

Edilson Vitorelli Diniz Lima

**A EXECUÇÃO COLETIVA PECUNIÁRIA:
uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito
brasileiro**

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011

Edilson Vitorelli Diniz Lima

**A EXECUÇÃO COLETIVA PECUNIÁRIA:
uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito
brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder e cidadania no Estado Democrático de Direito

Orientador: Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação intitulada “A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro”, de autoria do mestrando Edilson Vitorelli Diniz Lima, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Profª Drª Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau – Orientadora

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2011.

Lima, Edilson Vitorelli Diniz

A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro / Edilson Vitorelli Diniz Lima. Belo Horizonte, 2011. 244f.; enc.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2011.

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

1. Direito processual coletivo 2. Execução coletiva 3. Tutela jurisdicional 4. Direitos Transindividuais I. Thibau, Tereza Cristina Sorice Baracho II. UFMG III. Título

CDU: 347.919.6

AGRADECIMENTOS

A apresentação de uma dissertação de mestrado é a conclusão de uma etapa de estudos muito diferente da que se vive até então. Sem turmas e com poucos estudos conjuntos, o mestrando, nas sábias palavras do papa Paulo VI, vive a solidão do colóquio interminável entre ele e a dissertação. Em alguns casos, tem a felicidade de contar com a participação de um terceiro: o orientador.

Esse foi o meu caso, motivo pelo qual dirijo meu primeiro agradecimento à Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau que, durante o período de realização do curso, não mediu esforços para auxiliar-me na superação dos muitos obstáculos que lamentavelmente se interpuseram antes que a presente dissertação pudesse ser finalmente apresentada. A professora Tereza, além disso, orientou-me com atenção e esmero, mas também com liberdade, permitindo que eu extravazasse todo o meu espírito crítico e produzisse um texto, acima de tudo, compatível com meu estilo de pensamento. Minha máxima gratidão.

Agradeço a minha querida Fabiana que, além do conforto emocional, teve a boa vontade de ler integralmente os originais e auxiliar-me na correção do texto final. Especialmente, agradeço por não ter permitido que eu desistisse, mesmo nos momentos mais difíceis do caminho.

Também serei sempre grato a minha mãe, Neyde, que nunca se recusou a ouvir, por horas a fio, meus problemas, angústias ou histórias, com um bom conselho ou um simples e oportuno sorriso. Tento ser um reflexo do que ela é. A meu pai, Edilson, que não mediu esforços para que, desde a graduação, eu pudesse trilhar o caminho de meus estudos da melhor forma possível.

Sou também grato aos muitos amigos e colegas de trabalho e de disciplinas, não apenas pela companhia, mas também pela oportunidade de debater minhas ideias, as quais dificilmente consigo deixar de manifestar, ainda que reconheça que nem sempre possam ser universalmente validadas. Felizmente, a paciência que vem com a amizade permitiu que não

se enfadassem de mim. Especialmente ao amigo Gabriel Coura, que me auxiliou na busca de elementos da pesquisa.

Finalmente, agradeço ao Ministério Público Federal, instituição à qual pertenço há quase dois anos, e que me enriqueceu com a experiência prática que introduzi nessa dissertação. Foi essa experiência que apaziguou meu espírito, com a certeza de que o tema merece ser melhor estudado, melhor refletido e melhor praticado, de modo a que se possa levar, em um país tão grande e sedento de Justiça, pelo menos algumas gotas de contentamento. Que a presente dissertação possa, pelo menos, auxiliar para que o futuro da tutela coletiva se preocupe não apenas com a consistência teórica, mas também com a efetividade da implementação de direitos dessa imensa massa de cidadãos que, mesmo sem ter o que comer, é tributada para pagar os elevados estudos que poucos têm a oportunidade de completar, nos cursos públicos de pós-graduação.

Muito recebi. Espero retribuir adequadamente.

RESUMO

A pesquisa desenvolvida tem como objeto a análise da execução da tutela coletiva no âmbito do Direito brasileiro. Apesar de o processo coletivo ter sido objeto de grande número de trabalhos acadêmicos, que fizeram com que o país viesse a se tornar um dos mais avançados na matéria, a execução, que é o momento processual de se fazer chegar ao destinatário o direito que lhe foi originalmente negado, ainda não mereceu a mesma atenção.

O texto parte do paradigma de que o principal problema específico da execução coletiva é relativo aos títulos executivos que encartam obrigações pecuniárias, uma vez que as técnicas de execução de obrigações de fazer, não fazer e dar não diferem em grande medida do processo individual para o processo coletivo.

Nesse sentido, o trabalho se inicia com uma contextualização geral do microsistema de tutela de direitos transindividuais, para analisar os títulos executivos judiciais e extrajudiciais que podem tratar desses direitos. Especificamente em relação ao compromisso de ajustamento de conduta, título executivo extrajudicial por excelência, se busca demonstrar que, ao contrário do que rotineiramente se afirma, este configura, efetivamente, transação com os direitos da coletividade.

Após discutir os problemas atinentes ao regime de eficácia da coisa julgada coletiva pelo qual optou o Direito brasileiro, o qual não contribui para a pacificação duradoura do conflito, se analisam as peculiaridades da liquidação da sentença coletiva, ressaltando que nem sempre a opção por uma sentença líquida será a que melhor atende aos interesses da coletividade. Demonstra-se, outrossim, a compatibilidade da liquidação com resultado zero com o processo coletivo.

Especificamente em relação à execução, se defende a possibilidade de imputar ao devedor o ônus da adoção de providências materiais destinadas a entregar diretamente aos credores individuais o valor devido a cada um, de modo a se evitar reparações indiretas. Afirma-se a possibilidade de ajuizamento de execução provisória, devendo o Estado arcar com os ônus de eventual desfazimento posterior do título. Assevera-se a viabilidade de adjudicação de bens penhorados no processo coletivo, quanto puderem ser diretamente destinados à coletividade afetada.

No aspecto das dificuldades vivenciadas pela execução coletiva, a pesquisa procede a uma análise qualitativa das normas de instituição e das prestações de contas de diversos fundos estaduais e do fundo federal de direitos difusos, para concluir que não existe, no Brasil, uma verdadeira reparação fluida, tal como preconizada pelo modelo norte-americano que inspirou o sistema nacional, em razão da ausência de nexo entre a origem dos valores arrecadados e sua aplicação, a qual, muitas vezes, atende a pleitos de estruturação de órgãos públicos, que deveriam ser objeto do orçamento fiscal do ente federado, frustrando o intuito de reparação da comunidade lesada.

A reparação da coletividade também é obstada pela inadimplência do Estado brasileiro em relação aos títulos de sua responsabilidade, consubstanciados no sistema de precatórios, o qual representa verdadeiro menoscabo estatal com os direitos já reconhecidos judicialmente.

Em síntese final, a pesquisa conclui que ainda existem grandes deficiências, tanto teóricas quanto práticas, na execução coletiva, o que faz com que, apesar de reconhecer direitos transindividuais, o sistema falhe em fazer com que estes sejam efetivamente fruídos por seus titulares.

Palavras-chave: direitos transindividuais, defeitos dos mecanismos de efetivação, processo coletivo, execução coletiva.

ABSTRACT

The research has the main objective of analyze the process used to enforce judicial decisions concerning collective matters in Brazil. Despite the existence of many works at the Field of collective process, the execution has not yet received the same attention, although it is the moment to give to its owner the right that was originally denied.

The text presupposes that the main specific problem of enforcing a collective decision is related to obligations of giving money, because the techniques to enforce obligations of doing, not doing and giving are the almost the same in individual and collective process.

The work starts with a general contextualization of collective rights, in order to analyze the executive titles that might contain obligations about these rights. Specifically about the agreement of conduct adjustment, it is demonstrated that its nature is of a real transaction.

After discussing the possibility of reviewing past collective decisions, which does not contribute, in long terms, for social peace, the research studies the peculiarities of the liquidation process, which is aimed to determine the exact value of the obligation. It is demonstrated, in addition, that the result of this process can perfectly be zero.

About the enforcement process, the work defends that it is possible for the judge to charge the defendant of the procedures that are needed for paying the condemnation to each person that suffered the damage. It is also possible to start the enforcement process before the final decision of the original process. If the result suffers alteration, the State, not the author, is going to be obligated for the damages. It is possible, likewise, to repair collective damages by getting properties of the defendant, if they can be used by people.

After that, the paper proceeds a qualitative analyses of the use of the fluid recovery in Brazil, to conclude that it cannot be considerate an authentic fluid recovery, because the money is rarely destined to the victim`s class. The compensation of the victims is also aggrieved by the government, who has special laws that allows it to not pay his own debts.

In the end, the dissertation concludes that there are many difficulties, both theoretical end practical, to enforce decisions in favor of collective rights. Although Brazilian law can be considered good to recognize collective rights, it is not able to effectively guarantee the compensation to the victims.

Key-words: collective rights, problems of effective compensation, class actions, enforcement of decisions.

ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública

AgR – Agravo Regimental

Art. – Artigo

CPC – Código de Processo Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

Des. – Desembargador

DJ – Diário da Justiça

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

LACP – Lei da Ação Civil Pública, lei 7.347/85

Min. – Ministro

MPE – Ministério Público Estadual

MPF – Ministério Público Federal

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

SE – Sentença Estrangeira

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T – Turma

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS	13
1 CONSIDERAÇÕES DIACRÔNICAS SOBRE O PROCESSO COLETIVO.....	20
1.1 Evolução do processo coletivo e os modelos no direito comparado.....	20
1.2 Antecedentes históricos: ação popular romana	23
1.3 Das ações coletivas inglesas e norte-americanas	25
1.4 Evolução do processo coletivo no Direito brasileiro.....	31
1.5 Estágio atual do sistema processual coletivo brasileiro	35
1.5.1 Breve panorama da legislação vigente	36
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TÍTULOS EXECUTIVOS COLETIVOS E A COISA JULGADA COLETIVA.....	41
2.1 Aspectos preliminares	41
2.2 Dos títulos executivos coletivos extrajudiciais	42
2.2.1 Dos títulos executivos extrajudiciais não específicos	42
2.2.2 Do compromisso de ajustamento de conduta	44
2.2.2.1 Considerações gerais	44
2.2.2.2 Legitimidade.....	46
2.2.2.3 Objeto: o problema da transação	47
2.3 Dos títulos executivos coletivos judiciais	57
2.3.1 Do formal e certidão de partilha.....	58
2.3.2 Da sentença arbitral	59
2.3.3 Da sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça	62
2.3.4 Da sentença homologatória de autocomposição judicial e do acordo extrajudicial homologado judicialmente	65
2.3.5 Sentença penal condenatória transitada em julgado.....	68
2.3.6 Sentença cível.....	74
2.4 Considerações acerca da coisa julgada no processo coletivo.....	83
3 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO COLETIVA.....	95
3.1 Considerações sobre a liquidação e a execução no processo coletivo	95

3.2	Arcabouço legislativo da liquidação e execução coletivas	97
3.3	Principiologia	98
3.4	Liquidação de sentença no processo coletivo.....	103
3.4.1	Considerações gerais acerca da liquidação e execução coletivas.....	103
3.4.2	Legitimidade e competência para a liquidação e execução coletivas	107
3.4.3	O procedimento de liquidação da sentença coletiva	109
3.4.4	Decisão e recursos na liquidação coletiva.....	114
3.4.5	Dificuldades específicas da liquidação efetuada pelo legitimado coletivo	123
3.4.6	Dificuldades específicas em relação à liquidação procedida pelos lesados individuais	125
3.4.7	Liquidação de títulos executivos extrajudiciais coletivos	125
3.5	O cumprimento da sentença coletiva.....	128
3.5.1	O cumprimento de sentença coletiva pelo legitimado coletivo.....	129
3.5.1.1	Legitimidade para o cumprimento e eficácia mandamental da sentença	131
3.6	Peculiaridades da execução de título extrajudicial pelo legitimado coletivo	142
3.6.1	Considerações sobre a ação coletiva passiva	145
3.6.2	Procedimento na execução de título extrajudicial pelo legitimado coletivo	150
3.6.3	Condenação por litigância de má-fé na execução coletiva.....	151
3.7	Execução (cumprimento) coletiva provisória e prescrição da execução coletiva	152
3.7.1	Execução coletiva provisória	152
3.7.2	Prescrição da execução coletiva	157
3.8	A satisfação do crédito na execução movida pelo legitimado coletivo – os fundos de reparação	163
3.8.1	Procedimentos para a satisfação do crédito no processo coletivo	163
3.8.2	Os fundos de reparação de direitos transindividuais: panorama normativo federal e de alguns estados	166
3.8.3	O ingresso de recursos nos fundos de reparação	172
3.8.3.1	As condenações relativas a direitos difusos e coletivos em sentido estrito	173
3.8.3.2	As condenações relativas a direitos individuais homogêneos: o fluid recovery	176
3.8.3.3	Multas processuais e dano moral coletivo	185
3.8.4	O dispêndio de recursos pelos fundos de reparação de direitos difusos	190
3.9	Peculiaridades do cumprimento de sentença e da execução de título extrajudicial pelos indivíduos	201
3.10	Peculiaridades da execução coletiva contra a fazenda pública	209

3.10.1	Precatórios: conceito e evolução	209
3.10.2	Espécies de créditos e modalidades de pagamento	210
3.10.3	Mecanismos de coerção das entidades públicas	212
3.10.4	Moratórias constitucionais e a Emenda Constitucional 62/2009	213
3.10.5	Precatórios e o processo coletivo	219
3.11	Peculiaridades da defesa do executado no processo coletivo	220
CONCLUSÃO		225
REFERÊNCIAS		237

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

O estudo da execução não tem recebido grande atenção da doutrina brasileira. À parte alguns estudos de maior profundidade, os volumes dedicados à execução nos cursos de direito processual civil costumam ir pouco além de comentários às disposições legais.

Apesar disso, nos últimos anos, um movimento crítico trouxe à baila o problema da efetividade do processo, focado tanto na efetividade da obtenção do provimento jurisdicional – notadamente, pela celeridade do processo de conhecimento – quanto pela efetividade da concretização do direito, ou seja, da execução. Esse movimento capitaneou as inúmeras reformas do Código de Processo Civil brasileiro, a partir de 1994, com as Leis 8.952/94 e 8.953/94, que alteraram diversos dispositivos esparsos do processo de execução, todos em matéria procedimental, e a Lei 8.898/94, que efetivou alterações na liquidação de sentença. A principal alteração, nesse momento, foi a nova redação do art. 461 do Código de Processo Civil, prevendo a concessão de tutela específica para as obrigações de fazer. Esse novo paradigma, que tornava a execução das obrigações de fazer mera continuidade do processo de conhecimento, seria o principal mote das reformas processuais que se seguiriam.

Entre 2001 e 2002, sete anos depois da primeira renovação, as Lei 10.358/01 e 10.444/02 também promoveram alterações no processo de execução, agora no contexto da segunda reforma do CPC. Além de alterações pontuais, foi introduzido o art. 461-A, para estender às obrigações de dar o mesmo mecanismo de tutela específico criado anos antes, para as obrigações de fazer. Essa técnica já havia gerado uma série de trabalhos doutrinários elogiosos, que demandava sua extensão também às outras espécies de obrigação.

Por fim, o terceiro e mais importante momento de renovação do CPC ocorreu entre 2005 e 2006, com as Leis 11.232/05 e 11.382/06. Esses dois diplomas praticamente reescreveram o sistema de execução no processo civil brasileiro, com a introdução do cumprimento de sentença, transformando a execução de título judicial em fase do processo de conhecimento, dentro do conceito de processo sincrético, e modificando profundamente o processo de execução de título extrajudicial. O alcance dessas reformas é tamanho que poucos dispositivos

das reformas anteriores, ou da redação original do código, remanesceram intocados. Mais que isso, introduziu-se um novo conceito de processo, tão reclamado pela doutrina, que vai da petição inicial à efetiva satisfação do credor.

Todas essas reformas trouxeram uma crítica quase inevitável: o CPC foi transformado em uma *colcha de retalhos*, um texto codificado sem sistematicidade, com equívocos de regulação e de terminologia. Tal constatação fez com que fosse proposto, em 2010, o Projeto de Lei 166/10, que visa a instituir um novo Código de Processo Civil, ainda em tramitação perante o Congresso Nacional.

Mais que apenas uma questão de formatação, o problema das reformas do processo de execução é que sua realização se deu com base apenas nas concepções doutrinárias e experiências pessoais de seus idealizadores, de forma intuitiva, ou com base em experiências estrangeiras. Não se realizou, até a presente data, no Brasil, um diagnóstico abrangente, estatisticamente orientado, que busque apontar as causas da inefetividade do processo de execução para, aí então, verificar-se quais dessas podem ser sanadas pela Lei e quais demandam alterações da cultura dos operadores do Direito. Manteve-se a crença, arraigada na mentalidade brasileira, de que a alteração da lei corrigiria todos os males, abstraindo-se das demais mazelas do sistema processual. Mesmo a progressiva implementação do mecanismo do processo sincrético, ao longo de mais de dez anos, se fez mais em razão de elogios e demandas doutrinárias do que de estudos que demonstrassem que, de fato, as alterações já procedidas haviam acarretado um ganho de efetividade da execução.

Paralelamente a esse movimento, o direito processual coletivo, consolidado com a edição da Constituição da República de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, também passava por evolução, com a edição de normas que ampliaram seu microsistema de tutela, tais como o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, como por tentativas de modificação, com a elaboração do Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, em 2004, e do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em relação ao qual concorriam duas versões, da USP e da UFRJ, ambas de 2005. Apesar do projeto USP ter sido apresentado, na condição de anteprojeto de Lei, ao Ministério da Justiça, acabou posteriormente abandonado, com supedâneo na Nota Técnica 41/2007, elaborada pelo Departamento de Análise de Atos Normativo da Consultoria-Geral da União, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União. Os

mesmos juristas se uniram, subseqüentemente, e elaboraram um anteprojeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, o qual foi apresentado ao Congresso Nacional e convertido no Projeto de Lei 5.139/09. No momento em que o presente trabalho foi elaborado, o referido Projeto havia sido rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Contra essa rejeição foi interposto recurso ao Plenário da casa legislativa, ainda pendente de apreciação.

Um dos problemas fundamentais do processo coletivo, que permanecia praticamente inalterado no Projeto de Lei 5.139/09 é que, assim como no processo civil comum, não houve uma discussão ampla sobre os inúmeros problemas da execução coletiva, momento especialmente crítico no processo coletivo, em que se fará chegar ao cidadão que não participou diretamente da relação jurídica processual, o resultado prático de sua existência. Mais que isso, não houve um estudo estatístico acerca das causas da inefetividade da execução, mas apenas a positivação de posições doutrinárias.

Observe-se que, se o processo coletivo existe com o objetivo de permitir que um legitimado aja em juízo em nome de uma pluralidade determinada ou indeterminada de agentes, evitando os inconvenientes de uma multiplicidade de processos individuais, a indisponibilidade de mecanismos efetivos que permitam levar a esse cidadão, titular do direito, o resultado prático do processo, constitui uma usurpação do próprio direito que, apesar de exercido em nome alheio, jamais atingirá seu fim último, por absoluta impropriedade do meio.

Essa é a situação do processo de execução coletiva brasileiro, que, pela ausência quase total de normas que o regulamentem, acaba sendo conduzido pelas mesmas normas da execução individual. Isso faz com que todo o benefício até então colhido com o processo coletivo se perca na fase de execução, que será eminentemente de caráter individual. Nesses termos, a multiplicidade de processos que deveria ser evitada pelo processo coletivo é apenas postergada para a fase de execução, a qual potencializará os problemas já inerentes à execução individual, somando-os às dificuldades próprias do processo coletivo.

O objetivo ora proposto é realizar um estudo acerca da execução do título executivo coletivo que estabelece obrigação de pagar, corresponda esta a uma tutela específica, ou seja, a uma obrigação que já era originalmente de pagar, ou a uma tutela pelo equivalente, decorrente da conversão de tutela específica que se inviabilizou. O corte metodológico se faz por duas

razões: em primeiro lugar, o âmbito de uma dissertação de mestrado não seria adequado para uma análise de todas as possibilidades de execução coletiva; em segundo lugar, as maiores peculiaridades da execução coletiva ocorrem justamente em relação às obrigações de pagar, uma vez que as obrigações de dar coisa, fazer e não fazer, reguladas pelos arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil e art. 84 do CDC atribuem ao juiz igual margem de liberdade, seja para a execução individual, seja para a coletiva. Ademais, as obrigações de fazer ou não fazer, pretendidas em ações coletivas, são, em regra, resolvidas mediante prestações de natureza indivisível, independentemente do número de credores, de modo que não existem maiores peculiaridades em uma execução de fazer individual ou coletiva. Por exemplo, os mecanismos de execução de uma obrigação em razão da qual um credor busca a construção de um muro pelo devedor são fundamentalmente os mesmos de que se vale o legitimado coletivo que busca a instalação de um filtro em uma fábrica poluente.

Esse também parece ser o corte metodológico adotado pela maioria da doutrina do processo coletivo, uma vez que Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008), Oliveira (2008), Silva (2009), Venturi (2000), Bruscato (2009), Borba (2008), Mazzilli (2007), dentre outros, embora se proponham, com maior ou menor ênfase, a tratar da execução coletiva, sequer mencionam, ou o fazem apenas em brevíssimos comentários, a execução relativa às obrigações de fazer e não fazer.

Assim, o estudo será iniciado pela elaboração de um capítulo que traçará, em um primeiro momento, um breve estudo diacrônico do processo coletivo no Brasil, passando pelos diplomas que constituíram o microssistema de tutela dos direitos coletivos, atualmente vigente. Nesse capítulo, será essencial fazer uma referência, ainda que breve, aos projetos de lei discutidos no momento da elaboração da dissertação.

No tópico seguinte, o texto se focará nos títulos executivos coletivos, judiciais e extrajudiciais. Após, serão efetuadas considerações sobre a coisa julgada coletiva, necessárias ao estudo da execução coletiva provisória.

Encerrada essa análise, o trabalho se debruçará sobre as dificuldades da execução da obrigação pecuniária coletiva, distinguindo fundamentalmente a execução efetuada pelo

substituto processual¹, ou seja, por apenas um agente, daquela efetuada pela coletividade de beneficiários substituída no curso do processo.

Observe-se que, para os fins desta pesquisa, mais relevante que distinguir a espécie de direito que originou a obrigação, se difuso, coletivo ou individual homogêneo, é distinguir o mecanismo pelo qual será efetuada a execução, se pelo mesmo agente que conduziu o processo de conhecimento, ou seja, por um único agente, ou pela coletividade substituída originalmente, que retoma a titularidade para obter a efetivação individual dos direitos garantidos pela sentença coletiva.

Conforme relembra Fenoll (2008, p. 104), mais que buscar um critério de classificação dos direitos em litígio, mecanismo abandonado pela legislação norte-americana, que o inspirou originalmente, o importante é separar casos que envolvem uma coletividade determinada ou determinável, de um lado, e uma coletividade indeterminada, de outro. Do mesmo modo, na execução, o importante é verificar se o exequente continua sendo um substituto processual, ou se passa a ser o próprio titular do direito. Na primeira hipótese, em que a coletividade continua indeterminada, a execução se fará em favor do fundo para a reparação de direitos difusos. Na segunda, haverá uma pluralidade de execuções, o que acarreta problemas específicos, pela *descoletivização* do processo.

Também será necessário, nesse ponto, analisar as dificuldades da liquidação da sentença coletiva, a qual tem, em regra, caráter genérico, demandando necessariamente a condução da liquidação. Do mesmo modo, será preciso verificar as peculiaridades da execução coletiva contra a fazenda pública e do direcionamento de recursos aos diversos fundos de reparação de direitos coletivos (Lei 7.347/85, art. 13).

Por fim, a título de conclusão, serão formuladas proposições que permitam apontar caminhos para a melhoria futura do processo de execução coletiva.

¹ A expressão “substituto processual” é utilizada aqui em sentido amplo, para designar a situação em que a parte que atua no processo não é o titular do direito, não significando a tomada de uma posição na polêmica acerca da natureza jurídica da legitimidade que autoriza a participação do agente coletivo, se ordinária, extraordinária ou autônoma para a condução do processo.

O trabalho buscará evitar, a todo custo, a exposição de situações e conceitos que sejam comuns à execução coletiva e à execução individual, focando-se sempre nas peculiaridades atinentes ao processo coletivo. Haverá situações, contudo, em que alguma contextualização da situação exigirá que se abordem questões nas quais o processo coletivo enfrenta as mesmas dificuldades que o processo individual. Essa análise será efetuada com a maior brevidade possível.

Quanto à questão terminológica, impende observar que não há acordo entre os teóricos quanto à denominação adequada ao gênero que engloba os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, preferindo alguns a expressão *direitos coletivos em sentido amplo*, ou simplesmente *direitos coletivos* - reservando aos primeiros a designação *em sentido estrito* – ou direitos *transindividuais*, ou ainda *metaindividuais*. Ainda que possa haver distinções etimológicas entre as expressões, o fato é que não têm qualquer diferença jurídica, de modo que serão utilizadas como sinônimas ao longo deste trabalho.

Não adota, o presente estudo, a diferenciação entre ação civil pública e ação coletiva, termos respectivamente utilizados pelas Leis 7.347/85 e 8.078/90, para designar a ação ajuizada para a tutela de direitos transindividuais, extremado, de um lado, a ação civil pública para a tutela de direitos difusos e coletivos e de outro, a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos. A prática, ao contrário, consagrou a ação civil pública em ambas as hipóteses, de modo que sua diferenciação tornou-se mero academicismo.

Também não se faz qualquer diferenciação entre direitos ou interesses transindividuais, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor equiparou tais expressões, para todos os fins. A polêmica, de que já se ocupou longamente a doutrina brasileira, é bem descrita por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008, p. 87-93), que demonstram, com apoio em Kazuo Watanabe, como o objetivo do CDC foi justamente encerrar a querela, de modo que não faz mais sentido pretender-se qualquer diferenciação.

Por fim, o trabalho não abrirá mão do comprometimento teórico, embora se mantenha atento à percuciente advertência de Sálvio de Figueiredo Teixeira (1992, p. 152):

Há muito que se reclama caber ao jurista não apenas compreender e interpretar o sistema legal vigente, contribuindo para a evolução do pensamento jurídico. Dele se reclama, ao lado de uma postura crítica construtiva, a sua contribuição para a realização prática do Direito, inclusive na elaboração das normas e nas transformações que se mostrarem imprescindíveis ao aperfeiçoamento da ordem jurídica. Como assinalou Ripert, em obra clássica, ao reivindicar maior participação do jurista na formulação da ordem jurídica, "preocupando-se exclusivamente com a técnica, o jurista renuncia a dirigir, a criar o direito".

O comprometimento do trabalho jurídico com a mudança da realidade será o norte do estudo.

1 CONSIDERAÇÕES DIACRÔNICAS SOBRE O PROCESSO COLETIVO

1.1 Evolução do processo coletivo e os modelos no direito comparado

Ao se estudar a evolução do processo coletivo, é necessário ter-se em mente que os direitos transindividuais não constituem direitos novos, mas sim um fenômeno social que acompanha a sociedade desde seus tempos primitivos. A necessidade de o homem conviver em sociedade culminou no nascimento de interesses que pairam para além do indivíduo, por implicarem impactos sobre o grupo como um todo. São esses interesses que, com a evolução do Direito, passaram a ser compreendidos como direitos ou interesses coletivos *lato sensu*.

Durante longo período de tempo tais interesses eram confundidos com os próprios interesses do Estado, o que resultava num tratamento desses quase exclusivamente por parte Administração Pública, relegando à jurisdição uma tutela de caráter residual (LEONEL, 2002, p. 40). Somente com a evolução das relações sociais, especialmente a partir da Revolução Industrial, é que os direitos metaindividuais passaram a assumir contornos próprios, distintos dos interesses do Estado, evolução que se impulsionou nos movimentos sociais reivindicatórios. Nesse sentido, é a lição de Adamovich (2007, p. 55):

Os movimentos sociais reivindicatórios coletivos, tendo tomado impulso nos Estados Unidos da América da primeira metade do século XX com relação aos direitos trabalhistas e depois na segunda parte da mesma centúria com relação aos direitos das minorias e demais pessoas segregadas, mais tarde os consumidores na emergência da pós-modernidade, sublinharam a importância do desenvolvimento teórico dos antigos modelos medievais de ações coletivas, até porem em cheque aqueles valores de uma ciência do processo de filiação filosófica positivista, cunho individualista e instrumental do direito privado.

Tais direitos, todavia, careciam de adequada tutela jurídica, uma vez que o sistema processual não era dotado de instrumentos hábeis a tanto, consequência do marcante caráter individualista de sua concepção. Tal necessidade somente foi vislumbrada com a evolução da concepção de processo, antes entendido como mero acessório do direito material, para atualmente ser reconhecido como instrumento para sua efetivação.

Em análise bastante sintética, é possível afirmar que a evolução do conceito de processo passou por três fases metodológicas, denominadas fase imanentista ou sincretista, fase autonomista e fase instrumental.

Durante a fase imanentista, predominava o entendimento de que o processo atuava como mero acessório do direito material, sendo deste indissociável. Consequentemente, os estudiosos não reconheciam a autonomia do direito processual, o que acarretava a incorreta compreensão de seus institutos. Havia, portanto, uma “confusão entre os planos substancial e processual no ordenamento estatal” (DINAMARCO, 1987, p.15), uma vez que a ação era compreendida como mero resultado da lesão ao direito material, enquanto o processo seria um simples conjunto de atos ordenados para a realização de tais direitos. Nesse sentido é a lição de Dinamarco (1987, p. 14):

Tinha-se, até então, a remansosa tranqüilidade de uma *visão plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento) (...). (Destques do original).

Já a segunda fase metodológica é marcada pelo reconhecimento da autonomia entre o direito de ação e o direito material. Como resultado de questionamentos em torno dos conceitos que predominavam na fase imanentista, entendeu-se que, enquanto o direito material vinculava as partes e seu objeto era o próprio bem da vida pretendido, o direito de ação se destinava ao Estado-juiz, cujo objeto imediato era a prestação jurisdicional pleiteada. Foi com base nesse raciocínio que se formulou a teoria abstrata do direito de ação, a qual reconheceu a autonomia do direito processual, impulsionando a evolução dos estudos em relação ao tema, bem como a melhor compreensão dos respectivos institutos.

A fase autonomista teve, contudo, o grave efeito colateral de distanciar o processo das necessidades do direito material, fazendo com que este se tornasse alheio às suas peculiaridades e, portanto, com o passar do tempo, menos efetivo para dar conta da riqueza da realidade. Afirma Marinoni (2007, p. 187) que “O direito de ação, na época do Estado liberal, era indiferente às distintas necessidades sociais. Não era concebido como um direito cuja realização, além de indispensável para a proteção de todos os outros direitos, requer a consideração de uma série de circunstâncias sociais”.

Absorvido o desenvolvimento científico vivido durante a fase autonomista, vislumbrou-se a necessidade de se compreender o processo como meio para a efetivação de direitos, voltando os olhos para seu caráter teleológico, inaugurando a denominada fase instrumental. Passou-se à análise dos institutos processuais sob o enfoque da instrumentalidade, visando os resultados práticos a serem perseguidos, fugindo de uma pura análise conceitual, tal qual ocorria na fase autonomista.

Dinamarco (1987, p. 20) demonstra muito bem o desapego, característico da fase instrumental, ao conceitualismo vago:

Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e sua suposta assimilação à ideia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*.

É durante a fase instrumental que se inicia o movimento de acesso à justiça, o qual foi marcado pela obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth intitulada “Acesso à Justiça”, delineando três grupos de obstáculos que impediam o acesso à Justiça: econômico (pobreza e elevados custos do processo), jurídico (legitimidade ativa individual) e psicossocial (desinformação e descrença em relação ao Poder Judiciário por parte da população). Marinoni (2007, p. 188) também ressalta a evolução:

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como “direito de acesso à justiça”, tornando-se objeto de preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado.

A fim de tornar o Poder Judiciário mais acessível, o movimento em referência foi composto por três “ondas renovatórias”. Segundo explica Cappelletti (2008, p. 216), a primeira onda renovatória consiste em superar obstáculos criados pela pobreza, a partir da prestação de assistência judiciária àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os custos do processo; a segunda onda renovatória consiste na criação de sistemas processuais capazes

de tutelar direitos e interesses de natureza transindividual, os quais até então eram carentes de tutela jurisdicional; e, por fim, a terceira onda, representada pela criação de mecanismos mais céleres e eficazes na solução dos litígios levados perante o Poder Judiciário, bem como de meios alternativos de solução de conflitos, denominada Justiça Coexistencial.

Observa-se, portanto, que o desenvolvimento do processo coletivo está intimamente relacionado à ideia de instrumentalidade, compondo a denominada “segunda onda renovatória” do movimento de acesso à Justiça. Para tanto, foi necessário revisitar institutos tradicionais do processo civil, conferindo-lhe novos traços, de modo a melhor adequá-lo à tutela dos direitos de natureza coletiva. Esses novos traços serão especificados subsequentemente.

1.2 Antecedentes históricos: ação popular romana

Embora o processo coletivo, tal qual compreendido atualmente, tenha surgido somente em período mais recente, é possível vislumbrar, em épocas mais remotas, instrumentos destinados à tutela de direitos metaindividuais, dentre os quais figura a ação popular romana.

O sistema processual romano era de cunho essencialmente individual, fundado ainda na relação indissociável entre direito e processo, de modo que para cada direito lesionado havia uma *actio* correspondente. Assim sendo, para o exercício da *actio romana* era necessária a demonstração de um interesse pessoal e direto do autor, de modo a afastar, a princípio, que determinada pessoa postulasse direito pertencente a terceiros.

Porém, segundo leciona Mancuso (2001, p. 39), durante o Império Romano ainda não havia se formado a noção de Estado, o que acabava sendo compensado pela existência de um espírito cívico mais acentuado entre os respectivos cidadãos, de modo a incutir nestes o sentimento de proprietários da *res publica*.

Consequentemente, se podia vislumbrar a existência de um interesse público distinto daquele inerente à administração estatal, fundado no interesse pessoal de cada cidadão na adequada gestão da coisa pública, o qual era afetado a todos indistintamente, possuindo, portanto, natureza indivisível. É justamente nessa relação entre o cidadão e a coisa pública que surge a

ação popular, denominada *actio pro populi*, como exceção no sistema processual romano, permitindo que determinada pessoa, ao invés de perseguir interesse exclusivamente privado, como de costume, atuasse na defesa de interesses pertencentes a toda coletividade. Segundo Leonel (2002, p. 42):

O indivíduo, na condição de cidadão romano, dispunha da faculdade de acionar os órgãos judiciais a fim de instituir um processo de cunho privado, para obter a condenação de qualquer pessoa que houvesse porventura ocasionado dano ao patrimônio público ou a interesses de natureza pública. Tais demandas nasciam costumeiramente de atos ou fatos que configuravam a ocorrência de delitos ou quase-delitos.

Inicialmente, a propositura da ação popular estava condicionada à demonstração de interesse pessoal do autor na causa, de modo que a tutela dos interesses da coletividade apresentava-se como consequência da pretensão daquele. Porém, com o desenvolvimento do instituto, os pretores passaram a admitir a propositura de ações populares independentemente da demonstração de interesse pessoal por parte do autor, bastando a existência do interesse coletivo (MANCUSO, 2001, p. 41).

A natureza da ação popular variava conforme a pretensão do autor, podendo assumir objetivos tanto de natureza civil quanto penal, prevalecendo esta última. Segundo Leonel (2002, p. 44), tal fato se deu em razão de as ações populares, em sua maioria, possuírem como causa de pedir delitos ou quase-delitos, que importavam dano aos interesses públicos, resultando, geralmente, em provimentos de natureza inibitória, de forma a afastar os efeitos da conduta lesiva, bem como em aplicação de pena de multa ou outra sanção de natureza pecuniária. Ainda segundo o autor (2002, p. 44), a referida multa, além de possuir natureza punitiva, também possuía caráter premial em relação ao autor, uma vez que, caso este postulasse em juízo a favor de interesses exclusivamente coletivos, o respectivo valor lhe seria destinado integralmente.

José Afonso da Silva, (1968, p. 389), apresenta uma série de ações populares existentes àquela época, a saber: *de sepulchro violato*, proposta em face do violados de sepultura ou outra *res sacrae*; *de effusis et deiectis*, contra aquele que atirasse objetos em via pública; *de positis et suspensis*, movida em face daquele que mantinha, com certo grau de risco, objeto em sacada ou à beira de telhado; *de albo corrupto*, contra aquele que adulterasse o édito do pretor (*album*); *de aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris*, cuja natureza popular se

evidenciava quando manejada pelo édito *de bestiis*, visando obstar que animais perigosos fossem levados para locais frequentados pelo público; *de termino moto*, contra aqueles que deslocassem as pedras destinadas a demarcar os limites entre duas propriedades; *de tabulis*, para impedir a abertura da sucessão pelos herdeiros em caso de morte violenta do autor da herança, sem que aqueles tenham apurado a responsabilidade dos servos encarregados de zelar pela vida do falecido; *assertio in libertatem*, cujo objetivo era obter a liberdade de um escravo; interdito de *homine libero exhibendo*, similar ao atual *habeas corpus*; *de collusione detegenda*, destinada para apurar eventual conluio entre escravos e seus antigos donos, quando estes declarassem que aqueles nasceram livres; *accusatio suspecti tutoris, vel curatoribus*, para a proteção dos legados *ad pias causas* e para a restituição de bens perdidos em jogo.

Outro ponto interessante em relação à ação popular diz respeito ao fato de que, já naquela época, havia certa compreensão por parte dos juristas em torno da representatividade adequada. Conforme assevera Leonel (2002, p. 51), caso vários cidadãos postulassem em juízo o mesmo interesse coletivo, dever-se-ia dar preferência àquele que possuísse melhores condições de atuar na defesa do dito interesse, representando adequadamente toda a categoria envolvida. Conseqüentemente, reconhecia-se, ainda, a existência de litispendência entre duas ações populares quando estas possuíam o mesmo pedido e causa de pedir, ainda que diferentes seus autores.

Vê-se, portanto, que já na época do Império Romano os direitos de natureza transindividual possuíam contornos claros, fato que impôs a necessidade de criação de uma *actio* destinada a tutelá-los, a qual, em razão de sua relevância, atravessou os tempos para hoje se situar no ordenamento jurídico pátrio. Muito embora a criação da ação popular não represente um marco inicial na evolução do processo coletivo, pode-se vislumbrar nela o gérmen do que hoje se conhece como sistema de tutela coletiva.

1.3 Das ações coletivas inglesas e norte-americanas

A ideia contemporânea de processo coletivo, sem sombra de dúvidas, desenvolveu-se na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, sendo que muitos consideram o direito britânico como berço das ações coletivas (TORRES, 2010, p. 38). Embora não haja consenso entre os

estudiosos do tema acerca de qual teria sido o *inaugural case*, há vários relatos datados do século XII apontando a propositura de ações de cunho coletivo.

Em estudo elaborado sobre o tema, Torres (2010, p. 38) cita o caso do pároco Martin, datado de 1199, o qual ajuizou ação contra os paroquianos de *Nuthanstead*, a fim de ver satisfeita pretensão por serviços prestados àquela comunidade. Aponta ainda o relato, datado do século XIII, de que três aldeões teriam provocado o juízo local visando a condenação dos integrantes dos povoados de *Donington* e *Bykere* a assistir os moradores de *Helpinghan* na reparação dos diques lá existentes.

Inicialmente não houve discussões acerca da natureza desses novos institutos processuais, vez que ainda prevalecia a concepção de que o processo era mero acessório do direito material. A preocupação dos juristas da época estava inteiramente voltada para a tutela dos direitos em si, sem a reflexão em torno dos instrumentos existentes, de modo a criar uma ciência processual.

Porém, o surgimento das ações de cunho coletivo somente foi possível em tal período em razão das peculiaridades da organização jurisdicional inglesa. Isso porque a jurisdição inglesa era dividida em duas esferas, quais sejam a jurisdição de direito (*law jurisdiction*) e a de equidade (*equity jurisdiction*). Enquanto a primeira se encarregava de solucionar litígios com base no direito comum, cabia à segunda solucionar litígios para os quais não havia previsão legal em torno da matéria, isto é, decidir com base em um juízo de equidade.

Conforme explica Torres (2010, p. 40):

(...) o sistema de *common law* era competente para a prestação jurisdicional quando a causa posta *sub judice* versasse a respeito de pretensões de natureza pecuniária ou indenizatória; já o sistema de *equity* competia exercer jurisdição em face de pretensões declaratórias e mandamentais levadas a juízo. A jurisdição da equidade era aplicada pela denominada *courts of chancery*, enquanto a jurisdição de direito pelas *courts of Law*. Em suma, a *equity* revelava-se como espécie de jurisdição complementar, destinada a suprir lacunas oriundas do direito comum.

Não era possível tutelar direitos coletivos no âmbito das *courts of law*, vez que nestas não se admitia a formação de litisconsórcio com base tão somente na existência de questões afins. Por outro lado, muito embora as *courts of chancery* autorizassem a formação de litisconsórcio fundado em questões afins, impunha-se, originalmente, a presença de todos os interessados no

processo, sob pena de extinção do feito; ou seja, muito embora a tutela coletiva fosse possível nos tribunais de equidade, esta era obstada pela inviabilidade de se identificar todos os possíveis litigantes.

Diante da necessidade de se criar um sistema efetivo para a tutela de tais direitos, nasce, no século XVII, o procedimento denominado *bill of peace*, o qual partiu da “necessidade e conveniência de contornar a regra do litisconsórcio necessário, para que não se cometesse a injustiça de não prestação jurisdicional quando o agrupamento dos interessados, por alguma razão, não se fizesse possível” (TORRES, 2010, p. 41). Segundo Zavascki (2008, p. 26):

Desde o século XVII os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam no direito inglês o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses. Assim nasceu, segundo a maioria dos doutrinadores, a ação de classe.

Porém, o *bill of peace* não foi suficiente para conferir à tutela coletiva a abrangência necessária para sua plena efetividade. Isso porque somente se admitia demandas fundadas em direitos transindividuais quando a razão ou fundamento fosse a equidade (LEONEL, 2002, p. 66), vez que tais litígios eram resolvidos pelas *courts of chancery*, enquanto as demandas coletivas fundadas no direito comum ficavam a cargo das *courts of law*, a qual, conforme já afirmado, não admitia litígios fundados em direitos coletivos.

Foi no direito norte-americano que o processo coletivo se desenvolveu, até que assumisse os traços hoje conhecidos.

O primeiro grande passo na evolução do processo coletivo norte-americano foi a edição do *Court of Judicature Act*, que extinguiu a dualidade de jurisdição, herdada do sistema inglês, com a fusão dos juízos de *law* e *equity*, o que abriu caminho para a melhor estruturação das ações coletivas. Conforme dispunha a regra 10 do referido diploma, “havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais partes poderiam acionar ou ser acionadas, ou ainda autorizadas pela Corte para litigar em benefício das demais” (LEONEL, 2002, p. 66).

A grande distinção das *class actions* norte-americanas em relação ao *bill of peace* inglês reside em seu fundamento. Enquanto este foi construído com vistas somente a eliminar os obstáculos processuais referentes à identificação dos interessados no feito para a formação de eventual litisconsórcio, aquelas foram elaboradas sob o espectro da efetividade, de modo a suprimir a multiplicação de litígios inúteis, bem como permitir que o ínfimo valor da lesão individual não obstasse o acesso à justiça. Nesse sentido:

O pensamento americano referente à ampliação da possibilidade de uso do instrumento coletivo, como é de fácil percepção, desenvolvendo-se mediante a constatação de que, em diversos casos, o ínfimo aspecto financeiro das violações sofridas individualmente não justificava a busca da tutela jurisdicional. Melhor dizendo, a reparação do dano, financeiramente, não instigava os lesados a demandar em juízo, pois que, grosso modo, os valores alcançados não cobririam sequer os gastos despendidos com o processo. Neste contexto, a preocupação doutrinária não mais encontrava fundamento nos aspectos que motivaram o *supra* referido *bill of peace* inglês – necessidade e conveniência. O núcleo do pensamento residia em possibilitar ao jurisdicionado, independentemente da diminuta expressão financeira da lesão, irrestrito acesso à justiça. (TORRES, 2010, p. 42).

A partir de então as ações coletivas passaram a se desenvolver com fundamento no acesso à justiça, de modo a abranger direitos e interesses antes desprovidos de qualquer instrumento processual de tutela. Desse modo, passou-se a tutelar o direito não mais sob o prisma de seu titular, tal qual ocorre no processo tradicional, mas o direito em si; em outras palavras, deixou-se de considerar a lesão no aspecto individual para considerá-la globalmente.

O primeiro regulamento formal da *class action* surgiu com a edição da *Federal Equity Rule 48*, editada em 1842, a qual assim dispunha:

Quando as partes forem numerosas em um ou outro pólo e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos retardamentos, figurar como parte na ação, a corte, em conformidade com a sua discricção, poderá dispensá-los da atuação como parte e poderá dar prosseguimento à ação tendo partes suficientes, diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses contrários aos dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes. (TORRES, 2010, p. 42).

Tal regra trouxe um considerável avanço, haja vista ter dispensado a formação de litisconsórcio entre todos os titulares do direito afetado, instituindo o instituto da representatividade adequada, um dos pilares do processo coletivo. Por meio de tal figura, o juiz, ao vislumbrar que a grande quantidade de litigantes pode obstar o regular

desenvolvimento da ação, determinará que esta prossiga sob a direção daqueles que melhor puderem representar os interesses em litígio, dispensando os demais interessados. Diferentemente do sistema brasileiro, a representatividade adequada na *class action* é aferida *ope judicis*, isto é, pelo juiz, ao qual incumbirá verificar se o autor atende aos requisitos para representar todos os integrantes da classe de forma satisfatória.

Não obstante tal avanço, a *rule 48* ainda continha sérias limitações, já que as decisões proferidas no bojo das *class action* não tinham o condão de vincular as partes ausentes no feito, uma vez que estes não podiam ter seus direitos prejudicados. Assim, os efeitos práticos das decisões proferidas em ações coletivas eram praticamente inexistentes, uma vez que, apesar de existir a atuação do representante adequado na defesa dos interesses dos ausentes no feito, os efeitos da sentença se limitavam às partes atuantes no processo.

Foi com a edição da *rule 38*, em 1912, que o processo coletivo norte-americano deu seu primeiro grande passo. Rompendo com as rígidas barreiras existentes no processo tradicional no que tange ao contraditório e à ampla defesa, instituiu no âmbito das *class action* a coisa julgada *erga omnes*, de modo que as decisões ali proferidas vinculassem todos os integrantes da classe representada nos autos, corrigindo as limitações existentes na *rule 48* (PEREIRA, 2007, p. 340).

Porém, o processo coletivo somente assumiu relevância no sistema jurídico estadunidense com a edição da *rule 23*, em 1938, conferindo os contornos atuais às ações coletivas. Conforme assevera Leonel (2002, p. 68), a referida norma “representou inescandível expansão da possibilidade de utilização, ou seja, disponibilização das *class actions* no sistema americano, tanto para demandas fundadas no sistema *at law* como na *equity*.” Tal norma passou por importante reforma em 1966, de modo a estabelecer o regime processual atualmente existente.

Segundo Barroso (2005, p. 115), a *rule 23* estabeleceu os pressupostos necessários para a propositura de qualquer ação coletiva, a saber: i) grande número de pessoas envolvidas, de modo a tornar inviável a reunião de todas no mesmo processo; ii) existência de questões de fato e de direito comum a todos os interessados; iii) teses jurídicas típicas, de modo que os argumentos deduzidos pelo representante da classe devam corresponder aos interesses de

toda a classe; iv) representatividade adequada, que permite tutelar de maneira justa e adequada os interesses da classe.

Ainda segundo Barroso (idem, p. 116), a norma em apreço classificou a *class action* em três modalidades distintas. A primeira é denominada *incompatible standards*, destinada às hipóteses em que os interesses de todos os envolvidos devam ser julgados pelo mesmo juízo, sob pena de dar ensejo a decisões contraditórias ou afetar os interesses de outros membros da classe (*limited fund class action*). Tal modalidade possui traços idênticos ao litisconsórcio unitário brasileiro, impondo o julgamento conjunto das lides, impedindo que qualquer interessado exerça o direito de exclusão, obrigando-o a sujeitar-se aos efeitos da sentença proferida na respectiva ação coletiva.

A segunda modalidade é destinada aos casos nos quais uma conduta comissiva ou omissiva de determinada pessoa afete os direitos da classe, fazendo surgir a favor desta uma pretensão consistente numa obrigação de fazer. Tal espécie de ação coletiva não se presta a veicular pretensões indenizatórias, estando voltada, portanto, somente para obrigações de fazer ou não fazer. Neste tipo de ação coletiva também é vedado o exercício do direito de exclusão, tal qual ocorre na primeira modalidade.

A terceira e mais comum das modalidades de ação coletiva é denominada *class action for damages*. Esta modalidade de ação tem como pressupostos específicos os seguintes requisitos: i) predominância das questões de comuns, isto é, as questões comuns entre todos os membros da classe deveriam predominar sobre as questões de cunho individual; ii) superioridade da tutela coletiva, ou seja, a ação coletiva deveria apresentar-se como mais adequada, justa e eficiente que a ação individual. Essa ação coletiva inicialmente foi criada para ser empregada em face de empresas cujas condutas causassem lesão aos consumidores ou em face de instituições financeiras e de valores que agissem de forma inadequada. Porém, como observa Pereira (2007, p. 346), após muita resistência por parte da jurisprudência norte-americana, tem-se admitido gradativamente tais ações nos casos denominados *mass torts*, isto é, aqueles que veiculem pretensões indenizatórias de determinada coletividade em decorrência de fato lesivo a direitos do grupo.

Uma vez proposta a ação, caberá ao juiz definir se ela será processada sob a forma de *class action*, decisão esta revestida de caráter precário, haja vista que o magistrado poderá revogá-la a qualquer momento, caso vislumbre que não mais existem os pressupostos para tanto. Tal fase, segundo Barroso (2005, p. 117), é denominada certificação de classe (*class certification*), momento em que o juiz averiguará a existência dos pressupostos das ações coletivas, bem como a adequada representação. Incumbirá ainda ao juiz, na fase de certificação, delimitar a lide coletiva, podendo, inclusive, dividi-la, quando o objeto do feito originário revelar-se muito amplo (PEREIRA, 2007, p. 347).

Superada a fase de certificação, passa-se à fase de notificação dos interessados, na qual o juiz determinará ao autor da ação coletiva que, às suas expensas, notifique individualmente, pelos meios disponíveis em um prisma de razoabilidade, cada interessado na demanda, informando-lhe acerca da propositura da ação coletiva, bem como da possibilidade requerer sua exclusão da ação, de modo a não se submeter aos efeitos da respectiva sentença. Conforme demonstra Pereira (2007, p. 347), a notificação pode-se dar de forma menos onerosa para o autor, quando for grande a quantidade de interessados no feito, permitindo-se a notificação pessoal de parte dos interessados ou até a notificação por edital.

O que importa na notificação dos interessados é permitir que estes possam exercer o direito de exclusão da lide (*right to opt out*). Uma vez cientificados da existência de ação coletiva, os interessados poderão peticionar perante o juízo, optando por não integrar o grupo de sujeitos da lide. A importância do direito de exclusão, no âmbito da *class action*, reside no fato de a respectiva sentença vinculará todos os membros da classe envolvida, independentemente de seu conteúdo, excluídos aqueles que exerceram o *right to opt out*.

1.4 Evolução do processo coletivo no Direito brasileiro

Segundo Leonel (2002, p. 52), a tutela coletiva no Brasil teve sua gênese na ação popular. Inicialmente, o instrumento processual em questão não estava disciplinado em lei própria, identificando-se como ações populares aquelas que, de alguma forma, tutelavam interesses públicos. Conforme observa Mancuso (2001, p. 37), tal ação era residual, secundária, ou colateral, de implementação da defesa de tais interesses em juízo. Assim, considerava-se como ação popular, a título de exemplo, a destinada à apreensão de títulos ilegais emitidos por

bancos ou outras companhias, dissolução de associações que promovessem fins ilícitos ou imorais, representação para apuração de irregularidades em matéria eleitoral, dentre outros.

Foi com a Constituição de 1934 que a ação popular teve seu ingresso no rol das ações constitucionais, prevendo, em seu art. 113, XXXVIII, a legitimidade do cidadão para pleitear a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Apesar de ter sido suprimida do texto da Constituição de 1937, a ação popular retornaria ao texto constitucional em 1946, permanecendo até a Carta Constitucional vigente. A disciplina da ação popular em um diploma legal somente ocorreu com a Lei 4.717/65.

Ocorre que a ação popular foi integrada no ordenamento jurídico pátrio como herança do direito romano, sem haver, por parte dos juristas da época, qualquer estudo substancial em relação à matéria sob o enfoque da tutela coletiva. Até porque, naquele período, ainda não se havia vislumbrado a existência dos direitos supraindividuais, o que impedia a correta compreensão do tema.

Não se pode negar a importância do direito trabalhista na evolução do processo coletivo brasileiro. A organização dos trabalhadores em sindicatos, sem dúvida, foi um dos marcos históricos que conferiu traços mais claros aos direitos supraindividuais, evidenciando a necessidade de se estruturar uma tutela adequada em relação a estes. Segundo expõe Torres (2010, p. 53), as primeiras normas de tutela coletiva no direito do trabalho datam do início do século XX, tais como o Decreto nº 979 de 1903, facultando a organização sindical aos profissionais da agricultura e indústria rural para a defesa dos interesses da classe, bem como o Decreto nº 19.770 de 1931, regulamentando a organização sindical em geral.

Porém, deve-se considerar que a evolução do direito coletivo do trabalho ocorreu no bojo das relações sindicais, ou seja, fora das relações jurisdicionais. Isso porque a estruturação da Justiça do Trabalho, enquanto órgão integrante do Poder Judiciário, se deu com a promulgação da Constituição da República de 1946. Previamente, ela integrava a estrutura do Poder Executivo. Desse modo, a tutela coletiva trabalhista ocorria no âmbito extrajudicial, no bojo dos acordos e dissídios coletivos, o que contribuiu para que a mesma não fosse observada desse ponto de vista, durante algum tempo.

Destarte, a evolução da tutela coletiva nesse período se dava de forma inconsciente, sem uma análise aprofundada de suas peculiaridades, de modo a adaptar o modelo tradicional de processo às reais necessidades dos referidos direitos. Até então, seu campo de abrangência era extremamente limitado, uma vez que abarcava tão somente interesses trabalhistas, por intermédio dos sindicatos, e da Administração Pública, via ação popular. Não havia, propriamente, um sistema de tutela coletiva, mas algumas leis esparsas.

Tal quadro começou a se alterar na década de 80, quando os estudos sobre processo coletivo no Brasil passaram a ganhar maior intensidade. Impulsionados pelo trabalho de Cappelletti acerca das ondas renovatórias de acesso à justiça, bem como inspirados pelas *class actions* norte-americanas, os juristas brasileiros passaram a dispensar maior atenção ao tema.

Conforme demonstra Mazzilli (1996, p. 79-80), em tal período foram elaborados dois anteprojetos de lei destinados à criação de instrumentos para a tutela coletiva. O primeiro foi elaborado pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, tendo sido apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual, e posteriormente encaminhado ao Congresso Nacional, em 1984, para apreciação. O segundo anteprojeto foi elaborado pelos juristas Nelson Nery Júnior, Édis Milaré e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, e apresentado no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudo, o qual também foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1985, culminando na edição da Lei nº 7.437/85, inserindo em nosso ordenamento jurídico a ação civil pública.

O termo ação civil pública foi cunhado como uma forma de estabelecer uma contraposição à ação penal pública, ou seja, seria uma ação judicial, cuja legitimidade caberia ao Ministério Público, mas cuja natureza seria cível, e não penal. Muito embora a terminologia utilizada pudesse sugerir que a legitimidade para a ação civil pública fosse privativa do *parquet*, a Lei 7.437/85 confere, em seu art. 5º, legitimidade a outras pessoas para a propositura de tal ação.

A Lei da Ação Civil Pública inaugurou a fase contemporânea do processo coletivo no Brasil, constituindo o eixo sobre o qual o tema foi se desenvolvendo. É o que Almeida (2007, p. 18) chama de primeiro grande marco histórico da tutela coletiva no Brasil. Passou-se, a admitir a

tutela dos mais variados direitos difusos e coletivos, representados pelo meio ambiente, os direitos do consumidor, a ordem urbanística, dentre outros.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, a tutela coletiva foi alçada à esfera constitucional, dando maior impulso aos estudos em torno da matéria. Destaca-se a previsão da ação civil pública dentre o rol das funções institucionais do Ministério Público, sem prejuízo da legitimação de terceiros, evidenciando a atenção do legislador constituinte em relação à matéria. A Carta Republicana vigente ainda trouxe consigo outro instrumento destinado à tutela coletiva, o Mandado de Segurança coletivo.

Foram editadas ainda várias normas infraconstitucionais prevendo instrumentos de tutela coletiva no âmbito de suas respectivas matérias. Tem-se, a título de exemplo, a Lei 6.938/81, que, apesar de anterior à Lei de Ação Civil Pública, já trazia dispositivos prevendo a tutela coletiva em face do meio ambiente; Lei 7.853/89, destinada à tutela dos portadores de deficiência física; Lei 7.913/89, dispendo acerca da ação civil pública em razão dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), instituindo mecanismos destinados à tutela dos menores; Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03); Lei 8.429/92, voltada à tutela do erário em face dos atos de improbidade administrativa, e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

Ocorre que tal sistema, analisado apenas dessa perspectiva, ainda carece de uma unidade metodológica. O diploma legal que, em alguma medida, perpassa e dá sentido a todo o processo coletivo brasileiro é o Código de Defesa do Consumidor. A norma, em seu Título III, dedicou-se à disciplina mais aprofundada da tutela coletiva, trazendo disposições importantes para a evolução da matéria, aplicáveis, por expressa disposição do texto, não apenas aos direitos do consumidor, mas a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Inaugura-se, então, um microsistema de tutela jurisdicional coletiva, que, conforme ressalta Almeida (2007, p. 20), não estabelece caráter de subsidiariedade, mas determina a aplicação integrada entre o CDC e a LACP. Essa construção constitui um dos principais avanços do sistema brasileiro, que permite a plena tutela de quaisquer direitos transindividuais, o que nem sempre ocorre em ordenamentos estrangeiros. Apenas a título de exemplo, a *Ley de Enjuiciamiento civil* espanhola autoriza apenas a tutela coletiva de direitos de consumidores e, muito recentemente, da igualdade de gêneros. Para as demais matérias, a

tutela é possível apenas no plano individual ou no plano penal, o que atrai severas críticas doutrinárias. Afirma Sotelo (2008, p. 161):

Com frequência a via do processo penal se mostra inadequada. Se utiliza a via penal pela coerção que se supõe poderá ser exercida com a prisão dos mais altos diretores da empresa e o julgamento de pessoas de notoriedade social. Às vezes se utiliza o processo penal para definir a responsabilidade civil subsidiária de um terceiro responsável. Mas a mesma determinação dos prejudicados e a quantificação dos prejuízos atrasa notavelmente e complica o processo penal. Ao final, não raramente os possíveis delitos têm que ser considerados prescritos ou os culpados já não existem, de modo que a ação penal desaparece. Em todo caso, como demonstra a experiência dos casos citados, concluído o processo penal, se passam muitos anos sem que os prejudicados sejam indenizados.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo a conceituação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81), instituiu normas de competência para o conhecimento de ações coletivas (art. 93), da coisa julgada coletiva (arts. 103 e 104), bem como dispôs, ainda que laconicamente, acerca da liquidação e execução coletivas (art. 97 a 100).

1.5 Estágio atual do sistema processual coletivo brasileiro

O processo coletivo brasileiro encontra-se atualmente dentre os mais avançados do mundo, seja do ponto de vista acadêmico, seja do ponto de vista legal.

No campo legal, o ordenamento jurídico pátrio é dotado de um microssistema de processo coletivo, resultado da interação existente entre o CDC e a Lei de Ação Civil Pública. Tal relação entre ambos os diplomas impõe sua leitura conjunta, da qual resultará um conjunto de normas aplicáveis a todas as espécies de ações coletivas, independentemente da matéria tratada. Consequentemente, pode-se afirmar que o processo coletivo brasileiro tem como eixo o CDC e a Lei de Ação Civil Pública, sobre o qual giram todas as demais leis pertinentes.

Por sua vez, no campo acadêmico, é possível vislumbrar que os estudos em torno do tema cresceram exponencialmente nos últimos tempos, permitindo uma análise crítica mais acurada do sistema de tutela coletiva brasileiro, com a respectiva evolução de seus institutos. Segundo Vigliar (2007, p. 309):

A tutela jurisdicional coletiva despertou um especial interesse em todos aqueles que estudam ou necessitam do direito processual civil para o desempenho de suas atividades profissionais. Da perplexidade ao encanto, o tema foi sendo dissecado, compreendido ensinado e sempre – sempre – muito debatido em cursos de pós-graduação e em encontros de processualistas.

(...)

Esse fator gera um importante fruto: a produção científica em torno do tema. A todo instante (...) novos e antigos temas são enfrentados e/ou “revisitados” (...).

