculado à ação coletiva que lhe deu origem, sendo certo que o produto arrecadado nessa demanda deverá ser diretamente revertido para os interessados a critério do juízo, mediante o sistema de mercado “pela forma de redução de preços, ou é usado para patrocinar um projeto que beneficiará adequadamente os membros da classe”.⁵³⁶ Entre nós, a única vinculação que existe refere-se ao interesse tutelado, se difuso ou coletivo⁵³⁷, mas, mesmo assim, sem nenhuma referência à região geográfica do dano.⁵³⁸

No ponto, conveniente tecer breve consideração, sobretudo porque condizente com as maiores críticas que têm sido dirigidas ao fundo e que dizem respeito à sua gestão e à utilização dos seus recursos.

Ora, se o objetivo do fundo não é a reconstituição do bem lesado, mesmo com expressa previsão legal nesse sentido⁵³⁹, mas a compensação da sociedade em uma ampla perspectiva, não me parece que os valores que lhe são revertidos devam estar afetados ao contexto que os originou.

Aliás, os dados oficiais do relatório de gestão do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, relativo às atividades realizadas no exercício do ano de 2010, apontam uma distribuição de recursos, salvo melhor juízo, equilibrada entre as áreas tuteladas (meio ambiente: 14,7%; consumidor: 31,7%; e bens e direitos de valor artístico, histórico e outros interesses difusos e coletivos: 53,6%).⁵⁴⁰

⁵³⁶ Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial...*, cit., p. 310.

⁵³⁷ Em âmbito federal, conforme art. 1º do Decreto nº 1.306/94 e art. 1, § 1º, da Lei nº 9.008/95. No Estado de São Paulo, conforme art. 2º da Lei Estadual nº 6.536/89.

⁵³⁸ O parágrafo único do art. 7º do Decreto nº 1.306/94 limita-se a dispor que, quando possível, os recursos arrecadados pelo fundo serão *prioritariamente* aplicados na reparação específica do dano causado.

⁵³⁹ Parte final do *caput* do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

⁵⁴⁰

Disponível

em:

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ968198B3ITEMIDF9BF9908EE2341DAB4C620A7BFD3CE53PTBRIE.htm>>. Acesso em 02.09.2011.

Ao contrário do que se costuma sustentar sobre esse assunto⁵⁴¹, entendo que tais quantias devem prestar-se ao implemento de políticas públicas bem definidas pelo respectivo conselho gestor, o qual, por sua vez, para conseguir alcançar esse desiderato e, assim, cumprir a sua finalidade, precisa ser capaz de se valer da sua autonomia (não basta ser autônomo; é preciso *parecer* autônomo) para desenvolver um planejamento estratégico competente que não dependa (pelo menos, não exclusivamente) da iniciativa da sociedade na apresentação de projetos, mas sim que esteja fundado em prioridades estipuladas com base em dados reais. Até porque a destinação de referidos valores depende da respectiva previsão orçamentária⁵⁴² e, por isso, não estão livremente à disposição dos seus gestores.

Todavia, pode-se afirmar que a principal diferença entre aqueles mecanismos diz respeito à sua *finalidade*, uma vez que, no Brasil, a arrecadação de recursos para o fundo visa a promover uma compensação pecuniária pelo dano causado e não a ressarcir os lesados.⁵⁴³ De fato, como assevera Érica Barbosa e Silva, “parece que o objetivo principal da reparação fluida nos Estados Unidos é o ressarcimento dos lesados ou o mais próximo disso, enquanto aqui a responsabilização do causador do dano é o mais relevante”.⁵⁴⁴

Com base nessas distinções, mais uma vez, Carlos Alberto de Salles observa que o nosso fundo, na verdade, assemelha-se mais com o chamado *superfund* também do direito norte-americano, criado pelo CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*) de 1980, o qual, contudo, também difere do referido mecanismo nacional, porque tem por fim custear, de modo preventivo, operações de emergência relativas a substâncias tóxicas, cujos custos deverão ser ressarcidos posteriormente pelos responsáveis pelo dano.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Por exemplo, Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial...*, cit., p. 317; e Ricardo de Barros Leonel, *Manual...*, cit., p. 432.

⁵⁴² A Lei nº 12.381, de 9 de fevereiro de 2011, cuidou de estimar a receita e fixar a despesa da União para o exercício financeiro do ano de 2011.

⁵⁴³ Elton Venturi sustenta que não se trataria de compensação, “mas forma de justa fixação de reprimenda suficiente para incutir no demandado repreensão e prevenção especial” (*Execução...*, cit., p. 155).

⁵⁴⁴ *Cumprimento...*, cit., p. 137.

⁵⁴⁵ *Execução judicial...*, cit., p. 314-315. Para um estudo mais aprofundado sobre o *superfund*, v. Richard L. Revesz e Richard B. Stewart, The Superfund debate, in Richard L. Revesz, *Foundations of environmental law and policy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 249-256.

Independentemente do mecanismo norte-americano mais próximo do nosso fundo, vale destacar que há quem sugira, como Érica Barbosa e Silva, a adoção de sistema semelhante ao *superfund* em nosso ordenamento jurídico como forma de enfrentar uma das questões mais delicadas do processo coletivo brasileiro que é a polêmica utilização dos recursos arrecadados no fundo para custear a realização de perícias técnicas.⁵⁴⁶

Embora interessante⁵⁴⁷ à primeira vista, como sustentei em trabalho anterior, não me parece necessária aquela exigência de restituição, pois os trabalhos técnicos elaborados à comprovação de ocorrência de danos a interesses metaindividuais servirão como meio de prova para a obtenção de novos acordos ou condenações, o que levará à reconstituição dos bens lesados ou à reposição de valores ao fundo.⁵⁴⁸ Por esse motivo, entendo que a matéria ainda carece de regulamentação.⁵⁴⁹

A esse respeito, vejo com bons olhos a proposta de Ricardo de Barros Leonel, para quem “*de lege ferenda* o ideal seria a previsão orçamentária, em rubrica apropriada, para o custeio de perícias em ações coletivas, na medida em que tal solução seria, em certa perspectiva, uma projeção concreta da garantia constitucional do acesso à Justiça, prevista na Constituição (art. 5º, LXXIV)”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ A *fluid recovery*..., cit., p. 92.

⁵⁴⁷ Interessante também a sugestão de Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior a esse respeito, formulada com base na extensão do modelo aplicado pelos arts. 22, § 1º, e 34, XII, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), por meio da qual sustenta que “o ideal seria a determinação legislativa para que os órgãos profissionais a que se referem os §§ 2º e 3º do art. 145 do CPC, que congregam peritos das mais variadas áreas da ciência, efetuassem convênios com a União e os Estados-membros para a indicação de peritos regularmente inscritos em seus quadros, a fim de que estes realizassem a perícia para os legitimados ativos referidos nos arts. 5º da Lei 7.347/1985 e 82 da Lei 8.078/1990, antes ou depois da propositura da ação, sendo remunerados pela União ou Estados-membros, conforme o caso. Se tal existisse, haveria mais uma alternativa à disposição dos legitimados a portar, em juízo, os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ampliando-se o acesso à justiça” (Ainda as despesas processuais nas ações coletivas, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental* (coords. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo), Santos, Universitária Leopoldianum, 2006, p. 137).