Surge em dissertações de mestrado, teses de doutoramento, ou mesmo em monografias de conclusão de cursos de especialização, sem contar com os diversos artigos publicados em revistas especializadas ou não, um universo de interesse acadêmico sobre esse “novo processo civil”.

A grande produção acadêmica no âmbito do processo coletivo foi sentida na elaboração das leis, as quais trouxeram consigo importantes institutos jurídicos do direito alienígena, adaptando-os à realidade brasileira. Como consequência, o Brasil atualmente é referência em tema de processo coletivo, especialmente para os países de direito escrito, cuja legislação e trabalhos acadêmicos são utilizados como fonte inspiradora na elaboração de leis em diversos países. Nesse sentido:

Nos países de *civil law*, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei de Ação Popular; depois, mediante lei específica de 1985 sobre a denominada “ação civil pública”; a seguir, em 1988, elevando em nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados *interesses individuais homogêneos*, que abriram caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, à *class action for damages*). (BERIZONCE, GRINOVER, SOSA, 2007, p.422, destaques do original).

É preciso, então, traçar um panorama da legislação que angariou para o Brasil essa posição favorecida.

1.5.1 Breve panorama da legislação vigente

Conforme já afirmado, a análise do processo coletivo no Brasil passa primeiramente pelo exame conjunto das disposições da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, já que os diplomas interagem, compondo um microsistema processual aplicável a toda espécie de tutela coletiva. Tal relação é complementada pelas disposições do Código de Processo Civil, o qual é aplicável de forma subsidiária, e encontra suas bases na própria Constituição da República de 1988, especialmente nos artigos 127 e 129.

Conforme o art. 90 do CDC “aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Por sua vez, o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública dispõe que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Conforme destaca Leonel (2002, p.149), tal interação entre ambos os diplomas “implica a ampla incidência de todas as normas de caráter processual do Código do Consumidor às demais hipóteses de tutela dos interesses metaindividuais em juízo”. Como resultado de tal relação surge um plexo de normas de tutela coletiva, válido para todas as espécies desses direitos.

Uma vez compreendida a estrutura geral do microsistema de tutela coletiva brasileiro, passa-se a análise, sem pretensão de completude, da legislação pertinente.

O processo coletivo brasileiro tem como maior expoente a Lei 7.347/85, que trata da ação civil pública. Dentre os vinte e três artigos que a compõem, destacam-se: i) o art. 1º, que cuida do objeto da ação civil pública, trazendo um rol meramente exemplificativo dos direitos tutelados; ii) art. 2º, o qual define a competência do juízo do local do dano para conhecer da causa, de natureza absoluta; iii) art. 5º, que cuida dos legitimados para a propositura da ação, cujo rol é taxativo, determinando, outrossim, a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei quando não atuar como parte; iv) art. 8º, que mune os legitimados com a capacidade de requerer às autoridades competentes documentos necessários à instrução do feito, bem como, em seu §1º, coloca ao alcance do Ministério Público o poder de requisitar documentos para a instrução de inquérito civil; v) art. 13, cria o Fundo de Direitos Coletivos, para o qual reverterão todos os valores arrecadados no bojo de tutela coletiva; vi) art. 15, que impõe ao Ministério Público, e autoriza qualquer outro legitimado, a promover a execução da sentença após transcorridos sessenta dias sem que o respectivo autor da demanda o tenha feito; vii) art. 16, que confere eficácia *erga omnes* à sentença proferida no bojo de ação civil pública, restringindo-a, porém, aos limites territoriais da jurisdição do órgão prolator.

Ao lado da Lei 7.347/85, o Código de Defesa do Consumidor cuidou de complementar a disciplina da tutela coletiva, trazendo consigo importantes conceitos, dentre os quais destacam-se: i) art. 81, que cuidou de trazer a definição dos direitos difusos e coletivos, bem como incluiu no rol de direitos tutelados coletivamente os individuais homogêneos; ii) art. 83 autoriza a utilização de qualquer espécie de ação para propiciar a adequada tutela a direitos transindividuais; iii) art. 93 institui nova regra de competência, a ser definida conforme a extensão dos danos, sendo competente o juízo do local do dano em danos de âmbito local, ou o juízo da capital dos Estados ou Distrito Federal para os danos de âmbito regional ou nacional; iv) arts. 95 a 100, que trazem normas sobre a execução coletiva, determinando que as sentenças serão, em regra, genéricas, podendo a liquidação ser promovida pela vítima ou sucessores e, passado um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, pelos legitimados à propositura da ação civil pública, em benefício do fundo.

Compondo o rol de leis que passaram a integrar o sistema de tutela coletiva, há a Lei 4.717/65, dispondo acerca da ação popular que, apesar da anterior à concepção sistêmica, foi por ela absorvida. Segundo o diploma em comento, é legitimado à ação popular o cidadão brasileiro (art. 1º), sendo tal condição comprovada mediante apresentação do título de eleitor (art. 1, §3º), o qual poderá requerer às repartições públicas documentos necessários para a instrução da exordial (art. 1º, §4º), podendo a ação ser proposta sem tais documentos em caso de recusa de sua apresentação (art. 1º, §5º). A referida lei dispõe, ainda, em seus arts. 2º e 4º, as hipóteses de atos lesivos ao patrimônio público, logo, nulos, considerando-se anuláveis os demais atos (art. 3º). A competência para conhecer da ação popular é determinada conforme a origem do ato impugnado, segundo a regra estabelecida no art. 5º. O art. 6º, por sua vez, define o sujeito passivo da ação, afirmando que esta pode ser proposta em face da própria pessoa jurídica, pública ou privada, que originou o ato, bem como em face das autoridades responsáveis pelo ato impugnado. O art. 6º, §3º, autoriza a pessoa jurídica ré na ação a deixar de contestá-la, e atuar como litisconsorte ativo do autor. Do art. 7º em diante a lei define o procedimento a ser adotado no curso da ação popular.

Outra lei que também se aplica à tutela coletiva é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), que disciplina o §4º do art. 37 da CF/88, dispondo acerca das sanções a serem aplicadas em razão da prática de ato ímprobo, bem como o procedimento a ser adotado na

ação civil. Os arts. 1º a 3º definem os sujeitos passivos da ação civil por atos de improbidade administrativa, trazendo um conceito amplo de agentes públicos, bem como sujeitando os particulares que contribuírem na prática do ato ímprobo às sanções previstas na lei em análise. Já os arts. 9º a 11 são destinados a definir os atos de improbidade administrativa, classificando-os em três espécies, a saber, aqueles que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentem contra princípios da Administração Pública. O art. 12 define as sanções a serem aplicadas conforme o ato ímprobo praticado. Por sua vez, o art. 17 legitima o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, que no caso seria aquela contra a qual o ato de improbidade atentou, para a promoção da respectiva ação civil. O mesmo dispositivo, em seu §1º, veda a transação com base na prática de ato de improbidade, dado o caráter de indisponibilidade dos bens tutelados; já o §7º do artigo em questão estabelece a necessidade de notificação do réu para que este se manifeste previamente ao juízo de admissibilidade da exordial; recebida a inicial, será o réu citado para apresentar contestação. Por fim, o art. 23 define o prazo prescricional para a propositura da ação.

Integrando ainda o rol de diplomas legais do sistema de tutela coletiva brasileiro há a Lei 7.913/89, que dispõe sobre a ação civil pública em razão de danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Essa norma representou uma grande inovação à época de sua publicação, por ser a primeira a autorizar a defesa de interesses individuais homogêneos no bojo da tutela coletiva, legitimando o Ministério Público para a propositura de ação civil pública destinada a buscar, a favor dos investidores, o ressarcimento pelos prejuízos sofridos (art. 1º). Segundo dispõe o art. 2º, os valores decorrentes da condenação serão destinados aos investidores lesados, e não ao fundo de que trata a Lei de Ação Civil Pública, fato que conferiu à ação promovida com base nessa disposição o título de primeira *class action for damages* brasileira.

Merece destaque ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/89), que inseriu no ordenamento jurídico uma série de medidas protetivas das crianças e adolescentes, trazendo normas de natureza civil, penal, administrativa e processual. No que tange ao processo coletivo em si, reservou todo o capítulo VII do título IV. A competência, de natureza absoluta, para o conhecimento de ações coletivas fundadas em direitos da criança e adolescente é do juízo do local de onde ocorreu ou deverá ocorrer a ação ou omissão, conforme dispõe o art. 209 do ECA. O art. 210 confere legitimação ao Ministério Público, aos entes políticos e às

associações legalmente constituídas há pelo menos um ano; note-se que estão excluídos do rol de legitimados a Defensoria Pública, as autarquias, fundações e empresas públicas e sociedades de economia mista. O art. 214, por sua vez, afirma que os valores arrecadados no bojo da ação, em razão da imposição de multas, serão destinados a um fundo gerido pelo Conselho dos direitos da criança e do adolescente do respectivo município.

Assim como o ECA, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) traz uma série de normas de caráter protetivo, das mais diversas naturezas, civil, administrativa ou penal. A tutela judicial dos direitos coletivos encontra-se disciplinada no capítulo III do título IV. A competência, também absoluta, para conhecer das ações coletivas propostas com base no diploma legal em apreço é do juízo do domicílio do idoso, conforme dispõe o art. 80 da lei. Os legitimados para a propositura de tais ações estão previstos no art. 81, do qual estão excluídas as autarquias, fundações e empresas públicas e sociedades de economia mista, havendo, entretanto, previsão expressa de legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil. Os valores obtidos em decorrência da aplicação de multas serão destinados ao Fundo do Idoso e, na falta deste, ao Fundo de Assistência Social do respectivo município, conforme art. 84.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TÍTULOS EXECUTIVOS COLETIVOS E A COISA JULGADA COLETIVA

2.1 Aspectos preliminares

A execução, conduzida na forma de processo autônomo ou de fase processual, é o mecanismo colocado à disposição do jurisdicionado para a obtenção de providências materiais destinadas à satisfação de um direito reconhecido anteriormente, judicial ou extrajudicialmente, seja a partir da substituição da vontade do devedor pela atuação do Estado, seja por meio de medidas de constrição indireta, que conduzam o devedor ao adimplemento da prestação. Toda a estrutura do procedimento é voltada exclusivamente para essa finalidade, merecendo destaque a limitação das vias de defesa do executado, que, na maioria das vezes, deverá manejar ação própria para opor resistência ao direito do exequente. Afirma Dinamarco (2009, p. 31):

Executar é dar efetividade e execução é efetivação. A execução forçada, a ser realizada por obra dos juízes e com vistas a produzir a satisfação de um direito, tem lugar quando esse resultado prático não é realizado espontaneamente por aquele que em primeiro lugar deveria fazê-lo, ou seja, pelo obrigado. Diante dessa situação, que o Código de Processo Civil denomina inadimplemento, ao sujeito que falhou em seu dever de adimplir o sistema processual endereça uma sanção muito específica, que é a sanção executiva. Consiste esta na imposição de medidas que, com ou sem o concurso da vontade do obrigado, produzam o mesmo resultado que ele não quis produzir, a saber, a satisfação do direito do credor.

Para que o credor possa lançar mão da execução, faz-se necessário que sua pretensão esteja embasada em um título executivo, que é o documento dotado por lei de força executiva. Conforme asseveram Didier Júnior et al. (2010, p. 147), o título executivo é o documento sobre o qual incidirá toda a cognição da execução, pois é com base nele que serão examinados os elementos e condições da ação, os requisitos processuais e o próprio direito material pretendido.

Os títulos executivos são classificados em judiciais e extrajudiciais, elencados nos arts. 475-N e 585 do CPC, respectivamente, importando tal classificação para se definir o modo como se procederá a execução, se por meio de mera fase processual ou mediante processo autônomo.

Em razão das peculiaridades que envolvem a dinâmica da tutela coletiva, somente aqueles títulos executivos que possam veicular direitos de natureza transindividual são capazes de embasar a execução coletiva. Há, todavia, tanto títulos executivos coletivos judiciais quanto extrajudiciais.

2.2 Dos títulos executivos coletivos extrajudiciais

2.2.1 Dos títulos executivos extrajudiciais não específicos

Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito caracterizam-se por serem indivisíveis e transindividuais, ou seja, transbordam os limites do interesse individual, atingindo o grupo social, em maior ou menor medida. Assim, segundo Mendes (2007, p. 24), a lesão ou ameaça de lesão a tais direitos “não afeta apenas uma única pessoa e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria”.

Em razão das peculiaridades dos direitos de natureza metaindividual, o rol de títulos executivos hábeis a embasar a execução coletiva é limitado. Isso porque os legitimados para lançar mão dos instrumentos de tutela coletiva não são titulares dos respectivos direitos, o que impede que estes pratiquem atos de livre disposição dos mesmos e, conseqüentemente, produzam um título executivo qualquer. Nesse sentido tem se manifestado a doutrina:

Como corolário da idéia de que o autor da ação não tem a disposição do direito material controvertido – porque legitimado apenas para agir na condução do processo ou na defesa de direito de terceiros - tem-se, em linha de princípio, que não é possível transação nesses casos.

É que, por definição, a transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica.

(...)

Quando há envolvimento de direitos coletivos ou difusos, os entes legitimados ativos para a respectiva ação não agem na defesa de um direito próprio, mas sim de outros titulares, dispersos fragmentariamente na sociedade. (SHIMURA, 2006, p.132).

Há uma via de mão-dupla: por um lado, um ou alguns titulares de um direito transindividual não podem produzir um título coletivo, uma vez que não lhes é atribuída, pela legislação brasileira, a qualidade de representantes adequados da coletividade. Já o legitimado coletivo,

embora seja o representante adequado, também não pode transigir livremente, por não ser o titular do direito litigioso. Assim, uma parte dos títulos extrajudiciais, elencados no art. 585 do CPC, não são hábeis a embasar uma execução coletiva, tais como os títulos de crédito em geral e a certidão da dívida ativa².

Quanto aos documentos particulares, firmados por um legitimado coletivo, em relação a uma determinada questão, há que se fazer uma distinção: nada impede, e.g., que determinada associação busque extrajudicialmente soluções para fazer cessar a lesão ou ameaça de lesão aos interesses coletivos de seus associados, mediante acordo particular com o causador da lesão. Todavia, como a associação não tem legitimidade para tomar termo de ajustamento de conduta, tal título servirá como compromisso apenas entre os transatores, não tendo a característica básica dos títulos executivos extrajudiciais: a possibilidade de criar obrigações executáveis não apenas pelas partes que o firmam, mas também pela coletividade de sujeitos adequadamente representada³.

É possível, então, extrair uma conclusão conceitual do raciocínio formulado: título executivo coletivo é o documento extrajudicial, firmado pelo representante da coletividade legalmente habilitado para tanto, que encerra em si uma relação obrigacional, dotada de força executiva, passível de ser exigido não apenas por seu subscritor, como também pelos demais legitimados coletivos e pelos titulares dos direitos em litígio.

Por fim, cabe ressaltar que a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, regulada pelo microssistema processual próprio, foi dotada de um título executivo judicial por excelência, que é o compromisso de ajustamento de conduta, que será tratado a seguir.

² A questão da transação com os direitos da coletividade será abordada na sequência. O texto se satisfaz, por

2.2.2 Do compromisso de ajustamento de conduta

2.2.2.1 Considerações gerais

O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, sendo posteriormente adotado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública. Contudo, um fato curioso marcou a criação do compromisso de ajustamento de conduta, o que à época gerou certa controvérsia: meses após a publicação do Estatuto da Criança e Adolescente, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor, cuja proposta previa, no §3º do art. 82, a possibilidade de se firmar compromisso de ajustamento de conduta para a defesa dos consumidores em juízo; de igual modo, o art. 113 do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional inseria o §6º no art. 5º da Lei 7.347/85, possibilitando o uso do referido instrumento na tutela dos direitos transindividuais em geral.

Ocorre que, quando da sanção presidencial, o §3º do art. 82 foi objeto de veto por parte do Presidente da República, sob o argumento de que seria “juridicamente imprópria a equiparação de compromisso administrativo a título executivo extrajudicial”, uma vez que “o objetivo do compromisso é a cessação ou a prática de determinada conduta, e não a entrega de coisa certa ou pagamento de quantia fixada”⁵. Por sua vez, o art. 113 também teria sido objeto de veto parcial por parte do Presidente da República, quando da exposição das razões de veto ao parágrafo único do art. 92⁶. Todavia, em razão de não ter sido vetado expressamente, o art. 113 foi publicado com sua redação integral, sem que fosse adotada posteriormente qualquer medida para sanar o suposto equívoco.

enquanto, apenas com a exposição da doutrina predominante.

³ Impende ressaltar que a classificação referida não adentra as particularidades dos acordos coletivos de trabalho, as quais fogem ao escopo deste estudo.

⁴ Art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

⁵ Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990.

⁶ Eis as razões do veto ao aludido dispositivo: “Esse dispositivo considera a nova redação que o art. 113 do projeto dá ao art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, acrescentando-lhe novos §§ 5º e 6º, que seriam decorrência dos dispositivos constantes dos §§ 2º e 3º do art. 82. Esses dispositivos foram vetados, pelas razões expostas. Assim também, vetam-se, no aludido art.113, as redações dos §§ 5º e 6º”.

Para Negrão e Gouveia (2008, p. 1156) houve veto expresso do art. 133, vez que “ao vetar o art. 92, § ún. (sic.), do CDC, o Presidente da República também vetou, expressamente (e não implicitamente) esses §§ 5º e 6º”; e prosseguem justificando que “por engano, a publicação oficial do Código de Defesa do Consumidor os deu como sancionados, quando, em realidade, foram vetados”. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritárias têm-se posicionado a favor da vigência do referido dispositivo, entendendo que não houve qualquer espécie de veto, sendo, portanto, válidas as alterações por ele introduzidas ao art. 5º da Lei 7.347/85. Nesse sentido, é o acórdão:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. VIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, § 6º, DA LEI N. 7.347/1985.

1. Encontra-se em plena vigência o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, de forma que o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista.

2. A Mensagem n. 664/90, do Presidente da República – a qual vetou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor –, ao tratar do veto aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, fez referência ao art. 113, mas não o vetou, razão por que esse dispositivo é aplicável à tutela dos interesses e direitos do consumidor.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(STJ – Resp nº. 443407/SP – 2ºT – Rel.: Min. João Otávio de Noronha – DJ 25.04.06)

Não destoa o entendimento de Mazzilli (2007, p. 237):

Concessa venia, não obstante tenha havido expressa manifestação presidencial no sentido de que o compromisso de ajustamento previsto no art. 113 também estaria sendo vetado (...), aquela assertiva do Presidente da República fora exposta como *razões de veto a outro dispositivo* da mesma lei (art. 92), mas tecnicamente o Presidente não formalizou o veto ao art. 113, cujo teor constou por inteiro da parte sancionada e promulgada do Código de Defesa do Consumidor, conforme publicação do Diário Oficial da União na época.

(...)

Como não existe veto implícito, pois esse sistema não permitiria o controle da rejeição do veto (tanto que, na prática, o Congresso Nacional jamais apreciou o suposto veto ao art. 113, cujo teor foi promulgado e publicado na íntegra) a doutrina largamente majoritária, com apoio na jurisprudência do STJ, tem aceitado a validade do compromisso de ajustamento de conduta, o qual vem sendo aplicado diariamente em todas as Comarcas do País desde 1990, sem maiores transtornos, seja pelo Ministério Público, seja pelos demais órgãos públicos legitimados à ação civil pública. (destaques do original).

Destarte, tornou-se inócuo o veto ao §3º do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, em razão da interação entre este diploma e a Lei de Ação Civil Pública, passou a contemplar a possibilidade de se firmar compromisso de ajustamento de conduta na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É irônico pensar que o compromisso de ajustamento de conduta, considerado hoje, 20 anos após a edição do CDC, um dos instrumentos mais eficazes de tutela coletiva, poderia sequer não existir, caso o editor do Diário Oficial da União, ou o assessor da Presidência da República que preparou a publicação, o tivesse entendido vetado. Um importantíssimo instituto do Direito brasileiro, cuja extinção sequer foi cogitada em qualquer das propostas de alteração do microsistema de tutela coletiva, tal sua relevância atual, foi decidido, em primeiro lugar, pelo acaso, e, posteriormente, pelo reforço doutrinário e jurisprudencial, que certamente não teria existido não fosse a publicação do dispositivo.

2.2.2.2 Legitimidade

O compromisso de ajustamento de conduta, também denominado na prática como termo de ajustamento de conduta, é um título executivo extrajudicial que somente pode ser firmado pelos órgãos públicos legitimados à promoção da tutela coletiva, conforme se extrai da leitura do §6º do art. 5º da Lei 7.347/85. Estão excluídas, portanto, as associações e os sindicatos. Mediante tal instrumento, os órgãos públicos poderão, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, tomar dos interessados o compromisso de ajustarem suas condutas às exigências legais, de modo a fazer cessar a ameaça ou lesão aos direitos coletivos.

Ainda que pareça pouco frutífero, é preciso ressaltar que a legitimidade para a celebração do TAC é de órgãos públicos, o que exclui, a toda evidência, as empresas públicas, sociedades de economia mista e outras pessoas jurídicas de direito privado, ainda que integradas pelo poder público, ao contrário do que defendem Rodrigues (2006, p. 163) e Milaré (2000, p. 397), os quais consideram que todas as pessoas que compõem a administração estão aptas à celebração do termo. Considerando que tais pessoas se regem pela vinculação ao direito privado, eventual ajuste que façam com um terceiro, no intuito de prevenir um litígio, será mera transação, e não termo de ajustamento de conduta. Tais pessoas, não sendo legitimadas ao ajuizamento de ações coletivas, certamente não podem, no âmbito extrajudicial, versar sobre os direitos a elas inerentes. Além disso, não se pode partir do pressuposto de ter havido uma atecnia do legislador, como o faz Milaré, para se chegar à conclusão oposta do que consta na lei, que é a legitimação exclusiva de entidades públicas para a celebração de TAC.

2.2.2.3 Objeto: o problema da transação

Ao contrário do que ocorre nos títulos executivos extrajudiciais convencionais, nos quais os interessados podem dispor livremente de seus interesses, no compromisso de ajustamento de conduta há certa limitação na atuação dos órgãos públicos, quando de sua elaboração. Isso porque, conforme afirmado alhures, não são os titulares dos direitos sob tutela, o que os impede de transigir livremente. Dessa maneira, na linha de pensamento de Leonel (2002, p. 323), o compromisso de ajustamento de conduta seria apenas a submissão da parte compromissária ao interesse coletivo, e não uma transação entre compromitente e compromissário, haja vista que os legitimados à tutela coletiva estariam impedidos de renunciar, total ou parcialmente, a tais direitos.

Para a doutrina praticamente unânime, não haveria como atribuir ao compromisso de ajustamento de conduta natureza jurídica de transação, uma vez que esta, conforme o art. 840 do Código Civil, é o meio pelo qual se previne ou termina litígio mediante concessões mútuas, o que seria de todo incompatível com o sistema de tutela coletiva, haja vista que os legitimados para tanto não são titulares dos direitos em jogo.

O que se admitiria no compromisso de ajustamento de conduta é que as partes acertem a forma em que se procederá a reparação dos danos ou a cessação da ameaça ao direito lesado, o que não se confunde com transação, que se configuraria pela renúncia parcial do próprio direito material. Dessa maneira, ao tomarem compromisso dos interessados, os órgãos públicos limitar-se-iam a impor aos compromissários, pela via consensual, a adoção de medidas que adéquem as condutas destes aos termos da lei, sem, contudo, dispor de qualquer parcela do bem jurídico tutelado.

Tenha-se do entendimento de Leonel (2002, p. 323):

Não se trata de transação na acepção precisa do vocábulo. Como modalidade de composição de litígios, a transação só se caracteriza caso sejam feitas concessões substanciais por parte de ambos os transigentes quanto ao direito material do litígio. No compromisso de ajustamento não há concessão alguma por parte do ente público legitimado, mas sim submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supra-individuais.

(...)

Daí a possibilidade de formação do compromisso só quanto à forma de observância da obrigação, carreada ao autor da lesão ao interesse tutelado. A disponibilidade é

processual, quanto as prazos para a implementação das medidas adotadas, técnicas adequadas a serem utilizadas etc. Deve haver previsão da reparação integral do bem tutelado.

No mesmo sentido, Mazzilli (2007, p. 238):

O compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição. Assim, diversamente do que vem previsto no ACBPC (Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos), o compromisso de ajustamento de conduta não pode ser considerado uma verdadeira e própria transação, porque transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, posto tenham disponibilidade do conteúdo processual da lide (como de resto é comum aos legitimados de ofício, como substitutos processuais que são), não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido.

Embora seja essa a opinião dominante, ela não deixa de retratar certa miopia, ou, talvez, uma tentativa bem-intencionada de simplificar uma questão altamente polêmica. Exceto em casos marcadamente simples – que, em matéria de tutela coletiva, são a exceção, não a regra – é impossível conhecer de antemão o rol de direitos em litígio, para que se possa verificar se há ou não transigência em relação aos mesmos.

No intuito de bem ilustrar a complexidade dessa situação podem ser citados dois Compromissos de Ajustamento de Conduta, firmados pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Município de Governador Valadares.

O primeiro, celebrado nos autos do Inquérito Civil Público 1.22.009.000241/2008-11, em cooperação com a Promotoria de Justiça da Comarca de Carlos Chagas/MG, versa sobre a reparação de danos que seriam provocados pela futura instalação de uma pequena central hidrelétrica no rio Mucuri, cujo alagamento acarretaria o deslocamento da comunidade quilombola Marques.

As comunidades remanescentes de quilombos, apenas a título de contextualização, foram reconhecidas pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como proprietárias, em caráter coletivo, das terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, sua condição de comunidade tradicional faz com que lhe seja aplicável a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, introduzida no Direito brasileiro pelo Decreto 5.051/04.

Conforme se extrai do teor da referida Convenção internacional, as comunidades tradicionais, por serem culturalmente diferenciadas, fazem jus a uma especial proteção do Estado, que determina que este desenvolva, “com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” (art. 1º).

A principal característica dessas comunidades, assim como das comunidades indígenas, é sua forte ligação com a terra. Assim, outorgada pelo Estado a autorização para a construção do empreendimento hidrelétrico, o rol de direitos afetados pelo alagamento vai muito além da simples realocação em área de terra equivalente, e reconstrução das benfeitorias. Toda a teia de relações sociais construídas ao longo do tempo será afetada pelo deslocamento⁷.

Assim, nunca será possível precisar todos os impactos, materiais e morais, desse ato, que sequer é ilícito, uma vez que autorizado pelo Estado. Resta ao legitimado coletivo apenas a tentativa de obter, quando da celebração do TAC, medidas que reduzam ou compensem o impacto provocado; todavia, sem se conhecer a dimensão do dano, dada sua intangibilidade, não há como negar que há uma margem de discricionariedade e de transação entre compromitente e compromissário. Estes, de acordo com as circunstâncias materiais, temporais e jurídicas do momento em que se realiza o acordo, terão maior ou menor poder de barganha para incluir ou não determinadas medidas no compromisso.

Na hipótese da Comunidade Quilombola Marques, foi acertado um considerável rol de compensações, como a realocação em uma área maior, a condução de projetos de desenvolvimento econômico, a construção de um centro de promoção cultural etc. Todavia, não há como negar que o TAC referido transigiu com um direito da comunidade, que seria o de não ser deslocada, de resistir ao deslocamento, com todas as armas de que dispusesse, valendo-se do disposto no art. 7º,1 da Convenção 169 da OIT. Todavia, o prognóstico de reconhecimento judicial desse direito, expressamente estabelecido em lei, não era nada favorável.

⁷ Essas questões, de natureza eminentemente antropológica, são tratadas em laudo elaborado pelo NUQ – Núcleo de Estudos Quilombolas da UFMG, responsável pela elaboração do laudo que fundamentou o relatório técnico de identificação do território da Comunidade Quilombola Marques, juntado ao Inquérito Civil Público mencionado.

O que existe na celebração de um TAC, e que vai muito além da pura doutrina, é uma avaliação de custo-benefício: o legitimado coletivo não avalia se está ou não transacionando com o direito em litígio, mas sim qual a chance desse direito ser efetivamente reconhecido em juízo, ao final de um processo judicial.

Essa análise descortina com clareza o equívoco da doutrina: afirmar que o legitimado coletivo não pode transigir com o direito em litígio significa afirmar que esse direito em litígio é conhecido e indubitado desde o início das tratativas para a celebração do ajuste e, portanto, não pode ser tocado. No mundo dos fatos, o direito afirmado pelos titulares pode não existir, embora não se lhes possa negar a prerrogativa de sustentá-lo em juízo; ou pode existir, mas ter poucas chances de ser reconhecido pelo Poder Judiciário⁸; ou pode existir, mas não ser interessante para os titulares que se aguarde o lapso temporal necessário a vê-lo plenamente reconhecido e, posteriormente, executado. Em todas essas três hipóteses, é vantajoso para o titular do direito e, portanto, lícito, que seja celebrado o termo de ajustamento de conduta, embora seja claro que haverá transação com o direito em litígio.

O que se poderia afirmar, para sustentar a posição doutrinária, seria que o legitimado coletivo não pudesse transacionar com os direitos já reconhecidos para a coletividade. Se assim fosse, o TAC nem seria necessário, uma vez que não haveria litígio. E, mesmo nessa hipótese, as peculiaridades do caso concreto poderiam indicar a abdicação de parte do direito, em nome, por exemplo, de uma implementação mais célere. Por exemplo, em um reassentamento fundiário, pode ser interessante abrir mão de certa dimensão de área devida, mas não essencial, se a execução, com área menor, for mais célere, celeridade benéfica aos atingidos.

Nesse diapasão, o que se pretende demonstrar é que a simples afirmação doutrinária de que não se pode transigir com direitos transindividuais não encontra eco na realidade. Tal afirmação parte da perspectiva bidimensional de que o direito existe ou não e, se existe, não pode ser objeto de transação. No cotidiano do processo coletivo, o que geralmente se encontra é um feixe de relações jurídicas altamente complexas, de duvidosa caracterização e baixo potencial de reconhecimento judicial, ainda que existente.

⁸ Como, em regra, ocorre quando se tratam de direitos de comunidades tradicionais que se opõem a grandes empreendimentos, de interesse privado e governamental.

O segundo exemplo é o termo de ajustamento de conduta firmado nos autos do Inquérito Civil Público 1.22.009.000101/2007-62 para reparar os danos causados à Comunidade Indígena Krenak, em razão do alagamento do Rio Doce por Usina Hidrelétrica, que prejudicou um ritual ancestral de culto da água. A rigor, o direito da comunidade seria o de pleitear a demolição da Usina Hidrelétrica, para a preservação de seu ritual, constitucionalmente garantido pelo art. 231 da Constituição da República de 1988. Como tal direito, embora seguramente amparado pelo ordenamento jurídico, inclusive em nível constitucional, dificilmente seria reconhecido em juízo, firmou-se um compromisso de reparação da comunidade pela implantação de um projeto de pecuária leiteira, cujo custo estimado era de aproximadamente onze milhões de reais.

É evidente que o ajuste referido transigiu em larga medida com o direito da comunidade, substituindo-o por uma compensação pecuniária. Ocorre que o referido direito, ainda que existente em tese, teria pouquíssimas chances de sucesso na realidade concreta. Embora não aprofunde a análise nesses termos, Mancuso (2002, p. 243), discorrendo sobre a possibilidade de se firmar acordo em ação que tenha por objeto direitos difusos, se aproxima da concepção aqui defendida, afirmando:

Para os que, como nós, reconhecem que nas ações de finalidade coletiva o autor não age como substituto processual, e sim como titular de direito próprio (=direito de cada um à probidade administrativa e à boa gestão do bem comum), a transação na ação civil pública não é de ser afastada ao argumento de que o interesse tutelado passa a figura do autor: será ela possível quando, ao ver do autor (e com a anuência do Ministério Público quando este não seja autor), a proposta de acordo se afigure mais consentânea com a tutela do interesse metaindividual do que o seria a continuidade do processo.

Lenza (2003, p. 72), de certo modo, também admite certa abertura de um caráter transacional, embora não na dimensão aqui sustentada:

Em tese, a literalidade dos arts. 841 do CC/2002 (art. 1.035 do CC/16) e 447 do CPC pátrios, que autorizam a transação somente em relação a direitos patrimoniais de caráter privado, vedariam a sua possibilidade para os bens difusos. No entanto, a análise do caso concreto, poderá levar ao entendimento de que, em determinadas situações, o acordo imediato será mais eficaz para a proteção do bem, do que a continuidade da demanda judicial.

A autocomposição, por sua natureza, implica, necessariamente, concessões mútuas (arts. 840 do novo CC/2002 e 1.025 CC/16), para se prevenir ou terminar um litígio. O autor da demanda coletiva, mas, observe-se, somente os órgãos públicos legitimados (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85), poderá, então, transacionar, desde que, é claro, a concessão a ser implementada (por exemplo a dilação de prazo para

instalação de filtros em uma indústria poluente), mostre-se mais eficiente para a preservação e manutenção do bem difuso, do que a continuação da demanda..

O STJ teve oportunidade de tangenciar a questão no julgamento do REsp 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ o acórdão, Min. Eliana Calmon. Na espécie, discutia-se exatamente a possibilidade de homologação judicial de um TAC firmado entre o Município de Volta Redonda e a Companhia Siderúrgica Nacional, relativamente a programas de recuperação ambiental. Alegava-se que o acordo não poderia ser homologado judicialmente sem a participação do Ministério Público, nem poderia transigir com os direitos materiais envolvidos, mas apenas com a forma de cumprimento.

Nesse julgamento, o Min. Peçanha Martins entendeu possível a transação, desde que preservada a integralidade dos direitos difusos em litígio. Considerou, contudo, essencial a anuência do Ministério Público para a celebração do acordo e, por essa razão, o anulou. A Ministra Eliana Calmon, contudo, negou provimento ao recurso, afirmando:

Relevante consignar, outrossim, que ao Ministério Público, efetivamente, é defeso, como legitimado extraordinário, praticar atos que importem em disposição de direito material. Não menos importante, todavia, é ressaltar que, nas ações de obrigações de fazer, não constitui concessão ou transigência admitir execução específica de providências que levem a resultados equivalentes ao que se obteria com a procedência do pedido inicial.

(...)

Com essa argumentação, deixo de acolher a tese da impossibilidade da transação em face do direito difuso, na certeza de que a melhor composição é a efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais dez anos, caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente. (grifo no original)

Observe-se, em primeiro lugar, que o argumento é eminentemente prático: deixa-se de anular a transação para evitar que a solução da contenda se prolongue no tempo. Mas se busca justificar esse resultado prático com o argumento, grifado no original, de que não há concessão ou transigência em admitir providências que levem a um resultado prático equivalente. É dizer, o TAC apenas consiste na proposta daquilo que figuraria em eventual pedido de ação civil pública, julgado integralmente procedente, apenas, talvez, executado de outro modo. Trata-se de consideração, conforme se afirmou, pueril. O que levaria o réu a aceitar, negocialmente e de imediato, uma condenação que, judicialmente, seria futura e incerta?

Em conclusão, é necessário que se reveja o conceito de que o legitimado coletivo não pode transigir com os direitos da coletividade. O que o legitimado coletivo não pode é adotar um comportamento que seja lesivo aos interesses da comunidade, o que, reconhece-se, é algo bastante subjetivo, e passível de valoração apenas no caso concreto. Há que se exigir de tal legitimado a atuação diligente e de boa-fé, sempre em busca do melhor interesse da sociedade, sendo de se reconhecer, para tanto, a prerrogativa de transigir com os interesses da comunidade, desde que em benefício desta. Sustentar o contrário é apenas fechar os olhos à realidade, em benefício do purismo conceitual, alentador, mas falso.

Os projetos de reforma da legislação processual coletiva tendem a visualizar melhor essa questão, havendo, no art. 49 do Projeto de Lei 5.139/09, que visa disciplinar a ação civil pública, referência expressa quanto à natureza jurídica de transação do TAC, embora de modo ainda tímido, ao ressaltar direitos indisponíveis da coletividade, distinção que também é dificilmente realizável na prática, como revelam os exemplos supra analisados. Tenha-se do texto:

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Já o art. 27, § 6º, do mesmo projeto, adota posição bem mais decidida ao tratar das técnicas de tutela coletiva, aproximando-se do sentido aqui defendido:

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Confere, ainda, natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta o art. 21, §3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁹ elaborado pelo Instituto

⁹ Art. 21. (...) §3º O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipóteses em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Brasileiro de Direito Processual (Projeto USP). Também o Código Modelo de Processos Coletivos para a Íbero-América, embora não trate expressamente do compromisso de ajustamento de conduta, admite a transação, em seu art. 11, §3º, preservada, todavia, a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, o que atrai as mesmas críticas já desenvolvidas. O art. 11, §1º do Código Modelo prevê, ainda, a adoção de outros meios de autocomposição, tais como mediação, arbitragem e avaliação neutra de terceiro¹⁰.

Por fim, resta o argumento da doutrina majoritária, no sentido de que, se o termo de ajustamento de conduta tivesse natureza de transação, ele impediria que os demais legitimados lançassem mão dos meios de tutela coletiva, haja vista que, após assinado, não haveria mais direitos, senão aqueles constantes no compromisso, hábeis a embasar eventual ação judicial. Tais autores, todavia, renegam esse óbice, asseverando que a existência de compromisso de ajustamento de conduta não é impedimento para a atuação dos responsáveis pela defesa dos direitos transindividuais em juízo, podendo estes ingressar com ação civil pública pretendendo mais do que fora acertado entre os pactuantes. Isso porque, conforme assevera Mazzilli (2007, p. 239), “o compromisso de ajustamento de conduta constitui uma garantia mínima em prol da coletividade”, isto é, conforme Shimura (2007, p. 135), “encerra tempo de responsabilidade mínima, e não um teto máximo para a reparação de uma lesão a direitos coletivos ou qualquer outro interesse de que cuida a Lei 7.347/1985”.

Ora, se a realidade funcionasse tal como referido pelos autores, o Brasil ainda estaria, após vinte anos, aguardando a celebração do primeiro termo de ajustamento de conduta, uma vez que ninguém seria temerário o bastante para firmar um compromisso, com força executiva, que fosse apenas o mínimo a ser realizado, e que não impedisse os demais legitimados coletivos de ajuizar ações pleiteando mais que o originalmente pactuado.

¹⁰ Essa aceitação da arbitragem será questionada a seguir. O teor do dispositivo é o seguinte:

Art. 11. Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

(...)

§3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Esse tipo de entendimento, apesar de parecer reforçar a tutela dos interesses transindividuais, em verdade, a enfraquece, uma vez que torna desinteressante para os compromissários a assinatura do termo, que permite a solução mais rápida e eficiente do litígio.

Para fortalecer o instituto, é necessário que este represente vantagem não apenas para a coletividade, mas também para o compromissário. Assim, é necessário que seja respeitado, pelos demais legitimados, como instrumento hábil a encerrar a controvérsia. Se, em um caso extremo, for necessário o desfazimento do compromisso, por manifesta lesividade aos interesses sociais, será necessário o ajuizamento de uma ação anulatória do ato jurídico anterior, cumulada com o pedido da providência que se considera adequada. Para tal anulação, o legitimado ingressante deverá demonstrar a lesão suportada pelos titulares do direito em razão do compromisso, ilegalidade do termo ou vício do consentimento. Não basta o mero arrependimento ou divergência de opinião. Não se pode admitir o ajuizamento de uma ação civil pública pleiteando mais que o estabelecido no TAC, simultaneamente a sua execução, nem que se pleiteie providência diversa da nele regulada, simplesmente desconhecendo sua existência. Fortalecer a vinculatividade do TAC, ao invés de transformá-lo em um acordo leonino, que só tem valor para uma das partes, é fortalecer a tutela coletiva. É evidente, todavia, que pela lógica do sistema de tutela coletiva brasileiro, não estarão, de modo algum, impedidas as ações individuais que versem sobre o mesmo objeto, conforme art. 104 do CDC.

Quanto aos requisitos de validade do compromisso de ajustamento de conduta, faz-se necessário que ele contenha os requisitos inerentes a todos os títulos executivos extrajudiciais, quais sejam, liquidez e certeza¹¹.

Não há qualquer restrição em relação à modalidade da obrigação a ser estabelecida no compromisso de ajustamento de conduta, podendo as partes pactuantes optar por aquela que melhor atenda aos interesses da coletividade. Desse modo, é possível a elaboração de termo de ajustamento de conduta contendo obrigação de fazer ou não fazer, tal como obrigar que

¹¹ O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo consolidou tal entendimento na súmula nº 9, com os seguintes fundamentos: “Por força do art. 5º § 6º, da Lei n.º 7.347/85, introduzido pela Lei n. 8.078/90, o compromisso de ajustamento terá eficácia de título executivo extrajudicial. Ora, para que possa ter tal eficácia, é indispensável que nele se insira obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto, como manda a lei civil (art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85; art. 1533 do C.C.; Ato n.º 52/92-PGJ/CSMP; Pt. n.º 30.918/93)”.

determinada empresa deixe de veicular propaganda enganosa, ou então que dê publicidade ao risco do consumo inadequado de determinado produto; é possível também que o compromisso de ajustamento veicule obrigação de pagar, tal como no caso de se determinar que certa instituição bancária promova a restituição de valores indevidamente cobrados.

É cabível, conforme o §6º do art. 5º da Lei 7.437/85, que o compromisso de ajustamento de conduta estabeleça medidas de coerção, a fim de evitar o descumprimento da obrigação acertada. Destarte, é possível que se fixe multa diária para o caso de descumprimento da obrigação acordada, ou outras medidas coercitivas, como no caso de se permitir que determinada empresa somente retome suas atividades após cumprir o compromisso de ajustamento de conduta. Conforme assevera Leonel (2002, p. 327):

O ordenamento trata do compromisso de “ajustamento de conduta”, prevendo a possibilidade de estabelecimento de “cominações” para coagir o responsável a seu cumprimento. A interpretação gramatical fornece a primeira impressão de que só poderia ser utilizado para a fixação de obrigação de fazer ou de não fazer.

(...)

Se o legislador admite todas as formas de tutela, inclusive a coercibilidade das obrigações de fazer e de não fazer, permitindo extrajudicialmente o estabelecimento da coerção para o adimplemento desta espécie de obrigação, não haveria razão para não admitir o menos (...).

Assim, pode ser obtida não apenas tutela específica no compromisso de ajustamento, mas também a indenização ou reparação do dano causado, a constituição ou desconstituição de certa situação jurídica etc.

Ainda cabe observar que não há vedação legal a que o termo de ajustamento de conduta embase execução individual, proposta pelo titular do direito, caso haja liquidez e certeza em relação a obrigações destinadas a determinado grupo, categoria ou classe, que sejam individualizáveis. Assim, caso seja do interesse do titular, ou haja inércia do legitimado coletivo, não há porque não permitir que aquele ajuíze a execução de quanto lhe aproveita no TAC. A confluência dessas circunstâncias, contudo, é de rara verificação prática.

Cabe também ressaltar que é expressamente vedado por lei tomar compromisso de ajustamento de conduta em razão da prática de atos de improbidade administrativa¹². Isso porque, em tais casos, além da reparação do dano causado ao erário, a Lei 8.429/92 estabelece uma série de sanções para o agente público ímprobo, cuja aplicação se entende ser privativa do Poder Judiciário. Esse entendimento pode caminhar para uma revisão, uma vez que o

projeto de novo Código de Processo Penal admite que até mesmo a sanção penal, inclusive com pena de prisão, possa ser imposta, em seu patamar mínimo, mediante acordo entre o réu e o Ministério Público. Tenha-se do teor do dispositivo:

Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que:

I – haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – a pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal;

Se esse dispositivo prevalecer na esfera penal, não há porque não cogitar sua aplicação no âmbito da improbidade administrativa, em que as penas, apesar de severas, estão muito aquém da privação da liberdade.

2.3 Dos títulos executivos coletivos judiciais

Os títulos executivos judiciais encontram-se elencados no art. 475-N do CPC, e se caracterizam pelo fato de se formarem no bojo de uma ação judicial, que define uma obrigação, consubstanciada em uma sentença. Segundo o referido dispositivo legal, são títulos executivos judiciais: a sentença proferida pelo juízo cível que reconheça a existência de obrigação de qualquer natureza; a sentença penal condenatória transitada em julgado; a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; a sentença arbitral; o acordo extrajudicial homologado judicialmente; a sentença estrangeira homologada pelo STJ; o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Cabe analisar, então, quais desses títulos executivos judiciais seriam hábeis a encartar obrigações de natureza coletiva, autorizando, nesse caso, o início da fase processual de cumprimento de sentença, cumprimento este que terá natureza de execução coletiva.

¹² Art. 17, §1º, da Lei 8.429/92

2.3.1 Do formal e certidão de partilha

O formal e a certidão de partilha compõem o título que confere aos sucessores os direitos decorrentes da herança. Trata-se de título formado durante o procedimento de inventário e partilha, cuja abrangência é limitada aos direitos de sucessão, servindo tão somente para atribuir a cada herdeiro o quinhão que lhe é devido, tornando-o incompatível com os direitos metaindividuais. Embora os direitos sucessórios possam se relacionar com os direitos de natureza transindividual, como seria a hipótese de o autor da herança ter instituído em seu testamento uma fundação destinada a prestar serviços de natureza assistencial a comunidades carentes, tal relação não é suficiente para conferir natureza metaindividual a tais direitos e, conseqüentemente, permitir o ajuizamento da execução coletiva.

Não se descarta a possibilidade de o formal e a certidão de partilha servirem como prova da responsabilidade dos sucessores pelos danos causados à coletividade pelo autor da herança; o que se está a defender é a impossibilidade de tal título, por si só, autorizar o início do processo de execução no exercício da tutela coletiva.

Ademais, é de se considerar que, conforme o inciso VII do art. 475-N do CPC, o formal e a certidão de partilha somente formam título executivo em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal, não sendo título hábil, portanto, a vincular terceiros. Esse é o entendimento esposado por Didier Júnior et al. (2010, p. 170):

O legislador só lhe confere, porém, força executiva em face do inventariante, dos outros herdeiros e dos sucessores a título singular ou universal, isto é, o herdeiro, beneficiário de um quinhão, só pode executar o título em face desses sujeitos (CPC, 475-N, VII, *in fine*), quando a um deles for imposto um dever de prestar (...). Se for imposto dever de prestar a um terceiro, não é possível opor-lhe demanda executiva, exatamente porque este não participou do processo de formação da decisão que reconheceu tal dever; neste caso só resta ao herdeiro (credor) propor contra ele (terceiro) demanda cognitiva.

Se o título não é apto a vincular terceiros, com mais razão, não poderá estabelecer obrigações coletivas.

2.3.2 Da sentença arbitral

A arbitragem não é compatível com a dinâmica da tutela dos direitos metaindividuais, motivo pelo qual a sentença arbitral não pode ser considerada título executivo hábil a dar início à execução coletiva.

A arbitragem, segundo o art. 1º da Lei 9.307/96, é o meio pelo qual duas ou mais pessoas capazes de contratar instituem um juízo arbitral, a fim de solucionar litígio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, retirando do Poder Judiciário a competência para apreciar a demanda. Conforme se pode extrair do referido dispositivo, não basta a simples capacidade civil para que se institua o juízo arbitral, sendo necessário que as partes possuam capacidade para contratar em relação ao objeto do litígio. A capacidade para contratar, segundo Gonçalves (2007, p. 13), envolve, além da capacidade civil genérica, a capacidade específica para contratar, ou seja, “uma capacidade mais intensa que a normal, como ocorre na doação, na transação, na alienação onerosa, que exigem a capacidade ou poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato”.

Assim, a arbitragem nasce para tratar de interesses eminentemente privados, não de interesses de natureza social. É de se destacar que os direitos transindividuais, especialmente os individuais homogêneos, não obstante possam se caracterizar, quando observados apenas em relação ao indivíduo, direitos disponíveis, passam a ser de interesse público quando tratados coletivamente, o que resta evidenciado pelo §1º do art. 5º da Lei 7.347/85, ao exigir a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, quando não figurar como autor da respectiva ação civil pública. Tal fato impede a instituição de juízo arbitral sobre os direitos de natureza coletiva, uma vez que o interesse público neles revelado exige maiores cautelas na resolução de conflitos que os envolve.

Por um lado, se o Ministério Público for o legitimado coletivo atuante, o instrumento legal adequado para a gestão não judicial do conflito não é a eleição de um árbitro, mas a celebração do compromisso de ajustamento de conduta, eventualmente homologado em juízo para ser convertido em título executivo judicial. Por outro, se o legitimado coletivo for uma associação privada, o compromisso arbitral significaria uma violação, por vias transversas, da vedação de celebração de TAC, uma vez que permitiria que a associação estabelecesse um

título executivo sem ser órgão público, como exigido pela lei, bem como do dispositivo que exige a intervenção do Ministério Público, como parte ou fiscal da lei, na formação do título executivo judicial.

Não é outro o entendimento de Nery Júnior e Nery (2006, p. 1164), ao afirmarem que “a arbitragem também não é admissível em matérias que, em juízo, reclamam a intervenção do MP no processo, em virtude da indisponibilidade do direito em causa ou pelo interesse público.” Também Parentoni (2009, p. 281):

Reforça esse entendimento o fato de que *a arbitragem é constituída por um acordo de vontades*, externado em um contrato. Nesse caso, exige-se que as partes possuam *capacidade para contratar*, o que, de regra, *não ocorre no processo coletivo*, em que a ação é movida por substituo processual, que não é titular do direito discutido e, por isso, não pode contratar em nome dos titulares. (destaques do original).

Apesar disso, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Íbero-América prevê, no §1º do art. 11, a possibilidade de se instituir arbitragem para a solução de litígios envolvendo direitos transindividuais e individuais homogêneos. Mesmo que a transformação de tal código modelo em lei não esteja em cogitação no Congresso Nacional, poderá ele servir como inspiração para eventuais propostas legislativas nesse sentido, haja vista possuir forte carga doutrinária, especialmente pela autoridade daqueles que o elaboraram.

A adoção do sistema de arbitragem na dinâmica da tutela coletiva ocasionaria uma série de prejuízos a tais direitos. Conforme é cediço, a arbitragem no Brasil possui natureza jurisdicional¹³, ou seja, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos que uma sentença judicial transitada em julgado, conforme o disposto no art. 31 da Lei 9.307/96, estando acobertada, inclusive, pelo manto da coisa julgada. Como consequência, permitiria a formação de um título executivo judicial sem as garantias e recursos inerentes ao processo judicial, tornando indiscutível a matéria e impedindo a atuação dos demais legitimados na adequada defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a intervenção do Ministério Público, na condição de fiscal da lei.

¹³ Nesse sentido é a opinião de Alvim (2000, p. 68), o qual, após discorrer sobre todas as teorias existentes acerca da natureza jurídica da arbitragem, conclui: “Sem dúvida, a arbitragem brasileira, por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei n. 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes.”

Assim, permitir-se-ia que um dos legitimados levasse perante um árbitro matéria de interesse de toda a coletividade, o qual poderia solucionar o litígio com base na equidade ou por outros critérios elaborados pelos próprios litigantes¹⁴, sem que houvesse possibilidade de intervenção do Ministério Público ou dos demais legitimados, sendo, após, proferida sentença arbitral não sujeita a recurso ao Poder Judiciário¹⁵, que formará coisa julgada em relação a matéria.

Há, ainda, um grave problema técnico na proposta de arbitragem para a tutela coletiva: estar-se-ia permitindo que o compromisso arbitral vinculasse pessoas alheias a ele, quais sejam, toda a coletividade, o que é de todo incompatível com a arbitragem, ante a impossibilidade de uma pessoa obrigar terceiros sem o respectivo consentimento. O fundamento da arbitragem, enquanto subtração do conflito da apreciação do Poder Judiciário, é o auto-compromisso, a autonomia da vontade, o que não é possível nos conflitos de natureza transindividual. Nesse sentido já se manifestou o Supremo tribunal Federal:

Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004)

Não há, portanto, adequação da arbitragem à tutela de direitos transindividuais, ante a ausência de predominância da autonomia da vontade e do interesse privado. O mecanismo para a solução extrajudicial de conflitos transindividuais é, certamente, o compromisso de

¹⁴ É o que dispõe o art. 2º da Lei 9.307/96.

¹⁵ Art. 18 da Lei 9.307/96.

ajustamento de conduta, não o juízo arbitral, que deve ser rechaçado, apesar de defendido pelo código-modelo.

2.3.3 Da sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça

A compreensão da sentença estrangeira devidamente homologada como título executivo hábil a promover a execução coletiva passa pela necessidade de se observar que os conflitos que envolvem os direitos transindividuais ou individuais homogêneos não estão limitados às fronteiras de determinado país.

A evolução tecnológica, ocorrida no decorrer do século XX, especialmente no que tange aos meios de transporte e comunicação, ampliou o espectro das relações sociais. Conseqüentemente, tais relações têm superado as fronteiras nacionais, ganhando cada vez mais relevo questões como meio ambiente, relações de consumo, exploração dos recursos energéticos, economia, dentre outros, assumindo estes o status de interesse global.

Nesse contexto, é possível que uma só conduta seja capaz de ferir direitos de toda a sociedade global, transpondo os limites da soberania estatal, fazendo surgir a necessidade de tutela adequada dos direitos lesionados. Por exemplo, caso determinado evento venha a ser considerado como catalisador do aquecimento global, como um acidente nuclear de grandes proporções, não seria inexato afirmar que todo cidadão do mundo teria pretensão de demandar reparação pelo referido dano. É nesse contexto que a sentença estrangeira homologada pelo STJ surge como instrumento eficaz para a defesa dos direitos transindividuais.

Segundo Diniz (2005, p. 365), a homologação de sentença estrangeira é o ato pelo qual determinado Estado aceita, a partir de um exame preliminar, que uma sentença proferida por órgão jurisdicional alienígena produza efeitos em seu território, ou seja, “a finalidade da homologação é conferir força à sentença, ordenando sua execução, comunicando *imperium* ao veredito estrangeiro, ou seja, à declaração de direito pelo tribunal de outro Estado.” Conforme Theodoro Júnior (2006, p.75), dentre os inúmeros sistemas existentes para conferir eficácia à sentença estrangeira, o Brasil adotou o denominado juízo de delibação, pelo qual a eficácia sentença alienígena em território nacional dependerá de um procedimento prévio de homologação, a ser processado perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual averiguará a

observância dos requisitos necessários para a nacionalização do ato decisório estrangeiro. Por tal sistema, o Poder Judiciário brasileiro está impedido de analisar o mérito da demanda, cabendo-lhe tão somente a análise do preenchimento dos requisitos necessários para a homologação¹⁶.

Os requisitos para a homologação de sentença estrangeira estão elencados no art. 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁷, regulamentado pela Resolução nº. 09/2005 do STJ, quais sejam: a) haver sido proferida por autoridade competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se verificado legalmente a revelia; c) ter a sentença estrangeira transitado em julgado; d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil; e) não ofender a soberania brasileira ou a ordem pública. Segundo Fux (2006, p. 643), os requisitos referentes à competência da autoridade estrangeira e citação ou revelia das partes serão apurados com base nas normas processuais do país de onde fora expedida a sentença a ser homologada, mas sempre sob o prisma das garantias fundamentais instituídas pela Constituição brasileira.

Durante a ação de homologação de sentença estrangeira, é facultado ao réu o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme se extrai da leitura do art. 8º da Resolução nº. 09/2005, podendo este apresentar contestação ao pedido de homologação. Todavia, conforme dispõe o art. 9º da resolução em apreço, a defesa somente poderá versar sobre a autenticidade dos documentos que instruem o pedido, inteligência da decisão¹⁸ e observância dos requisitos necessários para a homologação.

Volvendo os olhos à tutela coletiva, verifica-se que não há qualquer impedimento a que uma sentença estrangeira veicule direitos transindividuais, cujos efeitos poderão ser produzidos em território nacional, após a devida homologação. Isso porque, conforme já afirmado, os direitos transindividuais podem vincular pessoas de várias nações, especialmente nos dias atuais, em que os efeitos da globalização têm sido mais marcantes; desse modo, é perfeitamente possível

¹⁶ Nesse sentido é a opinião de Diniz (2005, p. 380): “Pelo sistema de controle limitado de revisão parcial ou delibação, o julgado alienígena deverá, para produzir efeito no Brasil, sujeitar-se à prévia análise de certos requisitos, sem que haja reexame do mérito da questão.”

¹⁷ A tradicional denominação da Lei de Introdução ao Código Civil foi alterada pela Lei 12.376/10.

¹⁸ A menção à inteligência da decisão do referido dispositivo não se confunde com o mérito da sentença estrangeira. Conforme assevera Hill (2007, p. 71), inteligência da decisão refere-se à “inteligibilidade da sentença estrangeira homologada”, isto é, “cabe ao réu alegar apenas que a sentença homologada não se mostra

que a tutela jurisdicional prestada por um país estrangeiro aos direitos de natureza transindividual possa ser estendida, de modo a abranger pessoas não sujeitas à soberania daquela nação, conferindo-lhe maior efetividade.

Todavia, não basta que a sentença estrangeira a ser homologada reconheça a existência, em um processo individual, de um fato lesivo também a direitos transindividuais, para que se caracterize como título executivo coletivo no Brasil. Seria incoerente permitir que uma sentença estrangeira formada com base em uma ação individual, cujos efeitos são *inter partes*, produza efeitos *erga omnes* no Brasil, quando as próprias ações individuais aqui propostas, mesmo que possuam como causa de pedir fato lesivo aos direitos transindividuais, não são aptas a produzir tais efeitos. Em outras palavras, configurar-se-ia ofensa à ordem pública admitir que uma sentença estrangeira exarada no bojo de uma ação individual pudesse tutelar direitos coletivos em território nacional, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio exige que a defesa dos direitos metaindividuais se dê exclusivamente via ação coletiva.

Assim, faz-se necessário que o país de origem seja dotado de um sistema de tutela coletiva para que as sentenças lá proferidas possam formar título executivo coletivo no Brasil após sua homologação. Nesse ponto, Grinover (2008, p. 149), após elaborar um estudo acerca das ações coletivas nos países de *civil law*, afirma que é possível vislumbrar três categorias, a saber: a) países que apresentam um verdadeiro sistema de tutela coletiva; b) países que possuem algumas leis setoriais em matéria de processo coletivo; e c) países que contam com algumas disposições ou técnicas de tutela coletiva. Verifica-se que, apesar da complexidade dos sistemas de tutela coletiva variar em grande medida, no âmbito do direito comparado, não há necessidade de que o país de origem da sentença estrangeira possua um sistema de tutela coletiva complexo para que a referida sentença possa ser homologada no Brasil. Basta que esse país seja dotado de instrumentos adequados para produzir uma decisão de natureza coletiva.

Levando em conta o fato de o Brasil ter adotado o sistema do juízo de delibação, que impede a análise do mérito da sentença estrangeira, é necessário que esta reconheça a existência de

minimamente clara, ou seja, que o seu comando a ser executado no Brasil, mostra-se absolutamente incompreensível e equívoco.” (destaques do original).

fato lesivo aos direitos transindividuais, bem como a extensão transnacional do dano, de modo a permitir a produção de efeitos em território nacional.

Certamente a admissão da sentença estrangeira de tutela coletiva deverá passar por uma análise mais minuciosa quando de sua homologação pelo STJ, de modo a verificar se as obrigações contidas no ato decisório são adequadas à efetiva tutela dos mencionados direitos, haja vista o interesse público neles consubstanciado, e seu maior impacto sobre a sociedade nacional. Deve-se destacar que não será possível que o mencionado tribunal altere o comando da sentença alienígena, seja adicionando nova obrigação, seja modificando a natureza daquelas já determinadas, porquanto cabe a este órgão colegiado apenas averiguar a observância dos requisitos necessários à homologação. Todavia, nada impede que seja homologada somente parte da sentença, negando eficácia àqueles capítulos que se revelem como ofensivos à ordem pública ou à soberania nacional, conforme resta autorizado pelo art. 4º, §2º, da Resolução nº. 09/2005 do STJ¹⁹. Também é certo que a homologação da sentença estrangeira não pode impedir o ajuizamento de ações individuais pelos lesados brasileiros. Havendo vedação nesse sentido, a homologação não será possível.

Com base nessas afirmações, pode-se concluir que a sentença estrangeira, para ser homologada como título executivo coletivo, deverá observar, além dos requisitos genéricos, os seguintes: a) que o país de origem seja dotado de um sistema ou de disposições pertinentes à tutela coletiva; b) ter sido a sentença a ser homologada proferida no bojo de ação coletiva processada conforme as normas de seu país de origem; b) reconhecer expressamente a lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, bem como a extensão transnacional do dano.

2.3.4 Da sentença homologatória de autocomposição judicial e do acordo extrajudicial homologado judicialmente

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 35), autocomposição é o “legítimo meio alternativo de solução dos conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na conciliação”. Ainda segundo os doutrinadores, o referido meio de resolução

¹⁹ Art. 4º A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente. (...) §2º As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente.

de litígios pode se dar em três formas, quais sejam a transação, a submissão e a desistência, podendo qualquer uma delas ocorrer de forma processual ou extraprocessual, bastando que se trate de interesse material disponível. A transação configura-se pelas concessões mútuas entre as partes; a submissão se dá pela aceitação total por parte de um à pretensão do outro interessado; já a desistência pode se dar pela própria renúncia do direito ou pela desistência da ação processual em curso.

A autocomposição de litígios não é vedada em sede de tutela coletiva, sendo permitido aos legitimados dela lançar mão para a resolução dos conflitos. Ocorre que, em razão da natureza de tais direitos, caracterizados pela transindividualidade e indivisibilidade, somente poderão ser utilizados, segundo a doutrina majoritária, os meios de autocomposição que não importem concessões de tais interesses, sob pena de os legitimados ultrapassarem os limites de sua atuação, dado não serem os titulares destes, mas meros representantes em juízo, o que lhes impediria a prática de atos de disposição. Conforme já se asseverou em relação ao termo de ajustamento de conduta, tal entendimento deve ser visto com ressalvas, dada a riqueza da realidade concreta que perpassa os processos coletivos.

Assim, é viável, e até mesmo recomendável, que os legitimados à tutela coletiva procurem promover a conciliação com os agentes causadores de danos aos direitos metaindividuais, de modo que estes reconheçam sua responsabilidade e assumam as obrigações dela decorrentes, acertando a melhor forma de se realizar a reparação pela lesão sofrida. Tal postura se revela compatível com os princípios da celeridade e economia processual, permitindo que se abrevie o tempo necessário para a resolução do conflito, conferindo aos lesados maior efetividade na reparação dos danos por eles sofridos. Nesse sentido, Decomain (2010, p.115) assevera que:

Se o direito em torno do qual se controverte na ação não pertence efetivamente ao respectivo autor, que dele certamente não pode abrir mão, nem por isso haverá de reconhecer a impossibilidade de que, mediante acordo com o requerido (ou, no caso do compromisso, que é celebrado em lugar da propositura da ação, com aquele que poderia a vir ser o requerido), se defina como serão tomadas as providências necessárias a que o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo seja efetivamente preservado ou que os prejuízos resultantes de sua violação sejam recompostos. Com semelhantes soluções consensuais consegue-se a proteção efetiva do direito questionado, associada, ainda, a considerável economia, além de evitar as naturais demoras de uma demanda judicial.

Do mesmo modo, uma vez proposta ação civil pública por algum dos legitimados do art. 82 do CDC, é possível que o autor e o requerido cheguem a um consenso, firmando um acordo no bojo do processo, que será homologado pelo juiz da causa por meio de uma sentença de mérito, formando título executivo hábil à promoção da execução coletiva.

É de se considerar se seria possível às instituições privadas legitimadas para a tutela coletiva, firmando um compromisso extrajudicial com o responsável pelo dano aos direitos transindividuais, o qual, conforme se sustentou, tem eficácia apenas entre os transatores, e não como título executivo coletivo extrajudicial e, posteriormente, submetê-lo à homologação judicial, para que possa adquirir a qualidade de título executivo coletivo judicial.

Parece não haver problemas nessa hipótese, já que a homologação de tal, fazendo-se judicialmente, exigirá a intervenção do Ministério Público, devendo-se, ainda, aplicar o disposto no art. 94 do CDC, de modo a possibilitar a participação de eventuais interessados no feito, bem como conferindo-lhe a máxima publicidade.

Atendidas essas cautelas, não há porque impedir que as associações privadas firmem compromissos atinentes a direitos transindividuais e, homologando-os, obtenham um título executivo coletivo. Não se estaria, nesse caso, permitindo que estas tomassem, por via oblíqua, compromisso de ajustamento de conduta dos interessados. O compromisso de ajustamento de conduta, como já mencionado, prescinde de homologação judicial, formando por si só título executivo; já o acordo extrajudicial firmado entre as instituições privadas enumeradas no art. 82 do CDC não possui qualquer força executiva, configurando-se tão somente uma composição extrajudicial das lesões causadas aos direitos transindividuais, no qual o agente causador reconhece sua responsabilidade e respectivas obrigações, que somente adquirirá força executiva coletiva após ser homologado em juízo, com a intervenção do Ministério Público.

Permitir que as associações homologuem judicialmente eventuais acordos firmados com agentes causadores de danos a direitos transindividuais ou individuais homogêneos possibilita um ganho de efetividade de sua atuação na defesa dos interesses de seus associados, revelando-se uma postura compatível com os princípios da celeridade e economia processual. É de se observar, todavia, que mesmo em sistemas jurídicos com maior grau de cidadania e

envolvimento social que o brasileiro, a confiança nas associações privadas para o exercício da tutela coletiva acabou sendo frustrada. Sobre o direito espanhol, assevera Fenoll: (2008, p. 115)

essas organizações, sendo em geral de direito privado, tendem a defender em certas ocasiões interesses políticos da própria associação, mais que autênticos interesses que, em sua origem, sejam autenticamente individuais. Isso se reverte na insatisfação do consumidor que, desejando litigar em separado para conseguir uma defesa melhor, acaba se dando conta de que seu interesse não foi adequadamente defendido com esperava, o que gera conflituosidade, e inclusive pode gerar demandas do consumidor contra a própria associação, responsabilizando-a, o que pode acarretar um novo processo coletivo, com os mesmos problemas do primeiro

É patente, portanto, que afirmar doutrinariamente que as associações devem ser os legitimados coletivos por excelência, e que, por isso, devem ser prestigiadas na atuação coletiva é, mais uma vez, mero uso de palavras distanciadas da realidade, inclusive internacional. Mesmo nos Estados Unidos, em que a legitimidade coletiva é atribuída a um dos integrantes da própria classe, é o interesse pelos honorários decorrentes das vultosas indenizações – inexistentes no Brasil, em razão da interpretação dada pela jurisprudência à vedação do enriquecimento sem causa – não a consciência de contribuir para o bem social que move o particular que assume o encargo.

2.3.5 Sentença penal condenatória transitada em julgado.

Conforme é cediço, a jurisdição é una, conceituada como o poder-dever do Estado de dizer o direito de cada um. Todavia, ressalta Zuliani (2005, p. 132), “a idéia de separar a jurisdição foi, portanto, conveniência ou a necessidade de racionalizar o modo de declarar, concretamente, o direito.” Destarte, a fim de melhor garantir a prestação jurisdicional, o Estado optou por diferenciar a jurisdição penal da civil, atuando a primeira no sentido de viabilizar a pretensão punitiva do Estado, e deixando à segunda as demais matérias, em caráter residual.

Ainda que ambas as esferas jurisdicionais sejam proclamadas autônomas, elas se relacionam e interagem, ante a constante ocorrência de fatos capazes de produzir efeitos jurídicos simultaneamente na esfera cível e na penal. Assim, a adoção da absoluta separação das jurisdições civil e penal certamente permitiria a coexistência de decisões conflitantes, o que

somente contribuiria para a insegurança dos jurisdicionados e o descrédito do Estado. Não foi por outra razão que o Código Civil, em seu art. 935, proclamou a possibilidade de a sentença penal vincular o juízo cível, ao dispor que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

No mesmo sentido caminhou o CPP, ao disciplinar, nos arts. 63 a 68, a interação entre a decisão penal e a civil, dispondo que a sentença penal condenatória fará coisa julgada cível em relação aos fatos criminosos, formando título hábil à promoção de processo de execução pela vítima, visando à reparação dos danos sofridos, o que é confirmado pelo art. 475-N, II, do CPC.

Ocorre que a sentença penal condenatória transitada em julgado somente fará coisa julgada perante o juízo cível quanto aos fatos criminosos e sua autoria, ficando a cargo deste último avaliar as demais circunstâncias que permearam o fato, de modo a constatar a existência de ilícito civil. Destarte, no caso em que a sentença penal absolutória estiver fundamentada em outras circunstâncias, que não a prova de inexistência do fato ou a negativa da autoria, tal decisão não terá o condão de vincular o juízo cível, dada a ausência de manifestação certa por parte do juízo criminal em relação aos fatos delituosos. Nesse sentido é o entendimento de Zuliani (2005, p. 139):

A sentença absolutória não atua com a mesma força participativa, pois depende, para ter influência na responsabilidade civil, do teor do dispositivo que a encerra, que é sempre correlato com sua motivação. A palavra-chave que permite distinguir as sentenças absolutórias que fazem coisa julgada, com aqueles que nenhuma influência produzem para o Juízo Cível, é a “coerência”. Se da análise da sentença criminal decorrer certeza sobre o fato que estrutura o direito de danos, há vínculo da coisa julgada criminal; ao inverso, na medida em que a sentença criminal claudica quanto ao fator certeza da verdade real, o juiz do cível está livre para definir com autonomia se há obrigação de reparar o dano causado pelo fato não punido na esfera penal.

Desta forma, considerando que a prática de determinado crime pode causar lesões a interesses de toda a coletividade, é perfeitamente possível que a sentença penal condenatória transitada em julgado forme título executivo hábil à promoção da execução coletiva. Há, é certo, tipos penais em que o próprio bem jurídico tutelado integra a seara de direitos transindividuais, tal como ocorre nos crimes contra a administração pública, que permitem a propositura de ação

civil por ato de improbidade administrativa em face dos agentes públicos criminosos, os crimes contra o meio ambiente em geral, os crimes previstos no CDC, dentre outros.

Uma vez constatada a prática de crime do qual tenham resultado danos a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, poderão os legitimados à tutela de tais interesses em juízo optar por aguardar todo o trâmite da respectiva ação penal, valendo-se da sentença penal condenatória para dar início ao processo de execução perante o juízo cível, ou então propor de imediato a ação civil pública, podendo esta ser suspensa até o pronunciamento do juízo criminal em relação aos fatos delituosos, na forma estabelecida pelo art. 110 do CPC.

É bem verdade, contudo, que a execução da sentença penal condenatória fica restrita à responsabilização civil pecuniária do causador do dano. Não há como extrair do título executivo penal obrigações específicas de fazer, como, por exemplo, a obrigação de realizar uma medida de contenção do dano, ou utilizar um determinado método de descontaminação da área, em razão de sua absoluta falta de certeza e liquidez nesse aspecto. Como a sentença penal não dá parâmetros sequer para uma liquidação nesse sentido, sua execução ficaria restrita a indenizações pelo dano ocasionado.

Conforme dispõe o art. 103, §§ 3º e 4º do CDC, a sentença penal condenatória transitada em julgado, do mesmo modo que a sentença coletiva proferida pelo juízo cível, não prejudicará as ações de indenização movidas individualmente. Ao transportar a sentença penal para a tutela coletiva, deverão ser aplicadas as mesmas regras da coisa julgada utilizadas pela sentença coletiva cível. Trata-se da necessidade de manter a coerência do sistema de tutela coletiva adotado no Brasil, a fim de se evitar que um título executivo judicial produzido sem a observância dos procedimentos próprios do sistema prejudique os direitos individuais daqueles que sequer integraram um dos pólos da demanda.

Não obstante tal regra, em se tratando de sentença penal absolutória, fundada no reconhecimento da ausência de autoria ou da inocorrência do fato criminoso, tem-se que esta fará coisa julgada no cível, impedindo o ajuizamento tanto de ação civil pública quanto das ações individuais destinadas a buscar a responsabilização do suposto agente causador do dano a direitos metaindividuais e individuais. Conforme já afirmado, mesmo que a responsabilidade civil seja independente da criminal, esta prevalece no que diz respeito aos

fatos criminosos, pois segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 340), o artigo 935 do CC estabelece “a relativa independência entre os juízos civil e criminal, na medida em que se proíbe a rediscussão da materialidade do fato ou de sua autoria, se tais questões já estiverem sido decididas no juízo criminal”.

Assim, tendo-se em conta que o mencionado dispositivo legal prescreve regra geral de responsabilidade civil, tem-se que esta também é aplicável no âmbito da tutela de direitos transindividuais, de modo a evitar a existência de decisões contraditórias, corolário do princípio constitucional da segurança jurídica. Ora, se a sentença penal absolutória, fundada na inexistência do fato ou da autoria, já é hábil a obstar a propositura de ação individual, em razão da norma contida no art. 935 do CC, igualmente o será em relação aos direitos transindividuais²⁰. Nesse sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão em ação civil por ato de improbidade administrativa:

ACÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E PAGAMENTO EXCESSIVO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ACÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE À MP 2225. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. MUNICÍPIO. LITISCONSÓRCIO. DESNECESSIDADE. DECISÃO PROFERIDA COM BASE NO ARTIGO 269, I, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC NÃO CARACTERIZADA. RECLAMAÇÃO 2138 DO STF. EFEITO VINCULANTE INEXISTENTE. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS.

I - Trata-se de ação civil pública para apurar eventual prática de improbidade administrativa de responsabilidade de prefeito municipal, consubstanciada na realização de despesas sem a observância de procedimento licitatório e no pagamento excessivo a fornecedores para realização de obras públicas.

(...)

VII - A jurisprudência desta eg. Corte de Justiça é firme no sentido da independência entre as esferas penal e cível, a não ser que na primeira seja reconhecida a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria. Na hipótese, na esfera penal foram imputadas três condutas, tendo o réu sido absolvido por falta de provas e por uma delas não constituir infração penal (artigo 386, VI e III do CPP), não havendo falar-se em prejuízo da presente ação civil de improbidade administrativa em razão daquela decisão criminal.

VIII - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(STJ – REsp 1103011/ES – 1ªT – Rel.: Min. Francisco Falcão – DJe 20.05.09, destaques nossos).

Atualmente, em razão da alteração introduzida no art. 387, IV, do CPP pela Lei 11.719/08, ao proferir a sentença penal condenatória, o juiz, além de aplicar a pena, “fixará valor mínimo

²⁰ Não é, porém, a posição adotada por Leonel (2006, p. 282) para quem “a sentença penal absolutória não inviabiliza a tutela coletiva ou individual, ainda que tenha negado a existência do fato ou sua autoria, ou mesmo reconhecido a exclusão de ilicitude. O sistema determina expressamente a extensão benéfica, mas também veda se maléfica à esfera individual dos lesados”.

para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, ainda que tal providência não tenha sido requerida pelo autor da ação penal ou pela vítima. Trata-se, portanto, de um dever do juízo criminal, desde que possua nos autos elementos para tanto, estabelecer o piso da indenização a ser paga pelo condenado, revelando os efeitos da denominada relativização da autonomia das esferas penal e civil. Por oportuno, eis a opinião de Hertel (2008, p. 103-104):

Parece-me que a redação do art. 387, inc. IV do CPP é por demais imperativa. De fato, o preceito determina que o juiz “fixará” o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. Desse modo, à luz de uma exegese literal, outra conclusão não pode ser obtida. Posto que não seja realizado o pedido de indenização cível, o juiz criminal deverá fixá-la.

(...)

De qualquer sorte, considerando-se a imperatividade do art. 387, inc. IV do CPP, ainda que o prejuízo não tenha sido narrado na denúncia, exurgindo nos autos a sua prova, deverá o *quantum* ser considerado quando da prolação da sentença penal condenatória. Tem-se, nesse caso, uma situação de aplicação do princípio da ultrapetição. Por outras palavras: ainda que não seja feito o pedido de indenização cível na ação penal, surgindo nos autos provas do valor do prejuízo, deverá o magistrado considerá-lo na sentença. Essa interpretação coaduna-se com o espírito da reforma de otimização do processo judicial.

Ressalta-se, contudo, que, não havendo prova nos autos da ação penal do *quantum* da indenização dos danos causados pela infração, por óbvio, o magistrado deverá abster-se de aplicar o inciso IV do art. 387 do CPP.

Portanto, deverá o magistrado, ao se deparar com um fato criminoso lesivo aos interesses transindividuais, diligenciar no sentido de mensurar o dano causado à coletividade, de modo a possibilitar a fixação do valor indenizatório mínimo a ser devido pelo réu em caso de condenação, abreviando, assim, o tempo necessário à recomposição de tais danos. É dizer: o comando do art. 387, IV, do CPP deve ser interpretado em sentido amplo, sendo dever do juiz fixar o valor mínimo da indenização tanto quando se tratar de crime contra ofendido individual, quanto se a hipótese for de delito contra a coletividade. Embora se reconheça que o cumprimento concreto de tal comando será de grande dificuldade para o juiz, a própria aplicação da norma ao ofendido individual não é simples, dada a multiplicidade de fatores da vida física, psíquica e social lesados pelo crime. Tanto é assim que, mesmo em relação ao ofendido individual, o dispositivo tem tido baixa aplicabilidade. Difícil como o seja, a aplicação da regra não pode ser restrita apenas aos direitos de ofendidos individuais.

Uma vez exarada a sentença penal condenatória, tanto os legitimados à tutela dos direitos transindividuais em juízo, quanto os indivíduos lesados, poderão valer-se de tal título judicial para promover a execução em face do condenado. Poderão ainda, caso entendam necessário,

proceder a nova liquidação do título, dado que a sentença penal condenatória limitar-se-á a fixar o valor mínimo da reparação, conforme estabelece o parágrafo único do art. 63 do CPP.

No mais, a execução coletiva fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado seguirá a mesma dinâmica do cumprimento de sentença exarada no bojo de ação coletiva, a qual será objeto de detido estudo mais adiante.

Propõe-se, então, uma releitura das disposições penais à luz do novo paradigma de tutela de direitos coletivos. Se o direito penal existe para proteger a sociedade, para o exercício do *jus puniendi* estatal, exercitado em nome da coletividade, é salutar que suas decisões tenham melhor potencial para a reparação dos danos causados a essa coletividade, e não apenas às vítimas individuais do delito. Na hipótese de direitos difusos, por exemplo, caberá ao juiz fixar a indenização não tendo em conta o número de ofendidos, que são indeterminados, mas a dimensão total da lesão. Já em se tratando de direitos coletivos e individuais homogêneos, o juiz poderá fixar uma quantia indenizatória por lesado, sendo de se permitir, no caso dos individuais homogêneos, a reparação fluida do art. 100 do CDC, com base na sentença penal condenatória que fixe o referido valor.

A utilização do direito penal como mecanismo de tutela coletiva, embora não difundido no Brasil não é inédita no direito comparado. Conforme afirma Sotelo (2008, p. 158)²¹:

Na Espanha, a legislação, tanto material quanto processual, somente contempla a ação que pode ser exercida por consumidores ou usuários para proteger seus direitos. Não existe, em absoluto, uma ação que possa ser exercida para proteger outros interesses comuns a grupos ou setores da sociedade, como os transindividuais ou os relativos a bens de uso geral, como o meio ambiente.

Entende-se que a tutela destes interesses corresponde e é exercida pelas administrações públicas (do Estado, das regiões autônomas e dos municípios), submetidas à crítica política dos grupos ou partidos políticos e dos meios de comunicação de massa.

Também se considera que as infrações graves ao meio ambiente ou aos interesses gerais têm sanção mais eficaz no Código Penal, em razão do que a tutela desses interesses se atribui ao processo penal, que se considera a arma mais eficaz.

É evidente, por outro lado, que não se pode avançar para o engano de uma transferência da tutela coletiva para o direito penal, sob pena de se incidir na crítica dirigida pelo próprio autor ao direito espanhol, no qual, em razão da ausência de regulamentação relativa a direitos

²¹ In Grinover, Watanabe e Mullenix, cit., p. 158.

transindividuais ambientais, de contribuintes, da proibidade administrativa etc., houve uma hipertrofia do direito penal, que elaborou a figura dos delitos de massa para dar conta dessas situações, “forçando suas próprias construções”, permitindo às vítimas o recebimento de indenização pela execução da sentença penal condenatória. O autor aponta o problema da sobrecarga do direito penal, asseverando (2008, p. 161):

Com frequência a via do processo penal se mostra inadequada. Se utiliza a via penal pela coerção que se supõe poderá ser exercida com a prisão dos mais altos diretores da empresa e o julgamento de pessoas de notoriedade social. Às vezes se utiliza o processo penal para definir a responsabilidade civil subsidiária de um terceiro responsável. Mas a mesma determinação dos prejudicados e a quantificação dos prejuízos atrasam notavelmente e complicam o processo penal. Ao final, não raramente os possíveis delitos têm que ser considerados prescritos ou os culpados já não existem, de modo que a ação penal desaparece. Em todo caso, como demonstra a experiência dos casos citados, concluído o processo penal, se passam muitos anos sem que os prejudicados sejam indenizados.

Para a realidade brasileira é preciso, então, buscar um equilíbrio: nem se abandonar a sentença penal como mecanismo de tutela coletiva, como ocorre atualmente, nem sobrecarregá-la com discussões que atrasarão o processo e impedirão sua efetividade. O entendimento deve ser da necessidade de fixação da indenização coletiva, caso haja elementos no processo penal ou sua obtenção, ao longo da instrução, não se mostre demasiadamente dificultosa.

2.3.6 Sentença Cível

A sentença cível é, nas palavras de Greco Filho (2003, p. 23), o título executivo judicial mais comum e típico. Ela é formada no bojo de um procedimento judicial, a partir de um juízo de cognição exauriente sobre todos os elementos probatórios produzidos durante a instrução do feito, permitindo a completa prestação jurisdicional às partes. Segundo Nery Júnior e Nery (2006, p. 372), antes das alterações introduzidas no CPC pela Lei 11.232/05, o art. 162, §1º, conceituava sentença como “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”; ou seja, levava em conta tão somente a finalidade do ato decisório, sem considerar seu conteúdo. Após as referidas alterações legislativas, o art. 162 e §§ do CPC passou a adotar o critério misto do conteúdo e finalidade, pelo qual, ainda segundo os autores (idem, p. 373), passou-se a considerar sentença como “o pronunciamento do juiz que contém alguma das circunstâncias descritas no CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou procedimento de primeiro grau de jurisdição, resolvendo ou não o mérito”.

O conceito exposto pelos autores é, em verdade, um reparo à deficiente alteração da reforma processual, que dotou o art. 269 de um conceito puramente de conteúdo, o qual, se levado ao limite, acarretaria um absurdo em matéria recursal, com o cabimento de diversas apelações ao longo do processo. A alteração foi alvo de severas críticas da doutrina, que imediatamente clamou por uma interpretação abrandada do dispositivo, de modo a evitar uma multiplicação das hipóteses de cabimento de recurso de apelação. Nery Junior e Nery (2006, p. 638) exemplificam o problema, lembrando que, a interpretar-se isoladamente o art. 162, § 1º, do CPC, a decisão que exclui litisconsorte, indefere liminarmente a reconvenção, dentre outros, seria sentença, desafiando, por consequência, apelação e, nesses termos, exigindo a remessa dos autos ao tribunal. Nesse sentido, Marinoni e Arenhart (2007, p. 404):

Mas, embora o novo art. 162, § 1º (na redação da Lei 11.232/2005), admita que a sentença pode não encerrar o processo, com isto certamente não se pretende transformar todo e qualquer ato judicial que trate do mérito, no interior do processo, em sentença. A razão de ser da alteração das normas do art. 162, § 1º, e 269, caput, foi a de permitir a aglutinação dos processos de conhecimento e de execução em um único processo, com duas fases distintas. Não há como fugir desta lógica na interpretação do conceito de sentença. A sentença pode não encerrar o processo, porém colocar fim apenas à fase de conhecimento, mas nenhum ato que trate do mérito no interior da fase de conhecimento pode ser admitido como sentença.

É preciso interpretar as normas dos arts. 162, § 1º, e 269, caput, de acordo com a finalidade da própria lei que as previu e sem perder de vista a racionalidade do sistema recursal, que sempre foi admitido como coerente e lógico pela doutrina e pela prática forense.

Assim, no intuito de evitar um grande retrocesso processual, a doutrina continua utilizando o antigo conceito funcional de sentença para o estabelecimento do recurso cabível. É na sentença que a prestação jurisdicional se concretiza, sendo que todos os atos processuais anteriores se realizam com a finalidade precípua de amparar o juiz na formação de seu convencimento e na fundamentação do referido ato decisório. Portanto, por se tratar de ato que materializa a tutela jurisdicional, o efeito da sentença assumirá os contornos do direito material em litígio, de maneira a dar ao seu titular o que lhe é devido. Por tal razão, é na sentença que as peculiaridades da tutela coletiva se concentram, o que a torna o ato processual no qual orbitam as maiores controvérsias acerca do tema, especialmente no que tange a extensão territorial dos efeitos da sentença e abrangência da coisa julgada. Passa-se, portanto, à análise das particularidades da sentença coletiva.

O primeiro ponto a se destacar, em observância aos princípios processuais do amplo acesso à justiça e da efetividade, é que qualquer espécie de pretensão pode ser veiculada em ação coletiva, seja ela cautelar, inibitória, reparatória, condenatória, mandamental, constitutiva ou declaratória, conforme testemunham os literais termos do art. 83 do CDC; conseqüentemente, a sentença coletiva poderá ter como conteúdo provimento de qualquer natureza, desde que não vedado por lei. Tal esclarecimento se faz necessário em razão do art. 3º da Lei 7.347/85, que pode levar a equivocadas conclusões – frequentemente sustentadas em juízo – de que somente seriam permitidas as pretensões de cunho condenatório em sede de ação coletiva, ou que seria impossível a cumulação de pedidos em sede de ação civil pública. Em tal equívoco já incorreu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBJETO - ALTERNATIVA - FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL - OBRIGAÇÃO - TITULAR. *Conforme o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro. Nos loteamentos regulares, o fornecimento de água potável é obrigação dos proprietários. Recurso provido. (STJ – REsp nº. 247162 – 1ºT – Rel.: Min. Garcia Vieira – DJ 08.05.00, destaques nossos).*

Ocorre que tal dispositivo não tem o condão de limitar o objeto da tutela coletiva; pelo contrário, deixa expressa a possibilidade de se buscar provimentos de natureza condenatória, seja mediante pagamento de determinada quantia, seja mediante alguma conduta positiva ou negativa por parte do condenado.

Atribuir à norma interpretação restritiva é caminhar contra a marcha evolutiva do direito processual, o qual a cada dia tem buscado criar instrumentos capazes de garantir ao jurisdicionado a máxima efetividade na prestação jurisdicional e o pleno exercício de seu direito em toda sua extensão e natureza. Ademais, é de se ressaltar que o já referido art. 83 do CDC, do todo aplicável à ação civil pública em razão da interação existente entre ambos os diplomas, admite a utilização de toda espécie de ação capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela coletiva, de modo a conferir-lhe máxima eficácia. Watanabe (2007, p. 854-855), ao comentar o mencionado dispositivo legal, afirma:

Uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo (...). Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dela se podem extrair desde logo várias

consequências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. A segunda, que é consecutória da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores. Uma outra consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

Nesse sentido, tanto a jurisprudência quanto a doutrina têm admitido a possibilidade de se veicular pretensão de qualquer natureza em ação civil pública, bem como a cumulação de pedidos de natureza diversa, rechaçando o antigo entendimento que limitava o objeto das ações coletivas. O próprio Superior Tribunal de Justiça, revendo seu entendimento anterior, sob a relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, no julgamento do REsp nº. 605323, do qual foi relator para o acórdão, decidiu:

No presente caso, o que se investiga é o significado de uma norma de processo. Processo é instrumento, é meio para servir a um fim: a tutela do direito material. Como todo instrumento, o processo está necessariamente submetido ao princípio da adequação: “suas regras e ritos devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim”, ensinou o Professor Galeno Lacerda (Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª Ed., Forense, 1998, p. 25). Esse princípio é elemento essencial e decisivo para a interpretação do alcance das regras processuais: se o processo é instrumento, há de se entender que suas formas devem ser interpretadas de acordo com a finalidade para a qual foram criadas. (...) Há de se entender, conseqüentemente, que (a ação civil pública) é instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção a esse direito material da melhor forma e na maior extensão possível. Somente assim será adequado e útil. Se não puder servir ao direito material, a ação civil pública será ferramenta desprezível. (...) É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (o que atende ao princípio da adequação) e não o de exclusão (que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado, para não dizer inútil). Essa conclusão é confirmada por interpretação sistemática, à luz, especialmente, da legislação superveniente.

(...)

A outorga de meios processuais variados (“todas as espécies de ações”), com a cumulação das múltiplas formas de provimento (“proteção, prevenção e reparação”), evidencia a intenção do legislador de dotar o autor da ação civil pública de instrumentos com elevado grau de aptidão para obter tutela jurisdicional a mais completa possível, segundo as circunstâncias de cada caso. (destaques do original).

Por conseguinte, conclui Leonel (2002, p. 214):

Assim, são viáveis nas demandas coletivas, tutelas: declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas *latu sensu*, preventivas ou inibitórias, reparatórias ou sancionatórias, antecipadas, cautelares, de execução etc. Importante é ressaltar que o processo coletivo deve propiciar – lembrando a máxima chiovendiana –, a quem tem uma posição jurídica de vantagem, tudo aquilo e precisamente aquilo que deve receber.

Posicionamento, diverso no atual estágio de evolução do processo, figuraria na contramão da história.

Outro aspecto importante no que diz respeito à sentença coletiva é o transporte *in utilibus* de seus efeitos para as demandas de natureza individual. Conforme dispõe o §3º do art. 103 do CDC, os efeitos da coisa julgada de sentença proferida no bojo de ação coletiva, cujo objeto é a tutela de direitos transindividuais, não prejudicarão as demandas individualmente propostas, podendo os autores de ações individuais, porém, valerem-se do comando da sentença coletiva quando esta os beneficiar. Trata-se da hipótese de um mesmo fato causar danos a direitos de diferentes naturezas, quais sejam individual e metaindividual, isto é, de pretensões fundadas na mesma causa de pedir²², conquanto de objetos distintos. Exemplo clássico é o dano ao meio ambiente, que pode lesar tanto direitos de natureza transindividual quanto direitos individuais, viabilizando a propositura de ações coletivas e individuais para a reparação dos danos sofridos.

Neste caso, conforme observa Grinover (2007, p. 931), a sentença proferida no bojo de ação coletiva produzirá, em face da pretensão individual, efeitos semelhantes aos produzidos pela sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, permitirá que o autor, valendo-se do título judicial coletivo, proponha de imediato processo de execução em face do causador do dano, sem necessidade de novo processo de conhecimento, procedendo com a liquidação da sentença coletiva, de modo a possibilitar a reparação pelos danos individualmente sofridos.

Porém, diferentemente do que ocorre com a sentença penal condenatória, os efeitos da sentença coletiva servirão apenas para beneficiar as pretensões individuais, não podendo de modo algum prejudicá-las, ainda que esteja fundamentada na inexistência de autoria ou do fato. Tal diferença é corolário do sistema de coisa julgada *secundum eventum litis*, adotada

²² Não há que se falar, portanto, em transporte *in utilibus* das sentenças coletivas exaradas no bojo de ação cujo objeto é a tutela de direitos individuais homogêneos, tendo em vista que em tais ações não há qualquer distinção entre o direito pleiteado individualmente e o coletivamente tutelado, diferentemente do que ocorre entre a tutela dos direitos metaindividuais em relação aos direitos individuais, nos quais é possível visualizar perfeitamente a distinção entre eles. O titular do direito pleiteado homogeneamente pode executar a sentença não em razão de transporte *in utilibus* da coisa julgada, mas exatamente por ser a reparação deste direito, bem como de todos aqueles que se encontram na mesma situação, o próprio objeto da ação coletiva.

pelo processo coletivo pátrio – a qual será abordada em item próprio –, que blinda os interesses individuais de quaisquer prejuízos eventualmente causados em decorrência de ação coletiva.

Por fim, impõe-se analisar a extensão territorial dos efeitos da sentença proferida em processo coletivo, questão que tem sido palco de inúmeras polêmicas.

Antes da vigência do CDC, a eficácia da sentença coletiva era disciplinada pelo art. 16 da Lei 7.347/85, que à época dispunha que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Conforme observa Grinover (2007, p. 935), os tribunais pátrios, de início, não compreenderam o real alcance coisa julgada *erga omnes*, limitando os efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Porém, após severas críticas feitas pela doutrina e pela insistência por parte dos legitimados à propositura da ação civil pública, no sentido de se atribuir abrangência territorial equivalente à dimensão da lesão, a jurisprudência passou a adotar esse entendimento.

Ocorre que, após a publicação do CDC, que disciplinou de forma mais ampla a matéria, o Poder Executivo passou a movimentar-se no sentido de limitar a extensão territorial da sentença coletiva, editando a Medida Provisória nº. 1.570/97, a qual foi transformada na Lei 9.494/97 pelo Poder Legislativo, que acabou por alterar a redação do art. 16 da Lei 7.347/85, para limitar a eficácia da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator²³.

Tal alteração, de imediato, foi alvo de críticas pela doutrina nacional. Grinover (2007, p. 940), após severas críticas à infeliz intenção do Poder Executivo, sustenta a ineficácia de tal alteração, em razão da relação existente entre a Lei 7.347/85 e o CDC. Inicialmente, afirma que a regra inserida na nova redação do art. 16 referir-se-ia tão somente às demandas que tivessem por objeto interesses difusos e coletivos, “pois a regra permissiva do *non liquet*, por insuficiência de provas, é limitada aos incs. I e II do art. 103 (do CDC)”, não se aplicando, portanto, às demandas com fundamento em interesses individuais homogêneos. Após, afirma

²³ Apesar da redação do dispositivo, a questão não é propriamente de efeitos da coisa julgada, mas sim de efeitos da sentença proferida, motivo pelo qual o tema é tratado no presente tópico.

que tal alteração tornar-se-ia ineficaz, em razão da regra estabelecida no art. 93 do CDC, a qual atribuiu competência para o juízo do local do dano, da capital dos Estados ou do Distrito Federal, conforme se tratar de interesse local, regional ou nacional, respectivamente; assim sendo, a decisão proferida pelo juízo do Distrito Federal, em ação coletiva cujo objeto seja de interesse nacional, abrangeria todo o país.

Leonel (2002, p. 284), complementando as críticas, assevera:

Além da lastimável motivação intrínseca de preceitos legais desta natureza, há inconstitucionalidade das medidas provisórias desprovidas dos requisitos essenciais de urgência e relevância da matéria, que justificam sua impugnação no controle concentrado ou abstrato de normas.

(...)

Em primeiro lugar, a norma demonstra retrocesso por militar contra a economia processual, impossibilitando o equacionamento do litígio numa única demanda e dando ensejo ao conflito lógico e prático de julgados.

Em segundo lugar, implica violação ao princípio constitucional da igualdade, ao estabelecer distinção no tratamento entre brasileiros em decorrência da possibilidade de diversas soluções dos julgados com relação ao mesmo caso.

Em terceiro lugar, desconsidera que a abrangência da coisa julgada coletiva decorre da natureza da relação jurídica de direito material. A *res iudicatae* é ampla em razão dos indivíduos concretamente lesados de forma difusa e indivisível. A lesão a um atinge a todos, sendo imperativa a reparação a todos e incabível a apenas alguns, dada a indivisibilidade do objeto da tutela judicial.

Em quarto lugar, a tentativa de restrição estabelece confusão entre a amplitude da demanda, conforme o objeto litigioso do processo (causa de pedir e pedido) e competência territorial, que é um dos critérios legislativos para a repartição da jurisdição, com a fixação de seus limites com relação a cada órgão judicial. Há equívoco na técnica legislativa.

(...)

Em síntese: tais normas são inoportunas, inconstitucionais, e revelam o desconhecimento de premissas sem as quais não se pode auferir adequado proveito do processo coletivo.

De início, alguns tribunais, sensíveis às críticas da doutrina especializada, negaram eficácia à limitação contida na nova redação do art. 16 da Lei 7.347/85²⁴:

²⁴ No mesmo sentido: “Alegação de omissão no que tange à aplicação do art. 16 da LACP - Não obstante sua aplicação à espécie, há de se concluir pela extensão nacional da eficácia do julgado por aplicação conjugada dos artigos 103 e 93, inciso II do Código de Defesa do Consumidor - Embargos acolhidos, sem alteração do julgado.” (TJSP – Embargos de Declaração nº 99104014617 – 14ª Câmara de Direito Privado – Rel.: Des. Mario de Oliveira – DJ 16.09.2009). “A Lei nº 9.494/97 deu nova redação ao artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (ACP), limitando a eficácia erga omnes da sentença à competência territorial do órgão prolator, sem que o artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor, que também contém disposição sobre o mesmo ponto, tenha sido alterado, motivo pelo qual a referida alteração não foi suficiente para modificar a abrangência territorial da eficácia da sentença proferida” (TRF4 – Apelação Cível nº 200071070031040 – 2ª Turma – Rel.: Des. Federal Dirceu de Almeida Soares – DJ 27.10.2004).

Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cardenetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. - A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. - A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócu a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. *A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. - O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ – REsp nº 411529 – 3ª Turma – Rel.: Min. Nancy Andrighi – DJe 05. 08.2008, destaques nossos).

Porém, a jurisprudência atual tem demonstrado forte tendência a consolidar-se no sentido de conferir eficácia ao dispositivo legal, de modo a restringir os efeitos da coisa julgada formada no bojo de ação coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator. Por todos, eis o acórdão proferido pelo STJ em sede de embargos de divergência:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes. 2 - Embargos de divergência acolhidos. (STJ – Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 411529 – 2ª Seção – Rel.: Min. Fernando Gonçalves – DJe 24.03.2010).

Tal postura demonstra a incompreensão das cortes em relação às peculiaridades da dinâmica da tutela coletiva. Conforme consta expressamente do art. 81 do CDC, os direitos coletivos *latu sensu* caracterizam-se pela transindividualidade e indivisibilidade do objeto, ou seja, a lesão ou ameaça de lesão aos direitos coletivos “não afeta apenas uma única pessoa e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria” (MENDES, 2007, p. 24). Dessa maneira, não há como limitar os efeitos da sentença que define uma controvérsia atinente a direitos de cidadãos de todo o país aos limites territoriais da competência do órgão prolator, quando o objeto da demanda se espraia para além de tais fronteiras. Isso porque, do mesmo modo que a lesão a direitos transindividuais afeta indistintamente todos os seus

titulares, as medidas adotadas para a reparação destes necessariamente deverão abranger a todos, como consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados.

Além do óbvio problema de constitucionalidade da norma, por violação do amplo acesso ao Judiciário e da isonomia (art. 5º, XXV e II), há uma série de inconvenientes em sua aplicação, tais como a coexistência de situações contraditórias, vez que parcela dos titulares de determinado direito de natureza indivisível continuaria suportando o dano, enquanto a outra parcela estaria sendo devidamente reparada pelos prejuízos sofridos; não há como se definir qual competência do órgão prolator seria considerada, se a de primeiro grau ou a recursal, sendo certo que, adotando-se a última, haveria uma espécie de *reformatio in pejus*, uma vez que o recurso do réu poderia acarretar uma extensão dos efeitos da decisão; caso a pretensão seja de imposição de obrigação de não fazer, estarão jungidas a ela apenas os estabelecimentos comerciais do réu existentes na comarca.

Tal regra, inclusive, ofende princípios do próprio direito processual tradicional. Conforme dispõe o art. 472 do CPC “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”; segundo essa disposição, todos aqueles que integram a relação processual estão sujeitos ao império da coisa julgada. A norma tem aplicação também na tutela coletiva, haja vista que todos os titulares dos direitos metaindividuais ou individuais homogêneos, conquanto não integrem a lide sob o ponto de vista formal, a integram sob o ponto de vista material, por meio do sistema de representação adequada, adotada pelo sistema processual coletivo brasileiro. Nesse sentido, é a lição de Tesheiner e Rocha (2010, p. 14):

Como, nas ações relativas a direitos difusos, a sentença faz coisa julgada *erga omnes* (art. 103, I, CDC), seguir-se-ia que, nessas ações, todos de alguma forma são partes, donde a ideia tão difundida de que o autor é substituto processual de todos, sendo, pois, todos processualmente substituídos pelo autor. Dentro da mesma ordem de ideias: como, nas ações relativas a direitos coletivos *stricto sensu*, a sentença faz coisa julgada *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe (art. 103, II, CDC), seguir-se-ia que o grupo seria parte em sentido material e o autor, seu substituto processual.

A limitação dos efeitos da coisa julgada coletiva, pretendida pelo art. 16 da Lei 7.347/85, importa exclusão daqueles que integraram materialmente a demanda coletiva, com base num critério processual utilizado tão somente para a fixação de competência do juízo, sem levar em conta a amplitude do direito material controvertido. Conforme bem observa Grinover

(idem, p. 943) “o que determina o âmbito da abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência”; destarte, a norma legal em apreço, bem como a jurisprudência, ao limitarem os efeitos da coisa julgada com base em um critério puramente territorial, sem levar em consideração a amplitude do direito material em demanda, desconsideraram os princípios processuais básicos que orientam a formação das decisões judiciais.

Tal postura certamente merece imediata revisão por parte dos operadores do direito, especialmente por parte daqueles que integram as cortes brasileiras, de modo a adequar o dispositivo aos avanços do direito processual coletivo, seja reconhecendo sua inconstitucionalidade, seja reconhecendo sua ineficácia ante as normas que integram o sistema de tutela coletiva.

2.4 Considerações acerca da coisa julgada no processo coletivo

Nenhum estudo sobre a execução coletiva estaria completo sem uma digressão sobre a coisa julgada no processo coletivo, uma vez que esta condiciona a análise da execução coletiva provisória, além de ser um dos pontos fulcrais do processo coletivo.

Com efeito, todo, ou, pelo menos, boa parte do problema do processo coletivo deriva do fato de que alguém milita em favor de terceiros, sem o conhecimento destes, na busca por um direito que, a princípio, não interessa àquele que demanda, mas tão-somente ao seu titular, figura estranha e, até mesmo, indesejada, no âmbito do processo coletivo. Essa demanda, uma vez julgada, influirá na esfera jurídica do terceiro titular do direito, permitindo-o, por exemplo, o ajuizamento de execução.

Assim, é preciso delimitar até que ponto é legítima essa intervenção de terceiro na esfera jurídica alheia e em que medida os reflexos, favoráveis ou desfavoráveis, dessa atuação, poderão recair sobre aquele que não participou do processo.

Em razão disso, há necessidade de se estabelecer um regime próprio da coisa julgada, de modo a garantir que aquele que não figurou no processo coletivo seja nele adequadamente representado e não veja seus direitos materiais perecerem irresponsavelmente.

Segundo observa Grinover (2008, p. 156-158), em estudo dos sistemas de tutela coletiva dos países de *civil law*, existem três sistemas de temperamento da coisa julgada *erga omnes* no processo coletivo: o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, cuja produção de efeitos dependerá do evento da lide, sistema esse aplicável tanto na tutela de direitos difusos e coletivos quanto dos interesses individuais homogêneos; critério do *opt out*, aplicável somente na tutela de interesses individuais homogêneos, pelo qual o sujeito deve requerer sua exclusão da lide, deixando de sofrer seus efeitos; e o critério do *opt in*, também aplicável somente na tutela dos interesses individuais homogêneos, pelo qual ficaria a cargo dos membros do grupo, após a devida notificação, pleitear seu ingresso na demanda coletiva, sendo que, somente a partir de então, estariam sujeitos aos efeitos da sentença lá proferida.

Para a obtenção desse desiderato, as leis nacionais utilizaram soluções diferentes: nos Estados Unidos, a Federal Rule of Procedure 23 regula a situação nos seguintes termos:

Para qualquer classe certificada sob a regra 23(b)(3), a corte deve direcionar aos respectivos membros a melhor notificação possível de acordo com as circunstâncias, incluindo notificação individual a todos os membros que possam ser identificados mediante um esforço razoável. A notificação deve explicar, de modo conciso, claro, e com linguagem facilmente compreensível:

- . a natureza da ação,
- . a definição da classe certificada,
- . os pedidos ou defesas da classe,
- . que um membro da classe pode pleitear uma audiência, se assim o desejar,
- . que a corte excluirá da classe qualquer membro que pleiteie exclusão, estabelecendo quando e como os membros podem optar pela exclusão, e
- . o efeito vinculante de uma decisão de classe sobre seus membros, sob a regra 23(c)(3).

(3) A decisão em uma ação conduzida como ação de classe sob os itens (b)(1) ou (b)(2), seja ou não favorável à classe, incluirá e descreverá aqueles que a corte considerar membros da classe. A decisão em uma ação mantida como de classe no item (b)(3), favorável ou não à classe, deve incluir e especificar ou descrever aqueles a quem a notificação estabelecida no item (c)(2) foi dirigida, e não requereram sua exclusão, e quem a corte considera como membros da classe²⁵.

²⁵ For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language:

- . the nature of the action,
- . the definition of the class certified,
- . the class claims, issues, or defenses,
- . that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires,
- . that the court will exclude from the class any member who requests exclusion, stating when and how members may elect to be excluded, and
- . the binding effect of a class judgment on class members under Rule 23(c)(3).

É adotado, portanto, o regime do *opt out*, havendo impacto da coisa julgada, favorável ou desfavorável, sobre os interesses individuais daqueles que, notificados, não requereram sua exclusão da lide.

Seguindo rumo diverso, o artigo 103, da Lei 8.078/91, Código de Defesa do Consumidor, procurou estabelecer, de modo exauriente, a disciplina da coisa julgada relativamente aos processos que versem sobre direitos transindividuais, assim considerados aqueles classificados, pelo próprio CDC, como de natureza difusa, coletiva – essas duas espécies, constituindo os chamados direitos efetivamente coletivos, por serem transindividuais e indivisíveis – e os individuais homogêneos – coletivos por equiparação ou ficção legal.

Há, portanto, dois sistemas paralelos, conforme reconhece Zavascki (2007, p.19): um sistema de tutela de direitos coletivos, atento à proteção dos direitos propriamente transindividuais; e um sistema de tutela coletiva de direitos, destinado a atuar sobre direitos individuais, coletivamente considerados.

Introduzindo a discussão do problema, Zavascki (2007, p. 80) afirma que:

Coisa julgada, portanto, é um fenômeno que se passa exclusivamente no plano do direito. É uma qualidade da sentença: a sua imutabilidade. Antes da coisa julgada e depois dela, o conteúdo da sentença não se altera. Permanece exatamente o mesmo. O que se acrescenta, com a coisa julgada, é apenas a sua condição de já não poder mais ser reformada ou anulada por via recursal.

Contudo, essa conclusão não é, em doutrina, tão simples quanto possa parecer. A discussão tem seu ponto máximo na obra de Liebman (2007, p. 78), que buscou distinguir os efeitos da sentença e sua imutabilidade, como característica subsequente. Sustenta, em síntese, que a eficácia da sentença é ínsita ao próprio ato, embora modificável na via recursal. Já a coisa julgada seria um atributo que a ela aderiria, posteriormente, em razão do exaurimento dos recursos. É a impossibilidade de nova impugnação que marca o surgimento da coisa julgada.

(3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class.

A concepção de Liebman busca afastar a teoria até então dominante, no sentido de que a coisa julgada já seria um efeito da própria sentença. Contudo, a teoria de Liebman também foi alvo de decidida crítica, conforme sintetiza Assis (1989, p. 80):

Não resiste a tese, porém, a uma crítica curial. Se, no tráfico jurídico, uma coisa parece normal quanto à vida das sentenças providas de *auctoritas rei iudicate*, consiste ela na ampla e irrefreável alterabilidade dos ‘efeitos’. O que proíbe ao credor remitir a dívida do devedor após uma condenação, supostamente ‘imutável’, proveniente da coisa julgada? Ou aos cônjuges, separados através de demanda com força constitutiva negativa, de se reconciliarem (art. 46 da Lei nº 6.515/77), restabelecendo, contrariamente ao sucedido em divórcio (art. 33 da Lei nº 6.515/77), o próprio casamento desfeito? Essas situações, além de possíveis, se revelam freqüentes na prática. A esta objeção, respondeu Ada Pelegrini Grinover do seguinte modo: ‘O que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença (ou seja, a declaração ou a modificação), e não a relação jurídica sobre a qual o efeito incide: relação, esta, sobre a qual as partes podem conservar sua liberdade de disposição e que o Juiz pode diversamente declarar, desde que a mesma relação tenha sofrido modificações sucessivas à precedente sentença (*rebus sic stantibus*)’. Não se logra, no esclarecimento, superar a crítica por uma razão curial: alterações ‘sucessivas’ ao provimento primitivo implicam outorgar lindes diferentes ao material de fato e de definir uma nova causa de pedir, descaracterizando, então, o impedimento produzido pela coisa julgada operante em decorrência da identidade total entre o primeiro e o segundo processos (art. 301, § 2º, do CPC). Nesse sentido, como observa João de Castro Mendes, toda sentença contém ressalva do tipo *rebus sic stantibus*, pois uma *causa petendi*, criada posteriormente, permite outro processo sem ofensa à coisa julgada. Não é fácil, em concreto, joeirar causas ‘novas’ e ‘velhas’. Mas aqui se enfatiza que a modificação do quadro fático trazido pelas partes, desde que superveniente à sentença transitada em julgado, importa *tout court* livrar o processo ulterior do óbice em princípio decorrente da coisa julgada. A conclusão somente se desfaria caso a tríplice identidade – sobre a qual se identificam as demandas no Direito brasileiro, e que serve de baliza ao que a coisa julgada tem de útil, vale dizer, à proibição de rediscussão do que já foi decidido anteriormente – fosse ignorada. É falsa, irremediavelmente, a teoria de Liebman.

No Brasil, a definição teórica da coisa julgada também ocasionou a oposição entre dois grandes pensadores, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio A. Baptista da Silva. Para Barbosa Moreira, a observação da vida demonstra, de plano, que os efeitos da sentença são modificáveis. A imutabilidade atingiria apenas a norma jurídica concreta encartada na sentença.

Em crítica, Ovídio Baptista assevera que a norma jurídica a que se refere Barbosa Moreira equivaleria ao elemento declaratório da sentença, aquele “dever ser” concretizado pelo comando judicial. Replicando, Barbosa Moreira buscou distinguir a eficácia, como potência para a geração de efeitos, esta inerente à própria sentença, dos efeitos propriamente ditos, a ela exteriores. Assim, não haveria qualquer contradição se os efeitos da sentença se modificam, sendo perfeitamente lógico que sua eficácia permaneça inalterada, uma vez que os

efeitos são exteriores à própria decisão. Assim, para Barbosa Moreira, tanto as sentenças condenatórias, constitutivas ou declaratórias têm sua eficácia preservada, mesmo que se modifiquem os efeitos que elas acarretam no mundo exterior. Para Ovídio Baptista, contudo, apenas a eficácia declaratória da sentença não pode ser alterada. As demais, em decorrência de fatores externos, podem desaparecer, ainda que revestidas do atributo de coisa julgada.

Mais uma vez é Assis (1989, p. 82), quem resume a polêmica:

Embora aparentem total desarmonia, Barbosa Moreira e Ovídio, convergem em certos aspectos: 1º) a coisa julgada não se afigura em ‘efeito’ da sentença, antes uma qualidade acrescentada ao provimento judicial; 2º) os ‘efeitos’, ao contrário do que pensa Liebman, alteram-se; 3º) coexistem na sentença ‘eficácias’ distintas. Todavia, discordam quanto às conseqüências da alteração dos ‘efeitos’: Barbosa Moreira, visualizando o ‘efeito’ como algo exclusivamente externo ao provimento, preserva a ‘eficácia’ interna da modificação; Ovídio, negando ao ‘efeito’ posição exterior à sentença, põe a salvo somente a ‘eficácia’ declaratória.

A coisa julgada coletiva acrescenta inúmeras dificuldades a essa questão. O CDC formulou uma relação explícita entre a natureza da pretensão deduzida em juízo e os efeitos da coisa julgada, mediante um diálogo entre seus artigos 103 e 81. Assim, em linha de síntese, se o direito demandado for difuso, ou seja, no dizer do código “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, a coisa julgada terá natureza *erga omnes*, salvo se a ação for julgada improcedente por falta de provas. Se o direito for coletivo, ou seja, titularizado por grupo, categoria ou classe de pessoas, o efeito será rigorosamente o mesmo, contudo, restrito aos membros do grupo. Por fim, se o direito demandado for de natureza individual, porém, na espécie, estiver sendo demandado coletivamente, o efeito será *erga omnes*, mas apenas na hipótese de procedência do pedido.

Com essa configuração, o CDC buscou estabelecer um equilíbrio entre o proveito social de se equacionar conflitos coletivamente, evitando, no mínimo, o dispêndio do aparato jurisdicional na condução de milhares de demandas idênticas, e a (in)segurança jurídica, uma vez que sempre há um risco de uma demanda mal conduzida vir a lesar os direitos de quem sequer figurou como parte no processo. Sobre a questão, em passagem muito citada, afirma Barbosa Moreira (1984, p. 216):

Se tivermos em mente o caráter indivisível do objeto do litígio e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de exigir a presença de todos os legitimados no processo, desde logo chegaremos à conclusão de que os efeitos do julgamento necessariamente não de estender-se a pessoas – em regra a um grande número de pessoas – que não ocuparam a posição de partes. Todas serão igualmente beneficiadas, ou todas serão igualmente prejudicadas, conforme a sentença conceda ou recuse a tutela pretendida para o direito que lhes é comum.

Assim, como o Código de Defesa do Consumidor não adotou o controle *ope judicis* de legitimidade ativa, ou seja, permitiu que uma série bastante ampla de legitimados, mais ou menos qualificados, possa demandar coletivamente, sem abrir ao juiz a possibilidade de controle da representatividade adequada no caso concreto²⁶, o mesmo diploma tentou criar um mecanismo de compensação, permitindo, em regra, que apenas a sentença de procedência seja transborde seus efeitos para os litígios individuais.

No Brasil, conforme se extrai da leitura do art. 103 do CDC, foi adotado o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*. Segundo o dispositivo legal: a) a improcedência por falta de provas²⁷ não produzirá qualquer efeito sobre as pretensões individuais ou coletivas; b) em se tratando de direitos individuais homogêneos, a improcedência, seja por qual fundamento for, não prejudicará de qualquer forma os sujeitos tutelados; c) a indenização pela lesão difusa ou coletiva não impactará no ressarcimento de danos individualmente sofridos.

Nesses termos, embora a maior parte da doutrina que se dedica ao processo coletivo se negue a assim considerar, o fato é que o réu tem muito a perder e muito pouco a ganhar em uma ação coletiva. Ainda que a demanda coletiva revele cabalmente, por qualquer razão, que dano não houve, que, se houve, não é indenizável, ou que o réu não é o responsável por ele, essa conclusão apenas obstará a propositura de nova ação coletiva, não de ações individuais. A prévia sentença de improcedência servirá apenas como elemento argumentativo, mas não jurídico-processual, para evitar novas demandas acerca do mesmo tema. É de se arguir: a propalada eficácia do processo coletivo na redução da conflituosidade e da sobrecarga do Poder Judiciário não seria solapada pelo sistema adotado para a definição dos efeitos da coisa julgada?

²⁶ Embora a opinião exposta no texto seja majoritária, há autores como Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008) que buscam, por interpretação, autorizar o controle *ope judicis* de legitimidade. Não parece ser a posição mais adequada, antes de tudo, por implicar total extrapolação dos dispositivos legais.

²⁷ v. infra, discussão acerca da falta de provas.

Conforme *supra* exposto, o CDC, talvez temeroso da possibilidade de prejuízo de pretensões individuais por uma ação coletiva mal proposta, optou pela inviabilidade de extensão da coisa julgada coletiva, relativa a decisões de improcedência, para pretensões individuais. O problema é que essa solução joga por terra os principais objetivos do processo coletivo, pois permite a proliferação de ações relativas ao mesmo evento, a prolação de decisões contraditórias, a multiplicação dos custos processuais, sobretudo em ações ambientais que, não raras vezes, demandam onerosas perícias. Embora não se referindo à questão aqui tratada, assevera Mancuso (2007, p. 108):

Com efeito, *o processo coletivo só se justifica se através dele se puder alcançar uma resposta isonômica que resolva molecularmente o conflito, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, sem deixar resíduos conflituosos que na seqüência darão azo a novas lides, num perverso círculo vicioso.* (destaque nosso)

No atual regramento da coisa julgada, vislumbra-se que, se o processo coletivo conseguir alcançar o intento a que se refere Mancuso, na hipótese de uma sentença de improcedência, será por mera questão de convencimento acerca da argumentação ou de desconhecimento da possibilidade de se ingressar com uma nova ação. Será, portanto, em decorrência de mecanismos metajurídicos, não da configuração atual do sistema. Na realidade, o processo coletivo se converte em mais uma oportunidade de obtenção da decisão de procedência. Caso esta não seja obtida, parte-se para a demanda individual.

José Rogério Cruz Tucci (1990, p. 36) há muito vislumbra o problema, ressaltando a inutilidade da coisa julgada coletiva quando há decisão de improcedência:

Por outro lado, nos moldes em que discutida a matéria, especialmente no inc. I do art. 103, a formação da *res judicata* se dá *secundum eventum litis*.

Na hipótese de vitória do consumidor, jamais se poderá voltar a discutir o que ficou definitivamente decidido.

No entanto, se o consumidor conhecer resultado desfavorável, por insuficiência de provas, vale dizer, se a prova produzida pelo demandado determinar a improcedência do pedido, não há falar-se em coisa julgada, sendo possível, em qualquer momento posterior, o ajuizamento da demanda por outro legitimado, com idêntico fundamento.

Assim, uma empresa é acionada pelo consumidor e, diante das alegações deduzidas, se requer a produção de prova pericial a ser efetivada, p. ex., por um renomado laboratório. A demandada efetua desse modo grandes despesas, inclusive com a contratação de profissional experimentado para ser apresentada em juízo. Chega-se à conclusão, diante do material probatório colhido, de que o produto não se afigura defeituoso e, portanto, impróprio para consumo. E então, o pedido é julgado improcedente, pela insuficiência das provas apresentadas pelo consumidor.

Ora, como a coisa julgada é *secundum eventum litis*, no dia seguinte à vitória, o mesmo demandado pode ser novamente citado para responder aos termos de ação com o mesmo fundamento, movida por outro legitimado.

Objetar-se-á que a conclusão de Tucci é equivocada. Se foi provado que o produto não é impróprio para consumo, a coisa julgada não se formará por falta de provas, mas sim por comprovação de fato impeditivo do direito do autor.

Entretanto, é justamente essa objeção que desnuda um grave problema na concepção da coisa julgada adotada pelo CDC. O diploma legal, ao considerar a atividade probatória como condicionante para a verificação dos efeitos da coisa julgada, adotou concepção que é válida apenas em teoria.

Na prática, a interpretação do que seria a *insuficiência de provas*, que acarretaria, na dicção do CDC, a incoerência de coisa julgada material, permitindo a rediscussão da lide, é tormentosa. Conforme sintetiza Leonel (2002, p.243), há os que defendam um critério formal, segundo o qual o juiz deveria declinar, na sentença, se julga improcedente por falta de provas. No oposto, sustenta-se um critério substancial, segundo o qual a ausência de provas se verificaria pelo teor da sentença proferida, bem como pela análise das provas produzidas. E há, por fim, quem sustente que sempre que surgir, no futuro, prova nova que possa influir no julgamento da lide, a decisão anterior terá sido por falta de provas. Leonel (2002, p. 274), sugere, por exemplo, a possibilidade de avanço tecnológico que permita a produção de uma prova que, à época, não era possível²⁸.

Contudo, ainda não há, entre os teóricos brasileiros, uma análise mais pormenorizada acerca da relação de tal regra com os incisos I e II do art. 333 do CPC. É que, conforme se percebe, por exemplo, na passagem supracitada de Tucci, a doutrina, de forma ampla, lê o artigo 103 do CDC como se lá estivesse escrito que a coisa julgada será “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas *de fato constitutivo do direito do autor*”. Não é essa, entretanto, a redação. O CDC regula a insuficiência de provas sem mencionar se se tratam de provas de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito em litígio.

²⁸ Essa era a opção do abandonado anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, adotando a concepção de Ada Pellegrini Grinover.

Ainda que seja complicado pensar em um réu de ação coletiva procurando desconstituir, no futuro, uma decisão pela prova de um fato modificativo ou extintivo do direito da coletividade demandante, o problema é que essa possibilidade sequer foi cogitada. Sempre se partiu de um pressuposto, explícito ou implícito, de que a coisa julgada por ausência de provas se referiria a provas de fatos constitutivos do direito. Em uma extrapolação, como o processo não alcança a verdade em si, mas apenas a reconstrói pela produção de provas em juízo, se poderia afirmar que toda decisão judicial decorre da impossibilidade de uma parte produzir provas contrárias àquilo que a parte contrária provou.

A atividade probatória não é, na realidade, tão cartesiana quanto parece, pela leitura da disposição do CDC. Em processos complexos, em que as partes, atentas ao princípio da eventualidade, reúnem diversos argumentos favoráveis ao seu ponto de vista, e o juiz, comumente, ao se convencer de que uma delas tem razão, se vale de mais de um argumento para fundamentar a decisão, será praticamente impossível discernir se a decisão foi prolatada por insuficiência de prova de um fato ou por convencimento da existência de outro. Em muitos casos, o convencimento é uma moeda com essas duas faces: o convencimento acerca de uma tese é corroborado pela insuficiência de provas de outra. Se a segunda estivesse melhor comprovada, poderia, quiçá, comprometer o convencimento relativo à primeira.

Por outro lado, a corrente formalista, que exige a expressa declaração judicial acerca da insuficiência de provas, também só satisfaz academicamente. Na prática, seu efeito é o de permitir que o juiz *ad libitum*, escolha se a decisão vai ou não se revestir da eficácia de coisa julgada material. Em casos complexos, sempre será possível argumentar, com razoáveis fundamentos, que a improcedência se deu por falta de prova relativa a uma ou outra variável, ou por convencimento da comprovação de um deles.