⁵⁴⁸ *Poderes investigatórios*..., cit., p. 172, nota 11. No mesmo sentido, Luis Roberto Proença, *Inquérito civil: Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

⁵⁴⁹ No mesmo sentido, Arthur Badin, *O fundo*..., cit., p. 82. O Projeto de Lei nº 5.139/09 (Nova Lei da Ação Civil Pública) previu: “Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial”.

⁵⁵⁰ *Manual*..., cit., p. 434.

À guisa de exemplo, porém, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual 6.536/89, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado” (RMS nº 30.812/SP, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.03.2010).⁵⁵¹

Diante do exposto, percebe-se que o fundo criado pelo legislador brasileiro é um mecanismo extremamente complexo e peculiar, que encerra diversas questões controversas e que, justamente por isso, já há algum tempo, está a merecer um profundo estudo monotemático digno da sua importância para a operacionalidade do processo coletivo em nosso país.

Não obstante a urgente e impositiva definição de tais questões para a melhoria do seu funcionamento e, ainda, dentro dos limites traçados para a presente tese, cabe reconhecer a suficiência da previsão normativa de tal mecanismo como forma subsidiária de liquidação e execução coletiva da sentença condenatória proferida na tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos.

3.9.2. Compatibilização de finalidades

Analisado o fundo de reparação de interesses difusos lesados como destino do valor da indenização devida, cabe abordar problemática suscitada anteriormente, relativa à compatibilização das finalidades da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos com as daquele mecanismo.

⁵⁵¹ No mesmo sentido, Arthur Badin, *O fundo...*, cit., p. 82.

De acordo com a legislação em vigor, o que se tem hoje em dia é que, após o prazo de um ano e se não houver interessados habilitados ou se esse número não for compatível com a gravidade do dano, os entes legitimados ativos (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC) poderão dar início à liquidação e execução daquela indenização, ou seja, do seu valor total ou residual.

Em que pesem as controvérsias referentes ao termo inicial desse prazo e à sua natureza jurídica, também já abordadas, tenho para mim que a dúvida que existe refere-se ao que fazer após o decurso de um ano da prolação da sentença condenatória relativa à tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, partindo sempre da premissa, ao que me parece assente, de que os lesados não podem ser prejudicados em benefício do fundo.

Em outras palavras, a questão é como compatibilizar a já referida finalidade eminentemente *ressarcitória* dessa tutela e aquela meramente *compensatória* do fundo, sobretudo, recordando que esta consiste em hipótese subsidiária e condicionada.

Isso porque a autorização legal para que os legitimados ativos procedam à liquidação e execução da indenização devida se, por um lado, não impede outras liquidações e execuções até o término do prazo prescricional do direito individual violado, assegurando, assim, que os beneficiários não tenham nenhum direito eliminado ou extinto, por outro, também não impede o chamado *bis in idem*.⁵⁵²

Isto é, mesmo após apuração do valor a ser revertido para o referido fundo, o devedor pode ser obrigado a reparar eventual dano individual que já havia sido contabilizado naquele montante.

⁵⁵² Em sentido contrário, Érica Barbosa e Silva sustenta que “a execução voltada para a reparação fluida pode ter início logo após o decurso do prazo de um ano, por iniciativa dos legitimados pelo art. 82 do CDC. Seu objeto, porém, é bastante específico: a fixação do *quantum debeatur* pelos danos globalmente causados e o respectivo cumprimento da sentença genérica. Sendo assim, é evidente que essa execução coletiva dificilmente ensinará um *bis in idem* ao causador do dano” (*Cumprimento...*, cit., p. 139).

Daí porque Luiz Antônio Rizzatto Nunes adverte que “dever-se-á considerar o prejuízo globalmente considerado, mas como já existirão consumidores habilitados, estes casos deverão servir de parâmetro para a aferição do prejuízo global”.⁵⁵³

Igualmente, José Manoel Arruda Alvim Netto, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins ressaltam que “o que é importante frisar é que, promovida que seja a indenização com base no art. 100, e destinando-se o numerário obtido ao Fundo, e, ocorrendo indenizações individuais, do que seja obtido com base na atuação prescrita no art. 100, dever-se-á deduzir o que venha a ser pago (ou, o que já tenha sido pago) aos credores individuais. Não pode haver indenização *dupla* pelos mesmos fatos”.⁵⁵⁴

A meu ver, a resposta para tal situação é relativamente simples: após o prazo de um ano, as novas liquidações e/ou execuções devem ser descontadas do valor destinado ao fundo e, ocasionalmente, já pago pelo devedor, seguindo o mesmo processo de compensação a que foram submetidas as anteriores para o cálculo daquele valor. Isso significa que a conta deve ser *uma só*, a fim de impor a devida e necessária condenação ao causador de um dano, mas sem lhe servir, contudo, de fonte de injustiça.

Em minha opinião, a forma de efetuar essa contabilidade já se encontra no arcabouço do ordenamento jurídico brasileiro. Salvo melhor juízo e na falta de outra melhor, essa alternativa pode ser viabilizada mediante a utilização analógica da sistemática prevista pela Lei nº 7.913/89 para o ressarcimento dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

⁵⁵³ *Comentários...*, cit., p. 827.

⁵⁵⁴ *Código do consumidor...*, cit., p. 452.

Nos termos do seu art. 2º, a condenação oriunda da ação coletiva ajuizada para a apuração da responsabilidade por esses danos será revertida para os lesados na proporção do seu prejuízo. No seu § 1º, estabelece que as respectivas importâncias dessa condenação ficarão depositadas em conta remunerada vinculada ao juízo até que o investidor, convocado por edital, habilite-se ao recebimento da sua parcela. Como exposto, em conformidade com seu § 2º, se, porém, o investidor não se habilitar no prazo de dois anos, contado da publicação desse edital, a quantia correspondente será recolhida para o mencionado fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.⁵⁵⁵

Como bem notado por Rodolfo de Camargo Mancuso, essa “solução do legislador lembra um pouco a sistemática do *fluid recovery*, nas *class actions* do direito estadunidense”.⁵⁵⁶ Com efeito, essa norma relativa à proteção judicial dos titulares de valores mobiliários e dos investidores do mercado de capitais está mais para a *reparação* dos lesados do que para a *compensação* de toda a sociedade.

Daí porque entendo que a compatibilização daquelas finalidades poderia ser alcançada na tutela jurisdicional dos demais interesses individuais homogêneos se seguisse o modelo da Lei nº 7.913/89.