Em sentido análogo, Tucci (1990, p. 36) aponta os enormes inconvenientes que essa lógica da coisa julgada acarreta, especialmente para o réu:

“De nada valerá a sentença” – assevera, com inquestionável acerto, José Ignácio Botelho de Mesquita – “ainda que confirmada pelas mais altas Cortes de Justiça do País. Pelo que dispõe o Código, qualquer um que se apresente como vítima poderá submetê-lo a discutir novamente toda a questão, impondo-lhe novamente o dispêndio de recursos e atividades já gastos no processo anterior, e tendo que repetir tudo isto em quantos processos lhe sejam movidos”.

Vislumbrando a inconstitucionalidade desse tratamento afrontoso da regra da isonomia processual, dispensado à denominada ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, o Prof. José Ignácio Botelho de Mesquita aduz, ainda, que o ato decisório final que condenar o réu fornecedor, torna-se imutável e indiscutível, “em benefício de todos os que se pretenderem vítimas; mas a sentença que o absolver não lhe servirá de nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja. A autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada. O direito de defesa do réu, por sua vez, ficará reduzido a uma fórmula inteiramente vazia, porque, por melhor que se defenda, nenhuma consequência prática daí decorrerá, a não ser a vitória isolada sobre a vítima incauta que, ignorante, tenha optado por participar do processo em lugar de ficar de fora aguardando o resultado”.

Cabe ressaltar que tanto o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos quanto o Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública se omitiram de uma discussão mais séria desses problemas, mantendo, basicamente, o mesmo regime da coisa julgada atualmente vigente. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, aliás, aumenta ainda mais o grau de insegurança, permitindo que seja ajuizada nova ação, idêntica àquela julgada improcedente, a qualquer tempo, desde que haja descoberta de prova nova. Tenha-se do texto:

Art. 13. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, 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.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) 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. 34 e 35.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Já o projeto de nova LACP traz apenas a inovação de não permitir o ajuizamento de nova ação, relativa a direitos individuais homogêneos, quando a questão decidida pela improcedência for meramente de direito. Embora seja um avanço, a lei não especifica em que grau de jurisdição teria que ser decidida a questão de direito para obstar a propositura de novas ações. Nesses termos, a decisão definitiva de um tribunal estadual obstará a

propositura de ações nacionalmente, uma vez que o mesmo diploma é expresso em desvincular a eficácia da decisão da competência territorial do órgão prolator. É ilustrativa a leitura do referido Projeto de Lei:

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no caput e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

O texto também vai na mesma linha do anteprojeto de Código, ao permitir o ajuizamento de ação revisional, a qualquer tempo, no prazo de um ano, contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, que não poderia ser produzida no processo. Todos esses conceitos são de tal modo fluidos, uma vez que não se sabe nem o que é prova técnica nova, nem se o óbice em sua produção original seria absoluto ou relativo, nem se seria idônea para mudar o resultado, até porque somente o juiz do processo original, após nova valoração, é que poderia dizer, retroativamente, se aquela prova poderia ou não ter mudado seu convencimento. Talvez na tentativa de evitar as críticas quanto à excessiva abertura de possibilidades para a revisão em favor da coletividade, o projeto abre essa hipótese também para o réu, acarretando, em verdade, a eternização do conflito e a impossibilidade de que se venha a garantir segurança jurídica para qualquer das partes. Mas não se esclarece como se procederá se a sentença revista já tiver sido executada. Caberá ao então devedor, agora vitorioso, executar a coletividade, representada pelo Estado, executar cada um de seus membros, pelos benefícios pessoais que auferiu, ou demandar contra o legitimado coletivo, causador do dano? A questão não é respondida pela leitura do dispositivo do Projeto de Lei, que apenas estabelece o seguinte:

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico

fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no caput, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos ex nunc.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Por essas razões, o disposto no art. 13 do Projeto de Lei 5.139/09, que parecia estabelecer as fundações de um sistema de *opt out*, acaba sendo minado pelas disposições seguintes, transformando-se em mais uma burocracia de pouca utilidade, já que não se reflete nas disposições atinentes à coisa julgada:

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no caput, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Essas considerações são de grande relevância para o estudo da execução coletiva: os conceitos do direito coletivo não podem ser trabalhados apenas da perspectiva do autor, como se a decisão de procedência fosse o resultado natural do processo, e ao réu não se permitisse auferir qualquer benefício de ter-se submetido a um processo longo e dispendioso. É mantendo em mente essa ressalva que se passa à análise da execução da tutela coletiva propriamente dita.

3 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO COLETIVA

3.1 Considerações sobre a liquidação e a execução no processo coletivo

Obtido o título executivo judicial e frustrada a possibilidade de cumprimento consensual de seus termos, abrir-se-á a fase processual do cumprimento da decisão, que poderá ser regida pelos arts. 461 e 461-A, do CPC, caso se trate de obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa, ou, na hipótese de se tratar de obrigação de pagar, seja decorrente de obrigação originariamente de pagar, ou de conversão de outra prestação, anteriormente inviabilizada, no equivalente pecuniário, pelos arts. 475-A e ss, também do CPC.

Embora seja certo que a restauração do estado anterior, que, em regra, se dá mediante a condenação em obrigações de fazer, seja a modalidade preferível para a reparação das lesões transindividuais, foge ao escopo do presente trabalho o estudo da execução de tais obrigações em razão do corte metodológico estabelecido. Assim, o capítulo que se segue dedicar-se-á ao exame da execução das obrigações de pagar.

Estabelecido tal pressuposto, é possível afirmar que há duas possíveis modalidades de liquidação e execução, no que tange aos direitos transindividuais: 1) liquidação e execução efetuadas pelo legitimado coletivo; 2) liquidação e execução pelos titulares do direito, em ações individuais. É importante ressaltar que, conforme sustentado nas considerações metodológicas desta dissertação, a análise das particularidades da execução não se focará, precipuamente, em distinguir se o título executivo versa sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, uma vez que todas as três espécies são passíveis de execução tanto pelo legitimado coletivo que conduziu o processo de conhecimento, quanto pelo titular do direito que fundamentou a ação.

Na tutela de direitos difusos e coletivos, como se trata de direitos de natureza indivisível, o regular é a execução pelo legitimado coletivo que conduziu o processo de conhecimento. Todavia, o art. 103, § 3º do CDC prevê o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o caso individual, permitindo, assim, a execução individual do título coletivo atinente a direitos difusos e coletivos.

Em sentido inverso, mas com o mesmo resultado, a direção natural de uma ação que versa sobre direitos individuais homogêneos é sua execução pelos titulares dos direitos, uma vez que estes são de natureza individual e perfeitamente divisíveis, apenas tratados coletivamente por razões de política legislativa. Contudo, o CDC autoriza a execução pelo legitimado coletivo, em favor do fundo de reparação de direitos coletivos, da condenação relativa a direitos individuais homogêneos, quando não houver execução de parcela considerável da condenação pelos titulares dos direitos.

As peculiaridades da execução coletiva surgirão, de um lado, pela circunstância de se tratar de execução conduzida por alguém que não é o titular do direito, cujos recursos serão destinados a um fundo público de reparação e, de outro, pela particularidade de um grande número de execuções decorrentes de uma única ação de conhecimento, que deixará de ser coletiva e passará a ser individual.

Esse corte metodológico é inovador em relação às poucas obras específicas sobre o tema no Brasil, as quais optam, invariavelmente, pela análise da execução dos títulos que sustentam direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos que contém direitos individuais homogêneos, de outro. Na visão aqui exposta, essa diferenciação deve ser aplicada dentro de cada uma das vertentes – execução pelo legitimado coletivo ou pelo titular do direito individual – e não como corte *a priori* da explanação.

3.2 Arcabouço legislativo da liquidação e execução coletivas

Apesar de haver consenso de que a atual legislação referente à tutela de direitos transindividuais é insuficiente para dar conta das peculiaridades do processo coletivo em relação ao processo comum, a liquidação e execução da tutela coletiva são aspectos em que esse problema se mostra ainda mais candente.

A Lei da Ação Civil Pública, 7.347/85, pioneira na regulamentação do processo coletivo brasileiro, dedicou à matéria da liquidação e da execução coletivas apenas o art. 11, que trata da execução de obrigações de fazer ou não fazer. Tal dispositivo, embora pudesse ser inovador no período em que foi editado, é hoje absolutamente supérfluo, uma vez que contido nas disposições do art. 461 do CPC, com a redação que lhe atribuiu a Lei 8.952/94. Fora o art.

11, a Lei 7.347/85 apenas menciona a execução coletiva em seu art. 13, para estabelecer a destinação dos valores exequendos, e no art. 15, para estabelecer a obrigatoriedade de execução pelo Ministério Público. Nenhuma dessas disposições constitui, a rigor, regulamentação do procedimento de execução.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), providências executivas são mencionadas no art. 84 que, mais uma vez, versa sobre a execução das obrigações de fazer e não fazer, em redação já muito aproximada do atual art. 461 do CPC, ressalte-se, ainda inexistente naquele momento.

Posteriormente, nos arts. 97 a 100, o CDC se dedica a regulamentar a execução da tutela de direitos individuais homogêneos. Embora esse aspecto tenha merecido um pouco mais de atenção do legislador, ocupando quatro dispositivos, a normatização, conforme se explicitará abaixo, é igualmente insuficiente para dar conta das peculiaridades do processo coletivo.

Fica patente, então, que o paradigma normativo da execução coletiva é praticamente inexistente, o que acarreta, primeiro, um reduzido número de trabalhos doutrinários sobre a questão e, segundo, uma grande deficiência prática, que faz com que a execução coletiva transcorra tal qual a individual, acarretando inadequação procedimental, lentidão e, especialmente, inefetividade do processo.

Cientes dessas deficiências, todos aqueles que se propuseram a apresentar propostas de reforma do sistema processual coletivo dedicaram maior cuidado ao tema da execução. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, cuja elaboração foi capitaneada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, dedicava à execução coletiva seus artigos 15, 16, 18, parágrafo único, e 33 a 37, ou seja, pelo menos sete dispositivos completos.

O Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, elaborado por comissão da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, e encaminhado ao Congresso Nacional, trata da execução coletiva no art. 27 e lhe dedica todo um capítulo, dos arts. 40 a 46, demonstrando a necessidade de melhor regulamentação da matéria. Tais dispositivos serão analisados no momento oportuno.

3.3 Principiologia

O processo coletivo, conforme sempre sustentaram os doutrinadores, têm princípios próprios, distintos daqueles do processo individual. Assagra (2007, p. 33 e ss.) elenca dez princípios próprios do processo coletivo, a saber: princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da máxima prioridade da tutela coletiva; princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa; princípio da máxima amplitude da tutela; princípio do máximo benefício da tutela; princípio da máxima efetividade; princípio da não taxatividade da ação coletiva; princípio da disponibilidade motivada e proibição de abandono; princípio da obrigatoriedade da execução.

Embora se possa discordar do referido autor, tanto no que tange ao caráter principiológico dos postulados que elenca – obrigatoriedade da execução e proibição de abandono são regras legais, não princípios – quanto de seu caráter específico em relação ao processo coletivo – que não se verifica, pelo menos, em relação ao interesse no conhecimento do mérito e da máxima efetividade – o que importa para os fins deste tópico é verificar se a execução coletiva tem princípios próprios, que a distingam da execução individual.

Venturi (2000, p. 73 e ss.), no capítulo referente à “tutela executiva no processo coletivo” elenca apenas três princípios que, a rigor, são do processo coletivo como um todo, tendo aplicabilidade também à execução coletiva. São eles, a absoluta instrumentalidade na tutela dos direitos coletivos; a efetiva prevenção e reparação dos danos causados e a maior coincidência entre o direito e sua realização. Nenhum deles pode ser considerado propriamente um princípio específico do processo ou da execução coletiva, uma vez que são parâmetros válidos também para o processo individual. O que se poderia, na tutela coletiva, seria adicionar um maior grau de intensidade em sua aplicação.

Oliveira (2008, p. 92 e ss.) também expõe os mesmos princípios elencados por Venturi, embora ressalve tratar-se de “princípios do processo de execução adaptados para o processo coletivo”.

Em verdade, muito pouco há de diferente nesses princípios, para que possam ser considerados específicos da execução coletiva. O que pode haver, como ressaltado, é um maior grau de preocupação com tais circunstâncias quando se tratar de um processo coletivo.

O postulado da absoluta instrumentalidade é extraído do art. 83 do CDC, que autoriza o manejo de todas as espécies de ações para a tutela de direitos coletivos. Aplicado à execução coletiva, esse postulado demanda a atenção do julgador para buscar sempre o meio mais adequado possível de satisfação da coletividade, permitindo-se, tal como no art. 84, § 5º, do CDC, a adoção de quaisquer medidas adequadas para a satisfação do direito. Tal postulado recebeu, recentemente, importante reforço por parte do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a eficácia mandamental da sentença coletiva, tal como se demonstrará subseqüentemente.

Pela diretriz da efetiva prevenção e reparação, Venturi busca ressaltar a necessidade de que a tutela e a execução coletivas se atenham para, antes de tudo, a prevenção do dano e, caso este venha a ocorrer, para sua reparação específica, sempre que possível. Essa construção não é muito diferente da defendida por Marinoni (2007, p. 279), em relação tanto a direitos individuais quanto transindividuais, *in verbis*:

A idéia de ‘medida necessária’ reafirma o direito à técnica processual adequada e aponta para o conceito de direito à construção da ação adequada ao caso concreto. Ora, se ter direito de ação implica em ter direito às técnicas processuais adequadas, é óbvio que a norma do art. 461, ao estabelecer a possibilidade do uso da ‘medida necessária’, dá ao autor o direito de construir a ação adequada ao caso concreto. Rompe-se, assim, em razão da necessidade de tratamento diversificado das situações de direito material, o conceito de ação única – estabelecida com base no princípio da tipicidade das formas e dos meios executivos processuais.

Esse mesmo raciocínio vale para o princípio da máxima coincidência entre o direito e sua realização. Aplicável tanto à tutela individual quanto à coletiva, o princípio demonstra a necessidade de o processo buscar restaurar, tanto quanto possível, a situação vivida antes do ilícito, embora, no imortal exemplo de Barbosa Moreira (1984, p. 102), haja inúmeras situações de irreparabilidade da situação anterior, uma vez que “nada seria capaz de reconstruir a obra de arte destruída, nem de restaurar a rocha que aformoseava a paisagem; inexistente, ademais, prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano insuscetível de medida por padrões econômicos”.

Pode-se afirmar, então, que nenhum desses princípios seria exclusivo da execução coletiva, mas apenas princípios gerais do processo de execução, adaptados à peculiaridade da situação, ou princípios gerais do processo coletivo, aplicáveis indistintamente à execução ou ao processo de conhecimento.

De mal semelhante padece o Anteprojeto de Código Brasileiro de processos coletivos, ao elencar, em seu art. 2º, nada menos que vinte e dois princípios da tutela jurisdicional coletiva, os quais ou são meras regras, ou são princípios gerais de processo, ou são tão genéricos que nada poderão acrescentar à dinâmica do processo coletivo²⁹.

Mais importante que buscar estabelecer uma principiologia rígida, é saber quais os postulados interpretativos que devem reger a execução coletiva, possam ou não ser teoricamente classificados como princípios. Nesse sentido, o mais importante é que a execução coletiva seja conduzida sempre de modo a obter a prestação que atenda ao máximo o interesse da coletividade, restaurando, sempre que possível, o estado anterior das coisas, e obtendo, desse modo, a maior correspondência entre a prestação e o direito lesado, no menor tempo possível; portanto, a maior efetividade da execução.

²⁹ O texto do dispositivo é o seguinte:

Art. 2º. **Princípios da tutela jurisdicional coletiva** – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b. universalidade da jurisdição;
- c. participação pelo processo e no processo;
- d. tutela coletiva adequada;
- e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g. economia processual;
- h. instrumentalidade das formas;
- i. ativismo judicial;
- j. flexibilização da técnica processual;
- k. dinâmica do ônus da prova;
- l. representatividade adequada;
- m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
- n. não taxatividade da ação coletiva;
- o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
- p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
- q. continuidade da ação coletiva;
- r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada secundum eventum litis e secundum probationem;
- t. reparação dos danos materiais e morais;
- u. aplicação residual do Código de Processo Civil;
- v. proporcionalidade e razoabilidade.

Cabe fazer pelo menos uma referência ao que se considera efetividade da execução, uma vez que este conceito é histórica e geograficamente determinado. No período em que as dívidas recaíam sobre o corpo do devedor, execução efetiva era a que lhe propiciava o suplício mais sofrido, ou que o transferia, na condição de escravo, para a propriedade do credor.

Analisando o ordenamento jurídico inaugurado com a Constituição da República de 1988, fica patente que a eficácia de uma execução não pode ser medida pela possibilidade de constrição pessoal do devedor, nem pela possibilidade de se lhe retirar patrimônio que o reduza a alguém do mínimo existencial digno.

Nesse sentido, é equivocada a posição de que a restrição das impenhorabilidades solucionaria o problema da inefetividade das execuções. Câmara (2009, p. 68-69), embora admita a dignidade humana como limite para a penhora, propõe um critério mais fluido, segundo o qual o magistrado condutor da execução teria “amplos poderes” para afastar impenhorabilidades que não violem a dignidade humana do devedor. Tenha-se de suas palavras:

É certo que, em sede doutrinária, costuma-se afirmar que os bens absolutamente impenhoráveis são totalmente protegidos pelo ordenamento contra atos executivos. Não se pode, porém admitir que tal disposição, extraída do caput do art. 649 do Código de Processo Civil, seja tão absoluta quanto parece. Afinal, no Direito, quase nada é absoluto. É preciso admitir a penhorabilidade desses bens, sempre que haja necessidade de preservar algum outro interesse, mais relevante que o interesse meramente patrimonial.

(...)

É evidente que a execução deve ter limites. Estes, porém, são estabelecidos pelo princípio da dignidade humana, estabelecido pelo art. 1, III, da Constituição da República, e sem dúvida o mais relevante de todos os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, aquele bem cuja expropriação não violará a dignidade do executado deve ser considerado penhorável, mesmo que a lei o aponte como absolutamente impenhorável, quando sua apreensão e expropriação se revelarem necessárias à preservação de interesse mais relevante.

Ora, dignidade humana é um conceito de densidade normativa ínfima, quiçá o conceito mais aberto de todo o ordenamento jurídico. Assim, cabe ao legislador a densificação do princípio, que se dá pelo estabelecimento de hipóteses de impenhorabilidade, relativas ou absolutas. A proposta do autor nada mais é que a substituição dos critérios do legislador, que têm a imensa vantagem de serem prévios, objetivos e públicos, pelos critérios de cada um dos milhares de juízes do país, que têm a grande desvantagem de serem subjetivos, definidos *ex post facto* e pertencentes à esfera de subjetividade do julgador, que é humano, tal como o legislador, e,

portanto, igualmente passível de erros. Ocorre que os erros do legislador são conhecidos de todos, pelo menos por presunção, sendo facultado ao cidadão por eles orientar seu comportamento. Já os critérios do juiz somente serão conhecidos após a prolação da sentença, podendo, por vezes, a situação da parte ser definida não pelo direito, mas pelo acaso de ter seu processo distribuído para um ou outro magistrado.

Assim, se é o princípio da dignidade humana que orienta o estabelecimento de impenhorabilidades patrimoniais, as hipóteses de incidência do princípio devem ser definidas objetivamente pelo legislador, e não casuisticamente, pelo julgador.

Ademais, ainda que se possam usar exemplos emocionais, como o de alguém que causa dano moral a outrem, e tem seu próprio patrimônio moral protegido pela impenhorabilidade, o fato é que essas hipóteses são excepcionais. A esmagadora maioria das execuções frustradas por impenhorabilidade de bens é de instituições financeiras que, como sabido, cobram juros exorbitantes pelo crédito e, por isso mesmo, não têm o cuidado de avaliar a capacidade de endividamento do tomador. O indivíduo sobre-endividado paga o credor até quando pode – frequentemente, bem mais que o originalmente devido – e depois suspende os pagamentos. É natural que, nesse ponto, nada mais lhe reste que não seus bens impenhoráveis, e, ainda assim, aqueles de que o mesmo não dispôs voluntariamente, na tentativa de saldar o débito, uma vez que, também na maioria dos casos, o devedor é honesto e tem intenção de pagar.

Descabe fazer doutrina pela exceção. O problema das execuções frustradas pela impenhorabilidade é, *em regra*, a lei natural, e não jurídica, já brilhantemente exposta pelo químico Lavoisier: do nada, não se pode tirar coisa alguma. O patrimônio impenhorável é um nada jurídico, expressamente excluído pelo legislador da possibilidade de penhora e, portanto, não pode ser contado pelo credor como garantia de sua dívida. Não pode o jurista, portanto, com base em supostas ponderações de princípios, dar uma volta na vontade do legislador, para permitir o que a lei proibiu. Assim proceder é desconsiderar o sistema democrático.

O verdadeiro problema de inefetividade da execução não é, portanto, a impenhorabilidade, mas sim a existência de patrimônio penhorável, sem que o credor tenha condições de penhorá-lo, em decorrência de óbices processuais, sejam legais ou jurisprudenciais. Ou seja, ineficaz é a execução que não permite que o credor salde seu crédito valendo-se do patrimônio

penhorável do devedor. É esse objetivo que a execução coletiva deve perseguir, sobretudo por tratar-se de hipótese em que o réu tem, em regra, patrimônio para adimplir suas obrigações.

3.4 Liquidação de sentença no processo coletivo

3.4.1 Considerações gerais acerca da liquidação e execução coletivas

Obtido o título executivo, judicial ou extrajudicial, encerra-se, na lógica do processo sincrético, a fase de accertamento, habilitando o autor a dar início à fase de execução.

Tratando-se de título judicial, cuja solução seja o estabelecimento de obrigação de pagar, a sentença será, quase certamente, genérica. Apesar da preferência do sistema processual brasileiro pela sentença líquida, acompanhada pelo Projeto de Lei 5.139/09, esta será, pela própria peculiaridade do processo coletivo, incomum, dado o grande número de variáveis envolvido.

A solução do Projeto de Lei é, inclusive, criticável. Ao estabelecer que a condenação será genérica se não for possível a prolação de sentença líquida, o Projeto se exime de resolver a questão, deixando para o juiz a decisão de ser ou não “possível” a prolação de sentença líquida.

Ademais, o texto legal trata o juiz como mero observador do transcurso processual, como se, no momento da sentença, lhe incumbisse verificar se é ou não possível a prolação de sentença líquida. Ora, se é possível a liquidação dos danos após a prolação da sentença, em procedimento de liquidação, certamente será possível a realização dessa mesma atividade ainda durante a fase probatória, com a única ressalva de que a responsabilidade pelos danos eventualmente apurados ainda estará a depender da condenação futura.

A questão, na verdade, cinge-se a uma análise de custo-benefício: é óbvio que a produção de provas atinentes à fixação do valor dos danos é muito mais complexa e demorada que a produção de provas relativas tão somente à existência e responsabilidade pelos mesmos. Assim, o aspecto a ser analisado é se é melhor agilizar a tramitação do processo de conhecimento, com o ônus de submeter-se a uma fase de liquidação posterior, ou se é melhor

resolver, desde já, todas as controvérsias nos autos da fase de acerto e evitar prolongamentos subsequentes.

Nesses termos, parece mais interessante que o juiz encaminhe o processo de conhecimento de modo mais ágil, deixando a fixação do *quantum debeatur* para a posterior liquidação, providência que evita a superposição de questões a serem decididas e permite, pelo menos em tese, que, uma vez estabelecida a responsabilidade por sentença transitada em julgado, se possa obter sua liquidação e cumprimento consensual.

Supondo-se a existência de sentença líquida, ou que já tenha passado pela fase de liquidação, é de se indagar se seria aplicável ao processo coletivo o disposto no art. 475-J do CPC. O referido dispositivo estabelece um dever para o devedor de cumprimento espontâneo da obrigação em quinze dias, sob pena de multa equivalente a dez por cento do valor da condenação.

Muito se discutiu acerca dos requisitos para a aplicação da referida multa, tendo o Superior Tribunal de Justiça fixado, inicialmente, o entendimento de que esta incide independentemente de intimação do devedor e o prazo para pagamento conta a partir do trânsito em julgado e não do retorno dos autos à instância originária³⁰. Posteriormente, temperou-se a conclusão, para determinar que o prazo corre a partir do retorno dos autos à origem, determinação do juiz e intimação do advogado da parte vencida, pela imprensa³¹.

Com muito mais razão a regra merece aplicação no processo coletivo. Conforme se depreende da leitura de seu art. 15, a Lei 7.347/85 estabelece o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva, impondo sua condução ao Ministério Público, caso não seja procedida pelo autor do

³⁰ V., dentre outros, AgRg no Ag 1108238 Ministro Vasco Della Giustina DJe 30/06/2009 e AgRg no REsp 1040740 Ministro Fernando Gonçalves DJe 29/06/2009.

³¹ A corte especial do Superior Tribunal de Justiça confirmou essa interpretação no julgamento do Recurso Especial nº 940.274/MS, julgado em 07/04/2010, rel. p/ o AC. Min. João Otávio de Noronha. O projeto de Lei 166/10, Novo Código de Processo Civil, pretende positivizar esta posição, para estabelecer que a execução terá lugar apenas após a apresentação, pelo credor, da memória atualizada do valor do débito, da qual será intimado o executado, tendo o prazo de 15 dias para pagar. Assim, o novo texto adota a posição menos polêmica, mas também a mais conservadora, em relação às muitas que se verificaram sobre a referida multa. Para sua cobrança, exige-se o retorno dos autos à vara de origem, a apresentação do cálculo atualizado pelo credor, a intimação do devedor e o transcurso *in albis* do prazo de 15 dias.

processo de conhecimento³². Assim, a principiologia do processo coletivo se direciona para a imediatidade e inafastabilidade da execução coletiva, não cabendo nem mesmo ao Ministério Público, ainda que convencido da injustiça da decisão definitiva, deixar de executá-la. Logo, a imposição de multa, mesmo que não repedida nas disposições do Projeto de Lei 5.139/09, é adequada ao processo coletivo.

Embora o art. 15, da Lei 7.347/85, se refira expressamente à omissão do autor no ajuizamento da execução de obrigação determinada em título judicial, e estabeleça o marco de contagem do prazo a partir do trânsito em julgado, é cabível a interpretação extensiva do dispositivo, a fim de se entender que, no caso de obrigação definida em título executivo extrajudicial, também é imperativo o ajuizamento da execução. Assim, constatado o inadimplemento das obrigações firmadas no título, impõe-se o ajuizamento da execução no prazo de 60 dias, sob pena de se caracterizar o inadimplemento do legitimado coletivo. Superado tal prazo, fica caracterizada a mora do tomador do compromisso, surgindo para o Ministério Público o dever de executá-lo. Tratando-se de TAC não executado pelo próprio Ministério Público, caberá ao chefe da instituição a designação de outro membro para fazê-lo.

Shimura (2006, p. 159), extrai conclusões algo extremas dessa obrigatoriedade da execução coletiva:

O credor pode deduzir artigos de liquidação apenas em face de um dos réus, em caso de condenação solidária, por não lhe interessar a constituição de título executivo contra o outro. Isso demonstra que a responsabilidade solidária nem sempre leva ao litisconsórcio necessário ou unitário.

Entretanto, cuidando-se de ação civil pública ou ação popular, a execução coletiva movida pelo Ministério Público, ou outro ente legitimado, deve perseguir todos os que figuram na decisão condenatória, diante do caráter indisponível de que se reveste a lide.

O posicionamento, com a devida vênia, parece equivocado. A obrigatoriedade da execução não é um fim em si mesmo, mas um meio para se garantir a adequada tutela dos direitos que não pertencem ao autor e sim à coletividade. Ora, se a condenação abarca, solidariamente, uma pessoa jurídica de porte transnacional, e mais vinte pessoas físicas, por exemplo, estaria

³² Por óbvio, se o autor for o próprio Ministério Público, a não deflagração da execução equivale à inércia injustificada de seu órgão, impondo a designação de outro para atuação em seu lugar, por analogia ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, analogia esta que se tornou universal em todos os casos de omissão do Ministério Público, uma vez que permite a compatibilização da independência funcional do membro do Ministério Público com o cumprimento dos deveres da instituição.

o Ministério Público obrigado a iniciar uma complexa fase de execução com vinte e um réus, apenas para resguardar a indisponibilidade da condenação? Parece evidente que não.

O dever do Ministério Público é tutelar, do melhor modo possível, os direitos transindividuais, que pertencem à coletividade. Se a pessoa jurídica sozinha tem patrimônio mais que suficiente para adimplir a condenação, o *parquet* estaria militando contra o interesse da coletividade se iniciasse a liquidação contra todos, uma vez que é certamente mais demorado um procedimento com vinte e um réus do que com um. E dessa demora não adviria nenhuma vantagem contraposta, dado o patrimônio da pessoa jurídica. Assim, embora a condução da liquidação/execução seja obrigatória, não se trata de uma obrigatoriedade cega, mas sim do dever de liquidar e executar a decisão de modo a melhor garantir a tutela dos interesses transindividuais.

Em conclusão, a execução coletiva, no que tange a obrigações referentes a direitos difusos e coletivos, é compulsória e imediata, incumbindo, em primeiro lugar, ao réu, a realização do cumprimento espontâneo da obrigação, conforme disposto no art. 475-J, do CPC, e impondo-se aos legitimados coletivos o dever de realizá-la.

É de se ressaltar, também, que a previsão do art. 103, § 3º, do CDC, atinente à transposição *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a situação individual também pode ser aplicada, por analogia, no que tange aos títulos executivos extrajudiciais, notadamente o Termo de Ajustamento de Conduta. Se é possível ao titular do direito valer-se da sentença coletiva, não há motivo razoável para impedir que ele se valha também do título executivo extrajudicial que estabeleça, por exemplo, além de obrigações de reparar danos coletivos verificados, também o de realizar a reparação de danos individuais.

Essa questão levanta o interessante problema da possibilidade de ser necessário um procedimento de liquidação de um título executivo extrajudicial, o TAC, que será tratada em tópico apartado.

3.4.2 Legitimidade e competência para a liquidação e execução coletivas

Conforme já se delineou no tópico anterior, a legitimidade para a execução da tutela coletiva é ampla, abrangendo todos os legitimados para a ação. Tratando-se de execução de título judicial, em relação à qual não há um novo processo, a legitimidade para o início da fase de cumprimento será do autor da ação de conhecimento, desde que o faça dentro dos 60 dias subsequentes ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Já em relação ao título executivo extrajudicial, que tem como credor a sociedade, e não o legitimado, entende-se que a legitimidade para a execução é ampla e condicionada apenas ao inadimplemento. Se este sobrevier por prazo superior a 60 dias, a prerrogativa de execução se converte, para o Ministério Público, em dever.

A legitimidade para dar início ao processo de liquidação ou de cumprimento, então, na expressão da doutrina corrente, é ampla, concorrente e disjuntiva, ou seja, abrange todos os legitimados coletivos, inclusive em litisconsórcio, ainda que ulterior, formado apenas para a fase de liquidação ou execução.

A competência para o cumprimento da sentença coletiva será regida pelo art. 475-P, do Código de Processo Civil, orientando-se pelo critério funcional de definição, o qual, conforme explica Theodoro Júnior (2007, p. 96), é aquele “que provém da repartição das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos que devem atuar dentro do mesmo processo”. Assim, ressalvadas as hipóteses de competência originária dos tribunais, o cumprimento de sentença e a respectiva liquidação, se necessária, dar-se-á perante o juízo que conheceu da causa em 1º grau de jurisdição. Como competência funcional que é, esta também tem caráter absoluto e improrrogável.

Todavia, o parágrafo único do art. 475-P, do CPC, inovou ao flexibilizar, na busca de efetividade, a competência funcional, autorizando ao exequente³³ o ajuizamento no juízo de domicílio do executado ou do local em que se encontrem os bens a serem executados.

³³ Impende observar que o CPC, apesar de alterar a denominação do procedimento de execução de títulos judiciais para cumprimento de sentença, ainda se refere ao sujeito ativo desse mesmo procedimento como “exequente”, e ainda se vale da expressão “execução” em alguns dispositivos, vício que permanece inclusive no Projeto de Lei 166/10, de modo que não há como sustentar a existência de uma distinção terminológica rigorosa.

O legislador se afasta, então, de purismos técnicos, optando pela praticidade do procedimento, e reconhecendo que a execução por carta precatória é tormentosa para o credor. Com maior razão essa inovação deve ser aplicada ao processo coletivo, no qual o procedimento deve se pautar pela máxima efetividade da tutela.

A dúvida teórica que remanesce é saber se essa opção estabelecida no parágrafo único teve o condão de criar uma competência funcional relativa, cabendo ao réu alegar prejuízo no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão, ou se a competência continua absoluta, havendo apenas uma opção entre três foros distintos, qual seja, o do processo de conhecimento, o do domicílio do réu ou o dos bens.

A segunda alternativa parece mais acertada. As opções fornecidas ao credor partem do pressuposto de que não haverá prejuízo para a defesa do réu, uma vez que o cumprimento da sentença ocorrerá no local em que se situam seus bens, em que transcorreu o processo originário, ou em seu domicílio. Se o credor, por qualquer razão, opta pelo ajuizamento em foro diverso, por exemplo, em seu próprio domicílio, há que se reconhecer a nulidade absoluta e, em consequência, admitir sua alegação a qualquer tempo, inquinando-se os atos praticados de nulidade, desde que, é claro, haja demonstração de prejuízo. Trata-se, portanto, de uma competência absoluta concorrente, não de uma competência relativa. Não é essa, contudo, a opinião de Nery Júnior e Nery (2006, p. 661), que afirmam:

No sistema anterior de competência para a execução de título judicial (art. 575), essa competência do juízo prolator da sentença era funcional, portanto, absoluta. Isto porque era critério exclusivo de determinação de competência. No sistema instituído pela L 11232/05, essa competência deixou de ser absoluta e passou a ser relativa, porque o art. 475-P, par.un. conferiu competência territorial (relativa) concorrente ao: a) foro do lugar onde se localizam os bens sujeitos à expropriação; b) ao foro do domicílio atual do executado. Portanto, três são os juízos concorrentemente competentes para o processamento do cumprimento da sentença: juízo que proferiu a sentença, lugar dos bens expropriáveis e domicílio atual do executado.

Também é de se observar que o art. 575 do CPC permaneceu em vigor, apesar da introdução do art. 475-P. Segundo Nery Junior e Nery (2006, p. 831), esse dispositivo passa a ser aplicável apenas à execução contra a Fazenda Pública, embora a simples leitura de seu teor assim não o revele, uma vez que não houve atualização de redação. Theodoro Júnior (2007, p. 192), embora afirme que o dispositivo se aplica aos “casos de sentença que darão lugar à actio iudicati”, apenas cita o exemplo da execução contra a fazenda, sem mencionar nenhum outro.

De todo modo, as regras do art. 575 são as mesmas do art. 475-P, com singelas distinções de redação, e a ausência da opção a que alude o parágrafo único deste dispositivo. Assim, tratando-se de sentença atinente a direitos difusos e coletivos que se volte contra o Estado, a competência para a execução será do juízo da ação originária, sendo incabível a possibilidade de opção, que seria, de todo modo, tecnicamente inaplicável, uma vez que o Estado não muda de domicílio nem tem bens submetidos a penhora.

A regulamentação proposta pelo Projeto de Lei 5.139/09 em muito pouco difere das regras atuais do Código de Processo Civil, ao estabelecer, para a liquidação e execução coletiva, a possibilidade de ajuizamento tanto no juízo do processo de conhecimento, quanto no do local em que se situam os bens ou em que se domicilia o devedor.

Quanto aos títulos executivos extrajudiciais, aplicam-se as mesmas regras de definição de competência do processo de conhecimento, ou seja, o foro residual é o do domicílio do devedor e é cabível a eleição de foro, o que pode ocorrer, e, de regra, ocorre, quando da celebração do termo de ajustamento de conduta. Ordinariamente, os termos de ajustamento de conduta conterão cláusula definido o foro de execução em caso de descumprimento, de modo que tal indagação dificilmente terá reflexo prático.

3.4.3. O procedimento de liquidação da sentença coletiva

Conforme já se sustentou, ao contrário do que sugere o Projeto de Lei 5.139/09, a necessidade da existência da fase processual de liquidação decorre em grande medida do comportamento do juiz durante o processo de conhecimento, não de uma possibilidade intrínseca à questão debatida em juízo. Assim, se o juiz adiantar as providências para a definição do *quantum debeat* para a fase probatória do processo de conhecimento, não haverá liquidação. Por outro lado, se preferir imprimir maior celeridade à fase de conhecimento, legando tais medidas para o futuro, será necessária a liquidação.

O procedimento da liquidação da sentença coletiva é o dos arts. 475-A a 475-H, do Código de Processo Civil. Em síntese, não se instaura um novo processo, mas apenas uma nova fase no processo de conhecimento, na qual não se permite a rediscussão da lide (art. 475-G). Seu

início se dá não por citação, mas por intimação do réu, na pessoa de seu advogado (art. 475-A).

Não existe procedimento de liquidação propriamente dito quando a determinação do valor depender apenas de cálculo aritmético. Nessa hipótese, compete ao credor elaborar a respectiva memória e requerer, desde já, o cumprimento da sentença. Todavia, o art. 475-B, § 3º, do CPC, autoriza o juiz a se valer da contadoria judicial, inclusive na hipótese do liquidante estar amparado pelos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Esse dispositivo, para aplicação ao processo coletivo, merece interpretação extensiva. Como a Lei 7.347/85 dispensa, em seu art. 18, o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais etc, o mais comum é que as associações litigantes não sejam especificamente amparadas por uma decisão de concessão de assistência judiciária nos autos do processo coletivo, a qual seria desnecessária. Todavia, como o objetivo do art. 475-B, § 3º, do CPC é garantir a possibilidade de utilização da contadoria forense aos hipossuficientes, não há óbice em que tal benefício seja requerido por uma associação que se veja na contingência de ter que elaborar um cálculo complexo, cujo custo lhe seja proibitivo, ainda que formalmente não seja amparada pela assistência judiciária gratuita. Essa não é, entretanto, uma hipótese comum, já que, em geral, conforme já sustentado, a liquidação no processo coletivo dependerá de mais que simples elaboração de cálculos.

A liquidação poderá se processar por arbitramento, conforme arts. 475-C e 475-D, ou por artigos, nos termos do art. 475-E, todos do CPC. A primeira é aquela que exige conhecimento técnico, científico, para a determinação do quantum devido, embora não se faça necessária a produção de novos elementos de prova, além daqueles constantes dos autos. É a modalidade adequada, por exemplo, para a fixação do valor de um prédio histórico que tenha sido descaracterizado ou destruído, caso a recomposição seja inviável. A liquidação por arbitramento tem como elemento principal o laudo pericial, regulado no parágrafo único do art. 475-D, do CPC.

Segundo Nery Junior e Nery (2006, p. 634), a liquidação por arbitramento também é utilizada para a fixação equitativa ou estimativa dos danos. Relativamente ao processo coletivo, é preciso observar que tais modalidades de arbitramento somente serão admissíveis se não for

viável a determinação do valor do dano ocasionado, uma vez que o direito lesado não pertence ao autor da ação, mas sim à coletividade por ele personificada. Caso seja possível a determinação do valor do dano, ainda que de modo dificultoso, esta deverá ter precedência sobre uma liquidação meramente estimatória. Assim, uma hipótese de liquidação por arbitramento para fixação estimativa de danos seria a condenação por danos morais coletivos³⁴.

A liquidação por artigos é aquela que se conduz na hipótese de ser necessária a prova de fato novo, assim entendido, conforme ensina Wambier (2002, p. 140), aquele que não foi objeto de apreciação durante o processo de conhecimento, não necessariamente superveniente, embora também o possa ser. É uma hipótese comum, uma vez que, na maioria dos casos, dada a complexidade inerente ao processo coletivo, a fase de conhecimento se foca na definição da existência e da responsabilidade pelos danos, não de seu valor. Assim, na liquidação serão apresentados todos os elementos probatórios para o delineamento do *quantum debeatur*. Nos termos do art. 475-F, a liquidação por artigos se orienta pelo procedimento comum, o qual, na demanda coletiva, será certamente o ordinário.

É óbvio que essa previsão de cabimento do procedimento ordinário para a liquidação por artigos deve ser tomada com temperamentos, especialmente quando se tratar de liquidação de provimento coletivo. Todas as adaptações do procedimento ordinário para o processo coletivo de conhecimento serão cabíveis na liquidação por artigos, tais como a restrição das

³⁴ Apesar da insistência doutrinária, que defende com veemência a possibilidade de indenização dos danos morais coletivos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça continua refratária à tese, embora com votos divergentes. Tenha-se as seguintes decisões: “Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano”. (REsp 821.891/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 12/05/2008) “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO”. (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006). O Projeto de Lei 5.139/09 tenta, de modo subliminar, reverter essa tendência, ao dispor, no art. 46, que “havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada”. Esse tema será novamente abordado adiante.

intervenções de terceiros, o não adiantamento de custas, o não cabimento de reconvenção etc³⁵.

Assim, embora alguns autores considerem que o processo se beneficie com a resolução do maior número possível de questões na fase de conhecimento, evitando-se ao máximo a necessidade de liquidação, posição que, conforme demonstrado, foi acolhida no Projeto de Lei 5.139/09, é preciso considerar que a cumulação de diversas questões complexas nessa fase, atinentes tanto à fixação da existência e responsabilidade pelo dano, quanto ao seu valor, farão com que a vantagem em não se necessitar de uma liquidação se converta em desvantagem pela ampliação da lentidão da demanda coletiva de conhecimento. Parece mais proveitosa a condução de um processo de conhecimento restrito às questões referentes à existência e responsabilidade quanto ao dano, por si só, bastante tormentosas, reservando-se o debate referente ao valor para uma fase subsequente, em que as partes, já tendo certeza da condenação, poderão contribuir mais para a fixação do montante devido.

A liquidação, seja por arbitramento ou por artigos, poderá ser parcial ou provisória, do que podem ser extraídas duas conclusões: primeiramente, a existência de parte ilíquida na sentença não contamina a parte líquida, que pode ser imediatamente executada; ademais, a pendência de recurso contra a decisão que embasa a liquidação não impede sua realização. Tratar-se-á, nesse caso, de liquidação provisória, que será conduzida sob a condição da confirmação posterior da decisão.

A liquidação provisória, embora de adoção prática pouco frequente, é salutar, uma vez que, não provocando danos ao credor, sequer se submete ao risco da indenização posterior, cabível na execução provisória³⁶. Assim, o prejuízo, em caso de posterior reforma da decisão, será apenas do esforço despendido. Por outro lado, obtida a confirmação, o tempo de tramitação da liquidação já terá sido amplamente abreviado. Parece muito mais consentâneo com a realidade do processo a priorização da liquidação provisória que a tentativa legal de abranger, ainda na

³⁵ Shimura (2006, p. 160) admite o chamamento ao processo do devedor solidário que responde sozinho à liquidação. A posição parece equivocada. Se o princípio que rege a tutela coletiva é o da máxima proteção da coletividade, e se seu agente processual optou por executar/liquidar a condenação apenas contra um dos devedores, é porque entende que esse mecanismo é o que melhor atende a coletividade, em razão da maior celeridade, simplificação dos atos processuais etc. Não é de se admitir, então, que o réu, apenas para que, posteriormente, já conte com um título líquido para efetuar a cobrança dos demais codevedores, seja autorizado a ocasionar tumulto processual sem ganho contraposto para a sociedade.

³⁶ Esse relevante tema será discutido posteriormente.

fase de conhecimento, todas as questões controvertidas, evitando de todo a liquidação. A celeridade, valor ainda mais essencial no processo coletivo, uma vez que versa sobre direitos de toda ou grande parcela da sociedade, certamente será muito mais prestigiada com a liquidação provisória que com o inchaço do processo de conhecimento.

A Lei 11.232/05 revogou a previsão dos arts. 570 e 605, do Código de Processo Civil, que admitiam a liquidação por iniciativa do devedor, motivo que leva Shimura (2006, p. 159) a considerá-la inviável. Nery Junior e Nery (2006, p. 830), ao comentarem o art. 570 do mesmo Código, também admitem o ajuizamento da execução pelo devedor apenas até 23.06.2006³⁷, data em que entrou em vigor a referida Lei 11.232/05.

Não parece, entretanto, haver óbice para a aplicação analógica dos artigos 475-A a 475-H, do Código de Processo Civil. Em muitas hipóteses, pode ser interesse do devedor a obtenção da extinção das obrigações decorrentes da sentença, do modo mais célere possível, seja por razões jurídicas (impedimentos de contratações decorrentes da condenação, óbice aos encargos de juros e atualização monetária) ou não jurídicas (resguardo da imagem perante a coletividade). Assim, se o próprio CPC atribuiu ao devedor o dever de pagar voluntariamente a obrigação líquida constituída em sentença, sob pena de multa (art. 475-J), é condizente com o sistema admitir que ele próprio inicie a liquidação, na hipótese de sentença ilíquida. Nessa linha segue o pensamento de Theodoro Júnior (2007 p. 105):

O devedor tem não apenas o dever de cumprir a condenação, mas também o direito de libertar-se da obrigação. Assim, o Código reconhecia legitimidade tanto ao vencedor quanto ao vencido para promover a execução da sentença (art. 570), embora fosse tecnicamente impróprio falar-se em execução pelo devedor.

A Lei nº 11.232 revogou o art. 570, porque na nova sistemática de cumprimento da sentença, não há mais ação de execução do título judicial. Se não há ação do credor para exigir do devedor o cumprimento da prestação devida, também não pode existir ação consignatória do devedor para forçar aquele a receber o pagamento ordenado pela sentença. Tudo se resolve sumariamente em incidentes complementares à sentença.

Sendo a liquidação um processo preparatório para a execução, e também um meio de propiciar ao devedor a solução de sua obrigação, e se o credor permanece inerte após a sentença condenatória, não se pode recusar ao devedor a faculdade de tomar a iniciativa de propor a liquidação, assumindo posição ativa no procedimento.

³⁷ Embora a literalidade do art. 570 remeta ao ajuizamento, pelo devedor, de execução, e não de liquidação, o entendimento, na vigência do texto anterior, era que a legitimidade se estendia à liquidação. Nesse sentido, Marcato et. al., 2005, p. 1744-1745.

O Projeto de Lei 5.139/09 pretende instituir, em seu art. 27, § 2º, a figura de um supervisor judicial da execução. O dispositivo estabelece 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”. Trata-se de um novo auxiliar do juízo, distinto daqueles já previstos na legislação, uma vez que não é perito, nem serventário da justiça, nem síndico, ou qualquer outra figura já prevista. Trata-se de uma pessoa “qualificada”, cuja função será fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença.

O teor do dispositivo é de tal forma lacônico que, na hipótese de ser aprovado, provavelmente cairá no esquecimento. Não se esclarece qual a qualificação desejável para esse auxiliar, nem qual objetivo deverá ter sua fiscalização, ainda mais no que pertine à liquidação. Também não se esclarece se esse auxiliar deve ser um servidor público, ou se será remunerado pelas partes, tal qual um perito. Por exemplo, em uma liquidação por arbitramento, esse auxiliar fiscalizará inclusive o trabalho do perito? E, havendo discordância, poderá manifestar-se contrariamente ao trabalho do mesmo? Também não se esclarece qual o banco de dados a que o auxiliar terá acesso, se do réu ou de terceiros – observe-se que a redação da palavra banco se encontra no singular, não no plural. E ainda, o acesso a esses dados não demandaria dispositivo próprio, uma vez que defluiria do disposto no art. 429 do CPC.

3.4.4 Decisão e recursos na liquidação coletiva

Encerrado o procedimento de liquidação, o julgador proferirá decisão. Embora o novo conceito de sentença do CPC não vincule a natureza da decisão ao recurso cabível, o art. 475-H estabelece que essa decisão é atacável por agravo de instrumento, de modo a não deixar dúvidas acerca do objetivo do legislador, que é o de manter os autos em 1º grau durante a fase recursal, permitindo a execução independentemente do inconformismo do réu.

Ainda que seja aviado o agravo de instrumento, o cumprimento subsequente da decisão, pelo valor liquidado, terá natureza definitiva, e não provisória, dado que a decisão que lhe embasa é definitiva, conforme se extrai da leitura do art. 475-I, § 1º do CPC. Assim, não haverá óbice, nem necessidade de caução, para atos de alienação e levantamento de dinheiro.

Indaga-se qual a solução, na hipótese de frustração da liquidação. Tal frustração pode decorrer de três motivos: a) inviabilidade de comprovação dos fatos que se pretendia na liquidação por artigos; b) insuficiência de elementos para a realização laudo pericial na liquidação por arbitramento; c) resultado negativo ou zero como conclusão do processo.

A primeira situação pode ocorrer no processo coletivo quando, especialmente pelo decorrer do tempo, não houver mais elementos para se comprovar, em uma liquidação por artigos, a extensão do dano provocado, sobretudo se o fundamento da liquidação for a existência de sentença anterior de tutela específica, posteriormente inviabilizada. Nessa situação, o processo de conhecimento se orienta pela reparação da lesão, não pela obtenção de um equivalente pecuniário. Assim, impossibilitada posteriormente essa modalidade de tutela, é possível que os elementos probatórios sejam insuficientes para se aferir uma dimensão do dano que possa embasar a fixação do equivalente pecuniário³⁸.

A segunda situação é semelhante, e ocorre quando, iniciada a liquidação por arbitramento, o perito e/ou o juiz verifica a necessidade de se provar fatos diversos daqueles constantes do processo de conhecimento, ou seja, verifica a insuficiência da prova para a conclusão da liquidação.

Ensina Theodoro Júnior (2007, p. 106), que a solução para esses casos não é a improcedência do pedido, mas sim a extinção do processo sem julgamento de mérito, a qual se procederá por sentença. Assim, permite-se ao credor a possibilidade de ajuizamento de uma nova liquidação. Para o autor, frustrada, por exemplo, a liquidação por artigos, “extinguir-se-á o processo liquidatário e, à falta de outros meios, proceder-se-á a sua reabertura sob a forma de liquidação por arbitramento”.

Tal não parece a melhor solução. Em verdade, não há que se exigir, em um procedimento tão singelamente regulamentado como é o da liquidação, uma rigidez formal tão estrita, a transformar as duas modalidades de liquidação em processos estanques, de maneira que a transição de um para o outro dependesse de extinção e posterior repositura. Não há óbice

³⁸ Essa situação também pode ocorrer, e certamente será mais comum, na hipótese de liquidação de prejuízos individuais, fundada em sentença coletiva. Como aí o interessado ainda precisa provar não apenas que sofreu o dano individualmente, como também sua extensão, é possível que não consiga reunir elementos probatórios para tanto.

legal de que a parte requeira, esgotadas as possibilidades de prova dos fatos que pretendia estabelecer, a conversão da liquidação para a modalidade de arbitramento, até mesmo porque, como a liquidação por artigos se rege pelo procedimento comum, que admite prova pericial, não haverá nenhum prejuízo. Inversamente, se se verifica a necessidade de prova de algum fato novo no decorrer de uma liquidação por arbitramento, nada impede que o magistrado determine o cancelamento ou suspensão da perícia e converta o procedimento em comum, para a devida prova dos fatos. Estabelecidos estes, também não há impedimento em se retomar a perícia, se necessário, dada a condução da liquidação por artigos pelo procedimento comum, o qual admite prova pericial, sendo possível, assim, até mesmo uma liquidação mista.

O avanço dos estudos sobre o princípio da instrumentalidade das formas não admite a extinção de um processo apenas com o objetivo de instaurar outro, sem qualquer benefício contraposto. Nesse sentido, alerta Dinamarco (2005, p. 57):

Uma das características do processo civil moderno é o repúdio ao formalismo, mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra da instrumentalidade das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consiste na afirmação de que, realizado por algum modo o objetivo de determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais. Não há nulidade sem prejuízo (art. 244 e 249, § 1º e 2º). As exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido e não tanto a regularidade no emprego dos meios.

Outra situação que acarreta a extinção da liquidação - e, nessa hipótese, haverá necessariamente extinção - é a obtenção de resultado zero ou resultado negativo na liquidação. Esse é um assunto que acarreta polêmica. O art. 475-G, do CPC, afirma que é defeso, na liquidação, a alteração da sentença que a fundamentou. Essa sentença, por sua vez, necessariamente estabelece a existência e a responsabilidade por um dano, embora ainda não se conheça seu montante. Todavia, há casos em que, de modo inusitado, a condução dos procedimentos de liquidação comprova que o valor desse dano é igual a zero, ou seja, que, efetivamente, dano não houve. Assim, de modo indireto, será modificada, se não juridicamente, mas pelo menos, no mundo dos fatos, a decisão condenatória inicial.

Embora admitam a possibilidade de ocorrência dessa anomalia, os autores em regra a tratam com reservas. Tenha-se de Theodoro Júnior (2007, p. 106):

A rigor, não deveria acontecer liquidação negativa, ou seja, sem saldo algum em favor do credor, pois a condenação, se pode ser genérica, não pode, entretanto, ser hipotética. Ao juiz é dado condenar sem conhecer exatamente o montante do débito a ser satisfeito; não lhe cabe, porém, condenar sem saber se existe o débito. A liquidação, na verdade, pressupõe certeza da obrigação já definida no julgamento anterior. Não obstante, é possível que a previsão do juiz falhe e, ao liquidar-se a condenação genérica, se chegue justamente à conclusão de que nada há a ser pago pelo réu ao autor.

Marcato et. al. (2005, p. 1866), citando inclusive exemplo de liquidação de sentença relativa a direitos individuais homogêneos, asseveram:

A liquidação, excepcionalmente, pode resultar sem resultado positivo. Tal hipótese pode ocorrer na liquidação da condenação genérica fixada em demanda coletiva destinada a tutelar direitos individuais homogêneos de consumidores. Nesse processo, exige-se a prova efetiva do dano causado, mas não há identificação nominal das vítimas que o suportariam. No entanto, a prática mostra que em determinados casos o valor a ser indenizado é “zero”. Na verdade, isso ocorre por conta de um desvio de perspectiva: por não ter sido provada no processo coletivo a efetiva existência do dano, foi produzida uma sentença condenatória genérica em total afronta ao sistema jurídico, que dera ensejo a um processo liquidatório, sem resultado positivo. Nessa hipótese, não há como se exigir na liquidação uma fidelidade absoluta ao título, porque isso importaria quantificar na liquidação um dano que não existiu ou mesmo beneficiar alguém que prejuízo algum sofreu. Fixar um valor aleatório que não tem correspondência com a realidade seria implodir o escopo do processo de obter a justiça material.

Nery Junior e Nery (2006, p. 637) admitem o resultado zero apenas quando se trata de liquidação por artigos:

Somente a liquidação por artigos pode resultar negativa, dado que nela se tem de provar fato novo, porque o *an debeatur* foi fixado na sentença sem grau de extensão (a caracterizar-se pela prova dos artigos de liquidação). A liquidação por arbitramento, porque já se fixou o *an debeatur*, em extensão máxima indiscutível, por decisão transitada em julgado (art. 457-G), é impossível resultar negativa: o perito terá de, forçosamente, atribuir um valor à condenação já determinada pela sentença de conhecimento transitada em julgado, sob pena de ofender-se a coisa julgada, negando-se vigência ao CPC 475-G.

A consideração de Nery Junior e Nery é irretocável do ponto de vista lógico-jurídico, no que tange a liquidação por artigos: a sentença genérica, que determina uma obrigação cuja futura liquidação exige a prova de fato novo, é uma decisão *quase condicional*. A obrigação de pagar é estabelecida, mas o futuro pagamento apenas ocorrerá se a condenação for integrada por uma prova subsequente. Se o liquidante não se desincumbe do ônus de produzir tal prova,

ou se, ao realizá-la, não conseguiu demonstrar um prejuízo efetivo, que justifique a incidência da condenação anterior, não há que se falar em pagamento. O art. 475-G não constitui óbice a essa conclusão, uma vez que não há modificação da lide julgada. O que não se implementou foi um pressuposto do pagamento posterior e alheio à sentença, uma vez que esta não se debruçou sobre aquele material probatório. Os fatos efetivamente apreciados pela sentença, objeto de discussão no processo de conhecimento, permanecem imutáveis.

O pensamento dos autores demanda maior reflexão no que se refere à liquidação por arbitramento. Conforme transcrito, entendem que, nessa hipótese, a verificação do valor não dependeria de fatos diversos dos analisados nos autos do processo de conhecimento, de maneira que o perito deveria “*forçosamente*” atribuir um valor à condenação, sob pena de violação da coisa julgada.

Essa conclusão, embora busque resguardar, em limites mais amplos, a autoridade da coisa julgada, tem a grave desvantagem de se afastar da realidade dos fatos. O perito é um auxiliar do juízo de natureza eminentemente técnica, podendo até mesmo ser destituído se lhe falecer tal conhecimento (art. 424, I, CPC). Assim, não há como obrigá-lo a, *forçosamente*, colocar valor naquilo que tecnicamente não tem. Seria como exigir de um matemático que informasse o resultado errado de uma operação aritmética como se fosse correto.

Ademais, como as hipóteses de destituição do *expert* constam do art. 424 do CPC, não há sequer motivo para o juiz destituir o perito por estabelecer a ausência de valor, em desacordo com a coisa julgada, se tal conclusão for tecnicamente correta. Nessa situação, o juiz seria obrigado a autorizar o levantamento dos honorários periciais, uma vez que este terá escrupulosamente se desincumbido de suas obrigações, e poderia, no máximo, nomear outro, gerando mais despesas às partes, na tentativa de que o seguinte, sendo menos técnico, estabeleça um valor falso para a condenação transitada em julgado.

Nesses termos, fica patente que não há como exigir que o perito fixe um valor para a condenação. Também não é razoável que se estabeleça um valor irrisório, apenas para se aferrar à afirmação de que a liquidação não desconstituiu a coisa julgada anterior. O fato é que a sentença genérica, ao não considerar uma parte das questões que compõe o tema judicializado, ou ao não observá-las sob a perspectiva da fixação do *quantum debeat*, se

submete a um maior grau de contingência, contingência esta que pode chegar ao limite extremo de fazer desmoronar, no mundo dos fatos, a própria condenação juridicamente estabelecida.

A verdade é que, se a fase probatória do processo de conhecimento tivesse sido conduzida não apenas para a comprovação da existência do dano, mas também para a fixação do *quantum*, provavelmente a sentença passaria a ser de improcedência, uma vez que o magistrado vislumbraria que, apesar de ter-se constatado um ato ilícito, este não provocou dano. Ao não avaliar uma parte do material probatório no decorrer do processo de conhecimento, optando pela prolação de uma sentença genérica, o juiz permite que o *quantum*, seja ele qual for, seja fixado em liquidação. A coisa julgada não estabelece um piso de indenização. Ela simplesmente não alcança o capítulo da sentença atinente à fixação do valor, nem mesmo para garantir que este seja superior a zero.

Não há, portanto, alteração da coisa julgada pela liquidação quando o valor a ser indenizado é zero. Um dos elementos da obrigação, que não havia sido apreciado pela sentença, ou que, pelo menos, não havia sido apreciado sob essa perspectiva, se descobre igual a zero e, conseqüentemente, impede a implementação prática do julgado, que, todavia, permanece juridicamente existente.

Por tais razões, não há como afirmar, com Liebman (2007, p. 56), que a sentença de liquidação tem natureza meramente declaratória, uma vez que “em si não altera a situação jurídica em favor de uma ou outra parte”. Em verdade, a situação jurídica da parte está incompleta até a sentença de liquidação, uma vez que nem todos os elementos que a compõe foram judicialmente estabelecidos. A sentença de liquidação integra essa decisão, dela fazendo constar um elemento que ainda não existia, que é o valor da condenação fixada. Assim, apesar do que assevera abalizada doutrina, não há como imputar à decisão de liquidação a natureza meramente declaratória, uma vez que esta não apenas esclarece um elemento que já existia – o dever de indenizar – mas sim cria um elemento totalmente novo – o valor da indenização – a partir daquele que já existia. E, conforme demonstrado, esse elemento é de tal modo relevante que pode até mesmo anular os anteriores, se a hipótese for de valor zero ou negativo. É, portanto, constitutiva a decisão.

Dessa forma, é preciso tomar com cautela a afirmação de Zavascki (2007, p. 200), que sustenta que a sentença de liquidação “destina-se a, simplesmente, identificar e precisar os seus elementos ainda faltantes para que a definição resulte completa, sem comprometer, de forma alguma, o conteúdo do que já foi decidido”. Embora seja correto que, do ponto de vista técnico-jurídico, a decisão de liquidação não altera a sentença inicialmente proferida, uma vez que versa sobre um elemento originalmente não abordado, do ponto de vista funcional, ao abordar esse elemento novo, o *quantum debeat*, a decisão da liquidação não se cinge a declarar um elemento já constante do título, mas sim a constituir um dos elementos da obrigação, que é o valor a pagar. Esse elemento novo é, inclusive, suficiente para evitar que, no mundo dos fatos, qualquer pagamento seja efetuado.

O próprio Zavascki (2007, p. 169), ao tratar da sentença genérica, em outro momento, tece consideração relevante para o estudo do tema:

Na ação coletiva, até 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 os três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeat* (=existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (=a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (=a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeat* = quem é o titular do direito e o *quantum debeat* = qual 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. Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 475-A do CPC.