Em termos práticos, isso significa que, após um ano (como proposto, do trânsito em julgado devidamente informado) da respectiva sentença, pelo menos um dos legitimados ativos iniciaria a sua liquidação e execução, nos mesmos moldes da legislação vigente, ou seja, excluindo o valor total das eventuais habilitações já existentes daquele a ser revertido para o fundo. Paralelamente, as outras vítimas e seus sucessores poderiam se habilitar até o término do prazo prescricional, conforme a regra específica para o direito violado, também como já ocorre atualmente. A diferença estaria no fato de que o valor

⁵⁵⁵ “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.”

apurado da indenização devida, se arrecadado do devedor, seria destinado para uma conta bancária vinculada ao juízo prolator, na qual permaneceria até o fim de tal prazo prescricional. Existindo mais de um direito individual tutelado, observar-se-ia o maior prazo prescricional. Durante esse período, as indenizações individuais apuradas seriam descontadas proporcionalmente desse valor depositado. Com o termo final daquele prazo, a quantia remanescente, aí sim, seria revertida para o fundo de reparação de interesses difusos lesados, a fim de ser empregada nas áreas para as quais foi concebido e, assim, beneficiando indiretamente o restante da coletividade lesada.

É certo que pode se contestar o necessário período em que a indenização ficaria depositada na referida conta bancária antes de ser revertida para o fundo. Entretanto, penso que, ainda que não seja o ideal de agilidade, é a melhor forma de fazer cumprir a condenação imposta sem que isso represente para os beneficiários a perda de qualquer direito.

Até porque não vejo como esse “preço” a ser pago para a implementação dessa proposta possa trazer algum prejuízo para a coletividade, na medida em que esta terá os seus direitos garantidos até o término do seu respectivo prazo prescricional e na medida em que a indenização, se não reclamada ou reclamada parcialmente, será revertida para o fundo remunerada pelo tempo em que ficou depositada.

Valendo-se ainda do modelo da Lei nº 7.913/89, as habilitações ajuizadas depois daquele prazo de um ano estariam sujeitas, todavia, a um possível *pagamento proporcional*.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ Ação civil pública para tutela dos interesses dos titulares de valores mobiliários e investidores do mercado – Uma análise da Lei 7.913, de 07.12.1989, in *Revista dos Tribunais* 650, p. 38.

⁵⁵⁷ Fernando Campos Salles de Toledo nega essa possibilidade à luz da Lei nº 7.913/89, pois entende que “os pagamentos deverão efetivar-se na medida dos prejuízos suportados pelos investidores, individualmente considerados. Serão feitos, assim, e neste sentido, em proporção aos prejuízos sofridos, ajustando-se aos danos ocasionados a cada um, e satisfazendo a cada um integralmente” (A Lei nº 7.913..., cit., p. 75).

Ao examinar essa norma, Lionel Zaclis confirma que “preferiu o sistema consistente em condenação em valor global, originando um fundo, ao qual devem habilitar os investidores, que, de resto, é o sistema que prevalece na típica *class action* estadunidense. Nesse contexto, a possibilidade de ‘pagamento proporcional’ é plenamente possível, na hipótese de a soma dos créditos dos investidores superar o valor total do aludido fundo”.⁵⁵⁸

Essa, assim, seria a “penalidade” imposta à inércia dos beneficiários após tal prazo (por óbvio, essa sugestão somente é admissível, em minha opinião, se for dada a informação suficiente proposta neste trabalho ao respectivo título executivo). Ou seja, aqueles interessados que se habilitassem dentro do prazo de um ano não correriam o risco de perder parte da sua parcela da condenação coletiva se reconhecido o seu correspondente direito a ela.

Nesses termos, essa proposta também implicaria na preferência de recebimento da sua parcela para os interessados que se habilitassem dentro do prazo de um ano em relação aos demais. No meu sentir, essa circunstância não se trataria propriamente de um “prêmio” concedido aos beneficiários que fossem mais diligentes, mas sim de uma necessidade para se atribuir coerência a essa proposta, a fim de se evitar nova injustiça, qual seja, que o pagamento integral da pretensão de um lesado possa vir a representar a ausência de recurso para o pagamento integral de outro.

Portanto, embora passível de certos questionamentos, a adoção da técnica inserta na Lei nº 7.913/89 parece-me que é a melhor e a mais coerente forma de compatibilizar a finalidade eminentemente ressarcitória da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos com a finalidade compensatória do fundo de reparação de interesses difusos lesados.

⁵⁵⁸ *Proteção coletiva dos investidores...*, cit., p. 176.

3.10. Propostas

Esta tese não chegaria ao seu ápice se não contivesse um espaço dedicado, única e exclusivamente, à demonstração do cumprimento da sua finalidade propositiva.

Por isso e não obstante se tenha procurado formular sugestões capazes de aperfeiçoar a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos em nosso ordenamento jurídico ao longo da análise crítica da sua sistemática legal empreendida neste trabalho, reservou-se este tópico final para compilar tais sugestões em forma de proposta de reforma legislativa.

Obviamente que, assim como realizado no texto acima, as propostas a seguir buscam aproveitar o que há de bom no sistema e, principalmente, valer-se daquelas já sobejamente debatidas pela doutrina nacional e, por vezes, convertidas em projeto de lei, como aquele da chamada Nova Lei da Ação Civil Pública, a fim de, ao serem menos propensas a indevidas rejeições, mostrarem-se mais viáveis e, nessa medida, próximas de operarem reais modificações no arcabouço legal brasileiro.

Isso significa que tais propostas compreendem e exprimem as ideias desenvolvidas neste estudo, embora não necessariamente as reproduzam integralmente, já que, como esclarecido anteriormente, além da formulação de propostas de *lege ferenda* viáveis, o presente trabalho também procurou contribuir utilmente para aperfeiçoar tal tutela mediante a sugestão de formas de como aproveitar mais e melhor a *lege lata*.

Logo e a despeito de salutares contribuições futuras, para suprir as deficiências e/ou omissões evidenciadas na referida sistemática, propõe-se sua alteração legislativa nos seguintes termos:

Art. 1º. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, o juiz fixará a responsabilidade do demandado, seu dever de indenizar e o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo.

§ 1º Quando o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo for uniforme, prevalecentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma forma matemática, a sentença condenatória indicará esse valor ou a sua fórmula de cálculo e determinará que o demandado promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 2º Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação será genérica, mas estabelecerá todos os critérios possíveis para a sua individualização.

Art. 2º. Proferida a sentença condenatória, o demandado informará ao juízo no prazo de 15 (quinze) dias se apresentará plano para o cumprimento da condenação imposta.

§ 1º A informação de apresentação de plano para o cumprimento da sentença condenatória interromperá o prazo para a interposição de recurso.

§ 2º O plano para o cumprimento da sentença condenatória deverá ser apresentado em juízo no prazo improrrogável de 45 (quarenta e cinco dias) dias seguintes ao dia em que foi feito o protocolo da sua informação, sob pena de, não o fazendo, transitar em julgado a sentença condenatória.

§ 3º O plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer para a satisfação dos interesses ou direitos lesados e, na medida do possível, estabelecerá sistema de identificação desses titulares e envolverá o maior número de partes interessadas e afetadas pela sentença condenatória.

§ 4º Apresentado o plano, as partes terão o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para negociá-lo, sempre que possível, mediante audiências públicas amplamente divulgadas pelos meios de comunicação social.

§ 5º Findo esse prazo, o acordo resultante da negociação ou, se não houver, o plano original será necessariamente submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público, sempre que esse órgão não estiver envolvido na negociação.

§ 6º A liquidação e execução do plano homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

§ 7º Da decisão que não homologar o plano caberá agravo de instrumento.

§ 8º A publicação da decisão que não homologar o plano será o termo inicial para o reinício da contagem do prazo para interposição de recurso contra a sentença condenatória.

Art. 3º. Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital no órgão oficial e determinada a ampla divulgação do seu teor pelos meios de comunicação social.

§ 1º Sempre que necessário e adequado, poderá ser determinado ainda que o demandado, às suas expensas, divulgue o teor da sentença condenatória para os interessados em seus próprios meios de comunicação.

§ 2º As exigências previstas neste artigo poderão ser substituídas pela forma de divulgação estipulada no plano de cumprimento da sentença condenatória homologado judicialmente.

Art. 4º. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo condenatório ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do devedor.

Parágrafo único. A liquidação e a execução serão preferencialmente coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores ou, ainda, por associações constituídas com essa exclusiva finalidade.

Art. 5º. É competente para a liquidação e execução individual o juízo condenatório ou o foro do domicílio do autor da liquidação ou da execução, do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do devedor.

Art. 6º. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, que será por artigos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 7º. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do demandado, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do demandado, sendo que o produto obtido será revertido para o Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e na comprovação da suficiência do patrimônio do devedor para responder pela integralidade das dívidas.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

1. A presente tese buscou demonstrar que a sistemática para a satisfação da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos, prevista nos arts. 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, é *insuficiente*, o que justifica a sua reforma legislativa para torná-la mais efetiva, especialmente diante do atual cenário do Poder Judiciário brasileiro.
2. Com esse propósito, verificou-se que o processo somente consegue cumprir sua finalidade de satisfazer eventual direito violado em um prazo razoável se a legislação for aderente à realidade social e se os serviços judiciários prestados forem de boa qualidade, uma vez que constituem vertentes indissociáveis de um mesmo problema, a saber: concretizar o ideal de acesso real à Justiça (acesso à ordem jurídica justa), razão pela qual devem, por conseguinte, manter necessária e concomitante correspondência.
3. De fato, o fundamento do processo é a sua aptidão para satisfazer um direito que tenha sido violado em um prazo razoável, pois o mero reconhecimento de um direito não possui nenhuma utilidade prática se não for acompanhado da sua *correspondente e tempestiva satisfação*.
4. A almejada e aclamada efetividade processual somente pode ser obtida se o processo dispuser de meios apropriados para satisfazer *todas* as situações jurídicas tuteláveis em juízo, sejam elas individuais ou coletivas. Em outras palavras, isso implica dizer que deve haver necessariamente uma correspondente e concomitante adequação das leis editadas e dos serviços judiciários prestados para que o processo possa ser considerado efetivo.
5. Mundialmente e há um bom tempo, porém, tem-se enfrentado a chamada “crise do processo”, consistente na *incapacidade* deste, enquanto instrumento estatal destinado a realizar o direito material, de produzir *resultados rápidos, práticos e satisfatórios* na vida daquele titular de um direito. No Brasil, apesar dos esforços envidados, essa crise tem se agravado ano a ano, conforme evidenciam os dados estatísticos oficiais.

6. Sem dúvida, esse estado de crise interessa ao Estado, em todos os seus níveis de atuação (daí a denominação “*Estado-inimigo*”), o qual, por ser comprovadamente o maior litigante da Justiça brasileira, não tem nenhuma vontade política para melhorar a qualidade do serviço prestado pelo Poder Judiciário, que, até por conta disso, tem sido visto como o mais fraco dos três poderes.

7. Os dados estatísticos oficiais ainda deixam clara a existência de uma relação *direta, indissociável e paradoxal* entre o acesso à Justiça (ingresso em juízo) e a sobrecarga do Poder Judiciário, cujos reflexos têm correspondido a uma menor capacidade desse organismo de tutelar os casos novos que lhe são submetidos com efetividade (distribuindo justiça).

8. Tal fato demonstra que, entre nós e sob um enfoque técnico-processual, ao contrário do que se costuma cogitar, a verdadeira causa da crise do processo é o *desmesurado acesso à Justiça*, ampliado sem a necessária e correspondente equiparação com a estrutura, material e humana, destinada a recepcionar todos os conflitos que são submetidos ao Poder Judiciário, e fomentado pela cultura demandista ou judiciarista do povo brasileiro, que privilegia soluções contenciosas e adjudicadas ao invés de soluções conciliativas dos conflitos.

9. Concomitante e paralelamente ao incremento sempre que necessário da estrutura, material e humana, do Poder Judiciário, o enfrentamento da crise do processo está condicionado a um verdadeiro exercício de *reeducação de cidadania*, capaz de mudar a mentalidade que se tem a respeito da garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF), a fim de que esta não se transforme em mera retórica constitucional. No ponto, destaque-se a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125/2010, que conferiu *novo sentido* a tal garantia, desvinculando-a da visão tradicional de monopólio da justiça estatal para lhe atribuir um caráter de verdadeiro *sistema de Justiça*.

10. Por conseguinte, a eliminação ou, ao menos, a minoração das consequências da crise do processo deriva diretamente (i) da *devida jurisdicionalização dos conflitos* (levar a juízo apenas o que deve realmente ser levado) e (ii) do seu *equacionamento apropriado* (forma mais correta que jurisdicioná-los), a fim de que se consiga relegar o Poder Judiciário a uma posição residual, sem, contudo, livrar-lhe de um trabalho que é somente seu.

11. Nesse sentido, avulta a importância da *tutela coletiva* em relação à individual, tendência já largamente anunciada pela doutrina nacional e consagrada no anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, haja vista que, se manejada adequadamente, mostra-se como a forma mais rápida, prática e econômica de jurisdicionalizar os conflitos oriundos da nossa sociedade contemporânea atual e de efetivar as soluções adjudicadas estatais.

12. Esse adequado manejo passa necessariamente pela *suficiência* da sistemática legal prevista para a satisfação da respectiva tutela coletiva, tendo em vista que, como também consagrado no anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, a solução integral da lide *inclui* a atividade satisfativa.

13. A tutela coletiva foi a forma desenvolvida pelo Estado para prover uma resposta judiciária isonômica e aderente às novas necessidades, reclamações e aspirações da sociedade de massa que se consolidou a partir da segunda metade do século XX, em especial, com o término da Segunda Grande Guerra.

14. A sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro implicou a instituição de novas modalidades de processos, que alteraram a estrutura da relação jurídico-processual vigente até então, de índole individualista, bem como a positivação dos interesses passíveis de serem tutelados coletivamente, com sua respectiva conceituação legal em *difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

15. No Brasil, a tutela coletiva compreende tanto a defesa de direitos coletivos (interesses difusos e coletivos), cujo trato processual *deve* se dar pela via coletiva, quanto a defesa coletiva de direitos (interesses individuais homogêneos), cujo trato processual *pode* se dar pela via coletiva.

16. A experiência tem demonstrado que a incorreta intelecção sobre o modelo jurisdicional coletivo brasileiro tem limitado o espectro de incidência desses interesses metaindividuais, sobretudo, dos interesses individuais homogêneos, os quais continuam a enfrentar infundadas resistências ao seu reconhecimento como forma coletiva de defesa e ilegais limitações à sua abrangência material.