Embora o autor se refira à sentença do processo atinente a direitos individuais homogêneos, que depois será executada pelos beneficiários individuais, mediante ação autônoma, o raciocínio é exatamente o mesmo para todas as sentenças proferidas em processos de natureza transindividual, nos quais a sentença proferida seja genérica: a coisa julgada obtida no processo de conhecimento versa apenas sobre o *an debeat*, o *quis debeat* e o *quid debeat*. Sobre o *cui debeat* e, especialmente, o *quantum debeat*, ainda não houve pronunciamento judicial, motivo pelo qual, por um lado, a sentença de liquidação não pode ser meramente declaratória, dado não ser possível declarar o que não existe, e, por outro, não há modificação da sentença pelo resultado zero ou negativo da liquidação, uma vez que esse elemento quantitativo não estava contido na sentença liquidanda. O que existe, em verdade, é uma inviabilidade prática de execução da sentença anterior e não, tecnicamente, sua alteração. Essa sentença anterior, por ser ilíquida, dependia de um elemento integrador para poder ser

executada. Esse elemento lhe foi negado por uma decisão judicial subsequente, de modo que, embora exista conflito prático entre as decisões, não existe conflito jurídico, uma vez que versam sobre elementos distintos, apesar de vinculados, de uma obrigação.

Ultrapassado esse complexo problema, é preciso analisar a natureza jurídica dessa decisão de liquidação que, ao invés de seguir o caminho natural da liquidação, que é a fixação do valor do débito e o prosseguimento do feito para a fase de execução, ao contrário, a extingue, por inviabilidade de apuração do valor, por apuração de valor negativo ou valor zero.

Antes da reforma processual efetivada pela Lei 11.232/05, o CPC conceituava a sentença com fundamento em um critério funcional, ou seja, de acordo com a função que o ato exercia na marcha processual. Se colocasse fim ao processo, seria uma sentença. Caso contrário, tratar-se-ia de decisão interlocutória. Com a reforma, o CPC passou a adotar um critério material ou de conteúdo, dispondo, no art. 162, § 1º, que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

O objetivo da alteração foi, como referido anteriormente, o de marcar o caráter sincrético do processo, que vai desde a fase de conhecimento, passando pela de liquidação, até a de execução, em uma única relação processual.

Especificamente no caso da liquidação, a própria lei já adotou semelhante medida, ao prever expressamente o cabimento de agravo de instrumento para a impugnação da decisão que a soluciona, embora tal decisão tenha conteúdo de mérito, uma vez que soluciona a pretensão do liquidante³⁹. É esse o entendimento de Nery Junior e Nery (2006, p. 638):

A liquidação de sentença tem natureza jurídica de ação, a despeito de a Reforma da L. 11232/05 não haver-lhe dado autonomia e independência procedimental. Quando o juiz a julga, resolve a pretensão de liquidação, vale dizer, seu pronunciamento contém julgamento do mérito, de acolhimento ou rejeição da pretensão de liquidação (CPC 269 I). Por possuir conteúdo de mérito, esse pronunciamento faz coisa julgada material (CPC 467) e é rescindível (CPC 485).

³⁹ Não é esse o entendimento de Theodoro Junior (2007, p. 105), que considera que tal decisão não acarreta nenhuma das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC, resolvendo apenas as questões atinentes à liquidação, não o mérito da lide, que já foi resolvido pela sentença anterior.

O problema, então, é resolver a contradição prática entre os arts. 162, § 1º e 513 do CPC, uma vez que este determina que da sentença caberá apelação e aquele afirma que sentença é o ato do juiz que implica qualquer ato previsto nos arts. 267 ou 269 do mesmo diploma legal. Ocorre que não há solução lógica possível para esse problema, sem negar vigência a um ou outro dispositivo, ou estabelecer verdadeiro caos recursal no sistema brasileiro. Assim, a solução doutrinária é a divisão do conceito de sentença, adotando um conceito para fins teóricos, aquele do art. 162, § 1º, mas mantendo o conceito anterior (sentença é o ato que põe fim ao processo), para fins recursais. Nesses termos, a decisão que julga a liquidação será, sob o ponto de vista teórico, sentença, uma vez que sempre implicará alguma das hipóteses dos citados dispositivos. Por outro lado, o mesmo ato, para fins recursais, terá natureza de decisão interlocutória, desafiando a interposição de agravo de instrumento, embora decidindo mérito.

É interessante considerar se a previsão de agravo de instrumento no art. 475-H do CPC teve o objetivo de excepcionar a decisão de liquidação do conceito de sentença, ou se apenas ressaltou que, como o processo prosseguirá para a execução, não seria o caso de apelação e remessa dos autos ao tribunal. Em verdade, o dispositivo visou à criação de uma contraposição clara com a redação anterior do art. 520, II do CPC, que previa o cabimento de apelação da decisão que julga a liquidação.

O fato é que a reforma processual, ao alterar o art. 162, § 1º, do CPC, não levou em consideração a amplitude e os efeitos dessa mudança. Institui-se o processo sincrético e, por coerência, alterou-se o conceito de sentença, olvidando-se de que ele determinava o cabimento do recurso de apelação. O que a doutrina atual busca é evitar o absurdo do sistema recursal, por meio de considerações que, efetivamente, negam, pelo menos parcialmente, vigência à nova redação do art. 162, § 1º.

Por fim, ressalte-se que, na hipótese de liquidação com resultado zero, a previsão literal do art. 475-H gera um ônus desnecessário à parte, uma vez que lhe reduz o prazo processual e exige a formação do instrumento, sem um benefício contraposto, dada a não continuidade do feito. Melhor seria, também nessa hipótese, o conceito anterior, permitindo o cabimento de apelação, na hipótese de extinção, e de agravo de instrumento apenas quando o processo seguisse para a execução. Embora, como sustenta Assis (2006, p. 128), não haja “o menor sentido de subordinar a liquidação por artigos ao procedimento comum e, paralelamente,

quebrar a regra geral da admissibilidade do recurso de apelação”, sustentar, como este o faz, que “do pronunciamento que julgar a liquidação por artigos, processada em autos apartados, caberá apelação, doravante dotada de duplo efeito” (idem, ibidem), parece ser interpretação completamente *contra legem*.

Essa lógica parece ter orientado a recente Lei 12.322/10, que, considerando que os autos do processo ficam inutilmente retidos no tribunal de origem quando do processamento do Agravo de Instrumento ao STJ ou ao STF, onerando a parte, sem necessidade, na formação do instrumento, determinou sua remessa àqueles tribunais juntamente com o recurso, criando um inusitado agravo de instrumento sem instrumento, mas atento ao postulado da efetividade. Tentando salvar um pouco da organicidade do já bastante alterado CPC, a lei alterou alguns dispositivos em que constava a expressão “agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal”, para fazer referência simplesmente a “agravo”. É o caso, por exemplo, do art. 475-O, § 2º, II.

3.4.5 Dificuldades específicas da liquidação efetuada pelo legitimado coletivo

O principal problema específico acerca da liquidação conduzida pelo legitimado coletivo é a possibilidade de, no caso concreto, as modalidades de liquidação previstas no CPC simplesmente não serem aptas a estabelecer um parâmetro concreto de mensuração do dano, uma vez que este atinge bens não quantificáveis economicamente. Trata-se, e.g., do dano ambiental, da publicidade enganosa ou abusiva, e do dano ao patrimônio histórico. Não existe parâmetro econômico para a liquidação de eventual condenação de pagar quantia, uma vez que o valor de tais bens não reside na esfera patrimonial, mas sim em sua existência intrínseca.

Assim, a utilização da liquidação por artigos não será suficiente, uma vez que a prova de novos fatos poderá auxiliar apenas na delimitação do objeto danificado, não na quantificação econômica desse dano. Também não será correta a utilização da liquidação por arbitramento, uma vez que esta constitui prova de caráter técnico, científico, não a mera opinião do perito acerca do valor do bem deteriorado.

A solução, então, será análoga à aplicável ao dano moral, que também tem conteúdo extrapatrimonial. Na ausência de um critério mais adequado, a jurisprudência optou por deixar para o julgador a medida do dano ocasionado. Assim como na reparação do dano moral, a condenação em obrigação de pagar decorrente de uma violação ao meio ambiente, à confiança do consumidor e à memória nacional (dentre outros) não se constitui em tutela ressarcitória, mas sim compensatória ou até mesmo, simplesmente punitiva. Assim, não existe mecanismo de liquidação apto a solucionar a questão, remanescendo apenas o “prudente arbítrio” do julgador, o qual, evidentemente, não constitui modalidade de liquidação.

Assim, nessas hipóteses em que a reparação se dará na modalidade pecuniária, e incide sobre um bem que não tem valor econômico, o julgador poderá se valer do processo de liquidação, tanto na modalidade arbitramento, quanto na modalidade por artigos, dependendo da situação, mas apenas para angariar maiores informações que lhe permitam balizar a indenização que será por ele fixada. O problema é destacado por Venturi (2000, p. 102):

A mensuração da extensão do dano ambiental, por vezes, torna-se extremamente difícil, pois hipóteses como a de derramamento de óleo no mar, causando lesões à fauna e flora do litoral, em evidente prejuízo ao turismo local e ao trabalho dos pescadores da região, ou mesmo do lançamento de resíduos tóxicos à atmosfera, requerem, para que se consiga alcançar o propósito da “reparação integral” do bem transindividual lesado, uma maior ou menor cognição por parte do magistrado a respeito das condições do próprio obrigado.

Isto se acolhido o critério que vem sendo bastante difundido doutrinariamente, ganhando acolhida jurisprudencial, que adota como parâmetros tanto uma estimativa econômica dos prejuízos causados ao bem violado, bem como da capacidade econômica do autor do dano.

A liquidação, enquanto procedimento de descoberta do montante devido por um determinado dano, pode, portanto, ser inviável em alguns casos de processos coletivos, quando a reconstituição do bem danificado for inviável e seu valor for extrapatrimonial. Nessas hipóteses, restará ao julgador se informar o máximo possível acerca da dimensão do dano e das condições econômicas de seu causador, para fixar, a seu juízo, o valor da condenação, o qual será destinado ao fundo de reparação.

3.4.6 Dificuldades específicas em relação à liquidação procedida pelos lesados individuais

As dificuldades da liquidação procedida pelos lesados individuais não são substancialmente distintas das relativas à execução por esses mesmos lesados, uma vez que o principal problema tem relação com a multiplicidade de processos produzidos, os quais minam boa parte dos benefícios obtidos com a coletivização da demanda de conhecimento. Por essa razão, e no intuito de evitar repetição, o assunto será abordado no tópico atinente às peculiaridades do cumprimento de sentença e da execução pelos indivíduos.

3.4.7 Liquidação de títulos executivos extrajudiciais coletivos

Ao contrário do que possa parecer, não é incomum, na prática, a existência de um termo de ajustamento de conduta total ou parcialmente ilíquido. Ocorre que, dada a natureza inerente a tais termos, em geral versando sobre múltiplos aspectos de uma mesma questão, é inaplicável a simplicidade da teoria original de um título executivo extrajudicial, do qual o exemplo mais evidente são os títulos de crédito.

Com efeito, um termo de ajustamento de conduta que estabeleça condições para a recuperação de eventual degradação ambiental, por exemplo, versará sobre os múltiplos aspectos da realidade envolvida. No decorrer de seu cumprimento podem-se verificar fatos que, apesar de estabelecidos no termo original, não têm valoração pré-definida. Também é possível que a multa prevista no TAC seja apenas cominatória e, impossibilitando-se posteriormente a obrigação, se faça necessária a liquidação para que se obtenha o valor da prestação pecuniária substitutiva.

Embora o título executivo, por definição, deva ser líquido, esse é um conceito que foi desenvolvido tendo como paradigma as relações individuais e o processo individual, não as peculiaridades de um título coletivo. Neste – e, mais uma vez, os TACs referidos, celebrados pelo Ministério Público Federal em Governador Valadares, constituem exemplos ilustrativos – a complexidade da obrigação entabulada chega a ser tal que quase sempre haverá parcelas líquidas e ilíquidas em suas cláusulas.

Não há como se comparar um Termo de Ajustamento de Conduta a um cheque ou a uma nota promissória. É certo que, no aspecto em que com estes se relaciona, que é o valor da multa estabelecida, o TAC será sempre certo. Todavia, no cumprimento das demais obrigações, sejam pecuniárias ou de fazer, quase sempre haverá algum tipo de iliquidez, a desafiar uma atividade cognitiva antes da execução propriamente dita.

Esse problema se agrava quando se trata do transporte da obrigação estabelecida no TAC para o caso individual. Conforme mencionado anteriormente, o disposto no art. 103, § 3º, do CDC, atinente à transposição *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a situação individual também pode ser aplicado, por analogia, aos títulos executivos extrajudiciais, notadamente o Termo de Ajustamento de Conduta. Se é possível ao titular do direito valer-se da sentença coletiva, não há motivo razoável para impedir que ele se valha também do título executivo extrajudicial que estabeleça, por exemplo, além de obrigações de reparar danos coletivos verificados, também o de realizar a reparação de danos individuais. Como o título geralmente não é firmado nessa perspectiva, dificilmente será completamente líquido para embasar, desde já a execução.

Assim, tratando-se de título executivo extrajudicial, que encarte obrigações atinentes a direitos coletivos, é preciso romper a ortodoxia do processo e admitir a possibilidade do ajuizamento de uma ação de liquidação, regida pelos arts. 475-A, a 475-H, do CPC, caso seja necessária, antes da execução, a realização de alguma atividade de conhecimento, prévia à execução. Tal procedimento não poderá, todavia, desnaturar a natureza extrajudicial do título. Assim, após o seu encerramento, a execução se regerá pelas disposições atinentes à execução do título executivo extrajudicial, não pelos arts. 475-I e ss.

Um exemplo pode aclarar a questão. Cogite-se um termo de ajustamento de conduta que estabelece para uma empresa a obrigação de reparar danos ambientais decorrentes de um vazamento de óleo, bem como de indenizar os pescadores ribeirinhos pelos dias em que sua atividade profissional se inviabilizou, na medida do rendimento médio de cada um.

Caso essa última obrigação seja descumprida, a empresa compromissária submeter-se-á à execução da multa estabelecida no TAC, bem como a sua execução específica, tanto pelo órgão público tomador do TAC, quanto pelo próprio pescador, beneficiário da obrigação. Em ambos os casos, todavia, a obrigação não será líquida, e demandará uma atividade de

conhecimento, na qual o legitimado coletivo ou o pescador apresentem as informações relativas à renda média auferida da pesca e ao número de dias em que sua atividade se inviabilizou. Trata-se, então, de uma típica hipótese de liquidação por artigos, em que um fato novo, posterior ao título executivo, precisa ser provado.

Objetar-se-ia que tal compromisso de ajustamento seria nulo, por estabelecer obrigação ilíquida. Essa objeção seria desconhecer a riqueza da realidade concreta. O termo de ajustamento de conduta, tão nebulosamente regulado na legislação brasileira, não cabe nos estreitos limites dos títulos executivos extrajudiciais. É preciso, no intuito de viabilizar a ampla defesa da coletividade, tratá-lo como um título diferenciado, antes de querer encaixá-lo em uma das categorias individuais previamente existentes.

De todo modo, mesmo a doutrina tradicional, voltada para os direitos individuais admite que pode, sim, haver títulos executivos ilíquidos, hipótese em que tais títulos, embora executivos por natureza, não serão *imediatamente* executivos, ou seja, dependerão de um procedimento posterior para que possam embasar uma execução. A nulidade decorrente da iliquidez, conforme se depreende do art. 618 do CPC, é da execução, não do título.

Assevera Theodoro Júnior (2007, p. 159):

Em suma, diante da exigência legal de que o título executivo demonstre obrigação sempre certa, líquida e exigível, um de seus requisitos substanciais é “o de ser completo”, tanto objetiva quanto subjetivamente. Isto, porém, não impede que se agregue ao documento originário outros posteriormente obtidos para se realizar o aperfeiçoamento do título em seus requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. O importante é que estes requisitos emanem de prova documental inequívoca e não estejam ainda a reclamar apuração e acertamento em juízo por diligências complexas e de resultado incerto(...).

Nesse contexto, não seria demais, tratando-se de um título executivo coletivo, a expansão desse entendimento para abranger também a necessidade de realização de um procedimento de liquidação. O termo de ajustamento de conduta não se desnatura como título executivo extrajudicial caso contenha alguma obrigação ilíquida. Tal parcela poderá ser integrada por um procedimento de liquidação, tal como se se tratasse de uma sentença coletiva, para depois ser executada, dispensando-se, em qualquer caso, a condução de um processo de conhecimento. Sustentar posição diferente faria com que o TAC, em muitos casos, se

inviabilizasse, por insuficiência de dados; ou que sua executividade se restringisse apenas à multa, em prejuízo da coletividade representada; ou obrigaria o legitimado coletivo a “liquidar” a obrigação, com informações inadequadas e perda de tempo, antes da assinatura do termo.

O projeto de Lei 5.139/09 expressamente permite a liquidação do TAC nos parágrafos do art. 50:

Art. 50. (...)

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Apesar disso, a liquidação é expressamente autorizada apenas em favor do indivíduo, quando se tratar de direitos individuais homogêneos, o que, embora revele que o título executivo extrajudicial pode ser passível de liquidação sem ser desnaturado enquanto tal, não atinge a amplitude do posicionamento supra sustentado.

3.5 O cumprimento da sentença coletiva

O título executivo judicial, em regra, a sentença, caso seja de procedência, representa a mudança do status jurídico do autor, que passa a ser o credor da obrigação descrita no título. Não se trata mais de uma simples pretensão apresentada em juízo, mas de um documento hábil a instruir um processo de constrição do vencido ao seu cumprimento.

A sentença, todavia, não é mais que um ponto de partida, quando se pensa na efetiva reparação do direito lesado, no retorno da coletividade atingida pela atuação do réu ao estado anterior, ou a sua compensação. É preciso, então, dar início à fase processual de liquidação desse título, caso necessária e, uma vez integrado por todos os seus elementos, à fase de cumprimento, de efetivação do provimento.

Nesse momento reside uma das maiores peculiaridades do processo coletivo, uma verdadeira encruzilhada perante a qual o processo coletivo poderá seguir dois caminhos diversos. Em primeiro lugar, o processo poderá permanecer como processo coletivo, sendo a execução conduzida pelo mesmo legitimado coletivo que atuou no processo de conhecimento ou, em caso de inatividade, por outro que o substitua. Essa solução será possível quando se tratar de reparação de direitos difusos e coletivos, os quais são, por natureza, indivisíveis, originando uma prestação que beneficiará a coletividade como um todo, ou, na hipótese de direitos individuais homogêneos, se o legitimado optar por seguir na execução, representando os titulares dos direitos (CDC, art. 98), ou se decorrer o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

A segunda trilha da encruzilhada processual é a que se poderia chamar de *descoletivização* do processo coletivo. Obtida a sentença, o legitimado coletivo se retira e os próprios titulares, valendo-se do título executivo judicial, ajuízam, cada um, suas respectivas execuções. Esse fenômeno também terá lugar tanto na hipótese de direitos individuais homogêneos quanto na de transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva atinente a direitos difusos e coletivos para o caso individual, conforme autoriza o art. 103, § 3º do CDC.

Conforme mencionado nas considerações metodológicas do presente trabalho, o que impactará no modo de condução da execução coletiva será o caminho tomado entre essas duas vertentes, pouco importando a espécie de direito transindividual que originou o título. Assim, a execução coletiva conduzida pelo legitimado coletivo terá um rumo, enquanto a conduzida pelo titular do direito seguirá outro muito diferente.

Ressalve-se, mais uma vez, que serão analisadas, de conformidade com as considerações metodológicas iniciais, apenas as normas atinentes à execução coletiva de obrigação de pagar.

3.5.1 O cumprimento de sentença coletiva pelo legitimado coletivo

Obtida a sentença pelo legitimado coletivo, e 1) tratando-se de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, cuja prestação seja indivisível, ou; 2) de direitos individuais homogêneos em que o legitimado coletivo se valha da prerrogativa de seguir no processo de execução, nos termos do art. 98 do CDC, ou; 3) se não acorrerem interessados bastantes à execução relativa

a direitos individuais homogêneos, pelo prazo de um ano, caberá ao legitimado coletivo a condução do cumprimento da sentença.

Procedimentalmente, o cumprimento será iniciado pelas regras do art. 475-J, ou seja, cabe ao devedor efetuar o pagamento, após receber a intimação, pela imprensa, na pessoa de seu advogado, após o retorno dos autos, sob pena de multa de dez por cento do valor da condenação⁴⁰.

O legitimado coletivo poderá indicar bens do devedor a penhora, caso deles tenha ciência. Apesar disso, a jurisprudência ainda está se pacificando sobre a possibilidade de determinação da penhora eletrônica de dinheiro, certamente o método mais eficaz para a obtenção dos valores, antes do credor tomar providências para a localização de bens do devedor⁴¹. Essa resistência é ainda maior caso a providência seja solicitada em caráter liminar.

Tal óbice, ainda que venha sendo afastado pelo STJ, garante ao devedor tempo de fraudar a execução, retirando seu dinheiro do sistema bancário ou transferindo-o para a conta de outra pessoa, além de impor ao credor um ônus desnecessário, consistente na busca inútil de outros bens penhoráveis, ante o simples argumento de “invasividade” da penhora eletrônica.

Em verdade, o que se verifica, por experiência prática, é que tal argumento foi cunhado apenas com o intuito de liberar o judiciário da realização de sucessivos procedimentos de penhora eletrônica, que são burocraticamente complexos para o juiz e os serventuários. Ademais, como o sistema não emite uma ordem perene, que efetue o bloqueio tão logo o valor seja depositado, mas apenas uma determinação instantânea, que apreende os recursos disponíveis naquele momento, os juízes se tornam avessos a repetir, por pedidos do credor, sucessivas vezes o procedimento, como seria o adequado para a obtenção de uma execução eficaz, enquanto não se altera a configuração do sistema.

⁴⁰ V. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 940.274/MS, julgado em 07/04/2010, rel. p/ o AC. Min. João Otávio de Noronha.

⁴¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE ESGOTAR OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DISPONÍVEIS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS EM NOME DO EXECUTADO, ANTES DE REQUERER AO JUIZ A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL DO BRASIL. MEDIDA EXECUTIVA PLEITEADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.382/2006. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1052264/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 23/03/2009)

Esta necessidade de uma ordem que possa permanecer latente sobre as contas do devedor, aguardando um depósito vultoso que possa por elas transitar, ainda que por apenas alguns minutos, não é a única alteração necessária no sistema *BACEN-JUD*. Além dela, essencial para a melhoria da efetividade da execução, também é necessário que o sistema seja aperfeiçoado para resguardar as impenhorabilidades, especialmente do salário e do valor depositado em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos (no novo texto, art. 758, IV e X). Atualmente, o sistema bloqueia indiscriminadamente a remuneração salarial do devedor, privando-o de suas condições de sobrevivência enquanto formula o pedido de liberação.

Assim, se por um lado é importante aperfeiçoar o sistema para garantir que seja mais eficiente contra o devedor que, de má-fé, se furta da execução, também é importante melhorá-lo para que não lese o devedor protegido pela impenhorabilidade, fato que pode ensejar, inclusive, responsabilização do Estado. Fora isso, independentemente da resistência da burocracia cartorial, a penhora eletrônica, resguardadas as impenhorabilidades, deve ser a regra geral, por ser o meio mais eficaz de obtenção do cumprimento da obrigação.

3.5.1.1 Legitimidade para o cumprimento e eficácia mandamental da sentença

O cumprimento da sentença coletiva é, conforme já se asseverou, obrigatório para o legitimado coletivo que a obteve, podendo acarretar, na hipótese de inatividade por mais de sessenta dias, a assunção do polo ativo pelo Ministério Público, ou a designação de um outro membro deste para o processo, caso dele seja a mora. Nessa hipótese de assunção por um outro legitimado será necessário observar o mesmo requisito de pertinência temática do ajuizamento da ação. Assim, embora o Ministério Público possa e deva assumir o cumprimento de quaisquer sentenças coletivas, dos demais legitimados deverá ser exigido algum liame lógico em relação à decisão.

Mazzilli (2007, p. 508) extrai três conclusões em relação à legitimidade para o cumprimento da sentença coletiva, quais sejam:

- a) Em se tratando de condenação por danos a interesses individuais homogêneos, também a vítima e seus sucessores podem promover a liquidação da sentença na

- parte que lhes toque; apenas se não o fizerem é que os co-legitimados à ação civil pública ou coletiva poderão fazê-lo em benefício de todo o grupo;
- b) Na condenação por danos a interesses coletivos em sentido estrito, a regra anterior também é aplicável, por analogia. Com efeito, se a vítima ou seus sucessores têm ação individual suspensa na forma do art. 104 do CDC, podem ter interesse na execução individual do julgado coletivo que as favoreça;
- c) No tocante à sentença condenatória que verse interesses difusos, porém, só os co-legitimados à ação civil pública ou coletiva podem promover sua liquidação; o indivíduo não poderá requerer a liquidação de sentença nessa hipótese, salvo apenas se, como cidadão, detiver legitimidade para propor ação popular com o mesmo objeto.

As três conclusões do autor merecem alguma crítica. A primeira, relativa aos direitos individuais homogêneos, se foca no art. 97 do CDC, olvidando-se do teor do art. 98, que expressamente autoriza a execução coletiva, “abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação”. Assim, não é apenas em razão da inatividade dos titulares do direito que o legitimado coletivo pode propor a execução relativa a direitos individuais homogêneos, mas também em relação a todos os valores que já tenham sido definidos por ocasião da liquidação, o que, aliás, é exigência lógica, uma vez que não haveria como se propor execução se o valor não fosse líquido.

Observe-se que essa previsão tem grande utilidade prática, uma vez que, na hipótese de uma cobrança indevida por um serviço público, a liquidação poderá determinar exatamente quem são as vítimas e quanto é devido a cada uma sem qualquer interferência destas, apenas com base nos registros da empresa que a efetuou.

Esse seria, na verdade, o ideal de uma ação coletiva, a ser perseguido pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, que poderá ser esclarecido com um exemplo: em 12/02/2005, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria do Des. Edilson Fernandes, julgou a AC 1.0024.03.998022-2/001, na qual o Ministério Público Estadual pleiteava o reembolso, a todos os consumidores do serviço de água e esgoto da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA, do reajuste cobrado no mês de fevereiro de 2003, uma vez que a Portaria que o autorizou apenas havia sido editada em março, sendo vedada a retroatividade. O Tribunal julgou procedente em parte o pedido “a fim de determinar que a COPASA restitua os valores pagos pelos consumidores que tiveram as tarifas reajustadas indevidamente no mês de fevereiro de 2003, decorrente da Portaria nº 004/2003”⁴². Assim,

⁴² Observe-se a ocorrência de um erro técnico nesse julgamento, na parte em que afirmou, logo na sequência do trecho supra transcrito, “deixo de fixar os ônus da sucumbência, visto serem incabíveis”. Ora, os ônus

como não houve limitação da coisa julgada à comarca de Belo Horizonte, todos os consumidores das localidades atendidas pela empresa passaram a ser credores da mesma.

Admitir a posição de Mazzilli, transcrita, significa dizer que, nesse exemplo, cada consumidor deverá ajuizar sua própria liquidação e posterior execução, violando um dos postulados básicos do processo coletivo, que é a redução do número de demandas. Converter-se-ia o processo coletivo em uma vitória de Pirro: o que se ganhou no processo de conhecimento se perde na liquidação e na execução.

Ainda no raciocínio do autor, provavelmente o número de execuções não seria significativo para fazer face ao dano causado, o que faria com que, após um ano, o legitimado coletivo pudesse ajuizar a medida de cumprimento, mas agora, em favor do fundo de reparação, ou seja, sem qualquer benefício direto para os titulares do direito, que efetivamente pagaram o reajuste indevido.

A situação se torna inusitada: como se trata de um serviço público, o aumento impugnado foi autorizado pelo Estado. Convertida a reparação em depósito para o fundo, o valor, pago pelos consumidores, ao invés de se destinar à sociedade de economia mista estadual, será depositado no fundo, igualmente gerido pelo Poder Público, acionista majoritário da Companhia. Ora, seria apequenar muito o processo coletivo conduzir-lo a uma interpretação que fizesse com que os recursos dos consumidores lesados sejam apenas transferidos de uma conta corrente para outra, sob a gestão do mesmo ente público.

Nesse diapasão, a melhor solução é a aplicação do disposto no art. 98 do CDC, permitindo o ajuizamento da liquidação e da execução, pelo legitimado coletivo, em favor de toda a coletividade lesada. Essa coletividade sequer necessitará intervir no processo, já que o sistema contábil da empresa tem condições de informar quanto cada pessoa pagou e, conseqüentemente, quanto tem direito de obter à guisa de restituição. Não se tratando de

sucumbenciais são perfeitamente cabíveis em ação civil pública julgada parcialmente procedente. Se tiver havido, por exemplo, a necessidade de condução de uma prova pericial, os honorários do perito deverão ser ressarcidos pelo réu-condenado, a quem os tiver desembolsado. As custas processuais também deverão ser ressarcidas ao Estado, por representarem o custo da tramitação do processo, do qual somente são isentos os beneficiários da assistência judiciária, os órgãos públicos e aqueles expressamente beneficiados em Lei, o que não é o caso de uma sociedade de economia mista.

dados sigilosos, como é o caso, os mesmos podem ser requeridos mediante ordem judicial ou mesmo requisitados pelo Ministério Público, autor da ação.

Obtidos os dados, a sentença tornar-se-á líquida, com todos os beneficiários e valores determinados. A partir daí, basta que o juízo determine ao executado que credite na conta de cada consumidor o valor devido.

Observe-se que, nessa lógica, o consumidor apenas toma ciência do processo coletivo quando recebe o crédito em sua conta. Ele não é obrigado a contratar advogado, nem a ingressar com ação, nem a amontoar o Poder Judiciário com demandas idênticas. Além disso, a condenação se reverte em favor do titular do direito, não de um fundo público.

A doutrina e a prática do processo coletivo brasileiro têm sido um pouco lenientes com a execução em favor do fundo. Embora esse assunto vá merecer tópico específico, cabe adiantar que a execução em favor do fundo, quando se tratarem de direitos individuais homogêneos, deve ser vista com absoluta reserva, uma vez que ela transmuda o processo coletivo em mera providência de punição do causador do dano, e não em reparação do titular do direito. Afirmar que o fundo adotará medidas, posteriormente, para apoiar iniciativas que, eventualmente, poderão beneficiar indiretamente aquele consumidor que efetuou o pagamento indevido é muito pouco quando o que se busca é a efetiva realização do direito.

Outro aspecto que pode ser extraído desse exemplo é a possibilidade, ainda pouco tratada pela doutrina, do juiz, com base no princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, determinar ao réu medidas de adimplemento atípicas, mesmo em uma execução de pagar.

A possibilidade de determinação de medidas de adimplemento atípicas, não expressamente reguladas em lei, é amplamente discutida pela doutrina, e conta com previsão legal, no que tange às obrigações de fazer, em razão da dicção, com seu teor bastante amplo, do art. 461, § 5º, segundo o qual “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como...”. Não há previsão equivalente no que tange às obrigações de pagar. Todavia, se vige, tal como entende Venturi (2000, p. 80), um princípio da efetiva prevenção e reparação dos danos, que é válido para o processo individual, mas, com maior intensidade, para o

processo coletivo, tal como afirma Almeida (2007, p. 35), ressaltando o valor e a aplicabilidade dos princípios da máxima amplitude e do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, bem como da máxima efetividade do processo coletivo, é de se autorizar, por analogia, a aplicação do disposto no referido art. 461, § 5º, para que o juiz determine ao devedor também da obrigação de pagar um comportamento positivo, que esteja em seu alcance, para adimplir a prestação.

Altera-se, então, a posição do devedor, que deixa de submeter seu patrimônio à penhora, mas, em casos específicos, assume um comportamento ativo, no sentido de permitir que essa máxima efetividade se realize. Esse novo meio de execução, que poderia ser denominado *execução como ônus do devedor*, estaria restrito aos casos em que este tem em seu alcance um meio de dar concretude à tutela coletiva, menos oneroso e mais eficaz que os meios legalmente regulamentados. Tal como no exemplo referido, é mais eficaz a realização dos procedimentos de liquidação e de cumprimento da decisão pela empresa executada, que dispõe dos dados dos clientes, dos valores cobrados de cada um, e do mecanismo de conceder-lhes um crédito posterior, efetivando a tutela, que a simples condução de uma penhora e posterior alienação, com a necessária exigência de que os clientes se dirijam ao processo judicial ou ao legitimado detentor do valor, ou ao fundo, para efetivamente receberem a parte que lhes cabe.

É preciso estabelecer que não basta ao executado a mera submissão ao processo executivo. Se execução existe, esta se deve à prática anterior de um ato ilícito, de um inadimplemento, por parte deste, em relação à coletividade. Se assim é, nenhum problema existe em imputar ao devedor não apenas o ônus financeiro de sua conduta, mas também o ônus procedimental de viabilizar a máxima efetividade da tutela coletiva, ainda mais quando esse comportamento não lhe acarreta ônus significativos.

Essa seria a adequada concretização do dever insculpido no art. 14, V, do CPC, segundo o qual cabe a todos aqueles que participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, efetivando, mais que um mero dever de não embaraço, um dever de colaboração entre as partes, de manter, conforme Dinamarco (2009a, p. 265), “comportamentos condizentes com os mandamentos éticos”. Desse modo se poderiam evitar a

incidência das percucientes objeções de Mendonça Lima e José Olímpio, bem reproduzidas por Assis (2009, p. 366):

Entre os abundantes propósitos moralistas do vigente CPC, inçado de sanções e de advertências inúteis, ressalta-se o que programou o comportamento desleal do executado. Foi bem apreendido por Mendonça Lima o diagnóstico do legislador: “A execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulações de incidentes infundados”. Na verdade, a execução padece dos males do processo, seja qual for sua função, que arrancam do individualismo exacerbado, alimentam-se do discurso fácil em prol do acesso à justiça e geraram o direito de demandar sem riscos, sob o pálio da gratuidade de justiça. Ao seu tempo, José Olímpio de Castro Filho reclamava: “... examinem-se, atentamente, de modo geral, e causará pasmo como a falta de direito, na maioria dos processos, é manifesta. Podem variar os incidentes e os aspectos, mas a conclusão é uma só, na absoluta maioria das ações: pululam a malícia, a astúcia, o erro grosseiro, a fraude mesmo, em matizes diversos que não escondem o abuso do processo”. É claro que, na função executiva, destinada à realização do direito, tudo assume ares de fim de mundo. Por isso, a terapêutica alvitrada na redação originária do CPC chegava ao excesso de proibir manifestações do devedor nos autos, medida de crassa inconstitucionalidade, e que agora se abrandou na aplicação de uma pena pecuniária, fixada pelo juiz, “em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução” (art. 601). De resto, a antiga proibição revela-se amiúde anódina, porque, inexistindo constrição patrimonial ou outro motivo, nenhum interesse concreto moveria o executado a “falar nos autos”.

Assim, nada há de ilícito em permitir que o juiz, valendo-se dessa principiologia e da aplicação analógica do art. 461, §5º determine ao executado medidas de efetivação da tutela. Se existe um princípio da máxima efetividade do processo coletivo, ele não pode ser satisfeito pela simples possibilidade de execução para o fundo de reparação coletiva. Seria cabível, caso o executado desatendesse a essas determinações, a atribuição da pecha de ato atentatório à dignidade da Justiça, com a imposição da respectiva multa. Cabe destacar que, no julgamento do caso analisado, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Des. Batista Franco, que funcionou como revisor, aventou essa possibilidade, embora sem fazer considerações teóricas, afirmando que “essa restituição que deverá ser concedida, poder-se-ia, inclusive, ser concedida nas próprias contas dos usuários”.

Embora com outros argumentos, essa também é a posição de Guerra (2003, p. 152):

Ora, não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, *anti-isonômico* que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do *princípio constitucional da isonomia* (igualmente dotado de *status de direito fundamental*), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado §5º do art. 461, *a toda e qualquer situação de tutela executiva*,

independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis” (destaques do original)

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, adotou o entendimento aqui defendido, sob a denominação técnica de atribuição de eficácia mandamental à condenação. Trata-se da decisão do REsp 767.741-PR, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 24.08.10, em que se reconheceu a possibilidade de se determinar ao Banco do Brasil, vencido em ação coletiva relativa a expurgos inflacionários, que pagasse os valores diretamente aos credores individuais. A decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, havia afirmado:

Na peculiar situação de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos (diferenças devidas aos poupadores em decorrência dos planos econômicos passados), é possível se conferir eficácia mandamental à sentença, sem que se verifique qualquer prejuízo processual ou de ordem material aos envolvidos. No caso, a aplicação de tradicional procedimento executório, pelos indivíduos beneficiados pela sentença, causaria insuperáveis transtornos ao Judiciário, traria desnecessário ônus aos titulares de direito e, posteriormente ao próprio devedor, razão pela qual admite-se a moderna aplicação do direito, para se atingir a finalidade social de lei.

O recorrente, Banco do Brasil, sustentava, tal como a doutrina exposta, a necessidade de manifestação dos interessados para a realização dos direitos reconhecidos em ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos. O juízo da execução havia determinado:

Partindo-se da premissa de que o processo é um mero instrumento social para eliminar a lide e, de conseqüência, realizar os fins para os quais foi concebido no menor espaço de tempo possível, constato que, transitada em julgado a sentença que reconheceu o direito dos poupadores, não há outra coisa a fazer neste processo senão dar eficácia mandamental à decisão de fls. 515/523 e assim determinar que o Banco, em dez dias, deposite em nome dos poupadores, cuja lista se encontra acostada aos autos (fls. 728), a importância que foi condenado a pagar (sic remunerar mediante depósito), acrescida de juros de mora de 0,5%, a contar da citação, cf. determinado na sentença de f. 395, mais correção monetária, observando-se para tanto a S. 37, do STJ; o INPC de março/91 até 06/94; o IPCr de 07/94 até 07/95 e daí em diante o Dec. Lei 1.544/95, pena de multa diária de R\$ 10.000,00.

Contra essa decisão recorreu o Banco, tendo o Superior Tribunal de Justiça afastado seus argumentos, por unanimidade, afirmando:

O Acórdão ora recorrido chancelou julgamento do Juízo de origem, que 1) determinou: que a execução se faça diretamente pelo próprio Banco depositário, ora recorrente, mediante o cálculo do que deva ser pago e depósito na conta de cada um dos poupadores de Cadernetas de Poupança abrangidos pelo julgado, 2º) prescreveu

a pena de multa diária de R\$ 10.000,00, para coerção indireta ao cumprimento do julgado ("astreinte").

(...)

Examinados com atenção os escritos que balizam a execução do julgado, vê-se que o decidido pelo Juízo (n. 11, letra "a", supra), determinando que o próprio Banco deposite o devido a cada um dos seus depositantes nas contas bancárias que lhes são pertinentes é perfeitamente adequado ao julgado. Com efeito, a petição inicial pediu (n. 11, letra "b", supra) que o Banco "faça o ressarcimento dos contribuintes-poupadores junto a sua carteira de Caderneta de Poupança ", isto é, pediu que o Juízo mandasse colocar o dinheiro nas próprias cadernetas de poupança; a sentença (n. 9, letra "c", supra), julgando totalmente procedente o pedido, isto é, nos termos em que deduzido na petição inicial, inclusive a forma de pagar, decidiu "condenar o réu para que pague", sem determinar, repita-se, forma diversa do que havia sido pedido e julgado procedente sem reparos; o Acórdão não interferiu na forma de pagamento (n. 11, letra "d", supra).

De inteiro rigor, portanto, nos termos do pedido pela autora da Ação coletiva e nos termos do julgado pelo Tribunal do Estado do Paraná, e transitado em julgado, a determinação do Juízo no sentido de que o próprio Banco deposite na conta de seus depositantes, os valores que lhes são devidos.

13.- É claro que a determinação do julgado, em princípio, diferencia-se do que normalmente ocorre nos comandos jurisdicionais da matéria -- afasta-se, em verdade, do "id quod plerumque accidit" , ou seja, do que comumente acontece.

Mas não há ofensa a lei federal nenhuma na determinação do Juízo, no sentido de que o preceito do julgamento transitado em julgado se cumpra pela forma mandamental, que se extrai da própria petição inicial, da sentença e do Acórdão -- como se demonstrou acima.

Nada há nos artigos de lei invocados pelo Recurso do Banco do Brasil, que obste essa determinação, ou seja, que impeça a execução mandamental direta, mediante depósito na conta bancária de seus depositantes, pelo próprio banco (CPC, art. 463; Lei da Ação Civil Pública - Lei 7347/85, art. 15; Código de Defesa do Consumidor, Arts. 96, 97, 98, 99 e 103, § 3º; e Lei Complementar 105, art. 1º, V).

Lembre-se que, do fato incontroverso de os consumidores individuais poderem propor execuções individuais não se pode extrair a conclusão de que seja vedado ao Juízo determinar que o Banco devedor efetue, ele próprio, o depósito dos valores nas contas de seus clientes, até porque seria contraditório imaginar que, do fato de alguém ter direito não seria congruente imaginar a impossibilidade de determinação para a satisfação desse direito.

Casos discrepantes da normalidade -- como o de não haver mais conta de algum interessado no Banco -- serão resolvidos individualmente, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

O que não faria sentido é, tratando-se de estabelecimento que lida com moeda corrente e, portanto, espécie de bem preferente, mesmo na ordem da penhorabilidade, dar início a execução, para que viesse a criar-se novo longo processo, reabrindo-se todas as instâncias recursais, para, ao final, pagar o que, afinal de contas, já deve ser feito de imediato pela forma mais simples, que é a determinada pelo Juízo.

14.- O julgamento evita, permita-se a expressão, a "judicialização a varejo" de execuções multitudinárias, como o que vem sendo observado no Brasil, a produzir verdadeira inviabilização do próprio serviço judiciário.

Observa-se no caso o que, em regra, se faz no mundo, ou seja, proclamada a tese jurídica, ou reconhecida a questão fática, por intermédio da "Class Action" (USA), ou instituto assemelhado, não se exige que cada um dos milhares de beneficiários do julgamento coletivo promova sua ação individual, mas, sim, ao contrário, segue-se o cumprimento do julgado por atividade direta da entidade atingida pelo julgamento, seja mediante atuação da entidade responsável, no obrigatório cumprimento automático do julgado, seja por ação de medida de coerção indireta -- geralmente por intermédio de órgão setorial, público ou privado, do setor.

A longa citação é relevante para que se perceba que o que a doutrina tradicional vem defendendo já foi superado pelo Superior Tribunal de Justiça, que adotou decidida posição no sentido de evitar, com toda razão, aquilo que o Min. Beneti denominou “judicialização do varejo”, que nada mais é que aquilo que acima se expôs, ou seja, a perda dos benefícios do processo coletivo em um infundável pântano de execuções. O Min. Paulo Furtado, componente da turma, bem captou a importância da decisão:

Sr. Presidente, penso que o voto brilhante de V. Exa. abre um caminho para a eficácia da prestação jurisdicional, porque, no momento em que o acórdão diz que os efeitos da sentença se estendem a todos os poupadores do Estado do Paraná – e esse acórdão transita em julgado –, exigirmos que cada beneficiário ingresse com a execução é sobrecarregar o Judiciário sem necessidade. Então, considero que a tese de V. Exa. é nova, de certa forma ousada, mas atende àquele anseio de celeridade e de economia processuais.

Nos mesmos termos, o Min. Massami Uyeda asseverou que “louvando o empenho, a originalidade, até mesmo o pioneirismo de V. Exa., pois estamos exatamente em uma construção da eficácia da jurisdição, e o voto de V. Exa. é irretorquível, acompanho integralmente o voto de V. Exa.”.

É bem observado pelo Ministro relator a maior semelhança do regime determinado pela sentença, e aqui defendido, em relação ao modelo das *Class Actions* norte-americanas, que inspirou o processo coletivo brasileiro. Cumpre ressaltar, outrossim, ser nesse sentido a previsão do projeto de Lei 5.139/09, que dispõe:

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.

O artigo 27 também estabelece disposições interessantes, que vão no mesmo sentido do aqui defendido. Cabe observar, todavia, que, por uma deficiência de técnica legislativa, o caput do dispositivo estabelece normas para a execução de título executivo extrajudicial, embora seus parágrafos disponham sobre a execução de modo geral. As normas, que seriam de grande valia para o processo coletivo, estão assim redigidas:

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

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

§ 2º 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.

§ 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.

E também o art. 44:

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Resta indagar se esse regime, aqui proposto para as obrigações de pagar, mas já aplicável às de fazer, constituiria a recepção, no Direito brasileiro, do *contempt of court* norte-americano. O *contempt of court*, ou descato à corte, é o mecanismo utilizado especialmente para resguardar a autoridade do Judiciário, atribuindo ao julgador a prerrogativa de punir a parte desrespeitosa. Para Dinamarco (2009a, p. 275) essa é justamente a ideia e a inspiração dos art. 600-601 do CPC. Já Assis (idem, p. 370), assevera:

A multa aplicada ao executado não merece o rótulo, porém, de *contempt of court*, nem a sanção do art. 601 é a pena característica do verdadeiro descato ao tribunal. Esse instituto da Common Law, na sua forma mais característica, importa a prisão do infrator, o que não ocorre na disciplina vigente entre nós. De outro lado, o ato atentatório à dignidade da justiça ofende a própria jurisdição, motivo por que não cabe indenizar a parte contrária – no caso, o exequente – mas o Estado, como acontece no art. 14, parágrafo único.

O maior aprofundamento da controvérsia ultrapassa o escopo dessa pesquisa, mas cabe observar que, tratando-se de processo coletivo, em que pende o interesse da coletividade, o

juiz deverá ser especialmente parcimonioso na aplicação do disposto no parágrafo único do art. 601 do CPC, que autoriza a isenção da multa em troca da promessa de não reincidência e oferecimento de fiador.

Retomando, após essas observações, a segunda das três considerações de Mazzilli, fica claro não se poder afirmar que na condenação por danos a interesses coletivos em sentido estrito, a regra será a execução individual como prioridade, e de execução coletiva apenas como medida sucessiva.

Por fim, há que se fazer reparo também ao terceiro postulado do autor, segundo o qual haveria uma vedação absoluta à execução da tutela de interesses difusos pelos sujeitos individuais, a não ser que estes tivessem legitimidade para o ajuizamento da ação popular de mesmo objeto. Não parece ser possível, antes de tudo, permitir que qualquer cidadão execute a condenação relativa a direitos difusos, pelo simples fato de ter legitimidade para o ajuizamento de uma ação popular correspondente. Ainda que as ações coletivas se superponham em alguns aspectos, tal construção violaria o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, que estabelece o rol de legitimados para essa ação, excluindo a possibilidade de que o cidadão venha a conduzir a ACP, seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução, que, inclusive, compõem o mesmo processo sincrético. Além disso, semelhante esforço hermenêutico é desnecessário, dado o amplo rol de legitimados estabelecido no mencionado dispositivo da LACP.

Por outro lado, embora o cidadão não possa executar o título executivo referente a direitos difusos, sob a perspectiva coletiva, pode executá-lo sob a perspectiva individual, mediante o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o caso individual, por aplicação do art. 103 do CDC. Explica Almeida (2007, p. 201):

Portanto, conforme o estabelecido no referido dispositivo do CDC, é possível a transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada em sede de ação civil pública que tenha como objeto de tutela direitos difusos e coletivos para o plano individual. Com isso, as vítimas ou seus sucessores poderão se beneficiar individualmente dessa coisa julgada coletiva e com base nela estarão autorizados a promover diretamente à liquidação individual com base na sentença geradora da coisa julgada coletiva. Entretanto, deverão alegar e, em regra, provar: o dano sofrido, o seu *quantum debeat* e a relação de causalidade. Aplica-se aqui o disposto nos arts. 96/99 do CDC.

Correto o argumento do autor. Se, em sede de ação coletiva, uma empresa foi condenada por um dano ambiental, poderá o pescador individualmente por ele afetado, valer-se da coisa julgada para executar (depois de liquidar) os prejuízos que sofreu em decorrência do mesmo, sem a necessidade de provar, por exemplo, a responsabilidade do referido poluidor.

Com inteira razão, sumariza Silva (2009, p. 129):

A sentença condenatória proferida na Ação Coletiva em defesa de direitos difusos e coletivos resultará em um título executivo judicial, que poderá ser utilizado para a defesa de direitos individuais homogêneos. Uma vez caracterizado o dano, não será necessária nova ação para verificação do *eventus damni* (sic), relacionado ao mesmo fato, já apurado. Pode haver um transporte *in utilibus* da coisa julgada, resultante de sentença proferida em Ação Coletiva para a defesa dos direitos difusos e coletivos às ações individuais.

(...)

Esse dispositivo vem inspirado no princípio da economia processual e ainda nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*. Assim, as vítimas do dano, reconhecido na sentença, poderão passar, desde logo, para os atos relacionados à liquidação e execução, nos termos dos arts. 96 a 99 do CDC.

Com isso, além da extensão subjetiva do julgado, haverá ampliação do objeto processual, *ope legis*. Isso porque, mesmo sem pedido expresso nesse sentido, estará caracterizado o dever de indenizar pelo dano reconhecido.

Assim, o cidadão terá acesso imediato à execução, precedida de liquidação, se for o caso, beneficiando-se diretamente da decisão coletiva para obter a reparação do dano individualmente sofrido.

3.6 Peculiaridades da execução de título extrajudicial pelo legitimado coletivo

A execução de título extrajudicial, em regra, o TAC, se dá, ordinariamente, pelo legitimado que o celebrou, de acordo com as cláusulas do ajuste, as quais costumam prever, além da execução específica da obrigação avençada, multas moratórias tendentes a induzir o comportamento desejado.

Não se afasta, todavia, por aplicação analógica do art. 15 da Lei da Ação Civil Pública, a possibilidade de outros legitimados executarem o TAC descumprido, em razão da inatividade do compromitente original.

Essa multiplicidade de legitimados poderá acarretar, na riqueza da realidade concreta, situação em o legitimado que tomou o TAC considere que este está sendo cumprido, ou que ainda cabem tratativas para ajustar seu cumprimento, enquanto outro legitimado adote a posição de que houve descumprimento e que a situação é de execução.

Mais uma vez, a doutrina trata a obrigatoriedade da execução como um princípio cartesiano, com se fosse possível precisar, em casos de alta complexidade, se um determinado modo de cumprir uma obrigação constitui adimplemento perfeito ou imperfeito da avença. O TAC relativo à comunidade indígena Krenak, já referido, prevê a realização de relatórios trimestrais, os quais exibiram, em muitos momentos, inconformidades de execução, justificadas por fatos alheios à vontade do compromissário. Tais inconformidades seriam perfeitamente aptas a dar ensejo a uma execução, o que, até o momento da redação do trabalho, não ocorreu, por parecer ao Ministério Público que a situação poderia ser solucionada por outros meios negociais.

Isso não impediria que outro legitimado coletivo ajuizasse ação de execução do compromisso, uma vez que, objetivamente, há descumprimento, redundando na esdrúxula situação de um compromisso estar sendo cumprido e executado ao mesmo tempo.

Essa é umas das situações em que o compromissário do TAC não terá como evitar a pendência de uma ação judicial, apesar da celebração do compromisso, uma vez que a caracterização do sistema possibilita esse conflito, que, em larga medida, desestimula a maior disseminação da avença. A álea a que se submete o compromissário, especialmente em face dos entendimentos doutrinários, já mencionados, que lhe dão pouca proteção contra a atuação de outros legitimados, faz com que seja melhor responder, desde logo, ao processo judicial que se sujeitar a esse tipo de dúvida. No exemplo citado, só restará ao compromissário embargar a execução, alegando ausência de inadimplemento do título.

Resta indagar se o tomador do compromisso poderia figurar nessa ação de embargos do executado, na condição de assistente do réu. Parece certo que sim. Os embargos do executado se constituem em ação autônoma, na forma do art. 736 do CPC, sendo possível a intervenção de terceiros. O tomador do TAC, nessa circunstância, tem interesse jurídico na causa, uma vez que pretende dar continuidade ao cumprimento da obrigação, que poderá ser inviabilizado

pelo resultado da lide, na hipótese, e.g., da previsão de uma cláusula penal substitutiva. Apenas ao Ministério Público é de ser negado tal papel em razão de intervir obrigatoriamente em causa dessa natureza, na condição de fiscal da lei. Seria de se considerar, todavia, a suspeição do membro do Ministério Público que conduz o cumprimento extrajudicial do TAC para atuar nessa lide, dado seu interesse na confirmação de seu trabalho anterior.

O Projeto de Lei 5.139/09 expressamente permite a execução do TAC pelos demais legitimados coletivos ou, quando se tratar de direitos individuais homogêneos, pelos titulares dos direitos, olvidando-se, todavia, da possibilidade de transporte *in utilibus* do TAC para o plano individual, em favor destes últimos:

Art. 50. (...)

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

Outra peculiaridade a ser mencionada sobre a execução do termo de ajustamento de conduta é a possibilidade da coletividade representada repudiá-lo, conforme narra Rodrigues (2006, p. 284), em processo no qual, após a celebração de TAC pelo qual comunidade indígena reconhecia área de propriedade de uma indústria, em troca da alocação de recursos na aldeia, a própria comunidade, em reunião subsequente, repudiou a avença, que foi rescindida unilateralmente pelo compromissário.

Embora não se tenha maiores detalhes do caso, é claro que essa situação deve ser absolutamente excepcional, sob pena de se inviabilizar o próprio instituto jurídico. A coletividade representada deve ser ouvida pelo legitimado coletivo, antes do acordo, e estar ciente da seriedade do processo pelo qual será constituído o título executivo. É claro que, já tendo havido desembolso, as partes deverão ser restituídas ao estado anterior, com direito, para o compromissário, de indenização por eventuais prejuízos sofridos, a ser suportada, na espécie, pela União, por se tratar de comunidade indígena.

Mais importante que o caso em si, é a questão nele pontuada, da vinculação do legitimado coletivo e da própria comunidade representada ao teor do TAC. Na espécie, havendo rejeição, *a posteriori*, de suas cláusulas, este foi simplesmente rescindido, como se fosse vinculativo apenas para o compromissário. É de se indagar se seria possível, nesse caso, o ajuizamento de ação de execução pelo compromissário, para exigir da comunidade o cumprimento da obrigação e da prestação à qual estaria vinculada, uma vez que, no referido termo, havia certa reciprocidade nas prestações.

3.6.1 Considerações sobre a ação coletiva passiva

A hipótese narrada no tópico anterior seria exemplo de execução coletiva passiva, em que a coletividade seria a ré, e não a autora do processo. A doutrina muito diverge acerca dessa possibilidade. De certo modo, ela já existe no Direito do Trabalho, no qual o sindicato representa os direitos da categoria, em regra, ativamente, mas também passivamente, por exemplo, na hipótese de caracterização de legalidade de movimento grevista, em que a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 722 estabelece inclusive penalidades para os trabalhadores, individual ou coletivamente, que se recusarem a cumprir as decisões proferidas em dissídio coletivo, ainda que estes não figurem, como, de fato, não figuram, no processo de dissídio coletivo.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em sua exposição de motivos, redigida por Ada Pellegrini Grinover, traz a seguinte consideração:

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

Assim, o referido texto, hoje abandonado, buscava regular a ação coletiva passiva no Brasil. O anteprojeto partia de um novo paradigma de processo coletivo, que estabelecia o regime de controle da representatividade adequada do legitimado coletivo *ope judicis*, e não *ope legis*, tal como ocorre atualmente. Assim, em razão da possibilidade do juiz avaliar a representatividade adequada, qualquer pessoa física passaria a ser legitimada ativamente para o processo coletivo (art. 20 do Anteprojeto), em conjunto com os atuais legitimados institucionais. Seriam essas pessoas, integrantes da coletividade organizada, que ostentassem a condição de representantes adequados, mais os sindicatos, os legitimados para a ação coletiva passiva. O Ministério Público e os demais legitimados ativos estariam excluídos da representação passiva (art. 38)⁴³. A decisão, então, faria coisa julgada para a coletividade.

Alguns autores, tais como Pedro Dinamarco (2003, p. 133), entendem ser impossível a ação coletiva passiva no Brasil, em razão da falta de regulamentação legal, que, além de ser um problema em si, acarreta a ausência de possibilidade de identificação de um representante adequado, e a impossibilidade da coisa julgada coletiva estabelecer obrigações para os interessados individuais, já que o sistema brasileiro foi estruturado de modo que apenas as decisões coletivas favoráveis se estendem aos indivíduos. Gidi (2007, p. 414), denota que sua posição fora contrária às ações coletivas passivas no Brasil, mas que passava a considerar que era o momento de se avançar para uma posição de aceitação da referida ação, todavia, *de lege*

⁴³ Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

(...)

Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

ferenda, não *de lege lata*. Considera que “parece-nos que o ideal seria uma reforma legislativa que traçasse cuidadosamente os contornos desse tipo de ação”.

Outros autores, com base na jurisprudência norte-americana, que estruturou a *defendant class action* mesmo sem previsão legal, entendem que há possibilidade de ajuizamento dessas ações, e que não admiti-las é que seria uma violação da inafastabilidade da jurisdição. Afirma Violin (2008, p. 154):

A judicialização de interesses contra o grupo é corolário do direito constitucional de ação. Uma vez que é concretamente possível a existência de um interesse individual contraposto a um interesse coletivo, não há fundamento que legitime a exclusão desse direito fundamental do potencial autor. Com fundamento na doutrina de Marinoni, sustenta-se que o fato de não haver normatização específica acerca das ações coletivas passivas não pode ser motivo para inadmitir sua existência no Direito brasileiro. O princípio da legalidade, que impediria o Estado de atuar sem prévia autorização legal, deve ser compreendido dentro de sua nova conformação histórica. Isso significa outorgar ao juiz poderes para concretizar valores constitucionais, mesmo diante de uma omissão legislativa. A constatação de que a ação coletiva passiva, mais que uma possibilidade, é um imperativo decorrente de norma constitucional (...)

A conclusão é similar à de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008, p. 218 e ss.), os quais afastam os argumentos contrários, sustentando que, se se admite o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental, embargos à execução ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu, na ação coletiva, tendo o legitimado coletivo na condição de réu, mesmo sem previsão legal, seria possível admitir a ação coletiva passiva. Admitindo a representatividade adequada *ope judicis, de lege lata*, tal como o faz Violin, os autores sustentam que qualquer legitimado coletivo ativo também poderia ser passivo, cabendo ao juiz avaliar suas qualidades. Entendem que negar tal ação seria inviabilizar o direito fundamental de ação contra o grupo. Por fim, sustentam que essas ações já existem, em casos de servidores públicos grevistas e na justiça do trabalho.

Os argumentos são, todavia, falaciosos. Em primeiro lugar, como lembra Gidi (2007, p. 415),

a flexibilidade e a praticidade inerentes ao sistema de common law e particularmente ao direito processual civil americano e à Rule 23 facilitaram essa construção jurisprudencial. O direito processual civil brasileiro, como de resto o sistema de civil Law como um todo, é muito mais estático, formal, abstrato e burocrático, altamente dependente da lei escrita. Seria arriscado atribuir ao Judiciário brasileiro a tarefa de criar um novo tipo de ação coletiva, com processo e procedimento distintos das que existem.

Não é possível, por mais que se queira sustentar uma posição, abrir mão de todo um sistema histórico de direito, muito diferente do norte-americano e, com base em uma cláusula aberta da inafastabilidade da jurisdição, pretender-se criar, à margem da lei, todo um novo processo, conduzido *ad libitum* por cada juiz, até que, um dia, o Supremo Tribunal Federal eventualmente edite sua regulamentação, em algumas súmulas vinculantes que, por sua vez, também representarão usurpação da competência legislativa.

Os defensores dessa tese esquecem, em nome do direito de ação, outros princípios igualmente constitucionais, da segurança jurídica, da separação de poderes e da democracia. A ação coletiva passiva só faz sentido se a decisão coletiva puder prejudicar a coletividade. Afinal, se assim não for, não haverá interesse de agir do autor, que obterá não mais que uma recomendação judicial. Não é esse o sistema adotado no Brasil, que preferiu solucionar a tensão existente entre a afetação do sujeito por um processo do qual ele não é parte, nem pode se manifestar, pela extensão apenas *in bonam partem* dessa decisão, ou seja, apenas quando benéfica. Estender ao indivíduo uma decisão coletiva maléfica, que lhe cria deveres, exigiria todo um novo sistema de legitimação do processo pela participação. Não seria apenas a aferição da representatividade do legitimado coletivo, mas também a ampla possibilidade de participação do indivíduo e a criação de mecanismos que os permitissem efetivamente levar suas distintas posições ao conhecimento do juízo, influenciando no conteúdo da decisão, bem como que aferissem a coincidência entre a vontade do indivíduo e a manifestação do legitimado coletivo.

Quanto ao argumento acerca da possibilidade de ajuizamento de ação cautelar, mandado de segurança, ação rescisória e embargos à execução, nos quais a coletividade é defendida pelo legitimado coletivo, é evidente que a analogia não se aplica. Uma coisa é defender direitos processuais da coletividade, resguardar sua posição judicial ou defender um título executivo constituído em favor dela, que o interessado visa a desfazer ou a ser exonerado de cumprir. Outra, muito diferente, é defender a coletividade em uma situação em que a outra parte pretende ver criada uma obrigação nova, de direito material, um dever até então inexistente, que será suportado por seus membros. A se admitir tal construção, poder-se-ia cogitar, por exemplo, de condenar a coletividade em custas, na hipótese de improcedência da ação coletiva ativa.