17. Os interesses individuais homogêneos desempenham importante função social em nosso ordenamento jurídico, quer para a ampliação do acesso real à Justiça (acesso à ordem jurídica justa), quer para a celeridade e economia processuais, pois (i) judicializam pretensões isoladamente consideradas sem conteúdo econômico relevante; (ii) reduzem o número de ações ajuizadas; e (iii) minoram o risco de decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica.

18. Notadamente diante do seu elevado potencial numérico, o adequado manejo da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos apresenta-se como a resposta judicial *mais eficiente* para combater a crise do processo.

19. Entretanto, a sistemática em vigor para a satisfação dessa tutela (arts. 95 a 100 do CDC) mostra-se *insuficiente* para prover a almejada e aclamada efetividade processual e, por consequência, inapta para minorar a crise do processo no ordenamento jurídico brasileiro.

20. A análise crítica empreendida acerca da referida sistemática evidenciou a presença de deficiências e omissões em seu texto normativo, conforme devidamente corroborado pelo posicionamento atual da doutrina nacional, pelos precedentes mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e por artigos de projetos de lei a esse respeito.

21. Logo e a par de esforços a serem envidados para tentar debelar ou, ao menos, minimizar a crise do processo no país, restou comprovado que é preciso reformar tal sistemática para adequá-la à realidade social e, nessa medida, torná-la mais efetiva, tarefa de que este trabalho também procurou se incumbir dentro das suas possibilidades.

22. Com isso, espera-se ter conseguido fazer com que esta tese tenha cumprido seu objetivo de não se limitar a uma mera exposição das ideias já manifestadas pela doutrina e pela jurisprudência, mas, antes e acima de tudo, ser crítica e propositiva. E, desse modo, espera-se também ter contribuído, ainda que modestamente, para estimular o salutar debate sobre o tema na comunidade jurídica, a fim de que isso possa se reverter em benefício para toda a sociedade, mediante a contínua e necessária melhoria do ordenamento jurídico brasileiro.

* * *

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Fabiano, *Liquidação de sentença coletiva*, Curitiba, Juruá, 2010.

AGUIAR, Leandro Katscharowski, *Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução*, São Paulo, Dialética, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de, Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas. In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11951>>.

_____, *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

_____, *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, São Paulo, Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré, *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2010.

ALMEIDA, João Batista de, *A proteção jurídica do consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

ALPA, Guido, Interessi diffusi, in *Revista de Processo* 81, São Paulo, 1996.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Efetividade e tutela jurisdicional, in *Revista de Direito Processual Civil* 34, Curitiba, 2004.

_____, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, in *Revista de Direito Processual Civil* 26, Curitiba, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda *et al.*, *Código do consumidor comentado e legislação correlata*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

ALVIM, Thereza *et al.*, *Código do consumidor comentado e legislação correlata*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

ALVES, Sergio Luis Mendonça, Oração aos moços e aos processualistas, moços ou sábios, in *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin* (coords. Mirna Ciani e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2007.

ANDOLINA, Italo Augusto, “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, Giuffrè, 1983.

_____, Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. In *Revista de Processo* 150, São Paulo, 2007.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JUNIOR, Nelson, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 8ª e 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004 e 2006.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, O processo civil no limiar de um novo século, in *Revista Forense* 353, Rio de Janeiro, 2001.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, As tendências do processo civil contemporâneo, in *Gênese* – *Revista de Direito Processual Civil* 11, Curitiba, 1999.

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza, A crise do Judiciário e a visão dos juízes, in *Revista USP* 21, São Paulo, 1994.

_____, *Judiciário e política no Brasil*, São Paulo, Idesp, Editora Sumaré, Fapesp, Educ, 1997.

ARAÚJO, José Renato de Campos; SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de, O Judiciário e a prestação de justiça, in *Acesso à Justiça* (org. Maria Tereza Sadek), São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

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

_____, *Ações coletivas: a tutela dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz, O regime da prescrição em ações coletivas, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ARMELIN, Donaldo, Crise do processo de execução, in *Ciência Jurídica* 54, Belo Horizonte, 1993.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel, Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado do direito material, in *Processo civil: novas tendências – Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* (coords. Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauer), Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

_____, Tutela Antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas), in *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

_____, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____ *et al.*, *Código do consumidor comentado e legislação correlata*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

ASSIS, Araken de, *Manual do processo de execução*, 13ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Execução na ação civil pública, in *Revista de Processo* 82, São Paulo, 1996.

_____, O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário, in *Revista do Advogado* 43, São Paulo, 1994.

ASSIS, Araken de, Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira* (coords. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

_____, *Cumprimento de sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

BADIN, Arthur, O fundo de defesa de direitos difusos, in *Revista de Direito do Consumidor* 67, São Paulo, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Por um processo socialmente efetivo, in *Revista de Processo* 105, São Paulo, 2002.

_____, “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, in *Revista Dialética de Direito Processual* 42, São Paulo, 2006.

_____, Miradas sobre o processo civil contemporâneo, in *Temas de direito processual (Sexta série)*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____, O futuro da justiça: alguns mitos, in *Temas de direito processual (Oitava série)*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____, Saudação a Ada Pellegrini Grinover, in *Temas de direito processual (Sexta série)*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____, Reformas processuais e poderes do juiz, in *Revista Jurídica* 306, Porto Alegre, 2003.

_____, Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80, in *Temas de direito processual (Quarta série)*, São Paulo, Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Tendências contemporâneas do direito processual civil, in *Temas de direito processual (Terceira série)*, São Paulo, Saraiva, 1984.

_____, Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos, in *Temas de direito processual (Terceira série)*, São Paulo, Saraiva, 1984.

_____, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, in *Temas de direito processual (Primeira série)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

_____, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in *Temas de direito processual (Segunda série)*, São Paulo, Saraiva, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BARIONI, Rodrigo, Cumprimento de sentença: primeiras impressões sobre o projeto de alteração da execução de títulos judiciais, in *Revista de Processo* 134, São Paulo, 2006.

BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de, A penhora de salários e a efetividade do processo de execução, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005.

BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, in *Revista Atualidades Jurídicas* 4, Brasília, 2009.

BAUMÖHL, Debora Ines Kram, *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*, São Paulo, Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

_____, *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros, 2006.

_____, *Poderes instrutórios do juiz*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *Tutela cautelar e tutela antecipada. Tutelas sumárias e de urgência: Tentativa de sistematização*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

_____; CARMONA, Carlos Alberto, A posição do juiz: tendências atuais, in *Revista Forense* 349, Rio de Janeiro, 2000.

BEGA, Carolina Brambila; MANCUSO, Rodolfo de Camargo, A reiterada legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ações coletivas, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

BENETI, Sidnei Agostinho, Assunção de competência e *fast-track* recursal, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (orgs. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo, DPJ, 2005.

BERIZONCE, Roberto Omar, *Efectivo acceso a la Justicia*, La Plata, Platense, 1987.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1959.

BEZERRA, Márcia Fernandes, Tutela dos interesses coletivos do consumidor no direito brasileiro. A questão da legitimidade. In *Revista de Processo* 150, São Paulo, 2007.

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - Comentário artigo por artigo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- BIAVATI, Paolo, I procedimenti civili semplificati e accelerati: Il quadro europeo e i riflessi italiani, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 3, Milano, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, 11ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BOLLMANN, Vilian, Mais do mesmo: reflexões sobre as “reformas” processuais. In *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/Vilian_Bollmann.htm>.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, São Paulo, Atlas, 2006.
- BONSIGNORI, Angelo, *L'esecuzione forzata*, Torino, Giappichelli, 1991.
- BORGES, Alice Gonzalez, Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas, in *Revista Brasileira de Direito Público* 25, Belo Horizonte, 2009.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Contornos da reforma contemporânea do processo civil, in *Revista de Processo* 143, São Paulo, 2007.
- BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves, Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma *never ending story*, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005.

BRUSCHI, Gilberto Gomes, Breves considerações sobre a ação popular, in *Revista Dialética de Direito Processual* 64, São Paulo, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002.

_____, O conceito de política pública em direito, in *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org. Maria Paula Dallari Bucci), São Paulo, Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella, Reforma processual e acesso à justiça, in *Revista dos Tribunais* 772, São Paulo, 2000.

_____, As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta, in *Revista de Processo* 82, São Paulo, 1996.

_____, *O Poder Público em juízo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. III, São Paulo, Saraiva, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo, O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, in *Revista de Processo* 147, São Paulo, 2007.

CALAMANDREI, Piero, *Direito processual civil*, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary, vol. I, Campinas, Bookseller, 1999.

CALMON, Petrônio, Fundamentos da ação civil pública, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

- CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Reflexões, fruto do meu cansaço de viver ou de minha rebeldia?, in *Execução civil – Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* (coord. Ernane Fidélis dos Santos), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas, *A nova execução de sentença*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, Teoria do direito e globalização econômica, in *Direito global* (coords. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira), São Paulo, Max Limonad, 1999.
- CAMPOS, Gledson Marques de; DESTEFENNI, Marcos, Liquidação em ações coletivas e as repercussões decorrentes da Lei 11.232/05, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim, *Direito ao desenvolvimento*, São Paulo, Método, 2004.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo, *Controle judicial das políticas públicas*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro, Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero, in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia* 12, Uberlândia, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, in *Revista de Processo* 5, São Paulo, 1977.

_____, Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, in *Revista de Processo* 74, São Paulo, 1994.

_____, Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas, *Revista de Processo* 65, São Paulo, 1992.

_____; GARTH, Bryan, *Acesso à Justiça* (trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet do original *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, Milano, Giuffrè, 1978), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto, O processo de execução depois da reforma, in *Revista de Processo* 80, São Paulo, 1995.

_____, *Arbitragem e processo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

_____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, A posição do juiz: tendências atuais, in *Revista Forense* 349, Rio de Janeiro, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão, Da “competência” no projeto de lei da nova ação civil pública, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, *Jurisdição e competência*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.

- CARPI, Federico, Note in tema di attuazione dei diritti, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, Napoli, Jovene, 1996.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, Justiça: acesso e descesso, in *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 65, 1 maio 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4078>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, Personalidade judiciária de órgãos públicos, in *Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.
- CASTANHO, Renata; MILARÉ, Édís; SETZER, Joana, O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/85, in *Revista de Direito Ambiental* 38, São Paulo, 2005.
- CASTILHO, Ricardo, *Acesso à Justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público - Uma nova visão*, São Paulo, Atlas, 2006.
- CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés; SENDRA, Vicente Gimeno, *Derecho procesal civil: Parte general*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, trad. Paolo Capitanio, vol. I, Campinas, Bookseller, 1998.
- CINTRA, Angela Carboni Martinhoni, A publicidade dos atos do Poder Judiciário, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, Poder Judiciário: autonomia e justiça, in *Revista dos Tribunais* 691, São Paulo, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo, Acesso alle corti e garanzie costituzionali, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (orgs. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo, DPJ, 2005.

_____, Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa, in *Revista de Processo* 116, São Paulo, 2004.

COSTA, Susana Henriques da, A representatividade adequada e litisconsórcio – O projeto de lei nº 5.139/2009, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, *Condições da ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____, Garantia do processo sem dilações indevidas, in *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988* (org. José Rogério Cruz e Tucci), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, O judiciário e os principais fatores de lentidão da justiça, in *Revista do Advogado* 56, São Paulo, 1999.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *O poder dos juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996.

DECOMAIN, Pedro Roberto, A ação popular e os valores que se destina a proteger, in *Revista Dialética de Direito Processual* 65, São Paulo, 2008.

DENTI, Vittorio, Le azioni a tutela di interessi collettivi, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIX, Padova, 1974.

DESTEFENNI, Marcos; CAMPOS, Gledson Marques de, Liquidação em ações coletivas e as repercussões decorrentes da Lei 11.232/05, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 12ª ed., Salvador, Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, *Execução civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, vols. I e II, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

_____, As três figuras da liquidação de sentença, in *Estudos de direito processual civil em memória de Luiz Machado Guimarães* (coord. José Carlos Barbosa Moreira), Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____, *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2003.

_____, *Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001.

DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés; SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno, *Derecho procesal civil: Parte general*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2000.

DUARTE, Ricardo Quass, *O tempo inimigo no processo civil brasileiro*, São Paulo, LTr, 2009.

_____, Os fundos de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados: natureza, gerência e serventia, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental* (coords. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo), Santos, Universitária Leopoldianum, 2006.

EFING, Antônio Carlos, *Fundamentos do direito das relações de consumo*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2004.

FARIA, José Eduardo, O Judiciário e seus dilemas, in *Revista do Advogado* 56, São Paulo, 1999.

_____, *O direito na economia globalizada*, 3ª tir., São Paulo, Malheiros, 2002.

FARIA, Márcio Carvalho, A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à *crise do processo*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual* 6, Rio de Janeiro, 2010.

FAVA, Marcos Neves, Execução trabalhista e efetividade, in *Revista do Advogado* 110, São Paulo, 2010.

FAVRETO, Rogerio; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996.

FERRARESI, Eurico, Do sistema único de ações coletivas: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

FERRAZ, Leslie Shéri da, *Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2010.

- FILOMENO, José Geraldo Brito, Ação coletiva consumerista: avanços e recuos, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- FISS, Owen, *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Courts, Justice and efficiency: A socio-legal study of economic rationality in adjudication*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2003.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito, *Processo civil: verso e reverso*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada, in *Processo civil coletivo* (coords. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco), São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R., *Civil procedure*, St. Paul, MN: West Publishing, 1999.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca, O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipaíssimo da lide, in *Revista de Processo* 141, São Paulo, 2006.
- _____, Os reflexos do tempo no direito processual civil, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura* 1, São Paulo, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003.

_____, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, São Paulo, Atlas, 2008.

_____, Reflexões sobre a nova liquidação de sentença, in *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* (orgs. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006.