Assim, fica claro que é inviável, no direito processual brasileiro, de *lege lata*, a ação coletiva passiva e, mesmo na hipótese de uma regulamentação, seria o caso de restringi-la apenas aos direitos coletivos em sentido estrito, em que, dada a restrição das dimensões do grupo, sua relação com o legitimado coletivo é muito mais estreita, permitindo a mitigação dos problemas de representatividade elencados. Ir além disso é permitir que alguém sofra restrição em seu patrimônio jurídico em razão de um processo no qual não pode participar, ferindo o direito constitucional de ampla defesa.

Em conclusão, em relação ao exemplo que motivou essa digressão, não há possibilidade, no sistema processual brasileiro, de exigir da coletividade uma obrigação por ela eventualmente assumida em um termo de ajustamento de conduta. Ainda que tal situação seja possível, e que o TAC acabe estabelecendo, no afã de regular as relações, obrigações para o compromissário e para a coletividade, criando a aparência de um título executivo *pro et contra*, não se trata mais que de aparência, uma vez que não há como o compromissário executar o título contra a comunidade, pois o direito brasileiro não admite o reflexo negativo do processo coletivo no patrimônio jurídico individual. Tal circunstância deverá ser integrada no risco do compromissário ao celebrar o TAC, podendo converter-se em perdas e danos, caso a coletividade seja especialmente tutelada por algum ente público, como é o caso dos índios. Se não for essa a hipótese, ao compromissário restará o ajuizamento de ações individuais em defesa de seus direitos.

Ressalte-se que não se viabiliza, no exemplo mencionado, a responsabilização do ente público ao qual pertence o Ministério Público (União ou Estado), uma vez que não há nexo de causalidade entre sua atuação e o prejuízo suportado pelo compromissário, mas apenas entre este e a ação da coletividade. Não se pode pretender que o simples fato da coletividade ser representada, na celebração de TAC, por um ente legalmente habilitado a tanto, transforme esse ente, ou a pessoa jurídica que por ele responde financeiramente, em tutor, em responsável por um comportamento que é alheio à sua vontade.

Quanto à questão da frustração das obrigações contidas nos termos de ajustamento de conduta, Rodrigues (2006, p. 243 e ss.) realizou, no âmbito do Ministério Público Federal, pesquisa qualitativa sobre os termos de ajuste de conduta celebrados no período de 1992 a 1998, abrangendo 78 compromissos. Dentre os vários aspectos analisados, observa-se que

60% dos ajustes celebrados não previam multa cominatória, e que o índice de descumprimento variou de acordo com a natureza do direito tutelado, sendo maior quando se tratavam de direitos individuais homogêneos - 50%, contra 30% dos ajustes que versavam sobre direitos coletivos e apenas 11% dos relativos a direitos difusos - e do direito material envolvido, sendo maior em matéria de direito do consumidor e em saúde, e menor em matéria de meio ambiente.

Embora a amostragem, quando consideradas as diversas categorias, seja bastante reduzida, o que compromete uma conclusão, é possível observar que o termo de ajustamento de conduta, sobretudo em matéria de direitos difusos e coletivos, obtém eficácia muito maior que o ajuizamento da ação coletiva, especialmente quando se considera que 60% dos ajustes celebrados sequer contava com multa cominatória, que 52% foram celebrados em período inferior a um ano em relação à data do conflito e que o índice de descumprimento, na matéria em que os termos foram mais numerosos, o direito ambiental, foi de apenas 12,8%.

Ainda que haja possibilidade de frustração da avença, o tempo tem mostrado que a solução extrajudicial dos conflitos é mais benéfica aos titulares dos direitos, permitindo que a lesão seja reparada de forma mais rápida e mais específica que pelo ajuizamento de ações judiciais.

3.6.2 Procedimento na execução de título extrajudicial pelo legitimado coletivo

Outra peculiaridade a ser tratada acerca da execução de título extrajudicial pelo legitimado coletivo é a questão procedimental, que não oferece maiores dificuldades. Conforme o art. 652 do CPC, o executado será citado para pagar em três dias, sendo expedida, desde já, uma segunda via do mandado, que servirá para a realização da penhora, caso não haja adimplemento voluntário. A intimação da penhora poderá ser feita na pessoa do advogado, caso já o tenha constituído

Quando se tratar de legitimado coletivo que faça jus a honorários advocatícios, quais sejam, todos menos o Ministério Público, estes já devem ser fixados na inicial (art. 652-A). Não sendo encontrado o devedor, mas havendo bens disponíveis, estes serão arrestados (art. 653).

Os procedimentos relativos à satisfação do crédito, por serem comuns tanto aos títulos judiciais quanto aos extrajudiciais, serão tratados em tópico apartado.

3.6.3 *Condenação por litigância de má-fé na execução coletiva*

Uma última observação há que ser feita, acerca do disposto nos arts. 17 e 18 da Lei 7.347/85, relativamente à possibilidade de condenação do legitimado coletivo em custas e honorários, além de multa até o décuplo das custas, dispositivos que também seriam aplicáveis à execução, na hipótese de má-fé. Rogério Lauria Tucci (2007, p. 386), em artigo cujo título já revela parcialidade, afirma que “é de ter-se, consequentemente, em consideração o tema referente à responsabilização do autor vencido (especialmente quando proposta pelo Ministério Público), nos autos de ação civil pública inexitosa, pelos ônus da sucumbência”.

O autor não explica exatamente porque essa especial predileção pela responsabilização do Ministério Público sobre os demais legitimados coletivos, mas manifesta que

exige-o, superiormente, o regramento da isonomia processual, em que se especifica o da igualdade de todos perante a lei, tal como procuramos, anteriormente, e o outro alvitre, deixar especificado.

(...)

Entretanto, e infelizmente, como é notório, nossos juízos e tribunais, apesar do destaque ao comodismo em que se posta o autor, principalmente o Ministério Público – que pode propor tantas e quantas ações civis públicas quiser, sem nenhum temor de sofrer as conseqüências da derrota na causa – não têm, na sua generalidade, atentado para a desigualdade (evidenciada, em brilhante parecer, pelo professor e então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Vicente Greco Filho) das situações em que se postam uma pessoa física ou jurídica de direito privado, que se procura obter o reconhecimento judicial de seu direito subjetivo, e o proponente da ação civil pública, que, embora até execrado no respectivo julgamento, resta liberado da responsabilização pelos ônus da sucumbência, com a inserção, na parte final do *decisum*, do singelo e injurídico mote: ‘custas como de direito’...

A falácia argumentativa, evidente, é a tentativa de aplicação de soluções iguais a situações desiguais. Uma pessoa física ou jurídica de direito privado litiga em defesa dos próprios interesses. Participa, então, do jogo processual, no qual, para obter um benefício, se arrisca a um malefício, que é o pagamento das custas e honorários, em caso de sucumbência.

O Ministério Público, assim como os demais legitimados, não litiga buscando um interesse próprio, seja pessoal, seja institucional. A remuneração do membro do Ministério Público,

assim como o orçamento da instituição, permanecerão inalterados, ajuíze ou não a ação civil pública, vencido ou vencedor, ao final. A situação é, portanto, evidentemente desigual, a demandar soluções desiguais. A proposta do autor, sim, criaria uma distorção, que é a introdução, no processo brasileiro, de um agente que nada tem a ganhar, uma vez que os frutos da vitória são destinados à coletividade, não a si mesmo, e tudo tem a perder, uma vez que, caso derrotado, arcaria com os ônus sucumbenciais. Quem perde com a introdução de normas ou de entendimentos que inibam o ajuizamento de ações coletivas não é o Ministério Público, mas sim a sociedade.

Assim, se existe uma preocupação com o excesso de ações civis públicas – tese, em si, discutível, especialmente porque a maioria dos autores ainda defende a ampliação do rol de legitimados coletivos, o que faz supor que as ações ainda são insuficientes – ou se há um abuso dos membros do Ministério Público no ajuizamento dessas medidas, esses problemas se resolvem com providências disciplinares, não com a distorção da própria lógica do processo coletivo. Processualmente, a sanção deve ser cabível, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução, apenas em casos de comprovada e indubitosa má-fé, tal como propugna a Lei, sob pena de se desestimular o acesso da coletividade ao Judiciário, por intermédio dos legitimados coletivos.

3.7 Execução (cumprimento) coletiva provisória e prescrição da execução coletiva

Embora o ordinário seja que, transitada em julgado a sentença, seja iniciado, imediatamente, ou em curto prazo, o cumprimento da sentença, é preciso analisar as consequências do início antecipado ou tardio do cumprimento da sentença, ou seja, do ajuizamento da execução antes do trânsito em julgado, em caráter provisório, ou da delonga em seu início, a tal ponto que se possa levantar a possibilidade de ocorrência da prescrição.

3.7.1 Execução coletiva provisória

Ainda que a efetivação do provimento antes do trânsito em julgado seja tratada pela doutrina e pelo CPC (art. 475-O) como “execução” provisória, trata-se, em regra, de cumprimento provisório, uma vez que esta modalidade somente existe, em relação à execução de título extrajudicial, na hipótese de pender apelação da sentença que julga os embargos do devedor

recebida com efeito suspensivo, ou seja, toda execução por título extrajudicial inicia-se definitiva, podendo vir a se tornar provisória no curso do processo. Esse regime, portanto, não vai além do julgamento da apelação. Havendo recursos subsequentes, a execução volta a correr como definitiva. Já o cumprimento provisório da sentença vai desde a decisão de 1º grau até o trânsito em julgado, ressalvada apenas a possibilidade de dispensa da caução para alienação de bens – o principal efeito da provisoriedade da execução – na hipótese de pendência de agravo de instrumento junto ao STF ou STJ (art. 475-O, § 2º, II)

Vale destacar a técnica observação de Assis (2009, p. 338), segundo a qual a execução não é propriamente provisória, uma vez que as medidas adotadas nela são as mesmas da definitiva. Provisório é o título, que ainda não se consolidou. As medidas executivas conduzidas estão, nessa circunstância, submetidas a condição, dada a possibilidade de serem desfeitas por um evento futuro e incerto, qual seja, a invalidação do título. Contudo, uma vez consolidado o título, ou seja, afastada a incidência da condição, todas as medidas executivas até ali conduzidas não serão passíveis de serem refeitas, ou seja, serão definitivas.

Mazzilli (2007, p. 513) trata do assunto em apenas dois parágrafos, para afirmar que a execução provisória é possível, pelas mesmas regras do CPC, e que “o adiantamento da tutela é execução provisória, que corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que a parte contrária haja sofrido”.

É preciso, todavia, aprofundar um pouco mais a questão. Cabe lembrar, em primeiro lugar, que, havendo impugnação parcial da decisão, a parte não impugnada transitará em julgado, fazendo com que se abra a possibilidade de execução definitiva daquele capítulo da sentença; por outro lado, quanto à parte recorrida, caberá execução provisória, de modo que ambas as espécies de execução poderão coexistir em relação a um mesmo provimento.

Mas a execução provisória tem um gravame bastante específico para aquele que opta por sua condução: a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao executado. O dever de indenizar surge pela mera revisão da decisão exequenda, sendo desnecessária a prova de culpa ou dolo do exequente. Esses prejuízos, nos termos do art. 475-O, II, serão liquidados por arbitramento, nos mesmos autos da execução provisória. Mais uma vez, é esclarecedor o pensamento de Assis (2009, p. 347):

Em síntese, não se cogita, para o efeito de pesar sobre o credor assumir dever de indenizar o devedor ante a posterior desconstituição do título, através do provimento do recurso pendente, da noção de culpa *lato sensu*. O dever indenizativo surge tão-só do desfazimento do título, seja qual for o meio. É bem de ver, realmente, que a execução se desenvolveu válida e regularmente na pendência do recurso. Assim, estimá-la de injusta, retroativamente, e acudir à noção de culpa, mostrar-se-ia impossível. O exequente indenizará em razão da prática de atos (processuais) lícitos. Todavia, tais atos produziram efeitos injustos no plano material.

Anotado esse pressuposto, cabe indagar: conduzida a execução provisória de decisão coletiva, posteriormente desfeita pela via recursal, como aplicar esse dever de indenizar? Poder-se-á, simplesmente, imputar ao legitimado coletivo exequente, que não age em benefício próprio, mas sim da coletividade, a obrigação de indenizar o executado? Em caso positivo, tratando-se de uma associação, de quais recursos lançará mão para fazê-lo?

Trata-se de uma *vexata quaestio*, não abordada pela doutrina, que se desvia desse foco para debater apenas a necessidade de caução para garantia do juízo, afirmando, em geral, sua desnecessidade, sob o genérico argumento de que dificultaria a tutela de direitos transindividuais. Tenha-se de Oliveira (2009, p. 77):

Tema controvertido, porém, diz respeito à necessidade de caução idônea, nos próprios autos, para a execução provisória que consistir em levantamento de depósito em dinheiro e à prática de atos que importem alienação de domínio, ou que resultar grave dano ao executado. (...) Mas essas garantias processuais, que representam segurança para o devedor, não se coadunam com a defesa dos direitos coletivos. (...) Com efeito, parece inequívoco que tais exigências dificultariam a efetivação da tutela em defesa dos direitos coletivos, sendo contrária aos princípios que regem a matéria, sobretudo pela peculiaridade das pessoas legitimadas para tal defesa.

E de Leonel (2002, p. 371):

Em que pese posicionamento diverso, não se pode exigir caução para a execução provisória coletiva. A exigência seria contrária à índole do processo coletivo, dificultando a implementação da tutela obtida na sentença.

Contudo, a simples “dificuldade” na tutela não pode ser argumento suficiente para obrigar o devedor a se sujeitar a uma execução provisória, com levantamento de valores e alienação de bens – eventos que dão origem à necessidade de caução – sem sequer ter a garantia de que poderá ter seu patrimônio recomposto, ainda que pelo equivalente financeiro, na hipótese de reversão do provimento. Nenhuma dificuldade pode ser solucionada simplesmente arrancando do devedor uma garantia que a lei processual lhe outorga.

Além disso, a caução, nos precisos termos do art. 475-O, III, somente é exigível para “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”. Se esse fosse todo o problema, a solução seria fácil: bastaria ao legitimado coletivo conduzir a execução provisória sem realizar atos de alienação ou de disposição dos valores, aguardando, para tanto, o trânsito em julgado, já com a certeza de ter bem tutelado os direitos da coletividade, pelo adiantamento das demais providências executivas.

O problema vai muito além disso, em razão da necessidade de se indenizar o credor em qualquer hipótese de execução coletiva. Venturi (2000, p. 110) é o único que aborda a questão, nos seguintes termos:

Em princípio, uma vez que há destinação legalmente imposta para os valores arrecadados em execução na ação coletiva em defesa de direitos genuinamente metaindividuais, e que a execução provisória não permite o levantamento em dinheiro sem caução idônea ou alienação de bens da propriedade do devedor, não se vislumbra que espécie de “danos” poderiam advir ao executado. Entretanto, se ocorrerem concretamente, o princípio do art. 588, I, do CPC, determina a responsabilização do condutor da execução coletiva.

Observe-se que o autor vislumbra o problema, mas nele não se aprofunda, uma vez que: a) não aborda a peculiaridade institucional dos legitimados coletivos; b) não aborda o problema de que o legitimado coletivo não age em benefício próprio, mas sim da sociedade; c) se olvida de que há penhora na execução provisória, de modo que os bens do devedor sofrerão constrição, ainda que permaneçam em sua posse, o que não deixa de ser um prejuízo. Além disso, haverá, no mínimo, a despesa com os honorários do advogado contratado para sua defesa nesse incidente.

A complexidade principal está em buscar uma solução que permita a execução coletiva provisória, sem simplesmente suprimir garantias do devedor, dando razão à observação de Antônio Álvares da Silva (2007, p. 29):

em nome da pretensão à sentença, realizam-se atos do processo de conhecimento e, em nome de sua efetividade, os atos de liquidação, mesmo que estejam reunidos num único procedimento. O que caracteriza a execução provisória é uma certa presunção em favor do direito do autor.

Essa presunção de razão do autor decorre do fato de já ter obtido provimento favorável em primeiro grau, o que torna razoável que ele possa adiantar providências executórias. Mas também não se pode permitir que o réu, em razão dessa presunção, bastante tênue, seja despojado de suas garantias e obrigado a suportar, sem qualquer reparação, as medidas executivas.

Por outro lado, é certo que o credor de uma execução provisória individual age em benefício próprio, fazendo um juízo econômico sobre os riscos e as vantagens de ingressar com a medida. Trata-se de assumir um risco: ingressar com a execução e poder fruir de seu proveito antecipadamente, com o perigo da responsabilização, ou não ajuizá-la e demorar mais para obter a concretização do direito.

Na execução coletiva, o exequente não age por interesse próprio, nem gozará do proveito da concretização do provimento. Ele age no interesse da coletividade, e não parece justo que, procurando agir de forma a tutelar os interesses sociais do modo mais responsável, qual seja, pela antecipação, tanto quanto possível, da efetivação do direito, possa ser responsabilizado, na hipótese de desfazimento do título, como quer Venturi (idem, *ibidem*), ou Nolasco (2005, p. 435) que, sem efetuar quaisquer ponderações, afirma simplesmente que “tratando-se de execução provisória levada a efeito por um dos legitimados do art. 82, CDC, ou do art. 5º, LACP, o co-legitimado é que assumirá a responsabilidade”. Haveria uma inversão do princípio da execução provisória, supra exposto, de que quem quer o benefício arca com o risco. Aqui, quem quer o benefício é a sociedade, e quem arcaria com o risco seria o legitimado, que, no sistema brasileiro, diferentemente do norte-americano, nada, absolutamente nada, tem a ganhar, pessoalmente, com o processo coletivo.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, alheio a toda essa discussão, prevê a execução provisória, com alienação de bens, mas por ela responsabiliza o legitimado coletivo:

Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Se não é adequado responsabilizar o legitimado coletivo, que não age por interesse próprio, nem simplesmente suprimir as garantias do devedor, a única solução possível recai sobre o Estado. E não se trata aqui de aderir à mania corrente na doutrina, que visa transformar o Estado brasileiro em um garantidor universal, mas de reequilibrar a divisão de riscos: se é a sociedade quem será beneficiada pelo adiantamento da execução, é ela quem deve responder pelo risco que lhe é inerente, por intermédio da entidade que ela própria custeia. Nesses termos, se a execução provisória coletiva for desfeita, caberá ao Estado, legítimo representante da sociedade, indenizar os prejuízos ao devedor, resguardada, por aplicação analógica do art. 17 da LACP, a possibilidade de regresso contra o legitimado coletivo, na hipótese de comprovada má-fé, bastante improvável.

Essa solução prestigia a execução provisória, resguarda os direitos do devedor e viabiliza a melhor atuação do legitimado coletivo, que não o faz por interesse próprio, mas para a defesa da sociedade.

Há que se ressaltar, ainda, que não há como viabilizar os atos de alienação na execução provisória coletiva, uma vez que o oferecimento de caução não se coaduna com as peculiaridades institucionais de nenhum dos legitimados, seja pela vinculação aos princípios do orçamento público, seja pela ausência de finalidade lucrativa, nem é possível dispensar simplesmente a caução, conforme já sustentado, com base em um tênue apoio principiológico. A solução, portanto, é permitir que a execução provisória avance, o que constitui um ganho de tempo considerável, sem, contudo, autorizar a alienação.

3.7.2 Prescrição da execução coletiva

Analisada a situação da ação coletiva precoce, ou seja, ajuizada ainda antes da formação definitiva do título executivo extrajudicial, cabe analisar seu oposto, que é a execução tardia, redundando na possibilidade de prescrição da pretensão executória. Grinover (2007, p. 907), afirma que a prescrição da pretensão executória, no que tange a direitos individuais homogêneos, se determina pelo prazo do direito material pleiteado, buscando, com essa consideração, afastar qualquer argumento no sentido de que o prazo de um ano, previsto no

art. 100 do CDC, teria natureza prescricional. Não há referência aos direitos difusos e coletivos.

A doutrina diverge muito sobre o tema, ante a ausência de disposição legal. Venturi (2000, p. 107), propõe a imprescritibilidade dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais dos quais derivem obrigações relativas a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, ao argumento de que o respectivo dever de reparação é indisponível e somente pode ser conduzido pela via especial do processo coletivo. Com apoio em Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, afirma que a prescrição é um instituto criado pelo direito para sancionar a inércia de seu titular, situação que é intransponível para o regime dos direitos transindividuais, que não têm titular determinado.

O referido autor também sustenta (2000, p. 149), a imprescritibilidade da reparação dirigida ao fundo coletivo, ao argumento de que esta também possui natureza essencialmente transindividual. As posições de Elton Venturi são integralmente sufragas por Silva (2009, p. 58 e 128), que também sustenta a imprescritibilidade da reparação dos direitos difusos e coletivos, em razão dos seus titulares não serem legitimados à defesa dos mesmos em juízo, bem como, pelo mesmo argumento, da execução em favor do fundo. Defende, outrossim, a prescrição da pretensão executória individual, nos direitos individuais homogêneos.

Oliveira (2008, p. 85), se mostra desconfortável com esse entendimento de imprescritibilidade, mas não apresenta um único argumento em favor da tese contrária. Outros autores de manuais de Processo Coletivo, tais como Gomes Jr. (2008), Mazzilli (2007) e Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008) não abordam a questão.

É preciso considerar que a prescrição, de fato, é uma criação do direito para sancionar a inatividade de seu titular, criação esta fundada nos postulados dos direitos individuais. Além disso, é complexo imaginar que uma determinada lesão ao meio ambiente possa se consolidar com o passar do tempo, gerando para seu perpetrador, pela ausência do ajuizamento de uma ação, “direito adquirido” ao dano provocado. Por fim, ante a ausência de um prazo legal, não haveria como se presumir um, fazendo analogia, por exemplo, com o nada análogo prazo de cinco anos para a reclamação de vícios do produto, previsto nos arts. 26 e 27 do CDC.

Por outro lado, a prescrição é uma construção derivada do direito fundamental à segurança jurídica, o qual tem sido prestigiado em nosso ordenamento jurídico ao ponto de acarretar, no Superior Tribunal de Justiça, o desprovimento de diversos pedidos de relativização da coisa julgada de ações de investigação de paternidade decididas sem exame do código genético. O valor da segurança jurídica é tal que pode fazer com que alguém continue sendo pai de outrem, mesmo sem sê-lo.

Ademais, não é exatamente verdadeiro dizer que os titulares dos direitos nada podem fazer contra uma violação a direitos transindividuais, por não serem legitimados. Como a Constituição da República de 1988 consagra o livre associativismo (art. 5º, XVII) e o direito de petição (art. 5º XXXIV), e a LACP autoriza, no art. 5º, §4º, a dispensa do pré-requisito da pré-constituição ânua da associação, a sociedade que sofre a lesão transindividual pode: 1) reunir-se em associação e ajuizar a ação civil pública, requerendo o benefício processual referido; 2) representar ao Ministério Público para que este atue; 3) tratando-se de lesão a bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, ajuizar ação popular (art. 1º, §1º, da Lei 4.717/65).

A circunstância de um direito ser de todos, de uma coletividade indeterminada, não pode acarretar a conclusão de que não é de ninguém e, por essa razão, deve ser imprescritível, já que ninguém pode agir para defendê-lo. Se o patrimônio da coletividade, mais ou menos determinada, não é defendido, em tempo razoável, por nenhuma das inúmeras entidades legitimadas pela LACP, não é correto afirmar que não há omissão de ninguém, impedindo a incidência da prescrição, mas sim que há omissão de todos, mais grave, portanto, que a omissão de um titular de direito individual, que muitas vezes pode ser de baixa escolaridade, mal assessorado juridicamente etc. Assim fica claro como é possível argumentar até mesmo que a prescrição tem ainda mais razão quando se volta contra o direito da coletividade, que pode ser defendido por muitos ou todos, que contra o direito individual, de alguém que muitas vezes não tem as mais básicas condições de acesso à Justiça.

É preciso considerar, ainda, que há apenas uma hipótese de imprescritibilidade, em matéria cível, inserida na Constituição da República de 1988, no art. 37, § 5º, relativa à ação de ressarcimento pelos prejuízos causados ao erário. A regra no ordenamento jurídico brasileiro é, portanto, a prescritibilidade, em nome da garantia da segurança jurídica.

Nesses termos, parece mais adequado o estabelecimento de prazo prescricional também para o ajuizamento de ação e da execução coletiva, o qual se daria, na falta de outra previsão legal, pelo prazo máximo previsto na legislação civil, que é de dez anos (art. 205 do Código Civil). A inatividade da sociedade não é inatividade de ninguém, mas sim de todos, em nada, nesse aspecto, diferente da inatividade do particular, não havendo motivos, nem previsão constitucional ou legal para tratá-la de modo diverso.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, tratando de matéria ambiental, no julgamento do REsp 1120117/AC, rel. Min. Eliana Colmon, à unanimidade, pela Segunda Turma do Tribunal, em 10/11/2009, que:

Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da **imprescritibilidade**, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. (destaque do original)

Argumenta a relatora:

O segundo tópico argumentativo do recurso especial busca afastar a prescrição vintenária, sob o argumento de que "embora a Lei da Ação Civil Pública silencie quanto ao prazo prescricional relativo às pretensões nela cotejadas, a elas deve ser aplicada a prescrição quinquenal, porquanto se trata de idêntica pretensão tratada pela Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) em seu art. 21" (fl. 3578).

Por consequência, indaga-se: qual o prazo prescricional aplicável às ações coletivas de reparação de dano ambiental?

A questão não é nova neste Tribunal e foi objeto de apreciação, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 647.493/SC, da relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha, com ementa nos seguintes termos:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade,

uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexos causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

(...)

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

(REsp 647493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007 p. 233)” (grifo do original).

A Ministra relatora, em razão da relevância do tema, optou por analisá-lo com maior profundidade, asseverando:

Dentro desse contexto, o dano ambiental refere-se àquele que oferece grande risco à toda humanidade e à coletividade, que é a titular do bem ambiental que constitui direito difuso.

Com efeito, o que se considera, em tais danos, é a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente, nos moldes de julgamento proferido pela Primeira Turma deste Tribunal, no REsp 578.797/RS, da relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, DJ de 20.9.2004.

(...)

Dessa forma, concluímos que a reparação civil do dano ambiental assumiu grande amplitude no Brasil, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador do meio ambiente, inclusive imputando-lhe responsabilidade objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

(...)

Sabemos que a regra é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5º.

Entretanto, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.

(...)

No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental.

É preciso reconhecer, resguardada a posição pessoal de que o melhor entendimento seria o que promovesse a responsabilidade da sociedade por seus próprios interesses, que os argumentos da Ministra relatora são convincentes e aptos a sustentar a tese da imprescritibilidade, de modo que a questão se encontra, pelo menos no que tange a direitos

difusos, solucionada: é imprescritível a ação para a reparação de direitos difusos e, por aplicação da súmula 150, do Supremo Tribunal Federal⁴⁴, também é imprescritível a respectiva execução.

Apesar disso, parece que os argumentos expostos na decisão não são extrapoláveis para as hipóteses de direitos individuais homogêneos, que são, antes de tudo, direitos individuais, apenas processualmente tratados sob a égide coletiva. Trata-se, na feliz expressão de Zavascki, de tutela coletiva de direitos, não de tutela de direitos coletivos.

Por essa razão, não há como sustentar a imprescritibilidade nessa hipótese, seja a execução conduzida pelo legitimado coletivo, em favor do fundo, seja pelos titulares dos direitos. A modalidade de execução não é, em circunstância alguma, fator gerador de alteração do prazo prescricional do direito material. Conforme ressalta Theodoro Jr. (2009, p. 320):

prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto em lei, aquilo que os romanos chamavam de *actio*, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Em linguagem moderna, extingue-se a pretensão.

Não há argumento jurídico que permita sustentar que o mesmo direito que está prescrito para ser executado pelo titular individual é passível de execução pelo legitimado coletivo. A execução em favor do fundo de reparação não tem o condão de constituir um direito novo, cuja prescrição seja distinta dos direitos individuais que originaram a ação. Ela é apenas um mecanismo processual para evitar que o baixo valor individual dos direitos individuais homogêneos objeto de tutela sirva como obstáculo para a efetiva reparação e, desse modo, acarrete o locupletamento do devedor.

Pode-se concluir, com essas considerações, que, embora sejam imprescritíveis as pretensões executórias relativas à reparação de direitos difusos, por constituírem, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bens essenciais à coletividade, não há como sustentar a imprescritibilidade da execução atinente a direitos individuais homogêneos, seja pelo legitimado coletivo, seja pelo titular individual, uma vez que estes prescrevem individualmente.

⁴⁴ Súmula nº 150: prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.

Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, não há decisão judicial. Como estes estão a meio caminho entre os direitos difusos e os individuais homogêneos, uma vez que, embora sejam transindividuais, de caráter indivisível, pertencem a uma coletividade determinada ou determinável, também não há como sustentar sua imprescritibilidade, uma vez que: a) se pode precisar, com maior ou menor facilidade, quem são as pessoas que praticaram a omissão juridicamente relevante; b) tais direitos não se referem a valores fundamentais da existência coletiva, condição que orientou o posicionamento do STJ.

3.8 A satisfação do crédito na execução movida pelo legitimado coletivo – os fundos de reparação

Tratar-se-á, no presente tópico, acerca dos procedimentos para a satisfação do crédito nas execuções movidas pelo legitimado coletivo e da destinação dos valores obtidos com o encerramento de tais execuções, que irão aos fundos de reparação de direitos, federal, estaduais ou municipais, em caráter definitivo, quando se tratar de execução atinente a direitos difusos e coletivos, ou em caráter transitório, quando se tratar de execução relativa a direitos individuais homogêneos em que não tenha havido habilitação ou individualização dos credores individuais, o qual poderá vir a se tornar definitivo, com o transcurso do prazo.

3.8.1 Procedimentos para a satisfação do crédito no processo coletivo

Os procedimentos para a execução de quantia, a partir da penhora, são comuns tanto ao cumprimento de sentença quanto à execução de título extrajudicial, sendo regulados a partir do art. 646 do CPC. Tais procedimentos foram fortemente alterados pela reforma processual de 2006, que modificou, dentre outros, o modo de realização da penhora, simplificando-o, a ordem de preferência para penhora e, especialmente, os meios de satisfação do crédito, com a introdução de novos mecanismos. São estes mecanismos que interessam ao estudioso da tutela coletiva, em primeiro plano, uma vez que, em relação aos demais tópicos, a realidade do devedor é que terá relevância para a execução, não a do credor. Como o devedor é um agente individual, vez que afastada a possibilidade de ação coletiva passiva, todos esses procedimentos não são distintos de uma execução individual.

No que tange aos meios de satisfação do crédito, a penhora de dinheiro, executada pelo mecanismo da penhora *on line* é o mais eficiente e adequado para a tutela de direitos transindividuais, uma vez que permite o rápido bloqueio dos recursos financeiros, os quais, em regra, não faltam para os grandes devedores da coletividade. É preciso, quanto a este mecanismo, apenas lembrar a necessidade de superação de algumas resistências judiciais ainda existentes, conforme já mencionado.

O CPC reformado prevê, em seus arts. 677 e ss., a possibilidade de penhora de estabelecimento comercial, para o qual o juiz nomeará um administrador. Essa modalidade, que já é de baixíssima utilização no processo individual, é ainda mais duvidosa no processo coletivo.

Essa nova figura de satisfação, mantida no Projeto de Lei 166/10, tem a imensa dificuldade de aplicação decorrente da inviabilidade de se encontrar um “administrador-depositário” que se disponha a assumir a responsabilidade pela gestão da empresa, com todos os riscos envolvidos. Ao contrário do que se possa imaginar, a situação é muito diferente da vivenciada pelo administrador judicial da falência, que administra um negócio já fadado ao insucesso e à extinção. Seu objetivo é apenas liquidar o ativo e quitar o passivo.

O administrador da empresa penhorada terá que gerir um negócio em pleno funcionamento, com débitos, créditos, compras, vendas e, retendo o percentual do faturamento penhorado, bem como sua própria remuneração, ainda devolver a empresa ao devedor, após a quitação da dívida. Se, ao receber a empresa de volta, o devedor constatar que a administração foi ruínoza ou, pelo menos, inadequada, será cabível a responsabilização do administrador e do Estado, em razão da nomeação judicial, e até mesmo do credor, por ter-se valido desse mecanismo. Estar-se-ia diante, nessa hipótese, do mesmo problema referente à execução provisória: o legitimado coletivo, que não age em nome próprio, poderia ser chamado a arcar com prejuízos de sua atuação, que se faz em benefício da coletividade, não por interesse próprio.

Outro aspecto relativo à satisfação do crédito, que deve ser tratado em relação ao processo coletivo, é que a reforma de 2006 priorizou a adjudicação como forma de satisfação do crédito (art. 647, CPC). Rompendo com uma tradição do direito brasileiro, que considerava inadequado que o credor adquirisse diretamente a propriedade do bem do devedor, o código

passou a considerar esta a modalidade preferencial de satisfação, pelos inúmeros trâmites burocráticos que evita: o credor adquire a propriedade do bem, restituindo o excesso, se houver, ou prosseguindo a execução pelo restante, sem necessidade de realização de duas hastas públicas, conduzidas por um auxiliar do juízo – que, a partir de 2006, pode ser público ou privado – de se envolver um terceiro adquirente, da possibilidade de embargos à arrematação etc.

Restaria indagar se essa solução é viável no processo coletivo. A princípio, dir-se-ia que não, uma vez que o interesse no processo coletivo não é do credor, mas sim da coletividade, não havendo sentido em se falar em adjudicação de bens. Tratando-se de execução em que haja possibilidade de se individualizar as prestações para os lesados individuais, mais uma razão haverá para que não haja adjudicação, mas sim a conversão em dinheiro do bem penhorado, para viabilizar o posterior adimplemento a cada um dos credores.

Todavia, em casos excepcionais, relativos a direitos indivisíveis – difusos ou coletivos em sentido estrito – em que o bem penhorável seja de especial interesse para a coletividade, podendo ser administrado pelo poder público em benefício direto desta, não haveria óbice em se efetuar a adjudicação. Assim, em uma ação de reparação de dano ambiental, caso seja penhorado, por exemplo, um imóvel no qual se localize uma área de floresta, este poderá ser adjudicado para a criação de um parque ecológico, ou, em caso de um dano imaterial, como uma publicidade enganosa, sendo penhorado um salão que possa ser convertido em salão comunitário, ou uma estrutura esportiva que possa ser disponibilizada para a comunidade, não há que se falar em óbice para a adjudicação.

Observe-se que a adjudicação, aqui, tem a peculiaridade de não se fazer em nome do exequente, mas da coletividade por ele representada, que adquirirá o bem por intermédio do ente público que a atende naquela atividade propriamente dita, ou seja, União, Estados ou Municípios, de acordo com a repartição de competências constitucionais. Tratando-se de competências concorrentes, qualquer dos três entes poderá habilitar-se para receber o bem

adjudicado. Assim, é essencial que, antes da adjudicação, seja colhida a concordância do ente público que, posteriormente, o administrará⁴⁵.

O que não se pode admitir, de modo algum, é a adjudicação de bens em proveito do próprio legitimado coletivo, ou seja, prédios para a instalação de sedes, veículos para utilização ou quaisquer outros proveitos que possam converter o processo coletivo em um mecanismo de aparelhamento do legitimado ou do Estado, à custa do direito da coletividade. O processo coletivo brasileiro, diferentemente do norte-americano, não foi talhado para que o legitimado seja estimulado a exercer suas atribuições visando à obtenção de benefícios próprios ao final. Confiou o legislador brasileiro no espírito público dos legitimados, que ajuizarão as ações em cumprimento de suas finalidades institucionais, talvez para romper com a lógica da ação popular que, sendo do alcance do cidadão individual, desde 1965 se tornou um mecanismo para levar a juízo disputas políticas ou pessoais.

É claro que haverá, em favor de todos os legitimados, menos do Ministério Público, a possibilidade de condenação do réu em honorários advocatícios, uma vez que, no silêncio da Lei 7.347/85, prevalecem as disposições do CPC, art. 20. Essa possibilidade, todavia, deve ser considerada como acidental, e bem estaria se viesse a ser suprimida em uma futura reforma legislativa que pretendesse a manutenção do modelo atual. O processo coletivo existe para a satisfação da coletividade, não dos interesses do legitimado.

Não havendo adjudicação, e obtendo-se, por algum dos mecanismos da lei processual, os recursos pleiteados pelo legitimado coletivo, serão eles destinados a um fundo de reparação, uma vez que, conforme mencionado, não podem ser objeto de apropriação pelo legitimado coletivo.

3.8.2 Os fundos de reparação de direitos transindividuais: panorama normativo federal e de alguns estados

O art. 13 da LACP constitui a previsão originária de fundos de reparação a direitos transindividuais – embora não seja adotada essa denominação específica – que podem ser

⁴⁵ Não há, é verdade, mecanismo processual para garantir que a finalidade seja cumprida, após a adjudicação, uma vez que esse ato é irreversível. O que poderia haver é a responsabilização do gestor inadimplente.

federais ou estaduais, exigindo-se apenas que do seu conselho gestor participem o Ministério Público e representantes da comunidade. O art. 20, do mesmo diploma, firmou o prazo de 90 dias para a regulamentação do fundo federal.

O prazo, embora não tenha sido rigorosamente cumprido, foi surpreendentemente razoável, sendo editado, em 16 de janeiro de 1986, o Decreto 92.302, que “regulamenta o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências”. O referido fundo destinava-se “à reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 1º), podendo receber tanto as condenações e multas advindas da aplicação da Lei 7.347/85, como também doações de pessoas físicas ou jurídicas.

O art. 2º do referido Decreto estabeleceu os órgãos que teriam assento no Conselho deliberativo do fundo, com participação do Ministério Público Federal, de Ministérios governamentais e de Associações, sendo estes ainda indicados pelo Ministro da Justiça. Fica evidente, então, que a direção do fundo é integralmente pública, sendo a participação social bastante limitada e controlada. Essa característica prevaleceu após a edição do Decreto 96.617, de 31 de agosto de 1988, que alterou ligeiramente a configuração do Conselho.

Em 1991, esse Decreto foi integralmente revogado pelo Decreto 407/91, que alterou inclusive a denominação do fundo, passando a chamá-lo de “*Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDDD*”. O principal objetivo da elaboração do novo ato normativo foi sua adequação ao recém-editado Código de Defesa do Consumidor, que previu, no art. 100, parágrafo único, a destinação, para o mesmo fundo, das condenações advindas de direitos individuais homogêneos não executados por seus titulares, o chamado *fluid recovery*.

Embora a composição do Conselho do Fundo tenha permanecido substancialmente a mesma, o Decreto era mais detalhista que os anteriores, atribuindo à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, o encargo de secretariar o fundo, e regulando, no art. 6º, II, aquele que viria a se tornar o principal mecanismo de aplicação dos recursos do fundo: “convênios e contratos a serem firmados pela Secretaria Executiva do Conselho”.

O art. 8º do Decreto 407/91 estendeu à reparação atinente a direitos difusos e coletivos o disposto no art. 99 do CDC, suspendendo a aplicação de recursos decorrentes de condenações relativas a esses direitos se estiverem pendentes pleitos individuais. Estes, nos termos do CDC, teriam preferência sobre aqueles.

Finalmente, em 9 de novembro de 1994 foi editado o ainda vigente Decreto 1.306/94, que manteve a denominação Fundo de Defesa de Direitos Difusos, mas alterou sua sigla para FDD. Foi mantida a unificação entre o fundo da LACP e do CDC, de modo que, no âmbito federal, há apenas um fundo para as condenações coletivas atinentes a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não havendo, no Decreto de regência, qualquer distinção dos gastos decorrentes de uma ou outra fonte de recursos. Pelo menos em nível de Decreto, os recursos que ingressam no fundo não estão vinculados à modalidade de direito transindividual que deu ensejo ao ingresso. Apenas o art. 7º do Decreto 1.306/94 estabelece, de modo bastante genérico, que “os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado”.

Assim, não é relevante que a condenação seja advinda de uma ação atinente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos para condicionar sua aplicação, mas apenas que a distribuição tenha relação com o direito material lesado, ou seja, tratando-se de aplicação em matéria ambiental, valores oriundos de condenações ambientais, e assim por diante. A previsão é complementada pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, que preceitua que os recursos sejam prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível. Conforme se verificará abaixo, essa previsão, além de insuficiente do ponto de vista da norma abstrata, não é cumprida na prática.

O Decreto 1.306/94 tem poucas mudanças em relação ao texto anterior: os representantes das associações são indicados por elas mesmas, desde que cadastradas junto ao próprio fundo, mas continuam sendo apenas três integrantes, em um total de dez, os quais, excetuado um, do Ministério Público Federal, são todos representantes de órgãos ou entidades do Poder Executivo federal. Assim, ainda que tenha participação do Ministério Público e da sociedade, o fundo federal é controlado pelo governo federal, que detém a maioria dos cargos no Conselho.

Os recursos do fundo podem, segundo o art. 6º do mencionado Decreto, ser despendidos para as seguintes finalidades: financiamento de projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa; promoção de eventos educativos ou científicos; edição de material informativo sobre meio ambiente, direitos do consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, defesa da ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos; financiamento de projetos de modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas. Mantém-se, todavia, a prioridade para o pagamento de condenações individuais relativas ao mesmo fato.

Em uma inusitada inversão de valores, foi editada, em 1995, após o Decreto 1.306/94, a Lei 9.008/95, decorrente de conversão da Medida Provisória 913/95, que praticamente repete os termos do Decreto anterior, positivando, em nível legal, aquilo que já estava criado em ato do executivo. Tanto é assim que o Decreto não passou por nenhuma mudança após a edição da Lei, continuando a existir como se nada houvesse acontecido.

Os Estados federados também cuidaram de criar seus próprios fundos, com as mais variadas configurações. Apenas a título de exemplo, Minas Gerais editou, em 2001, a Lei 14.086, que cria o Fundo estadual de defesa dos direitos difusos - FUNDIF e seu respectivo Conselho, vinculado à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social (Lei Delegada 58/03, art. 5º).

A configuração é sumamente parecida com a do fundo federal, abrangendo tanto as condenações relativas a direitos do consumidor, quanto aquelas atinentes aos demais direitos transindividuais, podendo seus recursos serem gastos, na forma do art. 1º, parágrafo único, “na recuperação de bem, na promoção de evento educativo e científico e na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado”, o que seria o desejável. O problema que se vislumbra, e que será melhor tratado abaixo, o qual também deriva do regulamento do fundo federal, é a locução que se segue, que possibilita gastos na “modernização administrativa de órgão público responsável pela execução de política” em áreas relativas a direitos transindividuais.

A lei mineira, 14.086/01, ainda aprofunda essa última previsão, declarando, no art. 2º, como beneficiários do fundo, também “o órgão ou entidade da administração pública direta ou

indireta, estadual ou municipal, responsável pela elaboração, pela criação, pela implantação ou pela execução de projeto ou programa de recuperação, reconstituição, restauração, proteção ou defesa de bem ou interesse difuso”, assim como as entidades não governamentais sem fins lucrativos, constituídas há pelo menos um ano, que apresentem projeto para a recuperação, reconstituição ou defesa de bens ou direitos difusos.

Há também uma interessante previsão no art. 12 do mesmo diploma, que atribui ao Conselho do Fundo o dever de enviar ao juiz prolator da decisão que ensejou a reparação, relatório especificado da aplicação dos recursos para a reconstituição do bem lesado.

Ocorre que a legislação do Estado de Minas Gerais, além do fundo referido, criou, por intermédio da Lei Complementar 66/03, na estrutura do Ministério Público Estadual, o Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – FEPDC, que concorre com o FUNDIF em matéria de direitos do consumidor, uma vez que também tem como fonte de recursos as indenizações e multas decorrentes de decisões judiciais em ações civis públicas relativas a direitos do consumidor, os valores provenientes das multas aplicadas pelo PROCON-MG, os valores oriundos de TACs firmados pelo MPE, dentre outros. Este fundo também pode ter como beneficiários (art. 4º da LC 66/03) órgãos públicos responsáveis pela defesa de direitos transindividuais, projetos de entidades privadas, também dessa natureza e, em aprofundamento da distorção verificada no FUNDIF, “o PROCON-MG, mediante apresentação de orçamento operacional para custeio de suas atividades”. Desse modo, o FEPDC se presta a custear, com recursos oriundos de lesões a direitos transindividuais, o orçamento operacional do PROCON, órgão público sem personalidade jurídica própria, integrante da administração pública estadual. O regimento interno deste Fundo será elaborado pelo Ministério Público estadual (art. 11).

Também o Estado de São Paulo, por intermédio da Lei 6.536/89, instituiu um Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, vinculado ao Ministério Público estadual, com o “objetivo ressarcir a coletividade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, bem como a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, no território do Estado” (art. 2º).

Em 2009, contudo, a Lei 13.555 alterou a denominação do fundo para Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - FID e transferiu-o para a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. É interessante observar que o art. 2º dessa lei reflete o avanço no rol de direitos materiais passíveis de tutela transindividual, fazendo referência à “reparação dos danos ao meio ambiente, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ao consumidor, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo e à cidadania, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo no território do Estado”.

O Ministério Público, apesar de não ser mais o protagonista na gestão do fundo, manteve amplas prerrogativas, mais amplas que aquelas que detém, por exemplo, no âmbito federal, indicando três dos membros de seu conselho gestor, os quais têm a prerrogativa individual de veto das deliberações, veto que somente não prevalecerá se houver voto de dois terços dos membros do Conselho (art. 5º, § 1º, da Lei Estadual 13.555/09).

O art. 8º, II, da mesma Lei, passa a permitir algo que não constava na Lei originária, o recebimento de projetos oriundos da administração pública federal, estadual ou municipais, para a promoção de direitos transindividuais, os quais serão passíveis de financiamento pelo fundo.

No Estado de Santa Catarina o fundo é capitaneado pelo Ministério Público, que, nos termos dos Decretos estaduais 1.047/90, art. 4º e 3.410/89, o qual aprova o regulamento do fundo, ocupa privativamente a presidência do Conselho Administrador, o que, apesar de ser composto também por membros de outros órgãos, funciona junto a Procuradoria-Geral de Justiça⁴⁶. Também o Estado do Espírito Santo criou seu fundo, em 1990, por meio da Lei 4.329, que traz, em seu art. 5º, interessante previsão, atribuindo ao Conselho Gestor do Fundo a missão de “zelar pela utilização prioritária dos recursos do Fundo no próprio local onde o dano ocorrer ou possa vir a ocorrer, dentro do território do Estado do Espírito Santo”. Estabelece-se, desse modo, pelo menos o desejo de vincular a reparação ao local do dano que deu origem à condenação. Norma análoga consta do art. 5º, IV, da Lei Mineira 14.086/01, relativa ao FUNDIF, mas não na Lei Complementar 66/03, também de Minas Gerais, atinente ao FEPDC. Na legislação Federal também não há dispositivo similar, permitindo, pelo menos

⁴⁶ O endereço eletrônico do fundo é http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_06.asp?secao_id=398

em tese, que recursos oriundos de um dano ambiental no Acre sejam utilizados para a reparação de danos ambientais no Rio Grande do Sul. A norma capixaba também não contém autorização para a aplicação dos recursos em órgãos públicos, fazendo referência apenas a projetos apresentados por quaisquer cidadãos ou pelas associações.

Esse panorama normativo, de caráter exemplificativo, tem como objetivo demonstrar que, após a edição da LACP, proliferaram-se os fundos públicos para o recebimento de recursos decorrentes das condenações transindividuais, sendo de se considerar que também existem fundos municipais em algumas matérias em que a competência dos entes federados é comum, como é o caso da proteção do consumidor, do meio ambiente, da criança e do adolescente, do idoso, dos deficientes etc. (Constituição da República, arts. 23 e 30).

Assim, embora a LACP se refira a fundos federais e estaduais de reparação, não parece vedada, em uma leitura constitucionalizada, a destinação de recursos a fundos municipais que tenham por objetivo a atuação em questões relativas a direitos transindividuais, sobretudo se o objetivo do fundo for especificamente relacionado ao bem jurídico lesado. Essa possibilidade, além de privilegiar o município, como ente federado que é, tem a vantagem de permitir a reparação no local em que se deu o dano, aproximando o resultado do processo da comunidade em que este se originou.

3.8.3 O ingresso de recursos nos fundos de reparação

Visto que existe, no âmbito federal, apenas um fundo destinado a recolher os valores das condenações tanto atinentes a direitos difusos e coletivos, quanto a direitos individuais homogêneos, bem como que, nos estados em que há mais de um fundo, essa separação também não é observada, resta estudar os mecanismos de ingresso de recursos nesse fundo, quais sejam, as condenações decorrentes de violação de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, destinadas ao fundo pelo art. 13 da LACP, e as condenações decorrentes de direitos individuais homogêneos em que não haja habilitação suficiente, destinadas ao fundo pelo art. 100 do CDC.

3.8.3.1 As condenações relativas a direitos difusos e coletivos em sentido estrito

Em relação às condenações decorrentes de violação de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, como se tratam, na conceituação do CDC, de direitos transindividuais de natureza indivisível, o destino natural dos recursos seria a adoção de alguma providência que beneficiasse aquela mesma coletividade, ainda que de modo indireto. O mecanismo que se encontrou para tanto foi a criação de um fundo público, destinatário dos recursos. Bem poderia ter sido outra, como, por exemplo, a decisão do juiz, mediante manifestação do legitimado coletivo, sobre qual deve ser a compensação a ser adquirida com a quantia, ou a criação de uma conta judicial especificamente vinculada àquele processo, que ficasse aguardando propostas da comunidade sobre a destinação do montante.

Também não parece inviável, pelo menos em tese, que, havendo uma comunidade especialmente atingida pelo dano, ainda que este tenha caráter difuso, o valor da indenização seja distribuído entre seus integrantes, independentemente do ajuizamento de ações individuais.

Ocorre que, ainda que os direitos difusos sejam pertencentes a uma coletividade indeterminada de pessoas, frequentemente até à sociedade como um todo, é certo que sempre é possível identificar grupos que são mais atingidos. Se assim não fosse não haveria sentido em sustentar, como correntemente se faz na doutrina, e é incorporado por algumas leis de fundos, que a reparação deve se dar preferencialmente no local do dano. Bastaria a reparação em qualquer lugar, uma vez que o que interessa é que o direito seja promovido, em contraposição ao dano anterior.

Se há, então, uma comunidade especialmente afetada por um dano, por exemplo, ambiental – violação a direitos difusos – e se a reparação *in natura* foi inviabilizada, convertendo-se em pecúnia, não parece haver óbice em, na falta de projetos melhores para aquela região, simplesmente se compartilhe o valor auferido entre os membros da comunidade, sem prejuízo de sua reparação individual.

Um exemplo pode ser esclarecedor: se a instalação de uma Usina Hidrelétrica inviabiliza a reprodução de peixes em um determinado rio, próximo a uma pequena comunidade rural,

impedindo a prática da pesca, estão em jogo tanto os direitos individuais dos pescadores que ali laboravam quanto o direito difuso ambiental. Havendo condenação pecuniária pela violação difusa, por ter sido considerada inviável a recuperação do rio, o ideal seria a aplicação dos valores na própria comunidade, que representa o local do dano, muito melhor que a destinação dos valores a um fundo que poderia financiar ações em qualquer lugar do país. Pois bem, se essa comunidade, beneficiária da condenação, decide que o melhor destino da quantia, dadas as condições de vida locais, é sua divisão equitativa entre as famílias, essa decisão há que ser respeitada.

O direito violado, ainda que difuso, é de todos, e não de ninguém. Sendo de todos, será preciso definir uma coletividade a ser destinatária da reparação, uma vez que não é possível que toda a sociedade seja beneficiária de todas as condenações, e.g., decorrentes de dano ambiental. Essa comunidade, em regra, é a do local do dano. Se os valores decorrentes da quantia já estão afetados àquela comunidade, nada mais consentâneo com o respeito a sua autonomia que permitir que ela mesma decida sua destinação. Seria marcadamente arbitrário exigir que a comunidade desse destino a determinado recurso, decorrente de uma violação de seus direitos, aplicando-o em uma finalidade que não é de seu interesse – como comumente acontece, com a construção de praças ou parques – apenas para se preservar o princípio jurídico de que a reparação a direitos difusos deve alcançar seus beneficiários de modo indireto, ou, pleonasticamente, difuso.

Essa não tem sido, todavia, a solução do direito brasileiro que, reproduzindo a característica do Estado brasileiro de tutor da comunidade, prefere destinar todo o dinheiro decorrente da violação de direitos difusos e coletivos a um fundo público, para posterior aplicação, a partir de projetos aprovados por um conselho gestor predominantemente composto por servidores públicos, sem uma destinação pré-definida. Não é essa a situação, por exemplo, nos Estados Unidos, país que inspirou essa política de criação de fundos para as condenações de caráter transindividual. Naquele país as verbas decorrentes de condenações transindividuais são depositadas prioritariamente em um fundo específico, criado para cada condenação, e com uma destinação preordenada pelo juiz, situação que resguarda muito melhor a real reparação dos danos que o depósito em um fundo genérico. Em *Kraus et. al. v. Trinity Management Services INC*, por exemplo, caso apreciado pela Suprema Corte do Estado da Califórnia, a condenação foi destinada a um fundo com o específico objetivo de “prover auxílio financeiro

para a promoção de direitos e interesses dos inquilinos de casas na cidade e no condado de São Francisco”⁴⁷.

Ainda no que tange à destinação de recursos para o fundo, em razão de condenações decorrentes de violação de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, é preciso observar que o parágrafo único do art. 99 do CDC, dispositivo inserido de modo totalmente infeliz na codificação, uma vez que não trata de direitos do consumidor, mas sim, expressamente, das condenações decorrentes da aplicação da LACP, constitui um inadequado obstáculo para a efetividade da tutela coletiva.

O referido dispositivo impede que sejam recolhidas ao fundo as quantias advindas da condenação, até decisão em segundo grau das ações individuais, salvo se o patrimônio do devedor for manifestamente suficiente para o adimplemento de ambas. O dispositivo é o corolário da norma do caput, segundo a qual a reparação individual prefere a difusa e coletiva.

Em primeiro lugar, o cumprimento dessa norma implica aguardar o prazo prescricional de todas as pretensões individuais para só então recolher o dinheiro ao fundo, uma vez que a intenção não é aguardar as ações em tramitação, mas sim verificar se o patrimônio do devedor suportará todas as ações individuais antes do custeio do dano transindividual.

Em segundo lugar, a previsão é ilógica: se o patrimônio do devedor será esgotado pela reparação coletiva, ou por sua soma com as ações individuais, será preferível recolher o dinheiro ao fundo, que poderá funcionar como um liquidante do patrimônio, cuidando para que a reparação se dê em igual medida para todos os lesados individuais, evitando que aqueles que ajuizarem primeiro suas ações impeçam a reparação para os mais atrasados.

Em terceiro lugar, há que se questionar pelo menos o valor da norma: se a reparação coletiva tem, ou deveria ter, o condão de beneficiar toda a coletividade, melhor seria reparar primeiro coletivamente, em benefício não só do lesado individual, mas também de todos os demais, que reparar apenas individualmente. A lei anteviu que, na realidade, a lógica de aplicação no fundo não satisfaria a essa pretensão.

⁴⁷ “For the purpose of providing financial assistance for the advancement of legal rights and interests of residential tenants in the City and County of San Francisco”.

É preciso esclarecer que esse “concurso” de créditos coletivos e créditos individuais é uma regra de pagamento, não de condenação, ou seja, os danos apurados individualmente, nos autos da ação coletiva ou em ação individual, não são subtraídos da condenação coletiva, mas apenas gozam de preferência para o pagamento, na hipótese de insuficiência patrimonial do devedor. Do mesmo modo, a regra do art. 103, §3º também não significa que as vítimas do evento que gerou a condenação coletiva se beneficiarão do montante obtido nela. Beneficiar-se-ão, sim, da transferência *in utilibus* da coisa julgada, tal como já referido neste trabalho, podendo executar o devedor, mediante comprovação dos danos individualmente sofridos. Não retirarão, portanto, recursos vertidos para o fundo beneficiário da condenação difusa, tal como ocorre na hipótese de direitos individuais homogêneos, como se tratará abaixo.⁴⁸

3.8.3.2 As condenações relativas a direitos individuais homogêneos: o *fluid recovery*

Diferentemente do que ocorre com os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, em que existe uma lesão à coletividade ao lado de diversas lesões individuais, na hipótese de direitos individuais homogêneos existe apenas a soma de inúmeras lesões individuais, tuteladas em conjunto. Logo, a condenação busca, antes de tudo, a reparação daqueles indivíduos lesados, não da sociedade.

A lei reconhece, todavia, que, em muitos casos, os beneficiários individuais, em razão do baixo valor da lesão, ou da ignorância em relação a seus direitos, não ajuizarão ações individuais para pleitear seu quinhão, nem fornecerão aos legitimados coletivos dados que os permitam exercer a prerrogativa da execução coletiva, estabelecida no art. 98 do CDC.

Nessas hipóteses, a norma permite que os legitimados coletivos, transcorrido um ano do trânsito em julgado da decisão, sem número de habilitações individuais compatíveis com a

⁴⁸ Venturi (2000, p. 116) demonstra a importância desse regramento, ao afirmar, com apoio em Arruda Alvim, que:

“Importa ressaltar, ainda, em relação à destinação de numerário aos Fundos acima aludidos que, de acordo com o § 3º, do art. 103, do CDC, operou-se verdadeira “hipertrofia” do objeto originalmente concebido pela Lei da Ação Civil Pública.

Até então, não existia regramento que permitisse a destinação de parcela do montante reparatório obtido em ação coletiva em defesa de direito genuinamente difuso a pessoas individualmente consideradas. Vale dizer, mesmo que se pudesse aferir, numa demanda que pretendesse a condenação do réu à reparação de dano a direito difuso, uma lesão à esfera patrimonial de indivíduos determinados, ainda assim a destinação iria *in totum* aos fundos referidos”. Isso não quer dizer que a reparação individual concorre com a coletiva, mas apenas que, sendo identificados prejuízos individuais no bojo de ação coletiva, estes serão passíveis de execução”.

natureza do dano, ajuízem a liquidação e execução da indenização devida, a qual se reverterá para o fundo coletivo, que, como visto, é o mesmo fundo referido na LACP⁴⁹.

Apesar do uso que se deu à expressão no Brasil, *fluid recovery* é um termo utilizado nos Estados Unidos também para indicar os próprios fundos para os quais as condenações decorrentes de ações certificadas como *class actions* são destinadas. Não se trata, nessa acepção, de uma técnica de reparação, mas de um meio de destinação dos recursos. Os *fluid recovery funds* são criados especificamente em cada ação, com finalidade definida pelo juiz, e não aplicados em um fundo genérico. Nesse sentido é a análise de Silva (2009, p. 137):

Dessa forma, o numerário arrecadado fica ligado exclusivamente à ação judicial e sob a coordenação do juiz, devendo ser revertido para os interesses ou ser institucionalizado sob controle e supervisão do juízo, para a compensação da classe envolvida.

É relevante observar que o *fluid recovery*, em sua formulação original, significa a reparação à classe lesada, mediante uma providência futura, não necessariamente o recolhimento do valor da lesão a um fundo. Alexander (2000, p. 16) exemplifica:

No caso da companhia de taxi que adulterou os odômetros para cobrar mais dos consumidores, a Corte rejeitou o método de tentar encontrar todos os consumidores individuais no passado e enviar-lhes pelo correio um cheque de mais ou menos um dólar. Essa tarefa teria sido impossível e a tentativa teria desperdiçado a reparação da classe. Ao invés, o réu reduziu suas tarifas em certo valor, por um determinado período. O custo administrativo desse arranjo é praticamente zero, e a classe dos usuários de táxi dele obtém benefício integral. Algumas Cortes, todavia, recusaram-se a permitir a reparação fluida, porque não há relação necessária entre as vítimas do comportamento passado do réu e as pessoas que recebem a compensação pelos ilícitos passados. Essas Cortes sustentam que elas não têm autoridade para determinar ao réu que pague a pessoas que não lesou, ou para negociar os interesses daqueles que foram efetivamente lesados pelo pagamento a consumidores futuros⁵⁰.

⁴⁹ Venturi (2000, p. 157) entende que a legitimidade no *fluid recovery* é ordinária, mas isso decorre da posição por ele adotada, no sentido de que a legitimidade, na hipótese de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, é ordinária. Embora não seja esse o tema do presente trabalho, consigna-se que não é este o posicionamento aqui adotado, sendo preferível o entendimento de que a legitimidade é autônoma para a condução do processo. Cf. nesse aspecto, Rocha, 2007.