GARCIA DE SOUSA, José Augusto, A legitimidade coletiva da defensoria pública à luz do princípio da generosidade, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, A nova lei 11.448/2007, e os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da defensoria para as ações coletivas, in *A defensoria pública e os processos coletivos* (coord. José Augusto Garcia de Sousa), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GARTH, Bryan; CAPPELLETTI, Mauro, *Acesso à Justiça* (trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet do original *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, Milano, Giuffrè, 1978), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral, A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995.

_____, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio, O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo, Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05, in *Revista Dialética de Direito Processual* 36, São Paulo, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, A crise do Poder Judiciário, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 34, São Paulo, 1990.

_____, Modernidade do direito processual brasileiro, in *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

_____, Os fundamentos da justiça conciliativa, in *Revista de Arbitragem e Mediação* 14, São Paulo, 2007.

_____, Direito processual coletivo, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

_____, Ação civil pública de dissolução de sociedade anônima intentada pelo MP. Inexistência de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Falta de legitimação do autor. In *O processo em evolução*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

_____, A problemática dos interesses difusos, in *A tutela dos interesses difusos* (coord. Ada Pellegrini Grinover), São Paulo, Max Limonad, 1984.

_____, Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, in *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____, O novo processo do consumidor, in *Revista de Processo* 62, São Paulo, 1991.

_____, Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____, A legitimidade da defensoria pública para ação civil pública, in *Revista de Processo* 165, São Paulo, 2008.

_____, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in *Revista de Processo* 164, São Paulo, 2008.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- GRYNSZPAN, Mario, Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões, in *Cidadania, Justiça e Violência* (orgs. Dulce Chaves Pandolfi, José Murilo de Carvalho, Leandro Piquet Carneiro e Mario Grynszpan), Rio de Janeiro, Editora FGV, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima, *Execução indireta*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- JOLOWICZ, John Anthony, Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil, in *Revista de Processo* 135, São Paulo, 2006.
- JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha, Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R.; FRIEDENTHAL, Jack H., *Civil procedure*, St. Paul, MN: West Publishing, 1999.
- LAGRASTA NETO, Caetano, Mediação, conciliação e suas aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto), São Paulo, Atlas, 2007.
- LAZZARINI, Marilena, As investidas contra as ações civis públicas, in *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006.

LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____, Efetividade do processo coletivo: PL nº 5.139/2009 – Avanço em relação à ação revisional – Coisa julgada *secundum eventum probationis*, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____, A eficácia imediata da sentença e as reformas do Código de Processo Civil: um aspecto da caminhada para a efetividade da tutela jurisdicional, in *Revista de Processo* 119, São Paulo, 2005.

_____, Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, São Paulo, Método, 2006.

LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos; SADEK, Maria Tereza, O Judiciário e a prestação de justiça, in *Acesso à Justiça* (org. Maria Tereza Sadek), São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

LOPES, João Batista, Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, Érica Barbosa e, 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 de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados, in *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

_____, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Jurisdição coletiva e coisa julgada – Teoria geral das ações coletivas*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da fazenda pública, in *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão* (coord. Luiz Guilherme Marinoni), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____, A lei da ação civil pública no âmbito das relações do trabalho, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, A concomitância entre ações de natureza coletiva, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, A projetada *participação equânime* dos co-legitimados à propositura da Ação Civil Pública: da previsão normativa à realidade forense, in *Revista dos Tribunais* 796, São Paulo, 2002.

_____, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____, *Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

_____, *Manual do consumidor em juízo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos, in *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____, A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas, in *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____, Ação civil pública para tutela dos interesses dos titulares de valores mobiliários e investidores do mercado – Uma análise da Lei 7.913, de 07.12.1989, in *Revista dos Tribunais* 650, São Paulo, 1989.

_____; BEGA, Carolina Brambila, A reiterada legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ações coletivas, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____ *et al.*, *Comentários ao código de proteção do consumidor* (coord. Juarez de Oliveira), São Paulo, Saraiva, 1991.

MARANHÃO, Clayton, O controle jurisdicional de políticas públicas, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Estudo sobre a efetividade do processo civil*, tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em setembro de 1999 sob a orientação do Professor Dr. Luiz Carlos de Azevedo.

MARCATO, Antonio Carlos, *Procedimentos especiais*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme, Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição, in *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988* (org. José Rogério Cruz e Tucci), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

_____, *Técnica processual e tutela de direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (art. 7º), in *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006.

_____, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

MARINS, James *et al.*, *Código do consumidor comentado e legislação correlata*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, Ação civil pública, improbidade administrativa e políticas públicas, in *A ação civil pública após 25 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZEI, Rodrigo, *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

_____, A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos, in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Ciani, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia, A execução da liminar que antecipa efeitos da tutela sob o prisma da teoria geral da tutela jurisdicional executiva – O princípio da execução sem título permitida, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____, *Execução civil: Teoria geral. Princípios fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Repercussão geral e súmula vinculante, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, O direito processual coletivo, a legitimidade para agir nas ações coletivas e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____, A coisa julgada e os processos coletivos no direito vigente e no projeto da nova lei da ação civil pública (PL nº 5.139/2009), in *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover* (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo, Saraiva, 2010.

_____, O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da defensoria pública para as ações coletivas, in *A defensoria pública e os processos coletivos* (coord. José Augusto Garcia de Sousa), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MENDES, Francisco Ramoz, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1986.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____, As reformas do processo, artigo publicado na edição de 06.06.2011 do *Correio Brasiliense*, na coluna Direito & Justiça.

MILARÉ, Édis, A ação civil em defesa do ambiente, in *Ação civil pública: Lei nº 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata, O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/85, in *Revista de Direito Ambiental* 38, São Paulo, 2005.

MILLER, Arthur R.; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay, *Civil procedure*, St. Paul, MN: West Publishing, 1999.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery, Fundo de recomposição de interesses difusos, in *Revista de Direitos Difusos* 36, São Paulo, 2006.

_____, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

MORELLO, Augusto Mario, *El proceso civil moderno*, La Plata, Platense, 2001.

NALINI, José Renato, *O juiz e o acesso à justiça*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do, *Comentários do código do consumidor (Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.

NEGRÃO, Ricardo, *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*, São Paulo, Leud, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson, O Ministério Público e as ações coletivas, in *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____, O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo, in *Justitia* 160, São Paulo, 1992.

_____; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 8ª e 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004 e 2006.

NEVES, Gustavo Bregalda, *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de, Da ação civil pública: instrumento de cidadania – Inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997, in *Revista dos Tribunais* 744, São Paulo, 1997.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de, *Poderes do juiz nas ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Waldemar Mariz de, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos, in *A tutela dos interesses difusos* (coord. Ada Pellegrini Grinover), São Paulo, Max Limonad, 1984.

OLIVEIRA NETO, Olavo de, Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005.

- PASCHOAL, Maximilian Fierro, A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe* (coord. Carlos Alberto de Salles), São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de, Direitos e interesses e sua proteção jurisdicional, in *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- PERROT, Roger, O processo civil francês na véspera do século XXI, trad. José Carlos Barbosa Moreira, in *Revista Forense* 342, São Paulo, 1998.
- PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar, *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1999.
- _____, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991.
- PIZZOL, Patrícia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo, Lejus, 1998.
- _____, *A competência no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das ações*, t. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

- PROENÇA, Luis Roberto, *Inquérito Civil – Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- REVESZ, Richard L.; STEWART, Richard B., The Superfund debate, in Richard L. Revesz, *Foundations of environmental law and policy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1997.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da, Ainda as despesas processuais nas ações coletivas, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental* (coords. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo), Santos, Universitária Leopoldianum, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Ação civil pública e meio ambiente*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- _____; JORGE, Flávio Cheim, Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- ROQUE, Sebastião José, *Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ícone, 2009.
- ROSAS, Roberto, Processo civil de resultados, in *Revista Dialética de Direito Processual* 2, São Paulo, 2003.
- RUFFOLO, Ugo, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore. Il problema e Il metodo – Legitimazioni, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*, Milano, Giuffrè, 1985.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos, O Judiciário e a prestação de justiça, in *Acesso à Justiça* (org. Maria Tereza Sadek), São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

_____, Judiciário: mudanças e reformas, in *Revista Estudos Avançados* 51, São Paulo, 2004.

_____, Juizados Especiais: o processo inexorável da mudança, in *Novas direções na governança da justiça e da segurança* (orgs. Catherine Slakmon, Maíra Rocha Machado e Pierpaolo Cruz Bottini), Brasília, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2006.

_____; ARANTES, Rogério Bastos, A crise do Judiciário e a visão dos juízes, in *Revista USP* 21, São Paulo, 1994.

SALLES, Carlos Alberto de, *Class actions*: algumas premissas para comparação, in *Revista de Processo* 174, São Paulo, 2009.

_____, *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa, Introdução à sociologia da administração da justiça, in *Revista de Processo* 37, São Paulo, 1985.

SANTOS, Dorival Moreira dos, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Evaristo Aragão, Breves notas sobre o “novo regime de cumprimento de sentença”, in *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05* (coords. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro), São Paulo, Quartier Latin, 2006.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés, *Derecho procesal civil: Parte general*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2000.

SETZER, Joana; MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata, O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/85, in *Revista de Direito Ambiental* 38, São Paulo, 2005.

SHIMURA, Sérgio Seiji, *Título executivo*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____, *Tutela coletiva e sua efetividade*, São Paulo, Método, 2006.

_____, *Arresto cautelar*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____, Efetivação das tutelas de urgência, in *Processo de execução* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Cumprimento de sentença, in *Execução no processo civil: novidades e tendências* (coords. Sérgio Seiji Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves), São Paulo, Método, 2005.

_____, O reexame necessário nas ações coletivas, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

SHIMURA, Sérgio Seiji, A execução coletiva e os direitos individuais homogêneos, in *Execução civil (aspectos polêmicos)* (coords. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha), São Paulo, Dialética, 2005.

SILVA, Érica Barbosa e, *Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009.

_____, *A fluid recovery* no sistema brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental* (coords. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo), Santos, Universitária Leopoldianum, 2006.

_____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, 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 de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor* (coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon), São Paulo, Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da, Acesso à justiça e cidadania, in *Revista de Direito Administrativo* 216, Rio de Janeiro, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Curso de processo civil*, vol. 2, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006.

STEWART, Richard B.; REVESZ, Richard L., The Superfund debate, in Richard L. Revesz, *Foundations of environmental law and policy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1997.

SZTAJN, Rachel, Do plano de recuperação judicial, in *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/05 – Artigo por artigo* (coords. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo), 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

TALAMINI, Eduardo, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação *ex vi* do art. 461, § 3º, do CPC, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* (org. Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele, L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1, Milano, 1988.

TARZIA, Giuseppe, Problemas atuais da execução forçada, in *Revista de Processo* 90, São Paulo, 1998.

TEIXEIRA, Welington Luzia, As condições da ação sob a óptica do direito coletivo, in *Revista Dialética de Direito Processual* 93, São Paulo, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado, in *Revista IOB – Direito Civil e Processual Civil* 43, Porto Alegre, 2006.

_____, Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. In *Revista de Processo* 125, São Paulo, 2005.

_____, *Curso de direito processual civil*, vol. I, 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

TEPEDINO, Gustavo José, A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas, in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

TOLEDO, Fernando Campos Salles de, A Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989: a tutela judicial do mercado de valores mobiliários, in *Revista dos Tribunais* 667, São Paulo, 1991.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues, O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, in *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto* (orgs. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior e Mariângela Guerreiro Milhoranza), Porto Alegre, Livraria do advogado, 2012.

VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de, A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (coord. Édís Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____, *et al.*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Parte geral*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2002.

VENTURI, Elton, *Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Malheiros, 2007.

_____, *Execução da tutela coletiva*, São Paulo, Malheiros, 2000.

_____, Liquidação e execução coletiva da *fluid recovery* referente à “sobra” do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido, in *Revista de Processo* 111, São Paulo, 2003.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo, Quartier Latin, 2006.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoria general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos, Notas em torno da jurisdição e dos meios alternativos de solução de conflitos, in *Revista Dialética de Direito Processual* 9, São Paulo, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes, *Tutela jurisdicional coletiva*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

_____, Ação civil pública ou ação coletiva?, in *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____, *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

_____, Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos, in *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____, *Ação civil pública*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

_____, A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade, in *Revista dos Tribunais* 745, São Paulo, 1997.

VIGORITI, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Consideração sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de código-modelo de processos coletivos para a Ibero-América, in *Revista de Processo* 121, São Paulo, 2005.

_____, *Liquidação de sentença civil: individual e coletiva*, 4^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro, in *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto* (orgs. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior e Mariângela Guerreiro Milhoranza), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, in *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto* (orgs. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior e Mariângela Guerreiro Milhoranza), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, Repercussão geral e súmula vinculante, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *O novo regime do agravo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

_____, Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial, in *Revista de Processo* 92, São Paulo, 1998.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues, Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro, in *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto* (orgs. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior e Mariângela Guerreiro Milhoranza), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues, Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues, Repercussão geral e súmula vinculante, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004* (coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Júnior, Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo, Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas, in *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)* (coord. Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

_____, Acesso à justiça e sociedade moderna, in *Participação e processo* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

_____, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), in *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo, Saraiva, 1996.

_____, Cultura da sentença e cultura da pacificação, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (orgs. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo, DPJ, 2005.

_____, Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas, in *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)* (coord. Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

_____, Demandas coletivas e os problemas emergentes da *praxis* forense, in *Revista de Processo* 67, São Paulo, 1992.

_____, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas e Central de Publicações Jurídicas, 1999.

_____ *et al.*, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz, *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1998.

_____, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, São Paulo, Malheiros, 1993.

_____, Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos, in *Atualidades sobre liquidação de sentença* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édis Milaré), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

ZACLIS, Lionel, *Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ZANELATO, Marco Antonio, A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público, in *Revista do Advogado* 89, São Paulo, 2006.

ZAVASKI, Teori Albino, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, in *Revista de Processo* 78, São Paulo, 1995.

_____, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* (coords. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ZENKNER, Marcelo, *Ministério Público e efetividade do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.