⁵⁰ In the case of the taxi company that tampered with its odometers to overcharge customers, the court rejected the approach of trying to find all the individual customers in the past and mail them checks for a dollar or so. That task would have been impossible, and the attempt would have squandered the class recovery. Instead, the defendant reduced its fares by a certain amount for a specified period. The administrative costs of such a settlement are practically zero, and the class of “taxicab customers” gets the full benefit of the settlement. Some courts, however, have refused to permit fluid recovery, because there is no necessary relationship between the people who were victimized by the defendant’s past behavior and the people who received the compensation

Logo, o *fluid recovery* brasileiro foi adotado apenas parcialmente, ou seja, apenas para se permitir o recolhimento, a um fundo público, de eventual valor pecuniário da condenação, não para se permitir, como seria adequado, outras modalidades de reparação da classe, não diretamente relacionadas com o dano passado, mas voltada para o futuro, como exemplificado acima. Nesses casos haverá, sim, verdadeira reparação fluida, que beneficia não aos lesados, mas à classe como um todo.

Mazzilli (2007, p. 496), cita, com apoio em Mariz, mas com espírito de crítica, outro exemplo norte-americano, em que uma decisão judicial teria determinado a um posto de combustível que efetuou vendas acima do preço devido, o seu fornecimento gratuito à população, até o valor do dano. O autor, todavia, assevera que essa decisão não seria satisfatória porque alguns prejudicados já poderiam ter morrido ou mudado de cidade, ou seja, porque, tal como demonstra Alexander, não há identidade entre o lesado e o beneficiário da reparação. A crítica não procede. Tratando-se de processo coletivo, há que se pensar na reparação à classe, não propriamente ao lesado individual, que sequer teve ou teria interesse de buscar tutela judicial, pelo baixo valor da lesão.

Também não há notícias, na jurisprudência norte-americana, de que tais fundos sirvam, como no Brasil, como mecanismo subsidiário de cumprimento da decisão, na hipótese de não habilitação de credores suficientes. Eles são criados para receber o produto da condenação quando determinado pela Corte, podendo servir tanto para uma aplicação coletiva, em caráter substitutivo à reparação individual, quanto para o posterior pagamento aos lesados individuais. Em qualquer caso, o *fluid recovery* é determinado diretamente na decisão, e não condicionado a um evento futuro. Alexander (2000, p. 25), assevera:

Em casos nos quais os danos individuais sejam muito pequenos para a compensação individual ser economicamente interessante, a Corte pode ordenar uma recuperação futura, diretamente à classe como um todo, ao invés de indivíduos particulares que tenham sido lesados no passado⁵¹.

for the past wrongs. These courts have held that they had no authority to order defendants to pay people they had not injured, or to trade the interests of those who were actually harmed for payments to future customers.

⁵¹ In cases where individual damages are too small for individual compensation to be economically feasible, the court should be able to order prospective recovery directed to the class as a whole rather than to the particular individuals who were harmed in the past.

É interessante observar que a técnica do *fluid recovery*, no Brasil, foi adotada com finalidade subsidiária, o que acaba por transmutar a condenação, de natureza eminentemente reparatória, em condenação punitiva, evitando que o réu, originalmente condenado a reparar os prejuízos sofridos, se omita do cumprimento da decisão em razão da falta de interesse dos titulares dos direitos.

Como não existe, na hipótese de direitos individuais homogêneos, uma lesão propriamente dita ao patrimônio coletivo, mas apenas ao patrimônio individual, não há como se pretender um caráter compensatório ou reparatório da execução pela técnica do *fluid recovery*, tal como adotada no Brasil, uma vez que a coletividade nada sofreu. O que haverá é a imposição de um verdadeiro regime de *punitive damages* sobre o réu, pois sua execução terá o singular objetivo de evitar que este se locuplete do dano, não de reconstituir o patrimônio individual lesado. Somente haveria uma efetiva *reparação fluida*, um meio alternativo de beneficiar a classe, como no exemplo dos táxis, supramencionado, na técnica originalmente desenvolvida nos Estados Unidos, não na modalidade como esta foi trazida para o Brasil. O que há aqui, antes de tudo, é o desejo de punir o causador do dano, fazendo com que este não se beneficie da pequenez individual da lesão.

A jurisprudência brasileira, discutindo a hipótese de danos morais punitivos, foi bastante refratária à tese, afirmando que estes seriam motivo de enriquecimento ilícito do credor⁵². Apesar disso, não houve objeções ao *fluid recovery*, talvez em razão da ausência de destinação de seus valores aos credores titulares dos direitos. Isso não impede a conclusão de que a natureza dessa técnica executiva é eminentemente punitiva do devedor, uma vez que não há qualquer vinculação dos recursos destinados ao fundo à reparação individual dos lesados pelo evento, mas apenas a finalidades coletivas, embora direitos essencialmente coletivos – difusos e coletivos em sentido estrito – não estejam em jogo. Nos Estados Unidos, por outro lado, a natureza punitiva dessas condenações é muito mais evidente, e um de seus principais motes, uma vez que o desiderato principal, naquele sistema jurídico, é evitar a reiteração dos danos e evitar que sua ocorrência possa ser lucrativa para o causador. Assim,

⁵² Tenha-se, por exemplo, do TJDF, ACJ nº 1999 01 1 061793-3, Relator Desembargador Roserval Casemiro Belinati, julgado em 04/04/2000, afirmando que “O valor da indenização do dano moral é exclusivamente compensatório, não podendo a parte dele se servir para promover o seu enriquecimento sem causa”, e do extinto TAMG, AC 0323449-1, relator Juiz Nilson Reis, julgada em 15/02/2001, asseverando: “Tendo a indenização a título de danos morais um caráter exclusivamente compensatório, fica afastada a conotação radical de penalidade, cuja fixação desta deve aproximar-se mais da natureza do direito civil”.

por exemplo, em *Bell vs. Dresser Industries Inc.*, caso julgado em 2001 pela Corte do Texas, a indenização compensatória foi de US\$ 30 milhões, e a punitiva de US\$ 100 milhões, totalizando US\$ 130 milhões. Em *Grefer vs. Alpha Technical Services Inc.*, também de 2001, a condenação por contaminação radioativa totalizou US\$ 1,06 bilhão, sendo US\$ 1 bilhão em danos punitivos. Essa é também a posição de Venturi (2000, p. 155), que afirma:

Entretanto, mais do que emprestar uma tutela coletiva à defesa de direitos individuais homogeneizados, o legislador do CDC acabou por, considerando a elevada relevância social não só da facilitação da defesa processual, mas também da repressão efetiva aos responsáveis pela lesão à classe, o que inegavelmente condiz com o interesse social, ao mesmo tempo não deixá-los impunes (não se lhes permitindo o enriquecimento ilícito) e propiciar mais uma fonte de captação de recursos ao Fundo criado pela LACP.

Contudo, mesmo que se admita o caráter punitivo do art. 100 do CDC, a jurisprudência brasileira ainda não evoluiu para a condenação punitiva do causador do dano – o que seria salutar – de modo que hoje essa punição fica limitada ao valor dos danos efetivamente causados aos titulares dos direitos individuais, a eles não indenizados. Ainda que haja caráter punitivo, já que não há escopo reparatório, não há finalidade punitiva, já que o valor é limitado ao montante do dano ocasionado.

É preciso observar, de todo o exposto, que as características do chamado *fluid recovery*, instituído pelo art. 100 do CDC, não são exatamente iguais às do modelo que o inspirou. A doutrina nacional não tem se dado conta disso, fazendo, sempre que trata do assunto, referências ao instituto do *fluid recovery* estadunidense, olvidando-se do caráter não subsidiário da modalidade nos EUA, da possibilidade de outras modalidades de compensação à coletividade, tal como no exemplo dos táxis, e da vinculação direta do numerário ao processo de origem, e não a um fundo genérico, em regra.

Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 460), por exemplo, em artigo específico sobre o tema, afirma que

o objeto deste singelo ensaio é a apreciação da regra processual impressa no art. 100, conhecida e reconhecida na roda jurídica como sendo a “*fluid recovery*” (reparação fluida) inspirada no modelo norte americano da *class action for damages* (art. 23, b(3) da Federal Rules of Procedure Civile).

Na verdade, o instituto da reparação fluida sequer é regulado na referida norma processual, tratando-se, como mencionado, de criação jurisprudencial. O referido autor também se equivoca, ao afirmar, na sequência, que o dispositivo estaria mal inserido no CDC, uma vez que “da leitura do citado dispositivo se extrai conclusão de que ali a tutela é de direito difuso, o que resulta da dicção da norma (parágrafo único do art. 100), ao dizer que o produto da indenização destina-se a um fundo” (Idem, p. 460). É evidente que a simples destinação do produto da indenização a um fundo é incapaz de alterar a natureza do direito tutelado. Conforme já demonstrado, a execução, pela técnica da reparação fluida, nada mais é que um mecanismo para evitar o locupletamento do causador do dano, não havendo, de modo algum, reparação de direitos difusos. Aliás, se difusos fossem os direitos, não haveria necessidade de se aguardar um ano para o ajuizamento da ação, à espera de lesados individuais.

Nesse ponto, bem esclarece Grinover (2007, p. 888):

Desse modo, o instituto, que representa novidade absoluta para os sistemas processuais de *Civil Law*, ressaltado o precedente brasileiro da Lei nº 7.913/89, possibilita o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos, mercê da destinação do ressarcimento às vítimas; mas não exclui a destinação da indenização, globalmente devida, a um fundo, quando impossível ou insuficiente o rateio entre as pessoas individualmente prejudicadas.

Conceituando o instituto no Direito Americano, afirma Karas (2002, p. 970):

A recuperação fluida é um método de distribuição dos fundos não reclamados ou residuais que remanescem depois de todos os membros da classe terem reclamado suas cotas da indenização. Mais frequentemente, sob os procedimentos de recuperação fluida, a parcela da indenização que não pode ser distribuída diretamente aos membros individuais da classe é distribuída de um modo que coloque o resíduo em seu melhor uso e para ter certeza de arrancar do réu todo o ganho ilícito⁵³.

No Brasil, por outro lado, a melhor conceituação para a reparação fluida seria um mecanismo executivo subsidiário, destinado a evitar que permaneçam impunes lesões a direitos individuais homogêneos, mediante o recolhimento dos valores não reclamados a um fundo público, que os aplicará em prestações que beneficiem indiretamente a coletividade lesada.

⁵³ Fluid recovery is a method of distributing the unclaimed or residue funds that remain after all class members have claimed their share of a damage award. Most frequent, under fluid recovery procedures, the portion of the damages award that cannot be distributed directly to individual class members is distributed in such a way as to put the residue to its next best use and to make certain that the defendant disgorge all of its ill-gotten gains.

Por fundos não reclamados, a lei brasileira entendeu aqueles pendentes após um ano. Não disse a lei nem de quando deve ser contado esse prazo, nem sua natureza e seus efeitos em relação aos direitos individuais. O termo inicial não pode ser outro que não o trânsito em julgado da decisão, uma vez que a execução provisória é faculdade e não obrigação do credor.

Quanto à natureza do prazo, Grinover (2007, p. 906), analisando artigos do CDC, esclarece:

O art. 97 não estabelece prazo preclusivo para o ajuizamento da liquidação. O prazo de preclusão não pode ser inferior ao legalmente previsto para a prescrição do direito, ou da pretensão material. Por isso, o prazo de um ano, previsto no art. 100 do Código para que se possa proceder à eventual apuração da *fluid recovery* não pode ser confundido com o prazo para habilitação.

Em cada caso será o Direito Material que fixará o prazo prescricional para o exercício da pretensão individualizada à reparação, que ocorre exatamente por intermédio da habilitação no processo de liquidação.

O problema, então, é que o prazo de prescrição da pretensão executiva individual será, em regra, superior ao prazo para ajuizamento da ação de reparação fluida. Assim, esta via será aberta ao legitimado coletivo, enquanto ainda pende a possibilidade de ajuizamento de demandas individuais. Se não há habilitação dos verdadeiros credores é possível que não haja informações para se quantificar os danos provocados, nem necessidade de se provar fatos novos, relativos a tais danos, de modo que a liquidação deverá ser fixada por arbitramento, nomeando o juiz perito que apure, naquele caso, o dano global estimado. Embora não haja um parâmetro legal para a fixação do dano global, o perito poderá considerar, por exemplo, o valor médio dos prejuízos individuais apurados, o benefício auferido pelo causador do dano, se houver, dentre outros fatores. Venturi (2000, p. 136), todavia, considera cabível a liquidação por artigos, em razão da “necessidade de descoberta do *quantum debeatur* mediante o conhecimento de fatos constitutivos do direito do credor, não examinados no processo de conhecimento”. Não parece, entretanto, que tais fatos demandem provas diversas daquelas que necessariamente deverão ter sido produzidas para apurar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade. O montante global será, quase sempre, estimado, em razão da ausência de individualização dos danos. Excetuam-se apenas os casos, tal como já mencionado, em que todos os elementos para a individualização dos danos estejam ao alcance do próprio devedor, como é o exemplo da lesão na conta de consumo de água.

Deste valor global do dano deverão ser deduzidas, por compensação, as execuções judiciais já pagas, bem como ser feita reserva para o eventual pagamento daquelas já ajuizadas.

O problema que surge, a partir desse contexto, é definir o que ocorrerá com as execuções ajuizadas após a transferência dos recursos para o fundo. Se o devedor já efetuou o pagamento ao fundo, em tese, já se liberou da obrigação, ao passo que o credor individual, que ainda não recebeu, nem foi alcançado pela prescrição, tem direito de receber o valor. Marcelo Abelha Rodrigues (2004, p. 302), considerando essas dificuldades, entende que melhor teria sido que o legislador tivesse autorizado o *fluid recovery* apenas após o transcurso do prazo prescricional das ações individuais.

Venturi (2000, p. 154) adota uma posição muito peculiar sobre o assunto: para o autor, a indenização para o fundo não é a soma das indenizações individuais, havendo um dano global, ao interesse social, que é “inafastável” nas ações de classe. Para o autor, sempre haverá necessidade da fixação de uma reparação à coletividade, ao lado da reparação dos lesados individuais. A espera de um ano não seria para evitar *bis in idem*, mas apenas para dar ao juiz um parâmetro, a partir das habilitações individuais, acerca da fixação do montante a ser destinado ao fundo. Em consequência disso, o autor (2000, p. 118) assevera que:

posteriormente ao prazo estabelecido no art. 100, na hipótese de já ter atuado algum dos legitimados para a execução coletiva e efetivamente integralizado o *fluid recovery*, eventuais pretensões de reparação individualizada deverão atacar diretamente o patrimônio do demandado.

Tal conclusão alicerça-se, inclusive, na ausência de qualquer previsão por parte da Lei 9.008/95, que regula a gestão e aplicação das verbas que integram o Fundo Federal de Direitos Difusos, sobre eventuais reservas de numerário visando atender a tais pretensões individuais.

Apesar do pensamento do autor refletir um ideal interessante, de se considerar a necessidade de punir o causador do dano por ter afetado a coletividade, ele acaba chegando a essa conclusão por uma distorção do sistema estabelecido no CDC, que claramente tratou os direitos individuais homogêneos como direitos individuais processados coletivamente, e não como uma lesão à coletividade como um todo. O que se poderia cogitar, em caso de lesões de grande magnitude, é a existência de lesão a um direito difuso – por exemplo, a confiança do mercado consumidor – passível de reparação em ação autônoma, ou mediante pedido autônomo na mesma ação, com causa de pedir diversa. Não se trata, portanto, de um consectário necessário e inevitável de todas as hipóteses de lesão a direitos individuais homogêneos, como pretende o autor. Bem explica Zavascki (2007, p. 160):

Em outras palavras, a homogeneidade não altera nem compromete a essência do direito, sob seu aspecto material, que, independentemente dela, continua sendo um direito subjetivo individual. A homogeneidade decorre de uma visão do conjunto desses direitos materiais, identificando pontos de afinidades e de semelhanças entre eles e conferindo-lhes um agregado formal próprio, que permite e recomenda a defesa conjunta de todos eles. Os direitos homogêneos, repita-se o que escreveu Benjamin “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.

Desse modo, se os direitos individuais homogêneos são apenas uma técnica de tutela, não direitos pertencentes verdadeiramente à coletividade, o adimplemento ao fundo e ao credor individual constitui *bis in idem*, de maneira que, havendo ajuizamento de execução individual posterior à reparação efetuada ao fundo, caberá ao devedor direito de regresso contra o fundo. Não há que se falar, ao contrário do que entende Tereza Wambier (1992, p. 283), em execução do próprio credor individual contra o fundo, já que não existe relação jurídica entre eles. Mazzilli (2007, p 505), adota também o posicionamento contrário ao aqui desenvolvido, asseverando:

Contra quem esses lesados individuais ajuizarão ações diretas? Deverão mover a ação contra o causador do dano, se objetivarem indenização por lesões individuais diferenciadas (até porque este tipo de lesão não é objeto das ações civis públicas ou coletivas). Mas, quanto à fração que lhes caiba na indenização por interesses individuais homogêneos, não poderão posteriormente formular pedido algum contra o causador do dano, que já foi executado e pagou tudo o que devia na ação coletiva; assim, poderão ajuizar ação contra a pessoa jurídica a que pertença o ente gestor do fundo, o qual recebeu um dinheiro que era do indivíduo.

Esse posicionamento não pode ser aceito, uma vez que o direito do exequente individual não tem relação com o pagamento do devedor ao fundo, mantendo-se hígido, como demonstrado, durante o prazo prescricional. Não se pode pretender que, por fato de terceiro, com o qual não tem nenhuma relação, o direito individual seja afetado, transmudando-se de um crédito contra um particular para um crédito contra o Estado, o qual efetuará o pagamento por meio de precatórios. Pagando duas vezes, caberá ao credor ressarcir-se junto ao fundo, por aplicação, *a contrario sensu*, do disposto no art. 100 do CDC⁵⁴. O projeto de Lei 5.139/09 busca resolver esse problema alterando o prazo para o ajuizamento da execução em favor do fundo:

⁵⁴ Oliveira (2008, p. 131) expõe a polêmica, mas sobre ela não adota posição.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

A solução proposta pelo Projeto de Lei também não é boa, uma vez que, dado o caráter disseminado do dano, será praticamente impossível para o legitimado coletivo comprovar a ocorrência da prescrição das pretensões individuais, já que pode ter havido, em relação a pelo menos parte do grupo, causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, que podem ter ocorrido em momentos distintos, de modo que a proposta acarretará uma insegurança ainda maior que a gerada pelo vigente dispositivo do CDC.

3.8.3.3 *Multas processuais e dano moral coletivo*

Duas outras situações que podem acarretar aportes de recursos para o fundo merecem breves considerações: o pagamento de multas nos autos das ações civis públicas, e a condenação por danos morais coletivos.

As multas aplicadas pelo Poder Judiciário, no curso do processo, por qualquer razão, seja por litigância de má-fé, imposição de *astreintes* etc, também devem ser recolhidas ao fundo. A questão polêmica é o momento em que tais verbas passam a ser exigíveis, caso sejam impostas antes do trânsito em julgado da decisão, uma vez que o art. 12, § 2º da LACP condiciona sua exigibilidade ao trânsito em julgado. Gomes Júnior (2008, p. 383) invoca o magistério de diversos autores para sustentar que essa disposição está derogada, já que, após sua edição, o sistema processual evoluiu de modo a potencializar o alcance das decisões antecipatórias. Citando Marcos Maselli Gouvêa, o autor afirma:

Os diplomas anteriores à reforma de 1994 demonstram que o legislador é expresso sempre que pretende erigir o trânsito em julgado à condição de exigibilidade da multa. Havendo silenciado, há que se entender que preferiu não condicionar a cobrança da multa ao fim do processo. Em vista disso, também não devem mais prosperar as limitações originalmente impostas à ação civil pública e às ações relativas à infância e à juventude.

Não é esse, todavia, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou sua jurisprudência no seguinte sentido:

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - TUTELA ANTECIPADA -
DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO - MULTA DIÁRIA - EXIGIBILIDADE -
TRÂNSITO EM JULGADO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA -
IMPROVIMENTO.

I. Esta Corte proclamou que, fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461 do CPC só será exigível após o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) que confirmar a fixação da referida multa, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.

(AgRg no REsp 1153033/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/04/2010, DJe 07/05/2010)

Desse modo, as multas aplicadas nas ações civis públicas somente serão exigíveis após o trânsito em julgado da decisão. Esse entendimento equivocado pretende ser mantido no projeto de Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei 166/10, em que somente se permite a execução provisória da multa, com o levantamento do valor após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo de instrumento contra a negativa de segmento de recurso especial ou extraordinário. O Projeto de Lei 5.139/09, por outro lado, estabelece, em seu art. 17, § 3º, posição mais adequada, dispondo que “A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva”.

Mais uma vez, o legislador brasileiro se descuida de resguardar a autoridade da decisão judicial, ao contrário da tendência mundialmente verificada. Melhor dizendo, o legislador não faz mais que confirmar os entendimentos que o próprio Judiciário firmou, em detrimento de sua própria autoridade. A decisão liminar, certa ou errada, é decisão judicial e deve ser cumprida, independentemente da possibilidade de recurso. Se a parte descumpriu a decisão, afrontou a autoridade do Poder Judiciário, devendo ser punida por isso, independentemente da eventual cassação futura dessa decisão. Pensar o contrário é estimular o desrespeito e o menoscabo para com a jurisdição. A decisão de qualquer juiz, que não seja o Supremo Tribunal Federal, passa a ser um *projeto de decisão*, uma ordem que somente deve ser cumprida se, um dia, for definitivamente confirmada.

É preciso compreender, de uma vez por todas, que a multa cominatória não resguarda o direito do credor, mas sim a autoridade da decisão e do órgão que a adotou. Nesse sentido, afirma Medina (2004, p. 463)

Nos sistemas jurídicos de common law predomina a orientação de que o não-cumprimento do determinado em decisão judicial caracteriza o contempt of court. O

fundamento de tal orientação está em que a Jurisdição, se não tivesse poder de fazer respeitar suas decisões, seria atividade jurisdicional na forma, mas careceria de substância. Por isso, antes de depender de norma jurídica que o autorizasse, entende-se que este poder está implícito no poder atribuído aos órgãos jurisdicionais pelo ordenamento jurídico.

Também é a posição de Soares (1999, p. 124):

Quanto às pessoas de Direito Privado e, com mais razão às autoridades do Executivo, que ousarem desobedecer a uma ordem judicial, terão de enfrentar o peso das sanções criminais, inclusive com penas privativas da liberdade. (...) [Nesse] desrespeito às decisões judiciais (contempt to court), se incluiu um eventual desprezo pela obrigação declarada pelos tribunais judiciários de efetuar-se um pagamento qualquer.

Com relação aos danos morais coletivos, trata-se fundamentalmente de uma tese que passou a ser defendida na doutrina, a partir da leitura do art. 1º da LACP, segundo o qual “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados aos bens jurídicos elencados em seus seis incisos. Conceitua Braga Neto (2008, p. 19):

(Os danos morais) são compensáveis; não são ressarcíveis. Isso significa não ser possível, em relação a eles, o retorno ao status quo ante. Não há volta possível ao estágio anterior. A indenização, aqui, serve apenas para compensar a vítima, não fazendo, contudo, com que as coisas voltem a ser o que eram.

Almeida (2007, p. 76) sustenta a possibilidade de condenação por danos morais coletivos nos seguintes argumentos:

É perfeitamente possível sustentar a existência de uma dignidade coletiva que deve ser protegida por imperativo constitucional, de forma que todos os danos a ela causados devem ser reparados (...) Ora, se a tutela dos direitos coletivos encontra-se na ordem jurídica brasileira, dentro da teoria dos direitos fundamentais, não lhe é possível interpretação restritiva, seja no plano da tutela jurídica coletiva preventiva, seja no plano da tutela jurídica repressiva.

A dor, o sofrimento psíquico, bem como outros sentimentos e valores que, caso sejam atingidos, possam gerar dano moral, também poderão ser sentidos por pessoas indeterminadas, titulares do direito coletivo lesado, como nos casos de graves degradações ambientais e de outras violações aos direitos coletivos em geral.

Zavascki (2007, p. 49) sustenta o argumento contrário, entendendo que o anseio pela condenação por danos morais coletivos deriva de uma tentativa de punição arbitrária do autor do dano, disfarçada de indenização, para além dos limites do sistema da responsabilidade civil, de natureza reparatória. O autor assim sumariza o argumento:

Com efeito, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ou seja, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado. Assim, não se mostra compatível com o dano moral a idéia de transindividualidade (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão e do direito lesado.

Zavascki (idem, p. 52) apenas admite a destinação de recursos decorrentes de indenização por danos morais ao fundo de direitos coletivos na hipótese destes terem sido fixados em favor de titulares de direitos individuais homogêneos, não reclamados no período legal (art. 100, CDC), uma vez que aí se trataria de dano moral individual, apenas tutelado coletivamente. O autor transformou sua doutrina em jurisprudência, conforme pode ser percebido pela seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. REABERTURA.

DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Egrégia Primeira Turma firmou já entendimento de que, em hipóteses como tais, ou seja, ação civil pública objetivando a reabertura de postos de atendimento de serviço de telefonia, não há falar em dano moral coletivo, uma vez que "Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da 'transindividualidade' (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão" (REsp nº 971.844/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJe 12/2/2010).

2. No mesmo sentido: REsp nº 598.281/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 1º/6/2006 e REsp nº 821.891/RS, Relator Ministro Luiz Fux, in DJe 12/5/2008.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1109905/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

2. In casu, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital.

(...)

5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

6. Em conseqüência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

(...)

11. 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 supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.

(REsp 637.332/RR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2004, DJ 13/12/2004 p. 242)

O entendimento, todavia, não é pacificado, havendo decisões do mesmo tribunal que pelo menos admitem a discussão referente à lesão moral da coletividade. Tenha-se como exemplo:

1. À luz dos artigos 127 e 129, III, da CF/88, o Ministério Público Federal - MPF tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios de compra de medicamentos pelo Estado da Paraíba mediante a utilização de recursos federais.

(AgRg no REsp 1029927/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 20/04/2009)

- O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para, em substituição às vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais – DPVAT, mas pagas a menor.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.

- Pedido, ademais, cumulado com o de ressarcimento de danos morais coletivos, figura que, em cognição sumária não exauriente, revela a pretensão a tutela de direito difuso em relação à qual o Ministério Público tem notórios interesse e legitimidade processual.

(REsp 797.963/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJe 05/03/2008)

Em conclusão, pode-se afirmar que é correta a condenação por danos morais coletivos, em primeiro lugar porque, ainda que encarados sob a ótica punitiva, a jurisprudência reconhece nos danos morais, mesmo individuais, um caráter punitivo-pedagógico⁵⁵, de maneira que não se trataria de uma punição à margem da lei, ou de inovação exclusivamente no âmbito da tutela coletiva. Em segundo lugar, porque o simples fato de uma lesão moral ser difusa, atingir a sujeitos indeterminados, não quer dizer que não atinja ninguém. Basta, no caso concreto, que a lesão seja demonstrada por amostragem, pela oitiva de alguns dos integrantes da comunidade atingida.

⁵⁵ V., por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça:

“Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação”.

(REsp 910.794/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 04/12/2008)

Não faltam exemplos práticos em que se verifica a ocorrência de danos morais coletivos, em seu sentido mais puro, ou seja, o sofrimento psíquico de toda uma comunidade em razão de uma lesão difusa. É o que se discute, por exemplo, nos autos do Inquérito Civil Público 1.22.000.000152/2005-11, em tramitação perante a Procuradoria da República no Município de Governador Valadares, em que se apuram os danos ocasionados por um desvio do curso do Rio Doce para a construção de uma Usina Hidrelétrica, o qual ocasionou o ressecamento do curso d'água na orla do Município de Aimorés. Os cidadãos locais, ouvidos no processo, demonstraram um grande sofrimento psíquico, que pode, sem dificuldades, ser estendido a toda a comunidade, em razão de terem vivido boa parte da vida em uma cidade banhada por um rio que fazia parte da história da coletividade, compondo as lembranças de seu passado comum, propiciando, além do benefício paisagístico, diminuição do grande calor que assola a região, rio este que, de uma hora para outra, simplesmente deixou de existir.

A lesão, nesse exemplo, é claramente moral, já que não afeta o patrimônio material dos indivíduos, e é claramente difusa, uma vez que não foi um ou outro munícipe afetado individualmente, mas toda a coletividade local. Talvez a falta de vivência prática das lesões coletivas tenha impedido da doutrina de verificar como é possível, e até mesmo comum, que toda a coletividade sofra psiquicamente em razão de uma lesão a direitos difusos. Isso foi facilmente verificado pelo perito em assistência social, Monica de Fátima Maciel, que, em laudo produzido no referido Inquérito, colheu o seguinte depoimento:

Acabou a vida. Tirou os costumes, antes a gente saía do quintal de casa de barco, ia para o lugar de pesca, que era perto, passava na ilha onde a gente plantava abóbora, mandioca, banana, melancia. A gente colhia e trazia para comer em casa e trazia os peixes para vender. Antes as pessoas da cidade compravam os peixes que a gente pescava (pescadora, 43 anos).

3.8.4 O dispêndio de recursos pelos fundos de reparação de direitos difusos

É preciso, encerrada a exposição doutrinária, elaborar uma análise crítica em relação ao efetivo funcionamento dos fundos de reparação, uma vez que a arrecadação é apenas metade do caminho. Se o objetivo do fundo de reparação é permitir que a coletividade lesada afaça, de algum modo, benefícios que compensem a lesão sofrida, não reparada em natura, seria de se exigir, pelo menos, que: 1) haja vinculação entre a natureza do dano causado e a natureza da reparação; 2) haja vinculação entre o local do dano causado e a reparação; 3) a reparação

represente, para a comunidade, um *plus*, algo mais que o simples cumprimento de obrigações que já seriam inerentes às atividades do poder público, que já são custeadas pela sociedade, por intermédio do recolhimento de tributos. Além disso, há casos em que o próprio Estado é o perpetrador da lesão, sendo incoerente permitir que os recursos voltem para ele, na forma de subvenção. Conforme se verificará pela análise de dados primários, referentes à gestão dos fundos federal e catarinense de reparação, nenhuma dessas três exigências vem sendo atendida.

No aspecto normativo, até a edição da Lei 9.008/95, não havia previsão, no âmbito da legislação federal, que vinculasse a aplicação das receitas obtidas pelo fundo ao dano causado, ou seja, a uma finalidade que efetivamente se relacionasse com o dano. Essa ausência foi suprida no art. 1º, § 3º da referida norma. Continua não existindo, contudo, norma que determine a vinculação geográfica da reparação ao local do dano. Quanto ao terceiro aspecto, as normas, tanto federais quanto estaduais, caminham na contramão do que aqui se defende, permitindo que órgãos públicos também se habilitem à obtenção dos recursos dos fundos.

Os dados atinentes à prestação de contas do fundo federal⁵⁶ dão conta de que, em 2009 e 2010, o orçamento do FDD girou em torno de dez milhões de reais. Destes, a imensa maioria, 88,12%, no ano de 2010, advém das multas impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que também são depositadas no mesmo fundo, ou seja, não decorrem do processo coletivo judicial, ainda que sejam, pelo menos de modo indireto, uma modalidade de tutela de um direito da coletividade – a concorrência – pelo Estado-administração. As condenações judiciais representam apenas 6% do montante total, enquanto 5,16% decorrem de multas aplicadas por desrespeito ao CDC. Isso significa que apenas algo em torno de R\$ 600.000,00 foi obtido em razão de condenações em ações civis públicas.

A Resolução 25/2010, do Conselho Gestor do FDD regulamentou a apresentação de propostas de trabalho para a obtenção de recursos do fundo. Nela não consta, ao contrário do que se poderia supor, uma única palavra sobre a origem dos recursos do fundo. Pelo contrário, o Conselho Gestor, ignorando os dispositivos legais, estabeleceu uma pauta própria de prioridades, criando, em seu art. 4º, quatro “chamadas” de projetos, os quais poderão versar sobre meio ambiente (chamada I), proteção do consumidor e da concorrência (chamada II),

⁵⁶ Informações disponíveis em <http://portal.mj.gov.br/cfdd/data/Pages/MJ038B8D53PTBRNN.htm>.

patrimônio cultural brasileiro (chamada III) e outros direitos difusos e coletivos (chamada IV). Tais categorias são minudenciadas em linhas temáticas, descritas no art. 5º. Para o ano de 2010 foram admitidos projetos até o valor de R\$ 443.750,00 (quatrocentos e quarenta e três mil, setecentos e cinquenta reais). Tais projetos, após apresentados, são livremente votados pelos conselheiros (art. 17), sendo os mais votados classificados em ordem de prioridade, a qual será publicada até o 10º dia útil de agosto. Após a publicação, seguem-se procedimentos burocráticos de tramitação documental, os quais, caso cumpridos adequadamente, concluir-se-ão na celebração do convênio.

Assim, não há, apesar do dispositivo legal, qualquer vinculação entre os critérios de aprovação dos projetos e a origem dos recursos, sendo os conselheiros livres para votar como quiserem. Talvez, considerando que a maior parte dos recursos advém de multas aplicadas pelo CADE, e que defesa da concorrência não é, nem de longe, a área em que haja maior número de ONGs ou de projetos de recuperação, a aplicação rigorosa da lei acabasse inviabilizando a alocação dos recursos.

Cabe observar, também, que não há nenhuma disposição que vincule a aplicação ao local do dano. Por fim, há autorização para a obtenção dos recursos por “Pessoas Jurídicas de Direito Público das esferas estadual, municipal e do Distrito Federal” (art. 1º), permitindo que o valor seja apropriado pelo Poder Público, independentemente de sua origem. É possível, pelo menos em tese, que os recursos destinados ao Poder Público, pela aprovação de projetos, tenham sido vertidos para o fundo em decorrência de lesões praticadas por ele mesmo.

Em 24 de junho de 2010 foi proferido o despacho 160/2010, do presidente do Conselho Gestor do fundo federal, que tornou pública a relação de projetos prioritários para o recebimento de recursos no período 2010-2011. A análise do rol de projetos aprovados é bastante ilustrativa do funcionamento do fundo. Não houve projetos selecionados em matéria de patrimônio cultural. Em matéria de direito do Consumidor, foram selecionados como prioritários 14 projetos. Destes, 6 são oriundos do Poder Público, sendo 5 de Ministérios Públicos estaduais e 1 da própria Secretaria de Direito Econômico, órgão que, como referido, tem a função de secretaria executiva do Fundo.

O projeto da SDE é bastante difícil de se relacionar a uma lesão anterior: visa à implantação de um “laboratório forense de compras públicas”. O mesmo se pode afirmar de 4 dos 5 projetos de Ministérios Públicos – Rio Grande do Norte, Amazonas, Goiás, Piauí e Minas Gerais – que são idênticos entre si, e pretendem a “Implantação de laboratório de análise forense computacional para uso nas perícias de material de informática obtidos em buscas e apreensões no âmbito de processos na área de defesa da concorrência”. Apenas o projeto do Ministério Público do Estado de Pernambuco pretende desenvolver uma ação de conscientização dos consumidores.

Dos projetos remanescentes, um é do fundo estadual de defesa do Consumidor do Estado do Mato Grosso, que, embora também tenha como objeto a orientação de consumidores, não deixa de ser direcionamento de recursos a entidades públicas. Nos 7 restantes, um é de uma fundação mantenedora de uma Universidade Privada, um é da Associação dos Juízes Federais do Brasil e apenas 5 são efetivamente de associações privadas sem fins lucrativos, duas associações de donas de casa (Minas Gerais e Goiás), uma Associação Comunitária de Rondônia, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – BRASILCON, e um de uma associação de defesa dos consumidores de Pernambuco.

Em matéria de meio ambiente, foram selecionados 25 projetos, apesar das notícias divulgadas pelo fundo darem a entender que nenhum percentual dos recursos ingressantes venha de condenações atinentes a esse objeto. Dos 25 projetos, 10 são de prefeituras municipais, de variados estados brasileiros. Um é do Instituto Chico Mendes, autarquia federal; um do Ministério Público do Acre; os demais são de associações ou institutos de defesa do meio ambiente.

Na linha “outros”, foram aprovados 9 projetos, todos, sem exceção, de órgãos públicos: um da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; um da Universidade Federal do Rio de Janeiro; um da Universidade Federal de Pelotas; um da Fundação Oswaldo Cruz; um do Museu Paraense Emílio Goeldi; três do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional – IPHAN, relativos aos estados de MG, RJ e RN; um do próprio Ministério da Justiça.

Verifica-se, então, que dos 48 projetos selecionados para financiamento pelo fundo, 29, o equivalente a 60,4% do total, são de órgãos públicos, dentre eles a Secretaria de Defesa Econômica e a divisão de biblioteca do Ministério da Justiça, órgão ao qual está vinculado o fundo. Cinco projetos são de aparelhamento de Ministérios Públicos e da SDE. Todos os projetos ambientais de Municípios se referem a atividades que seriam de sua atribuição natural, as quais são financiadas pelos impostos pagos pela sociedade. O Município de Campo Mourão, no Paraná, chegou ao extremo de pedir e obter os recursos do fundo para a ampliação do aterro sanitário municipal. O projeto da biblioteca do Ministério da Justiça é de revitalização de seu acervo.

A situação não foi muito diferente em 2009, quando o fundo aprovou 25 projetos, sendo 2 em matéria de direito do consumidor – nenhum deles relativo a concorrência, demonstrando a total desvinculação entre a origem da receita e as aplicações do fundo – 12 em matéria ambiental e 11 outros. Na matéria ambiental, 8 dos 12 são de prefeituras municipais, um da Universidade de Blumenau e um da Empresa Brasileira de Pesquisas Agropecuárias – EMBRAPA. Dos 11 da categoria “outros”, 4 são de prefeituras municipais, 2 de universidades federais e um do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em síntese, dos 25 projetos, 17, ou 68% do total, são de órgãos ou entidades públicas. Destes, saltam aos olhos os projetos da Prefeitura Municipal de Antonio Prado/RS, que visa simplesmente à aquisição de um caminhão para combate a incêndios, e de Morro da Fumaça/SC, cujo objetivo é a construção de rampas para cadeirantes. Por mais relevantes que sejam esses objetivos, são inerentes às atividades do poder público municipal, e deveriam ser custeados com recursos do orçamento fiscal do ente público.

A prestação de contas do Fundo para a recuperação de Bens Lesados de Santa Catarina⁵⁷ revela uma situação um pouco melhor que a federal, embora ainda longe do ideal. É preciso ressaltar que o fundo catarinense, assim como o federal, tem uma minuciosa regulamentação para a disposição dos recursos, mas sempre sob a forma de convênios. Esse regulamento está consubstanciado na Resolução FRBL 01/04. Não há, do mesmo modo, vinculação da recuperação à origem do dano, nem material nem geograficamente, e, dos 17 projetos financiados, 8 são de órgãos públicos, percentual inferior aos verificados em âmbito federal. Chamam a atenção, dentre os projetos financiados, a aquisição de um veículo para uma

⁵⁷ Disponível em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=2318&secao_id=398

entidade, a promoção da “Farra do boi 2008”, que talvez seja mais uma violação que uma reparação a direitos transindividuais, e um financiamento ao SEBRAE, uma das entidades mais ricas do terceiro setor brasileiro, cujas receitas para o ano de 2010 totalizam a impressionante quantia de R\$ 2.468.482.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e sessenta e oito milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil reais)⁵⁸. Considerando o reduzido número de projetos financiados, é um despropósito destinar recursos a uma entidade desse porte.

A análise de dados primários sobre o funcionamento de dois fundos de reparação de direitos transindividuais, o federal e o do Estado de Santa Catarina, é capaz de sustentar três conclusões preocupantes, que demonstram que a pouca doutrina jurídica brasileira que se dedicou a analisar os fundos de recuperação não se debruçou sobre os dados efetivos de seu funcionamento, se conformando com a análise do arcabouço normativo.

Em primeiro lugar, ainda que existam normas, como no âmbito federal, vinculando a origem dos recursos ao objeto da reparação, tais normas simplesmente não são cumpridas, e talvez sequer sejam passíveis de cumprimento, uma vez que a esmagadora maioria dos recursos destinados ao fundo advém de multas aplicadas pelo CADE.

Em segundo lugar, os recursos são destinados a quem apresenta o projeto, não tendo qualquer vinculação geográfica com a lesão. Tal fato impede que a coletividade lesada possa ser considerada como efetivamente *recuperada*, ainda que de maneira *fluida*, pelo dano sofrido.

Em terceiro lugar, houve uma verdadeira captura dos fundos pelo Estado. Além de serem geridos pelo Estado, que ocupa a maior parte dos assentos nos Conselhos Gestores, os fundos de recuperação brasileiros estão destinando a maior parte de seus recursos a projetos de aparelhamento do próprio Estado, ou de desenvolvimento de funções típicas dele, que deveriam estar sendo custeadas com recursos do orçamento fiscal.

Isso se torna ainda mais grave quando se leva em consideração que o Estado, quando não é o próprio causador do dano, é, muitas vezes, culpado de sua ocorrência, ainda que por omissão ou falha do serviço. Assim, a maioria dos danos ambientais e das lesões ao consumidor, por

⁵⁸ Informação disponível em <http://www.sebrae.com.br/customizado/orcamento-do-sistema-sebrae/1-2010%20Composicao%20da%20Receita%20sistema%20Sebrae.pdf>

exemplo, ocorre pela absoluta deficiência de fiscalização por parte do Estado, atividade que é típica de suas funções, ainda que se seja adepto de uma concepção de Estado mínimo.

Nesse diapasão, a sociedade, que paga seus impostos ao Estado, paga novamente, quando é lesada, em muitos casos pela omissão do Estado, para que serviços que deveriam ser custeados por esses impostos sejam custeados pela condenação das lesões. Assim, surge uma lógica maquiavélica, na qual passa a ser interessante para o Estado permitir, ou não evitar, que a sociedade sofra lesões difusas, cujo produto quase certamente se reverterá para os fundos, dado o grau de desinformação e desinteresse da sociedade brasileira, sendo, no futuro, devolvido para o próprio Estado, remunerando-o, assim, por sua falha, e liberando seu orçamento para outras finalidades. E o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos ainda reforça o interesse meramente financeiro do fundo na causa, ao permitir, em seu art. 23, § 3º, que o fundo atue como *amicus curiae* nas ações coletivas. Não há como entender que essa posição se legitime por qualquer outro interesse, que não o recebimento futuro dos recursos oriundos de eventual condenação⁵⁹.

Isso posto, não parece exagero afirmar que não existe *fluid recovery* no Brasil, uma vez que nada é *recuperado* com o proveito da condenação. Esta se resume a prover recursos para fundos públicos que financiam predominantemente ações públicas que já deveriam ser conduzidas pelo Estado.

O art. 100 do CDC representa não mais que uma punição, ou um obstáculo ao locupletamento do causador do dano, e uma fonte de obtenção de recursos públicos. A comunidade lesada, a sociedade, não tem qualquer retorno em razão do qual se possa afirmar que o dano foi reparado, ainda que indiretamente. Comparem-se os projetos financiados pelos fundos analisados com o exemplo norte-americano citado, em que a condenação obrigou a companhia de taxi a reduzir seus preços para o futuro e se poderá ter uma dimensão do quão distorcido se tornou o sistema brasileiro, que permite que o Estado se aproprie dos recursos do fundo para suas próprias finalidades, deixando o grupo lesado sem qualquer reparação.

⁵⁹ A previsão é inadequada também porque os fundos, em regra quase absoluta, são fundos contábeis, não possuindo personalidade jurídica própria. Embora o instituto do amigo da corte não estabeleça restrição em decorrência dessa situação, ela dificulta, é preciso reconhecer, o posicionamento do fundo nessa condição.

Em verdade, como afirma Mazzilli (2007, p. 497), com apoio em Carlos Alberto Sales, apesar da doutrina ser pródiga em fazer analogia do fundo brasileiro com a *fluid recovery* norte-americana, “essa proximidade é apenas de concepção. O fundo brasileiro opera de maneira bastante diversa daquela solução judicial provinda das class actions norte-americanas”. De fato, conforme se demonstrou, nos EUA existe uma preocupação em efetivamente vincular o produto da condenação a uma finalidade adequada aos membros da classe. O autor também anota o mau funcionamento de muitos fundos, ressaltando que, doze anos após sua criação, o fundo paulista somente se reunira duas vezes e não havia gasto um único centavo de suas provisões.

Leite e Dantas (1996, p. 78) também visualizam essas dificuldades:

desse modo, corre-se sério risco de se ter a aplicação das receitas do fundo totalmente desvinculadas da sua efetiva finalidade. Assim, os recursos obtidos com uma indenização decorrente de dano ambiental, por exemplo, poderão ser aplicados na reparação de lesões aos consumidores ou a pessoas portadoras de deficiência física, e vice-versa. Não haverá jamais a obrigatoriedade de se aplicar os recursos na recuperação daquele bem lesado que foi objeto ensejador da propositura da ação civil pública, podendo o conselho gestor do fundo destinar os recursos à reparação de outro bem.

Antes de encerrar a análise, cabe mencionar a polêmica acerca do custeio de perícias com os recursos dos fundos. O problema surge em razão do paradoxo de serem frequentemente necessárias provas periciais para comprovar o direito transindividual sustentado, sem que o legitimado coletivo tenha condições financeiras ou orçamentárias – no caso do Ministério Público – para custeá-las. Embora o art. 18 da LACP afirme que não haverá adiantamento de honorários periciais, a jurisprudência firmou o entendimento de que o perito não é obrigado a trabalhar gratuitamente, nem a aceitar o encargo mediante o recebimento ao final do processo. Mais que isso, em provas periciais complexas, os procedimentos necessários para sua produção já são custosos, independentemente dos honorários do perito.

Esse problema foi especialmente candente nos anos de 2007 e 2008, em que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 733.456/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 22.10.2007, REsp 846.525/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.05.2007, REsp 563.570/RS, Rel. Min. Humberto Martins, e-DJ de 07.03.2008, Ag 543.840/SP, Rel. Min. Convocado Carlos Fernando Mathias, e-DJ de 03.07.2008, dentre outros, decidiu que “O

Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar, fica sujeito à exigência do depósito prévio referente aos honorários do perito, à guisa do que se aplica à Fazenda Pública ante a *ratio essendi* da Súmula 232/STJ”

Tal entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, no julgamento do AG 2008.01.00.009070-4/MG, rel. Des. Assusete Magalhães, DJ 10/10/2008, ou, em uma versão atenuada, no julgamento do AG 2007.01.00.043119-0/DF, rel. Des. João Batista Moreira, DJ21/11/2008, no qual se deu provimento ao agravo para “determinar que o perito nomeado diga se concorda em receber os honorários periciais no final da prestação de seus serviços e, caso não concorde, seja nomeado outro perito que aceite essa condição de pagamento”.

Posteriormente, todavia, o Superior Tribunal de superou parcialmente esse entendimento, ocasionando um impasse bem descrito no julgamento do RMS 30812/SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 18/03/10:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO EM ÁREA DE MATA ATLÂNTICA - DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A HONORÁRIOS PERICIAIS - RECORRIBILIDADE - SÚMULA 267/STF.

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão judicial proferida em autos de ação civil pública — ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais decorrentes da realização de parcelamento do solo em área de vegetação de mata atlântica —, mediante a qual se determinou que as despesas com a realização da perícia judicial fossem custeadas com recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

2. "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção" (Súmula 267/STF). Hipótese em que o próprio Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento, ao qual fora atribuído efeito suspensivo, contra a decisão impugnada.

3. Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps 733.456/SP e 981.949/RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei 7.347/85, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.

4. Diante desse impasse, 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.

5. Recurso ordinário não provido.

Na hipótese em tela, bastante ilustrativa para o objeto de estudo, não sendo dever do Ministério Público adiantar as custas, nem do perito trabalhar graciosamente, nem do particular custear perícia que não requereu, o Superior Tribunal de Justiça considerou plausível a decisão judicial recorrida, que determinara o custeio da perícia com recursos do fundo paulista de reparação de direitos difusos. O recurso era do próprio Ministério Público, que alegava que

b) o fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85 destina-se à reconstituição dos bens que, uma vez lesados, dão ensejo ao ajuizamento da ação civil pública, não servindo, portanto, ao custeio de perícias judiciais;

c) a Lei Estadual 6.536/89, que criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados no Estado de São Paulo, é expressa ao destinar os seus recursos ao ressarcimento dos danos causados, entre outros, ao meio ambiente e ao consumidor;

d) o Fundo de Interesses Difusos, por amoldar-se à disposição contida no art. 71 da Lei 4.320/64, tem natureza orçamentária, de modo que somente as despesas legalmente previstas podem ser realizadas;

Os três argumentos são verdadeiros, sendo absolutamente despropositado que o fundo de reparação a direitos difusos custeie perícias judiciais. O Superior Tribunal de Justiça, ignorando a própria natureza do fundo, tratou-o como um *dinheiro qualquer*, algo que está disponível para qualquer finalidade que remotamente tenha relação com o processo coletivo e do qual se possa lançar mão, em desrespeito às disposições legais que vinculam os recursos a finalidades relacionadas com o dano de que são originários. Apenas por um exercício retórico extremado se pode afirmar que o custeio de perícia em uma ação civil pública tem o condão de reparar a coletividade, ainda que de maneira fluida, por uma lesão passada. Se nenhum dos interessados é obrigado a adiantar as custas processuais, estas devem ser adimplidas pelo orçamento do Poder Judiciário, tal como já ocorre, por exemplo, nas ações em que há benefício de Justiça gratuita, nas quais o Poder Judiciário custeia, por exemplo, exames genéticos de investigação de paternidade.

Alheio a qualquer discussão, o fundo de reparação catarinense institucionalizou o pagamento de perícias, por intermédio do Decreto 2.666/04, regulamentado pelas Portarias FRBL 4/05 e 5/05, disponibilizando formulários e estabelecendo regras para a destinação dos recursos a esse fim, tais como tabelas de valores, custo da hora trabalhada, subdividido por área de expertise, diárias para deslocamento da sede, valor para o acompanhamento de execução,

aplicação da Lei 8.666/93 se o valor for superior ao limite estabelecido para a dispensa de licitação⁶⁰. O fundo federal não aplica recursos nessa finalidade.

A solução que pode ser proposta para a melhoria desse quadro é a aproximação do sistema brasileiro ao que originalmente o inspirou, o norte-americano, ficando sob a responsabilidade do juiz e do Ministério Público a aplicação das verbas, tal como ocorre, por exemplo, com as prestações pecuniárias decorrentes de substituição de penas privativas de liberdade ou de transação penal, cuja destinação é definida nos próprios autos do processo. É evidente que, tratando-se de ação coletiva, tal aplicação ficaria vinculada a finalidade relacionada com a lesão anterior, cabendo, se possível identificar uma comunidade especialmente atingida, ser a ela destinado o recurso, para aplicação coletiva ou repartição individual, tal como sustentado supra. Posição análoga é sustentada por Macedo Júnior (2001, p. 753), que afirma que “A utilização do fundo para a reparação de bens lesados impõe a necessidade da separação das verbas destinadas a cada área de acordo com a natureza do bem difuso lesado”.

Finalmente, embora esteja claro que as normas têm sido falhas em alterar a realidade, o Projeto de Lei 5.139/09 se atentou para o problema da correspondência, tanto geográfica quanto material entre o dano originário e a respectiva reparação:

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

A posição do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, no art. 27, § 4º, é bem mais tímida, dispondo apenas que “o Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional”.

⁶⁰ As informações estão disponíveis em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalhe.asp?campo=3930&secao_id=398. Apenas a título de curiosidade, a hora técnica do biólogo é orçada em R\$ 47, 35. A de quase todas as áreas são medidas em unidades próprias do setor, como o CUB, na engenharia. Esses valores vem sendo alterados por uma sucessão de portarias, tais como a 09/06, 17/08, 18/08, 19/09, sendo que esta última trouxe anexo um manual para a contratação de perícia, disponibilizado no web site referido.

3.9 Peculiaridades do cumprimento de sentença e da execução de título extrajudicial pelos indivíduos

Muito pouco há para se observar em relação à execução efetuada pelos próprios indivíduos, seja na condição de titulares dos direitos individuais homogêneos que sustentaram a condenação, seja pela transferência *in utilibus* da decisão coletiva para o âmbito individual, tratando-se de direitos difusos e coletivos. Isso porque essa execução, conforme se afigura óbvio, não é coletiva, mas sim individual, com a única peculiaridade de ser proveniente de um título coletivo, que serve a todos os exequentes. Assim, fora essa particularidade, tais execuções seguirão as mesmas regras aplicáveis às execuções individuais.

Tal como já se sustentou, todo título executivo coletivo, seja de que natureza for, pode ser executado pelo indivíduo, desde que este comprove alguma vinculação com o dano reconhecido. Assim, mesmo o termo de ajustamento de conduta é passível de execução individual, sendo desnecessário que contenha uma cláusula expressa de reconhecimento da responsabilidade pelos danos ocasionados, e mesmo que não exista uma prestação especificamente destinada ao indivíduo afetado pelo dano. Este poderá, aproveitando o TAC, ajuizar ação de liquidação e posterior execução dos danos provocados, sem a necessidade de provar sua existência ou autoria, mas apenas a existência da lesão individual e seu nexo de causalidade com o comportamento do compromissário. Trata-se, nessa hipótese, de uma transferência *in utilibus* do título extrajudicial coletivo para o âmbito individual, que não encontra qualquer vedação no ordenamento jurídico. Pelo contrário, é uma exigência de coerência do ordenamento, valiosa para o processo coletivo, impedindo que a solução no plano coletivo seja diversa do individual, seja no plano processual, seja no extraprocessual. Não há como se admitir que alguém seja considerado responsável por um dano coletivamente, sem sê-lo individualmente.

Outro ponto a se esclarecer é o que se refere à relação entre os arts. 97 e 98 do CDC. Segundo os dispositivos, a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima ou seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82 (art.97), abrangendo, esta última, as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação.

A partir desses dois dispositivos, Grinover (2007, p. 910) sustenta que, quando realizada pelo legitimado coletivo, este age na condição de representante dos lesados identificados, não havendo, aqui, a legitimação típica do processo coletivo, mas mera representação, em que os legitimados agirão em nome das vítimas, e não em nome próprio, embora por interesse alheio, como ocorre na legitimidade para o ajuizamento das ações coletivas. Venturi (2000, p. 131) toma essa afirmação com reservas, por considerar que os legitimados coletivos desconhecem, em regra, a situação dos lesados individuais, de modo que teriam poucas condições de bem realizar a liquidação. Concorda, pois, com Dinamarco, ao assevera que o legitimado deve representar apenas um número restrito de lesados em cada processo, de modo a permitir o efetivo reconhecimento da situação de cada um.

Silva (2009, p. 105) avança nessas considerações, para afirmar que a legitimidade coletiva para a liquidação, nesses casos, é subsidiária, havendo uma “supremacia da legitimidade individual”, que decorre da natureza do direito defendido, uma vez que o ressarcimento genérico agora será individualizado, sendo mais fácil para a própria vítima demonstrar o valor devido. Essa posição é compartilhada por Wambier (2006, p. 375), que, avançando ainda mais, considera que

só nasce a legitimidade para o pedido de liquidação e para a posterior execução, se não tiver ocorrido iniciativa dos interessados. Antes disso, ao que nos parece, o pedido formulado por qualquer dos legitimados do art. 82 (...) deverá resultar na extinção do processo de liquidação sem julgamento do mérito, porque faltará, na hipótese, uma das condições para o exercício da ação, que é justamente a legitimidade para agir.

Com base nessas ponderações, tanto Wambier (2006), quanto Grinover (2007), Venturi (2000) e Silva (2009) consideram ilegítimo o Ministério Público para o ajuizamento da liquidação e da execução na forma do art. 98 do CDC, apesar do texto legal não fazer essa ressalva. Essa legitimidade ficaria restrita aos demais entes coletivos, por sua natureza associativa.

Extrapolaria o propósito do presente trabalho refazer a discussão, quase interminável, sobre a natureza da legitimidade no processo coletivo, à qual se dedicam todos os manuais atinentes ao tema, e um considerável número de trabalhos específicos – basta citar, por todos, Thibau (2003) e Rocha (2007) – mas parece que o entendimento exposto, sem alguma matização, apequena o processo coletivo.

O primeiro compromisso do processo coletivo deve ser com a efetiva reparação do dano. Tal ideal restaria frustrado se, para ser alcançado, se exigisse o ajuizamento de milhares de ações individuais de liquidação/execução, frustrando completamente toda a economia de recursos jurisdicionais obtida no processo de conhecimento, ou se convertesse a condenação em reparação para o fundo de direitos difusos, que, conforme já demonstrado, não repara efetivamente a lesão, servido quase exclusivamente como punição do causador do dano.

Nesses termos, é preciso fazer uma releitura desses dois dispositivos, sob a ótica dos objetivos fundamentais do processo coletivo: evitar decisões díspares, reduzir a sobrecarga do Judiciário, facilitar a reparação de lesões coletivas. Todos esses objetivos serão melhor alcançados com uma interpretação mais ampla da possibilidade de ajuizamento da liquidação e execução relativa a direitos individuais homogêneos pelos legitimados coletivos.

O dispositivo legal não exige que o legitimado coletivo detenha algum tipo de autorização ou vínculo especial com o lesado individual, para proceder a liquidação. Qualquer interpretação nesse sentido constitui uma extrapolação do texto legal. A única exigência é que os danos liquidados sejam individualizados, ou seja, em oposição ao art. 100 do CDC, que não se trate de uma liquidação/execução por valores estimativos, mas pelos reais valores devidos a cada uma das vítimas.

Dessa circunstância não se pode presumir 1) que a liquidação individual seja preferível à coletiva; 2) que o legitimado coletivo, por desconhecer a situação das vítimas, seria menos habilitado a sua realização; 3) que o legitimado coletivo não tem interesse na condução da liquidação/execução, por se tratar de direitos exclusivamente individuais. São esses os três argumentos que devem ser afastados.

Em primeiro lugar, conforme já se demonstrou à exaustão, muitos dos benefícios do processo coletivo se perderiam se a liquidação e a execução tivessem que ser individuais após um processo coletivo. Ainda que os lesados não tenham necessidade de provar a responsabilidade e a autoria do dano, o fato é que cada um deles deverá ajuizar uma ação judicial, que deverá seguir todo o rito processual, com amplitude de defesa etc. Ora, quem não teve interesse no processo de conhecimento, em razão do caráter diminuto da lesão, também não o terá na liquidação e execução, que igualmente demandam pagamento de custas, contratação de

advogado e outros transtornos inerentes ao processo judicial. Se, por outro lado, esse procedimento for coletivo, tanto o Judiciário quanto o réu se ocuparão de apenas um processo, cujo resultado será coerente com todos os representados.

Também não se sustenta a observação de Dinamarco (1997, p. 37) acerca de um eventual tumulto processual provocado pelo ajuizamento de uma liquidação por um legitimado em nome de diversos substituídos. Essa dúvida leva à segunda questão, acerca da disponibilidade de dados para o ajuizamento de liquidação pelo legitimado coletivo.

Parece ser um pouco abstrata a afirmação de que a falta de conhecimentos, por parte do legitimado, acerca da situação da vítima no processo coletivo seja um obstáculo à execução. Na maior parte dos casos em que há uma lesão a direitos individuais homogêneos, a lesão é tão homogênea quanto os próprios direitos. Basta pensar em cobranças indevidas de contas de serviços públicos (água, energia elétrica, gás), venda de produtos com peso a menor, cobrança indevida de tarifas bancárias, dentre muitos outros. Assim, a determinação do montante devido a cada titular do direito será muito mais dependente dos registros comerciais do réu que de provas advindas do consumidor. Não é razoável exigir que o consumidor apresente, por exemplo, todas as faturas de água quitadas para instruir uma execução individual quando tais dados estão facilmente disponíveis nos registros contábeis da empresa prestadora, a qual poderá fornecê-los ao legitimado coletivo, que faria a execução em nome de todos os substituídos, que receberiam créditos em suas contas futuras. Tal situação demonstra, por si só, como não se pode descartar, de plano, a maior facilidade e qualidade de uma execução coletiva, ao invés das inúmeras execuções individuais.

Os exemplos citados são a regra em matéria de direitos individuais homogêneos. Aos direitos homogêneos corresponderão, em regra, lesões homogêneas. Tal afirmação é menos verdadeira no que se refere ao aproveitamento *in utilibus* da decisão referente a direitos difusos e coletivos, uma vez que, em hipóteses como de dano ambiental, por exemplo, a situação de cada um dos lesados deverá ser individualmente apreciada. Mas também nesses casos haverá situações em que a liquidação poderá perfeitamente ser coletiva.

O último óbice a ser afastado é o da legitimidade do Ministério Público para pleitear a reparação coletiva de direitos individuais. Tal argumento é completamente contraditório com

tudo o que se defende sobre a tutela dos direitos individuais homogêneos. Se se admite que direitos individuais podem ser tutelados coletivamente, e que isso não representa, por exemplo, uma violação do direito de ação dos titulares do direito, sob a perspectiva de escolher não agir, é porque se enxerga nessas lesões algo mais que simples direitos individuais. O que se enxerga, embora não seja suficiente para transmudar a natureza jurídica de tais direitos, é sua relevância social. É o entendimento de que uma lesão que afeta um grande número de indivíduos, às vezes em montante individual pequeno, não encontra resposta adequada no sistema processual individualista tradicional, mas, nem por isso, pode passar a ser socialmente tolerada. Conforme bem ressalta Zavascki (2007, p. 165):

Ora, são comuns e cada vez mais frequentes, no mundo atual, as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhe servem de base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, conforme reconhece o próprio Código de Processo, inviável do ponto de vista prático. E a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabruhadora: do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo – financeiro, emocional, profissional, social –, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência; do ponto de vista do Estado, pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária; e do ponto de vista social, pelo desestímulo à busca dos direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos.

Fica claro que todas essas mazelas, que são combatidas pelo processo de conhecimento coletivo, retornarão se se obstar a execução e a liquidação coletivas, uma vez que são essas as providências de efetiva satisfação do credor. O mesmo interesse jurídico que orienta a legitimidade para o ajuizamento de uma ação orienta sua liquidação e execução, como consectários lógicos. Não há como se conceber que o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado para a tutela de direitos individuais homogêneos apenas tenha interesse na obtenção da sentença, enquanto ato de reconhecimento meramente formal do direito, e não de sua implementação para a efetiva satisfação dos credores. Haveria uma total e completa falta de lógica do sistema. Em nenhuma outra hipótese, na ordem processual brasileira, se autoriza a alguém o ajuizamento da ação e não da execução, seu consectário imediato.

Mais ilógico é, após um ano, atribuir novamente legitimidade a esses agentes coletivos para a execução em favor do fundo estatal de defesa dos direitos difusos. Tal raciocínio tergiversa

com o principal interesse do processo coletivo, ou do processo como um todo, que é a pacificação social. Facilita-se a execução em favor do Estado – que não é credor e, muitas vezes, como demonstrado, contribui para a ocorrência da lesão – e dificulta-se em favor dos verdadeiros credores, que necessitarão ingressar individualmente em juízo. No sentido aqui sustentado vai o art. 40, parágrafo único, do Projeto de Lei 5.139/09, que estabelece 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”⁶¹.

Urge, portanto, que se releia o disposto nos arts. 97 e 98 do CDC para, em uma interpretação mais alinhada à sistemática do processo coletivo, se passe a considerar que a liquidação e a execução da sentença que reconhece a lesão a direitos individuais homogêneos devem ser realizadas prioritariamente pelo legitimado coletivo, sem prejuízo da atuação individual. O legitimado buscará obter informações individualizadas sobre a lesão suportada por cada um dos titulares dos direitos, por exemplo, mediante a análise dos bancos de dados do devedor, e adotará medidas que propiciem a efetiva reparação de cada um desses credores individuais, por exemplo, mediante o crédito em sua conta de consumo seguinte, ou mediante chamada pública para que os adquirentes de determinado produto se dirijam às lojas – aí sim, necessariamente munidos de comprovação da compra – para receberem, diretamente do devedor, em cumprimento de decisão judicial, a reparação devida, tal como a troca do produto ou a devolução do valor pago, sempre sem necessidade de acesso individual ao Judiciário.

Havendo criatividade do legitimado coletivo, muito provavelmente será possível, pela própria identidade que caracteriza dos direitos individuais homogêneos, efetuar-lhes a reparação mediante ordem judicial obtida pelo legitimado, a ser cumprida pelo devedor em favor dos titulares do direito, extrajudicialmente, por exemplo, como demonstrado, pelo comparecimento em algum de seus estabelecimentos comerciais. Isso ocorre porque, na grande maioria das vezes, as lesões coletivas são provocadas por grandes empresas, que

⁶¹ Muito mais tímida é a norma do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que mantém em vigor a lógica atual:

“Art. 34. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras na fase de conhecimento, observados os requisitos do artigo 20 deste Código. (...)”

Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código”.

distribuem seus produtos nacionalmente, e que podem alcançar a generalidade dos lesados, muito além da capilaridade da Justiça.

Um exemplo pode aclarar ainda mais o que se sustenta. No início do ano de 2010 a imprensa nacional noticiou amplamente a punição da companhia Nestlé pelo lançamento da bebida láctea *Alpino Fast*, a qual, apesar de ter todas as características publicitárias do chocolate *Alpino*, vendido pela mesma companhia, como rótulo, coloração, ilustrações e nome, não continha o referido chocolate, informação que constava do rótulo em letras minúsculas, configurando-se a publicidade enganosa⁶². Se tal violação aos direitos individuais homogêneos dos consumidores da bebida chegasse ao Judiciário, e houvesse condenação, encerrar-se-ia, pela doutrina tradicional, a atuação dos legitimados coletivos. Cada um dos adquirentes da bebida teria que ingressar com ação judicial, comprovando a aquisição, para receber o valor do produto comprado e uma eventual indenização por danos morais – muito pouco provável – acaso fixada. Qualquer cenário, a partir daí, seria contrário ao próprio espírito que alimenta a existência do processo coletivo: ou o Poder Judiciário teria que receber, ao longo dos próximos anos, milhares de ações de liquidação e execução relativas à aquisição de *Alpino Fast*, criando, quiçá, o *Juizado Especial do Alpino*, tal como existem os juizados especiais de telefonia, contratos bancários, dentre outros, ou, mais provável, não haveria interesse da maioria dos adquirentes, dado o baixo valor e consumo per capita da bebida. Passado um ano, os legitimados coletivos retornariam para executar a condenação em favor do fundo de reparação, gerido pelo Estado, que foi quem falhou, já no primeiro momento, em fiscalizar o produto antes que este fosse colocado no mercado.

Por outro lado, a se adotar o entendimento aqui sustentado, o legitimado coletivo poderia – e o Ministério Público deveria – prosseguir na execução, a qual poderia ser realizada mediante uma ordem judicial para que o devedor disponibilizasse, em todos os pontos de venda do produto, condições para que o consumidor, apresentando a embalagem ou a nota fiscal de aquisição da bebida, recebesse a reparação fixada na sentença, em dinheiro ou em produtos, da mesma ou diferentes espécies. Apenas eventuais peculiaridades dos casos concretos –

⁶² Tenha-se, por exemplo: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/05/anvisa-determina-suspensao-de-propagandas-do-alpino-fast.html> , <http://portalexame.abril.com.br/marketing/noticias/nestle-teramudar-embalagem-alpino-fast-567196.html> , [http://www.clickpb.com.br/artigo.php?id=20100514081622&cat=economia&keys=multa-nestle-alpino-fast-pode-chegar-r\\$-milhoes](http://www.clickpb.com.br/artigo.php?id=20100514081622&cat=economia&keys=multa-nestle-alpino-fast-pode-chegar-r$-milhoes).

lucros cessantes, danos emergentes, agravantes circunstanciais – demandarão processos individuais.

Essa providência significaria a verdadeira satisfação dos objetivos do processo coletivo: não haveria asoberbamento do Poder Judiciário, a reparação se dirigiria aos verdadeiros credores e o devedor seria adequadamente punido pela lesão. Não há como sustentar que a obtenção desses três objetivos se reduza meramente à satisfação de interesses individuais, apta a afastar o interesse de agir dos legitimados coletivos e, especialmente, do Ministério Público, ao qual foi atribuída, pela Constituição da República de 1988, a guarda da ordem jurídica.

Assim, ao contrário do que sustenta a doutrina, a interpretação sistemática demonstra que devem ser priorizadas a liquidação e a execução coletivas também em matéria de direitos individuais homogêneos, atribuindo-se legitimidade aos mesmos entes que podem conduzir o processo de conhecimento, inclusive ao Ministério Público. Essa solução deve ser a principal, e não a subsidiária, como sustenta a doutrina. A necessidade de identificação dos beneficiários em sentença de liquidação, estabelecida no art. 98 do CDC, não deve ser vista como um impedimento para a aplicação do entendimento aqui esposado, mas sim como um requisito nos casos em que tal providência for necessária. No exemplo citado, execução e identificação dos credores ocorrerão simultaneamente. O que é importante, e foi o que pretendeu ressaltar o CDC, é que nesse momento não se trata de *fluid recovery*, não havendo que se falar em uma liquidação estimativa, mas sim em efetiva reparação dos lesados individuais.

Ademais, assim se contribui para evitar o fenômeno que hoje vem ocorrendo, que é o da apropriação das estruturas jurisdicionais, custeadas por toda a sociedade, pelas grandes companhias que continuamente lesam o consumidor. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, mantém uma unidade inteira do juizado especial – Unidade UFMG – apenas para julgar “ações ajuizadas contra empresas concessionárias de serviços de telecomunicações”⁶³, ou seja, lesões provocadas a consumidores por companhias telefônicas, muitas das quais poderiam ser tuteladas coletivamente. Na situação atual, além da lesão ao direito material, as companhias também lesam a sociedade, de modo difuso, ao exigir a criação de estruturas jurisdicionais, custeadas pela mesma sociedade lesada, para julgar as condutas dessas empresas. Estas não têm qualquer custo nessa situação, uma vez que as

⁶³ <http://www.tjmg.jus.br/jesp/enderecos/capital.html>.

causas em tramitação nos juizados especiais não acarretam sequer a condenação em honorários sucumbenciais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 214.668/ES, rel. p/o ac. Min. Joaquim Barbosa, entendeu, em relação aos sindicatos, que sua legitimidade alcança tanto o processo de conhecimento quanto o de execução, dispensando autorização dos sindicalizados substituídos. Embora mais específico, esse entendimento se coaduna com o aqui exposto.

3.10 Peculiaridades da execução coletiva contra a fazenda pública

Não é infrequente que a tutela coletiva se volte contra o Estado. Na condição de prestador de serviços públicos, ou de regulador dos serviços concedidos a particulares, o Estado acaba perpetrando ou contribuindo para a ocorrência de lesões à coletividade.

O problema é que, no contexto constitucional brasileiro, tais débitos (não) são adimplidos pelo regime de precatórios, que constituem, em homenagem à origem etimológica da palavra, pouco mais que um apelo do Poder Judiciário para que o Estado cumpra a obrigação judicialmente fixada. É preciso, portanto, realizar um breve estudo sobre as peculiaridades desse regime, a fim de estabelecer como ele impacta na efetividade da tutela coletiva⁶⁴.

3.10.1 Precatórios: conceito e evolução

Precatório é o instrumento processual por meio do qual é requisitado a um ente público o pagamento de crédito decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Em outras palavras, precatório é o mecanismo pelo qual a Fazenda Pública paga seus débitos judiciais.

Trata-se de um instrumento processual genuinamente brasileiro, sendo sua criação fruto da necessidade de um meio apto a submeter a Fazenda Pública aos efeitos da execução. Antes da outorga da Constituição Imperial de 1824, a Fazenda Pública se submetia ao procedimento comum de execução, em razão de seus bens serem penhoráveis⁶⁵. A partir do referido diploma

⁶⁴ Para uma análise mais detalhada do assunto v. Lima, 2009, p. 105 e ss.

⁶⁵ Esse histórico é muito bem narrado por Francisco Wildo Lacerda Dantas, no artigo *O sistema de Precatório*, disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20341>. Acesso em: 28.05.2009.

constitucional, a alienação dos bens públicos passou a depender de autorização da câmara legislativa, o que resultou em sua impenhorabilidade.

Por não haver qualquer dispositivo legal regulando a execução contra a fazenda pública, e ante a extrema necessidade de criar um sistema que permitisse a execução forçada contra o ente público, uma vez que nunca foi tradicional no Brasil o cumprimento espontâneo das decisões judiciais, acabou se consolidando uma prática forense que daria origem ao precatório, ou seja, ao pedido do juiz para que o Estado cumpra a decisão.

Desde a Constituição da República de 1934 o precatório possui *status* constitucional, estando atualmente regulamentado no art. 100 da CR/88, com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 62/2009. Os créditos devidos pela Fazenda Pública podem ser divididos da seguinte forma: *a)* créditos alimentícios; *b)* créditos de pequeno valor; *c)* créditos comuns de alto valor, parcelados ou não. A divisão dos créditos desta forma implica o procedimento a ser adotado.

3.10.2 Espécies de créditos e modalidades de pagamento

O pagamento dos créditos, inclusive de natureza alimentícia, cujo montante ultrapasse a quantia estabelecida para conceituá-los como de pequeno valor, far-se-á por meio de precatórios. Embora a antiga redação do *caput* do art. 100 da CR/88 pudesse levar a entendimento diverso, já era pacífico na doutrina e jurisprudência que mesmo os créditos alimentares se submetem ao regime de precatório, constituindo, todavia, uma classe cujo pagamento é priorizado em face dos demais, entendimento que restou consagrado com a alteração do texto do dispositivo pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Nos termos do art. 100, §3º, da CR/88, os débitos judiciais de pequeno valor não se submetem ao regime de precatório, havendo um sistema próprio para seu adimplemento, determinado na prática de Requisições de Pequeno Valor (RPV). No âmbito da Fazenda Nacional, considera-se como de pequeno valor aqueles créditos que se encontrem abaixo do estabelecido para fixação de competência no Juizado Especial Federal, ou seja, 60 salários mínimos (art. 17, §1º, da Lei 10.259/01); para as Fazendas Estaduais e Distrital esse valor é 40 salários mínimos; para os Municípios, 30 salários mínimos.

Ressalta-se que os limites estabelecidos pelo art. 97, §12, do ADCT, matéria anteriormente tratada no art. 87 do mesmo Ato, não devem ser tidos como parâmetros mínimos para que os entes da federação legislem sobre o tema. Apesar da existência de uma ideia inicial em sentido contrário, o STF decidiu que tais valores somente servirão como base até que sejam editadas leis pelos entes federativos, que estabelecerão limites próprios, observando sua situação econômica⁶⁶.

Conforme o art. 17, da Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, em se tratando de obrigações de pequeno valor, após ocorrer o trânsito em julgado da sentença que condenou a Fazenda Pública, o juiz expedirá a Requisição de Pequenos Valores – RPV, determinando que o ente público pague o montante no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da entrega da requisição, sob pena de sequestro de numerário suficiente para adimplir a obrigação. Essa é a única modalidade de adimplemento que permite o sequestro de valores em decorrência apenas do não pagamento. Além disso, a RPV não necessita do intermédio do presidente do Tribunal ao qual o juiz da causa for vinculado, sendo emitida diretamente por este ao ente público que fora condenado em execução por pagamento de quantia certa.

Ainda que a Lei 10.259/01 seja aplicável somente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a jurisprudência tem entendido que as disposições processuais referentes ao pagamento de pequenos valores pelo ente público deverão ser estendidas também às execuções contra os Estados, Distrito Federal ou Municípios, e mesmo que o processo não tenha tramitado sob o rito próprio dos juizados⁶⁷.

⁶⁶ Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002.(STF - ADI 2.868, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-6-04DJ de 12-11-04)”.
⁶⁷ Tenha-se da decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CRÉDITO DE PEQUENO VALOR - DISPENSA DE PRECATÓRIO - LEI N. 10.259/01 - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

1. Crédito de pequeno valor prescinde de expedição de precatório.
2. No que se refere à aplicação da Lei n. 10.259/2001, apesar da referida lei disciplinar os Juizados Especiais Federais, a possibilidade de pagamento dos créditos de pequeno valor, no prazo de sessenta dias, a contar da requisição por ordem judicial, sob pena de seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão, deve ser estendida também aos procedimentos ordinários, para que não seja violado o princípio da isonomia.
3. A questão relevante diz respeito à quantia limite a ser paga sem a necessidade de precatório, uma vez que, por vezes, mesmo dentro do limite fixado pela Lei n. 10.259, não é possível ingressar com o feito no juizado especial. Recurso ordinário improvido. (STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 20.079/MG – Rel.: Min. HUMBERTO MARTINS – DJ 06.09.07).

Os débitos superiores ao limite para expedição de RPV serão submetidos ao regime de precatórios. Todavia, somente as obrigações de pagar quantia certa, baseadas em sentença transitada em julgado se amoldam a esse regime. Em se tratando de obrigações de fazer ou de dar, por exemplo, mesmo que estas importem despesas à Fazenda Pública, observar-se-á, para seu cumprimento, o regime comum de cumprimento de sentença.

Ressalta-se que o trânsito em julgado da sentença condenatória é requisito essencial para a expedição de precatório, nos termos do *caput* do art. 100 da CR/88. Desse modo, não há que se falar em expedição de precatório em sede de execução provisória.

3.10.3 Mecanismos de coerção das entidades públicas

Existem dois meios de coerção para que as entidades públicas paguem os valores determinados nos precatórios. O primeiro deles é a intervenção federal, prevista no art. 34, V e VI, da CR/88. Ocorre que tal meio encontra-se vinculado à comprovação de dolo do gestor público em deixar de pagar os débitos fundados em decisões judiciais, ou seja, que o ente político, a despeito de possuir fundos suficientes para adimplir suas dívidas sem prejuízo à continuidade dos serviços públicos por ele prestados, deixe de cumprir com suas obrigações. Tal entendimento já se encontra pacificado no Supremo Tribunal Federal⁶⁸.

Destarte, a intervenção se torna medida praticamente inaplicável, haja vista a dificuldade de se comprovar o dolo dos agentes políticos em não quitar os débitos decorrentes de determinações judiciais.

O segundo meio de coerção é o sequestro dos valores suficientes para adimplir a dívida. Todavia, ao contrário do regime das RPV, para os precatórios, o sequestro somente poderá ser decretado no caso de haver preterição do direito de preferência de pagamento, nos termos do

⁶⁸ “AGRAVO REGIMENTAL. INTERVENÇÃO FEDERAL. INDEFERIMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATUAÇÃO DOLOSA POR PARTE DO ESTADO. PRECEDENTES. 1. O relator está autorizado a, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (RISTF, art. 21, § 1º). 2. Decisão agravada que se encontra em consonância com a orientação desta Corte, no sentido de que o descumprimento voluntário e intencional de decisão judicial transitada em julgado é pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. 3. Agravo regimental improvido. (STF, IF 4663 AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 06.03.2008)”

§2º do art. 100 da CR/88. Ocorrerá preterição do direito de preferência quando ocorrer o pagamento de dívida constante de precatório apresentado em momento posterior aos demais, ou seja, se houver quebra da ordem cronológica de pagamentos.

Nos termos do art. 730 do CPC, qualquer credor que for preterido no seu direito de preferência poderá requerer ao presidente do tribunal o sequestro dos valores, devendo também, neste caso, ser observada a ordem cronológica, se houver crédito anterior pendente de pagamento. Assim, o valor sequestrado será o suficiente para o pagamento de todos os precatórios preteridos, não apenas do credor que formulou o pedido.

Cumprе ressaltar que, conforme entendimento do STF, a inobservância da ordem cronológica dos precatórios é o único fundamento possível para que seja decretado o sequestro⁶⁹.

3.10.4 Moratórias constitucionais e a Emenda Constitucional 62/2009

Além da *evolução* jurisprudencial ter feito com que a intervenção federal se tornasse um mecanismo praticamente inútil para garantir o pagamento de precatórios, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil já passou por três moratórias no que diz respeito ao pagamento dos débitos judiciais fundados em precatórios. A primeira encontra-se no texto originário, no art. 33 do ADCT; a segunda, na Emenda Constitucional nº 30/2000; a terceira e mais recente, na Emenda Constitucional nº. 62/2009.

A Emenda Constitucional nº 62/2009, dentre muitas inovações, criou uma classe superprivilegiada de créditos alimentares. Conforme a nova redação do §2º do artigo 100 da CR/88, os créditos alimentares devidos a pessoas com mais de 60 anos de idade ou portadores de doença grave serão pagos em preferência sobre qualquer outro, até o limite de três vezes do valor fixado como teto para a dispensa de precatório; o valor que exceder de tal limite será pago conforme a ordem cronológica dos demais créditos alimentares. Assim, ao invés das três filas de precatórios anteriores – credores comuns, credores alimentares e requisições de pequeno valor – haverá, a partir de agora, quatro filas.

⁶⁹ A efetivação do pagamento do precatório, com quebra da ordem de precedência dos títulos, é a única hipótese constitucional a autorizar a medida constritiva. (STF, Rcl 1.842, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 06.02.04).

Outra interessante inovação diz respeito ao pagamento dos valores consignados no precatório. Foi incluído o §9º no art. 100 do texto Constitucional de 1988, que determina a compensação dos valores consignados nos precatórios com eventuais débitos do credor com a respectiva Fazenda Pública, inscritos ou não em dívida ativa.

Foi inserido, ainda, o §11 no art. 100 da CR/88, que possibilita a utilização dos valores consignados em precatórios na compra de imóveis públicos pertencentes ao ente devedor. Todavia, trata-se de norma de eficácia contida, cuja aplicação dependerá da edição de lei da respectiva entidade federativa devedora.

Mas a grande novidade, e o grande problema existente no teor da Emenda é a criação de um regime especial, a ser disciplinado por lei complementar, para o pagamento dos precatórios devidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, não alcançando a União e seus respectivos entes. Esse regime especial, cuja adoção dependerá da opção do chefe do Poder Executivo, abrangerá todos os precatórios cujo pagamento se encontra em mora, bem como aqueles expedidos durante sua vigência, inclusive os créditos de natureza alimentar, com exceção apenas dos créditos de pequeno valor, podendo ser adotado sob duas formas.

Pela primeira modalidade do regime especial, os entes públicos passarão a destinar um percentual pré-estabelecido de sua receita corrente líquida para o pagamento dos valores consignados nos precatórios. Assim, nos termos do que dispõe o §2º do art. 97 do ADCT, os Estados situados nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, bem como o Distrito Federal, ou aqueles cujo estoque de precatórios corresponder a até 35% de suas respectivas receitas líquidas, deverão depositar, no mínimo, o valor correspondente a 1,5% de sua receita corrente líquida; já os Estados situados nas regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatório ultrapasse 35% de suas respectivas receitas líquidas, deverão depositar, no mínimo, o valor correspondente a 2% de sua receita corrente líquida.

Por sua vez, os Municípios situados na região Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios corresponda a até 35% de suas respectivas receitas líquidas, deverão depositar, no mínimo, o valor correspondente a 1% de suas receitas correntes líquidas; já os Municípios situados nas regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios supere 35% de suas respectivas receitas líquidas, deverão depositar, no mínimo, o valor correspondente a

1,5% de suas receitas correntes líquidas. Embora o §2º do art. 97 do ADCT trate esses limites como mínimos, a situação atual não deixa dúvida no sentido de que eles também corresponderão ao máximo.

Tais valores deverão ser depositados mensalmente em conta administrada pelo Tribunal de Justiça local, não podendo retornar à entidade pagadora. Os referidos depósitos ocorrerão por tempo indefinido – quiçá, eternamente, uma vez que não há limite para o endividamento futuro – até o necessário para o pagamento dos precatórios vencidos e vincendos.

Conforme estabelecido pelo §3º do art. 97 do ADCT, entende-se por receita corrente líquida o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas de *royalties* decorrentes da exploração de recursos minerais, deduzidos os valores repassados pelos Estados aos Municípios a título de FPM (Fundo de Participação dos Municípios), bem como os valores oriundos de contribuição dos servidores do respectivo ente federativo, para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes de compensação financeira prevista no art. 200, §9º, da CR/88.

A outra modalidade do regime especial de que trata o art. 97 do ADCT consiste no depósito anual, num período de 15 anos, de valores correspondentes ao saldo total de precatórios, incluídos os acréscimos pecuniários previstos no §1º, II, do dispositivo constitucional em análise, divididos pelo número de anos restantes, em conta administrada pelo Tribunal de Justiça local. Em síntese, um parcelamento de 15 anos.

Adotado o regime especial, a Fazenda Pública devedora não poderá sofrer sequestro de valores, salvo no caso de atraso nos depósitos referentes a tal regime, não alcançando tal vedação o sequestro na hipótese de inadimplência de dívidas definidas como de pequeno valor, que se sujeitam a regime próprio, não afetado pelas normas referentes ao regime especial em estudo, conforme disposição expressa do *caput* do art. 97 do ADCT.

Nesses termos, incorrendo a liberação tempestiva dos valores referentes ao depósito do regime especial, duas situações serão vislumbradas: poderá ser requerido ao presidente do Tribunal requisitante local que se proceda com o sequestro dos valores; ou poderá este

constituir a favor dos credores o direito líquido e certo de compensar os valores consignados nos precatórios com débitos tributários já lançados pela entidade devedora, sendo que, na hipótese de se verificar a existência de saldo a favor do credor, tal valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos ao respectivo ente político, até o limite em que se compensarem.

Tais medidas são, por óbvio, alternativas, uma vez que visam à mesma finalidade. É interessante observar que um direito há muito defendido pela doutrina, de compensar os precatórios com o débito tributário, passa a existir, mas apenas na circunstância do descumprimento da moratória instituída, e ainda, dependendo de pronunciamento do presidente do Tribunal requisitante. Permanece a distinção, bastante ofensiva aos parâmetros constitucionais, entre créditos do Estado e créditos em face do Estado.

Independentemente da modalidade adotada, dos valores depositados pela Fazenda Pública devedora, 50% será destinado ao pagamento em ordem cronológica de apresentação, respeitada a preferência dos créditos de natureza alimentar. Para o pagamento dos débitos restantes, a Fazenda Pública devedora poderá optar, de forma isolada ou simultânea, por três sistemas. Nos termos do §8º do art. 97 do ADCT, a) poderão ser pagos a vista os valores consignados em precatórios, em ordem única e cronológica; b) poder-se-á criar, por meio de lei, uma câmara de conciliação para o pagamento por acordo direto com os credores, ou ainda; c) por meio de um sistema de leilões.

A criação de um sistema de leilão para o pagamento de precatórios sujeitos ao regime especial pode ser considerada a previsão mais criticável, para não dizer cruel, da Emenda Constitucional nº. 62/2009. Em tais leilões, que serão realizados por alguma entidade autorizada pela autoridade competente, concorrerão todos os precatórios que não estejam pendentes de impugnação de qualquer natureza, sendo estes considerados automaticamente habilitados.

Nos termos do §9º, VII, do art. 97 do ADCT, os leilões “ocorrerão na modalidade maior deságio, associado ao maior volume ofertado cumulado ou não com o maior percentual de deságio; pelo maior percentual de deságio podendo ser fixado valor máximo por credor; ou por outro critério a ser definido no edital.”

Estarão sujeitos ao pagamento por meio de leilão, se o ente federado optar pelo sistema, os precatórios considerados habilitados e que não foram incluídos na reserva de 50% do depósito destinado ao pagamento de precatórios na ordem cronológica. Tal sistema, que a princípio poderia ser tido como uma alternativa para o adimplemento dos créditos consignados em precatórios, na verdade nada mais é que um meio de coagir os credores da Fazenda Pública a sacrificarem ainda mais seus créditos, sob pena de estes não serem pagos por falta de recursos. Na hipótese de leilão, ressalte-se, não fica resguardada a ordem cronológica de apresentação. Como o próprio nome sugere, vence aquele que oferecer o maior percentual de deságio para pagamento, independentemente da duração de sua espera.

Outra criação da Emenda Constitucional nº 62/2009 é a federalização dos débitos consignados em precatórios. Conforme o §16 do art. 100 da CR/88, a União, “a seu critério exclusivo e na forma da lei, poderá assumir os débitos oriundos de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente”. Trata-se, na verdade, de uma forma de privilegiar determinados créditos devidos pelas Fazendas Públicas Estaduais, Distrital e Municipal, afastando-se da real finalidade dos precatórios, qual seja, conferir um tratamento isonômico aos credores da Administração Pública. Neste sentido, é a doutrina de Didier Jr. *et al.* (2010, p. 740):

Faculta-se, enfim, a federalização da dívida, apenas em virtude de uma escolha privativa da União, o que arrosta o princípio constitucional da impessoalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, estimulando a iniciativa de ‘facilitadores’ e adeptos ao tráfico de influência, atentando contra a própria essência do precatório, que consiste em evitar privilégios ou vantagens indevidas para o pagamento de precatórios, fazendo respeitar a ordem cronológica de inscrição dos precatórios.

Certamente, os critérios a serem adotados pela União para que seja efetivada a federalização dos créditos oriundos de precatórios devidos pelos demais entes federativos deverão estar disciplinados por lei; todavia, não há dúvidas de que tal disposição constitucional confere ao legislador a possibilidade de adotar critérios que privilegiarão somente determinada classe de credores em detrimento de outros, baseando-se em falsos fundamentos. A experiência cotidiana da vida política do país já demonstrou inúmeras vezes a intenção de certos grupos de privilegiar determinadas classes sociais, com fundamento no “estímulo à economia”, no “interesse social”, e outros critérios semanticamente abertos que servem tão somente para conferir ares de constitucionalidade à real vontade do legislador.

Por todo o exposto, verifica-se que as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 62/2009 configuram a mais drástica de todas as moratórias já ocorridas, pois, ao contrário das demais, que previam o pagamento de todos os precatórios em parcelas anuais, esta prevê o depósito de uma ínfima porcentagem da receita corrente líquida para o pagamento de dívidas que, em alguns casos, poderão ser muitas vezes maiores, tornando os precatórios sujeitos ao regime especial absolutamente impagáveis, até que sobrevenha, como é de se esperar, uma nova moratória.

Tais alterações revelam nova afronta aos princípios constitucionais, uma vez que: a) desrespeitam a separação e autonomia dos poderes, possibilitando à Administração Pública perpetuar sua situação de inadimplência ante uma sentença transitada em julgado, tornando inócuos os pronunciamentos judiciais a ela desfavoráveis; b) ofendem o princípio da isonomia, em razão de franquear à Fazenda Pública meios capazes de coagir seus credores a sacrificar seus créditos, sob pena de não pagamento; c) ofendem o princípio da moralidade, porquanto permitem aos entes públicos devedores selecionar os débitos cujo pagamento lhes será mais vantajoso, em prejuízo dos demais credores; d) criam uma situação de insegurança jurídica nas relações com o Estado, ante a inexistência de meios hábeis a forçá-la ao adimplemento de suas obrigações.

Por fim, impõe-se destacar que atualmente se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal a ADI nº. 4372, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES questionando a constitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº. 62/2009, bem como a constitucionalidade material de alguns de seus dispositivos⁷⁰. Alega a referida associação que na tramitação da emenda não teria sido observado o devido processo legislativo, por violação ao art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal, o qual prevê um interstício mínimo de cinco dias entre o primeiro e o segundo turno de votação. Igualmente, sustentam a inconstitucionalidade material da nova redação dada ao art. 100, §§ 2º, 9º, 10 e 12 da CR/88 e art. 97, §§ 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º e 16 do ADCT, por ofensa aos princípios da separação dos poderes, da razoável duração do processo, do acesso à justiça, da igualdade, da liberdade, da propriedade e da imutabilidade da coisa julgada, todos qualificados como cláusulas pétreas de nosso ordenamento constitucional.

⁷⁰ Petição inicial disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4372&processo=4372>>. Acessado em: 24.02.2010.

3.10.5 Precatórios e o processo coletivo

O problema do processo coletivo, em relação ao pagamento pelo sistema de precatórios, não é propriamente a existência de peculiaridades, mas, pelo contrário, a ausência delas. Os créditos decorrentes do processo coletivo passam pelos mesmos e inúmeros problemas dos créditos individuais.

Na hipótese de execução pelo legitimado coletivo, em favor do fundo, será gerado apenas um precatório, de classe hierárquica comum, que, quando adimplido, terá seu proveito revertido ao fundo de reparação. Já a execução pelos legitimados individuais gerará tantos precatórios quantos forem os exequentes, podendo, dependendo do valor, submeter-se ao regime de RPV, mais célere. Também é cabível, para o exequente titular do direito, a possibilidade de abrir mão do excesso para amoldar seu crédito ao limite da RPV. Já quanto ao legitimado coletivo não há como admitir essa possibilidade, uma vez que aí tratar-se-ia de disposição de direito da coletividade já reconhecido e liquidado judicialmente. Nessa situação, ainda que o crédito supere em um centavo o limite para a expedição de RPV, dele não poderá desistir o legitimado coletivo, restando-lhe apenas aguardar o pagamento pelas vias ordinárias. Pela mesma razão, o legitimado coletivo também não poderá participar do sistema de leilão, instituído pela EC 62/09, por não lhe ser dado abrir mão de direitos da coletividade, já reconhecidos judicialmente. Ainda que isso signifique que o crédito coletivo seja preterido, por falta de recursos, não há como autorizar o legitimado a conceder descontos sobre o mesmo.

É preciso observar, em conclusão, que se o precatório resulta de uma sentença judicial, é evidente que o maior ônus social decorrente de seu inadimplemento recairá sobre o Poder Judiciário. Segundo o relatório técnico produzido pelo Banco Mundial (1997, p. 15), há muito o Poder Judiciário deixou de ser considerado um bom cumpridor de sua missão, não apenas no Brasil, como em toda a América Latina. Tenha-se do teor do relatório:

“(…) a população de forma generalizada não confia no Judiciário. Na Argentina, por exemplo, somente 13% da população acreditam na administração da justiça. No Brasil, 74% da população vêem a administração da justiça como regular ou insatisfatória. O pior caso talvez seja o Peru onde 92% da população não confiam nos juízes. O quadro de pessoal do Judiciário, incluindo os juízes e pessoal de suporte, bem como outros servidores públicos tem percebido que estão na raiz do problema e conseqüentemente dificultam a promoção de mudanças. Em termos

econômicos, o Judiciário detém o monopólio da justiça, e conseqüentemente apresenta incentivos para atuar de forma ineficiente”.

É evidente que a morosidade é o fator que mais contribui para o descrédito social do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do Estado, enquanto prestador de Justiça, mas é preciso atentar – e esse dado tende a permanecer oculto – que a demora não é apenas aquela que ocorre durante a tramitação do processo de conhecimento, mas também a que ocorre na fase de cumprimento da decisão, sobretudo se o devedor inadimplente é o próprio Estado, ainda mais quando se trata de uma coletividade credora. O Estado, além de ser, muitas vezes, conivente com a lesão, ao se omitir em seu dever de fiscalização, quando é o próprio causador, o que não é incomum, contenta-se em reduzir o direito da coletividade a um título quase sem valor, a ser pago em data futura e incerta.

3.11 Peculiaridades da defesa do executado no processo coletivo

Não existem, em verdade, marcantes peculiaridades da defesa do executado no processo coletivo. As considerações de Venturi (2000, p. 110 e ss.) acerca da questão aplicam-se igualmente ao processo individual e ao processo coletivo. Isso decorre do fato de que, em primeiro lugar, o devedor não é uma parte coletiva, mas sim individual, uma vez que inexistente previsão legal de ação coletiva passiva, conforme já ressaltado, no Brasil. Dessa maneira, nem a LACP nem o CDC dedicaram um artigo sequer à defesa do executado, motivo pelo qual aplicar-se-ão as disposições comuns do CPC, sendo cabíveis tanto as defesas meramente dilatórias quanto as defesas peremptórias, em que o devedor adota posição ativa, na busca da desconstituição do título. Da mesma forma, será cabível a exceção de pré-executividade, para tratar de eventuais nulidades do título executivo, os embargos do devedor e a impugnação ao cumprimento de sentença, quando se trate, respectivamente, de execução de título extrajudicial ou judicial, tudo sob as mesmas regras do Código de Processo Civil.

Há, em síntese, três momentos em que o devedor pode ter interesse em se defender durante o processo de liquidação/execução coletiva. O primeiro ocorre ainda na liquidação, em que o devedor poderá se voltar contra os valores pleiteados pelo exequente coletivo, ou contra a habilitação de titulares dos direitos individuais. O segundo, em exceção de pré-executividade, e o terceiro, em embargos do devedor ou impugnação, conforme a natureza do título.

Quanto à habilitação de credores individuais, Bruscato (2009, p. 97) chama atenção para a possibilidade de se buscar comprovar a ausência de nexo de causalidade entre o dano provocado e o credor individual, o que nem sempre será fácil para o devedor, considerando a possibilidade de concorrência de um grande número simultâneo de credores em processo de habilitação.

Nesse particular, seria cabível, havendo um grande número de credores pleiteando habilitação, que o juiz estendesse o prazo de defesa do executado, a fim de lhe garantir o tempo necessário para a análise pormenorizada dos aspectos individuais de cada demanda, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

É evidente que há executados que não necessitarão de tal extensão, por contarem com grandes estruturas jurídicas que podem ser mobilizadas para o trabalho. Mas há casos em que a simples aplicação do CPC inviabilizará a defesa do executado, pela impossibilidade de reunião dos dados para tanto necessários. Não se pode, nessa hipótese, transformar o processo de execução em meio de obtenção de tutela coletiva *a qualquer custo*, ainda mais se esse custo for a supressão da defesa efetiva do devedor, que é direito fundamental.

Questão já tratada ao longo do texto, mas que merece ser retomada, é a de verificar a aplicação da multa do art. 475-J do CPC no processo coletivo. O dispositivo, introduzido pela reforma de 2005, visou a compelir o devedor ao cumprimento imediato da decisão, estabelecendo o prazo de quinze dias para que este efetue o pagamento, sob pena de multa de dez por cento do valor da condenação.

A laconicidade do dispositivo fez com que muito fosse escrito sobre ele, o que o transformou em um dos principais alvos do projeto de reforma do CPC, tendo a comissão para tanto designada dedicado, apenas a este dispositivo, cinco das proposições que orientaram seu trabalho. Para Theodoro Júnior (2009a, p. 580), a alteração da lógica segundo a qual a sentença não mais extingue o processo exige que a incidência da multa do art. 475-J seja imediata, independente de intimação específica, uma vez que o prazo é legal, não judicial, contado a partir do trânsito em julgado da decisão – não admite o processualista mineiro a incidência da multa em execução provisória – ou, tratando-se de sentença ilíquida, do trânsito em julgado da liquidação. Afirma o autor (p. 581):

Não se há, outrossim, de se considerar como difícil para o devedor controlar o exato momento do trânsito em julgado, para ter como iniciado o *tempus regit actum*. Trata-se de ônus da parte, e ao seu advogado compete justamente estar atento à marcha do processo para instruir o cliente sobre os ônus e obrigações dele decorrentes. Aliás, não é a primeira vez que a lei manda contar prazo a partir da data posterior ao ato intimatório. Basta lembrar a citação por mandado, em que o prazo legal para produzir a contestação, sob pena de revelia, flui, não do ato de comunicação processual praticado pelo oficial de justiça, mas do ato do escrivão que mais tarde procede à juntada aos autos do comprovante da citação.

Essa posição acabou superada pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou a necessidade de intimação específica quando do retorno dos autos ao juízo da execução. Ocorre que o STJ também estabeleceu que, caso o devedor se antecipe, efetuando o depósito antes da intimação, o prazo para impugnação correrá a partir da data do depósito⁷¹.

Não por outra razão o Projeto de Lei 166/10, novo CPC, altera esse entendimento para estabelecer, em seu art. 495, que a multa terá lugar apenas após a apresentação, pelo credor, da memória atualizada do valor do débito, da qual será intimado o executado, tendo o prazo de 15 dias para pagar. Assim, o novo texto adota a posição menos polêmica, mas também a mais conservadora, em relação às muitas que se verificaram sobre a referida multa. Para sua cobrança, exige-se o retorno dos autos à vara de origem, a apresentação do cálculo atualizado pelo credor, a intimação do devedor e o transcurso *in albis* do prazo de 15 dias.

Luiz Fux (2008, p. 245), presidente da comissão de reforma do CPC, adota posição doutrinária afinada com a proposta do novo CPC, exigindo o requerimento do credor, instruído com memória de cálculo, para o início da fluência do prazo. Em razão disso, o autor admite sua incidência também em execução provisória, posicionamento criticável, vez que aí ainda não há verdadeiro inadimplemento. Essa possibilidade não foi acolhida, pelo menos expressamente, no projeto em tramitação.

Em defesa da posição proposta, que milita mais em favor da segurança jurídica que da celeridade, diga-se que, na atual situação do processo civil brasileiro, mais dez ou vinte dias, e uma intimação que se faz na pessoa do advogado, pela imprensa, muito pouco impactarão na vida do devedor, e garantirão menor margem de conflito ao processo.

⁷¹ STJ, AgRg no REsp 1139483/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 30/06/10: “O termo inicial do prazo para manejar embargos do devedor contra execução fundada em título judicial - denominados de impugnação ao cumprimento de sentença pela Lei n. 11.232/2005 -, na hipótese em que a parte executada se antecipa aos atos judiciais coercitivos e efetua depósito judicial, é a data da efetivação do referido depósito”.

Essa margem de conflito se potencializa no processo coletivo, em que a sentença sempre decidirá um feixe de relações, havendo possibilidade de algumas serem líquidas, outras ilíquidas. Aqui, por óbvio, não será possível a contagem pura e simples do prazo do art. 475-J do CPC. Por exemplo, havendo sucessivas habilitações de credores individuais, o prazo de cada um deve contar a partir do trânsito em julgado da respectiva liquidação. Apenas se a condenação judicial original for líquida, o que é incomum, será viável o transcurso do prazo já a partir do trânsito em julgado e, adotando-se a posição atual do Superior Tribunal de Justiça, independentemente de intimação.

Por fim, a última consideração a fazer é que o método adotado no Brasil para a proteção da coletividade contra os resultados de um processo do qual não participou acarreta uma situação, que se estende aos embargos do executado, na qual o réu/executado tem tudo a perder e muito pouco a ganhar com o processo coletivo: o julgamento relativo a direitos difusos e coletivos em sentido estrito somente lhe beneficiará se não for por ausência de provas, o que, como exposto, é um critério muito subjetivo; em matéria de direitos individuais homogêneos, a sentença não lhe beneficiará em hipótese alguma, servindo, quando muito, como elemento argumentativo.

O problema será agravado caso seja aprovada a nova Lei da Ação Civil Pública, cujo projeto dispõe:

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

Melhor era a disposição do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que, apesar de não afirmar expressamente que o arquivamento do inquérito civil impediria a atuação dos demais legitimados coletivos, dava pistas nesse sentido, ao asseverar que caberia aos demais legitimados recorrer da decisão de arquivamento:

Art. 23. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

(...)

§ 4º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

Essa mesma lógica será válida para os embargos do executado, na hipótese de se buscar a desconstituição do título executivo: em matéria de direitos difusos e coletivos, tal desconstituição poderá ser questionada no futuro, se se adotar o critério segundo o qual qualquer prova superveniente, hábil a alterar a conclusão, é prova nova, critério que parece ter, inclusive, a preferência daqueles que elaboram projetos de reforma legislativa; a desconstituição do título relativa a direitos individuais homogêneos não impedirá o ajuizamento de execuções individuais.

É evidente que essa solução não é satisfatória, uma vez que não só ofende o senso comum de justiça, que impede que se compreenda que a participação de alguém em um processo seja inútil para si próprio, mas também frustra um dos principais objetivos do processo coletivo, que é a diminuição do número de demandas e a pacificação social.

A alteração dessa distorção demandaria uma completa revisão dos conceitos sobre os quais se funda o processo coletivo brasileiro, com novos mecanismos que garantissem a participação da sociedade a tal ponto que permitisse, sem violação do contraditório, o trânsito em julgado *pro et contra*. Tal construção, todavia, extrapolaria, e muito, o âmbito desta pesquisa.

CONCLUSÃO

A forma de construção da dissertação, que se propôs a abordar as dificuldades da efetivação do título executivo coletivo que estabeleça obrigação de pagar quantia, não permite que se estabeleça uma conclusão unificada, dada a diversidade de temas abordados. Opta-se, por essa razão, pela enumeração pontual das principais conclusões, como se segue:

1. Embora o fenômeno das lesões coletivas e da necessidade de sua tutela não seja novo, sendo conhecidos antecedentes desde Roma, passando pelo direito medieval inglês, apenas com a contemporaneidade, que trouxe a massificação das relações sociais, bem como a consciência da necessidade de ampliação do acesso à justiça, para que os novos direitos, consagrados a partir das constituições sociais, não se convertessem em promessas destituídas de eficácia, é que surge o processo coletivo tal como se conhece atualmente.

2. O processo, em especial o processo coletivo, não pode ser concebido como um constructo abstrato, indiferente ao direito material tutelado, em razão de constituir um mecanismo que traz à apreciação do Poder Judiciário lesões que, em outras circunstâncias dificilmente lhe seriam submetidas eficazmente.

3. Após longa evolução, iniciada com a Lei da Ação Popular, ainda na década de 1960, o sistema processual coletivo passou por três grandes momentos: a Lei da Ação Civil Pública, em 1985, a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Essas normas estruturaram um microssistema integrado de direitos transindividuais, o qual abrange, diferentemente de outros países, quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, permitindo quaisquer espécies de tutela. Tal configuração faz com que o sistema de tutela dos direitos transindividuais brasileiro seja um dos mais avançados e completos do mundo.

4. Embora os estudos sobre processo coletivo sejam profícuos no Brasil, trabalhos dedicados à execução coletiva ainda são bastante restritos. Tal nível de abordagem não é compatível com a importância do processo de execução, no qual se constitui o verdadeiro objetivo do processo, que é a efetivação da tutela concedida ao direito lesado.

5. A execução coletiva pode ser embasada em títulos judiciais ou extrajudiciais, que encartem determinações de natureza transindividual, ou seja, que estabeleçam para o devedor obrigações atinentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

6. Em relação aos títulos executivos extrajudiciais, o compromisso ou termo de ajustamento de conduta – TAC é o título por excelência, criado especificamente para a finalidade de tutelar direitos transindividuais. Título executivo coletivo é o documento extrajudicial, firmado pelo representante da coletividade legalmente habilitado para tanto, que encerra em si uma relação obrigacional, dotada de força executiva, passível de ser exigido não apenas por seu subscritor, como também pelos demais legitimados coletivos e pelos titulares dos direitos em litígio.

7. Apesar da polêmica acerca do veto presidencial, o termo de ajustamento de conduta se tornou, nos últimos dez anos, um dos mais eficazes instrumentos para a tutela dos direitos transindividuais, dada a agilidade em sua celebração, dispensando a intervenção do Poder Judiciário, e o alto grau de cumprimento espontâneo verificado. Sua celebração, todavia, está restrita às pessoas jurídicas de direito público, observado, exceto em relação ao Ministério Público, o requisito da pertinência temática.

8. Apesar da doutrina afirmar, sob uma perspectiva completamente teórica, a impossibilidade de transação nos termos de ajustamento de conduta, a análise prática de tais compromissos revela que ocorre, na grande maioria dos casos, transação, em maior ou menor grau, no estabelecimento desses ajustes. Isso porque o direito não é uma realidade bidimensional, cuja existência possa ser afirmada ou negada sem qualquer margem para dúvida. Pelo contrário, o que comumente ocorre é que a complexidade do caso concreto, que envolve um plexo de variados direitos afirmados ou afirmáveis, fará com que ocorra necessariamente algum tipo de transação, especialmente quando se tratar de medida compensatória, não de restauração ao estado anterior. Os dois termos de ajustamento de conduta, celebrados pelo Ministério Público Federal em Governador Valadares, relativos à Comunidade Quilombola Marques e à Comunidade Indígena Krenak, demonstram com clareza a situação. É ingênua a consideração de que, em termos de ajustamento de conduta apenas se negociam os prazos e modos de realização da obrigação. Se assim o fosse, nenhum termo haveria sido firmado até hoje, uma

vez que nenhum prazo é mais benéfico para o devedor que o necessário para a obtenção do trânsito em julgado de uma ação judicial.

9. Apesar de prevista no Código Modelo de Processos Coletivos para a Íbero-América, a arbitragem é completamente incompatível com o processo coletivo, uma vez que pressupõe a liberdade de contratação das partes, e a solução do conflito por um agente privado. O mecanismo de solução extrajudicial de conflitos transindividuais é a celebração de termo de ajustamento de conduta, não a eleição de um agente privado para fazê-lo, sem qualquer controle público do teor de sua decisão.

10. A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça pode instruir requerimento de execução coletiva, desde que reconheça a ocorrência de um dano transindividual, ou seja, que não esteja restrita às partes envolvidas.

11. As associações civis podem realizar acordos relativos a direitos transindividuais para os quais estejam legitimadas a ajuizar ação coletiva. Tais acordos, todavia, somente terão eficácia transindividual se forem homologados judicialmente, com a intervenção do Ministério Público, de modo a se evitar a possibilidade de celebração, por vias transversas, termo de ajustamento de conduta, o que lhes é vedado.

12. A sentença penal condenatória, relativa a crimes que violem direitos transindividuais, tais como os crimes ambientais, é passível de instruir pedido de execução coletiva, atinente a obrigações de indenizar. Para obrigações de fazer, todavia, o título careceria de liquidez e certeza. O dever estabelecido no art. 387, IV, do CPP, deve ser interpretado extensivamente, para se entender que o juiz penal também deve fixar valor mínimo para a reparação de lesões transindividuais. Tal mudança de conceitos ampliará, no processo penal, o caráter de defesa da coletividade, o que permitirá, tal como no direito espanhol, que este auxilie na consecução dos objetivos da tutela transindividual cível, que hoje lhe são alheios.

13. Todos os tipos de provimento são cabíveis em uma sentença coletiva, no intuito de se obter, sempre ao máximo possível, a restauração do estado anterior à lesão. O disposto nesse provimento pode ser transportado para o plano individual, por aplicação do art. 103, § 3º, do CDC. Nesses termos, uma sentença coletiva pode gerar execuções tanto coletivas quanto

individuais. Apesar disso, a eficácia da decisão, por entendimento do Superior Tribunal de Justiça, está restrita à competência territorial do órgão prolator.

14. Existe, internacionalmente, uma preocupação acerca da definição dos efeitos da coisa julgada coletiva, uma vez que esta decorre de um processo no qual o titular do direito não se manifestou efetivamente, havendo necessidade de que sua situação jurídica seja resguardada. Para tanto, há sistemas que adotam o critério do *opt in*, sendo estendida a sentença apenas para aqueles que assim optarem; há o critério do *opt out*, que faculta ao interessado optar pela exclusão dos efeitos da decisão, e há o critério brasileiro, que busca resguardar aqueles que não participaram do processo de um resultado negativo, estendendo-lhes apenas os benefícios da decisão. O problema desse regime é que o processo coletivo perde seu potencial de pacificação do conflito social, uma vez que a sentença de improcedência em relação a direitos individuais homogêneos tem valor meramente argumentativo, não obstante a propositura de milhares de ações idênticas.

15. Além desse óbice, existe forte polêmica em relação ao conceito de insuficiência de provas, para fins de obstar a formação da coisa julgada coletiva relativa a direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Mesmo com a diversidade de entendimentos, o que a doutrina em geral ainda não percebeu é que a atividade probatória não é tão cartesiana e bidimensional quanto se quer sustentar. Em verdade, o convencimento é uma moeda de duas faces: o convencimento acerca de uma tese é corroborado pela insuficiência de provas de outra. Se a segunda estivesse melhor comprovada, poderia, quiçá, comprometer o convencimento relativo à primeira. Além disso, o juiz não é mero espectador da atividade probatória, tendo também o dever de procurar esclarecer, tanto quanto possível, os fatos atinentes à controvérsia. As propostas de inovação legislativa na matéria não avançam significativamente na solução do problema.

16. Embora a lei brasileira, desde o Código de Defesa do Consumidor, demonstre preferência pela obtenção de sentença líquida no processo de conhecimento, é preciso reconhecer que esta não decorre de um acidente, nem da mera vontade do juiz, mas da condução da fase probatória nesse sentido, o que a tornará certamente mais complexa, acarretando o aumento do tempo na obtenção da decisão. Por essa razão, parece mais interessante que o juiz encaminhe o processo de conhecimento de modo mais ágil, deixando a fixação do *quantum*

debeat para a posterior liquidação, providência que evita a superposição de questões a serem decididas e permite, pelo menos em tese, que, uma vez estabelecida a responsabilidade por sentença transitada em julgado, se possa obter sua liquidação e cumprimento de forma mais tranquila, ou até mesmo consensual.

17. A multa prevista no art. 475-J do CPC se aplica também ao processo coletivo, interpretada no sentido fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, cabe ao devedor o cumprimento espontâneo da obrigação, cujo prazo será contado após o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição e respectiva intimação.

18. O dever do Ministério Público é tutelar, do melhor modo possível, os direitos transindividuais, que pertencem à coletividade. Se há diversos devedores, condenados na sentença, não viola a obrigatoriedade o ajuizamento da execução contra apenas um deles, que tenha patrimônio suficiente para adimplir a obrigação. O Ministério Público estaria militando contra o interesse da coletividade se iniciasse a liquidação contra todos, uma vez que é certamente mais demorado um procedimento com diversos réus que com um. E dessa demora não adviria nenhuma vantagem contraposta, se o patrimônio de apenas um executado já fosse suficiente. Assim, embora a condução da liquidação/execução seja obrigatória, não se trata de uma obrigatoriedade cega, mas sim do dever de liquidar e executar a decisão de modo a melhor garantir a tutela dos interesses transindividuais.

19. A previsão do art. 103, § 3º, do CDC, atinente à transposição *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a situação individual também pode ser aplicada, por analogia, no que tange aos títulos executivos extrajudiciais, notadamente o Termo de Ajustamento de Conduta. Se é possível ao titular do direito valer-se da sentença coletiva, não há motivo razoável para impedir que ele se valha também do título executivo extrajudicial que estabeleça, por exemplo, além de obrigações de reparar danos coletivos verificados, o dever de realizar a reparação de danos individuais.

20. A liquidação coletiva, seja por arbitramento ou por artigos, poderá ser parcial, referente à parte líquida da sentença, que não contamina a parte líquida, a qual pode ser imediatamente executada. A liquidação também poderá ser provisória, na pendência de recurso contra a decisão que a embasa.

21. A sentença genérica, frequente no processo coletivo, ao não considerar uma parte das questões que compõe o tema judicializado, ou ao não observá-las sob a perspectiva da fixação do *quantum debeat*, se submete a um maior grau de contingência, contingência esta que pode chegar ao limite extremo de fazer desmoronar, no mundo dos fatos, a própria condenação juridicamente estabelecida. É a hipótese de estabelecimento de resultado zero na liquidação. A doutrina demonstra grande resistência a essa situação, por considerar que viola a coisa julgada, embora admita sua ocorrência. O que se percebe é que não há alteração da coisa julgada pela liquidação quando o valor a ser indenizado é zero, uma vez que um dos elementos da obrigação, que não havia sido apreciado pela sentença, ou que, pelo menos, não havia sido apreciado sob essa perspectiva, se descobre igual a zero e, conseqüentemente, impede a implementação prática do julgado, que, todavia, permanece juridicamente existente. Se a fase probatória do processo de conhecimento tivesse sido conduzida não apenas para a comprovação da existência do dano, mas também para a fixação do *quantum*, provavelmente a sentença passaria a ser de improcedência, uma vez que o magistrado vislumbraria que, apesar de ter-se constatado um ato ilícito, este não provocou dano. Ao não avaliar uma parte do material probatório no decorrer do processo de conhecimento, optando pela fixação de uma sentença genérica, o juiz permite que o *quantum*, seja ele qual for, seja fixado em liquidação. A coisa julgada não estabelece um piso de indenização. Ela simplesmente não alcança o capítulo da sentença atinente à fixação do valor, nem mesmo para garantir que este seja superior a zero. Por tais razões, ao contrário do entendimento majoritário, é preciso atribuir à sentença de liquidação a natureza jurídica constitutiva, não declaratória.

22. É possível o ajuizamento de liquidação de título executivo extrajudicial, especialmente de TAC, dada a multiplicidade e complexidade das obrigações com as quais este lida cotidianamente. A iliquidez, conforme sustenta a doutrina, é causa de nulidade da execução, não do título executivo. O procedimento de liquidação, em face da ausência de normas, se regerá pelos arts. 475-A e ss. do CPC, em aplicação analógica.

23. O art. 98 do CDC, relativo ao cumprimento da sentença coletiva pelo legitimado coletivo, não deve ser considerado de aplicação subsidiária em relação ao art. 97 do mesmo diploma, uma vez que a interpretação deve sempre privilegiar as medidas de tutela coletiva, que maximizem a efetividade da decisão e que não exijam que todo o ganho obtido com o processo de conhecimento coletivo seja perdido em liquidações e execuções individuais.

24. Conforme a jurisprudência agora começa a admitir, é possível imputar ao devedor o ônus de devolver aos credores individuais os valores devidos a cada um, sem que estes tenham ajuizado liquidações ou execuções individuais. Isso ocorrerá, por exemplo, em casos de serviços públicos, em que os dados para individualização dos valores devidos, assim como o mecanismo para a devolução – crédito posterior nas contas – estarão disponíveis para o devedor. O Superior Tribunal de Justiça admitiu essa posição, denominando-a de atribuição de eficácia mandamental à decisão.

25. Há situações em que o TAC estabelece obrigações também para a coletividade substituída, não apenas para o compromissário. Nessas situações, o descumprimento das obrigações pela coletividade acarretará a rescisão do TAC, podendo o compromissário pleitear de seus membros perdas e danos, caso estes tenham inicialmente consentido com a avença. Não caberá responsabilização do Estado, a não ser que se trate de uma comunidade especialmente protegida pelo ente público, como é o caso dos índios. Por outro lado, também não cabe responsabilização do legitimado coletivo, o que seria equipará-lo a tutor da coletividade.

26. Apesar de opiniões em contrário, não é cabível, no âmbito do processo civil brasileiro, o ajuizamento de ação coletiva passiva, por ausência de norma que permita a criação de obrigações para aquele que não participou do processo. Não se pode confundir a representação processual passiva da coletividade, que se dá, por exemplo, no caso de embargos à execução, com representação de direito material, passível de criação de obrigações.

27. A condenação por litigância de má-fé do legitimado coletivo deve ser absolutamente excepcional, não em razão de privilégio, mas de isonomia, que exige o tratamento desigual dos desiguais. Assim, se o autor não pleiteia direito próprio, se não terá qualquer benefício direto com a decisão, ao contrário do que ocorre com o particular que vai a juízo, também não é razoável que seja punido pela derrota tal como é o particular. Quem perde com a introdução de normas ou entendimentos que inibam o ajuizamento de ações coletivas não é o legitimado, mas sim a sociedade.

28. É cabível a execução provisória do título coletivo, mas sem a alienação de bens ou levantamento de dinheiro, uma vez que a natureza jurídica dos legitimados coletivos os

impede, por razões diversas, de oferecimento de caução, a qual também não pode ser simplesmente dispensada, em prejuízo do réu. Se sobrevier revisão da decisão que embasa a execução, os prejuízos suportados pelo executado deverão ser indenizados pelo Estado, uma vez que ele é a entidade que personifica a coletividade.

29. Há intensa divergência doutrinária acerca da prescritibilidade das ações coletivas, inclinando-se a doutrina a negar essa possibilidade. Contudo, é preciso considerar que, embora a prescrição seja a sanção jurídica da inércia, inatividade da sociedade não é inatividade de ninguém, mas sim de todos, em nada, nesse aspecto, diferente da inatividade do particular, não havendo motivos, nem previsão, constitucional ou legal, para tratá-la de modo diverso. Ademais, a segurança jurídica também é um valor constitucional, que merece ser tutelado. Nesses termos, parece mais adequado o estabelecimento de prazo prescricional também para o ajuizamento de ação e da execução coletiva, o qual se daria, na falta de outra previsão legal, pelo prazo máximo previsto na legislação civil, que é de dez anos (art. 205 do Código Civil). Este não é, todavia, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu, em matéria ambiental, pela imprescritibilidade. Já em matéria de direitos individuais homogêneos, não há como se sustentar a imprescritibilidade, uma vez que o simples fato de serem tutelados coletivamente não altera a natureza desses direitos. A prescrição será, nesse caso, no prazo relativo aos direitos individuais.

30. É possível, no processo coletivo, a adjudicação de bens como mecanismo de satisfação, desde que o bem adjudicado seja compatível com o direito lesado e haja disponibilidade para geri-lo em benefício da coletividade. O que não se pode admitir é que esse bem seja utilizado para o aparelhamento do legitimado coletivo, uma vez que o sistema brasileiro, ao contrário do norte-americano, repudia o benefício do representante no processo coletivo.

31. A revisão da legislação dos fundos federal e estaduais de direitos difusos demonstra que a participação da comunidade na gestão dos mesmos é bastante reduzida, uma vez que a maior parte dos assentos é ocupada por representantes de órgãos públicos. A análise também revela que, nos últimos anos, proliferaram-se diversos fundos setoriais, relacionados a diferentes categorias de direitos ou a diferentes entidades gestoras.

32. Os fundos podem receber recursos decorrentes de condenações atinentes a direitos difusos e coletivos, as quais são a eles naturalmente destinadas, ou atinentes a direitos individuais homogêneos não reclamados por seus titulares no prazo de um ano. Não parece vedado, todavia, que os recursos decorrentes de condenações referentes a direitos difusos e coletivos sejam destinados diretamente a uma comunidade específica, que tenha sido lesada pelo evento danoso com mais intensidade. Também não parece inviável que tal destinação se dê mesmo em pecúnia, se esta for a decisão orientada dos membros da comunidade.

33. O modo como o instituto norte-americano do *fluid recovery* foi transplantado no Brasil, com a destinação de recursos a um fundo, para gasto posterior, o afasta de seu modelo inspirador, norte-americano. Naquele país, considera-se *fluid recovery* a reparação destinada, de modo indeterminado, à categoria de pessoas lesadas, seja em pecúnia, em serviços ou prestações, inclusive para usuários futuros, mesmo que não sejam necessariamente aqueles originalmente lesados. Há, todavia, estrita vinculação dos valores à lesão que os originou. Não se trata, no modelo estadunidense, de uma forma sucessiva de cumprimento da obrigação, como ocorre no Brasil, mas sim do mecanismo que, na situação determinada, mais efetivamente repara a lesão. O modelo brasileiro, afastado da coletividade originalmente lesada, acaba transmutando o *fluid recovery*, predominantemente, em um mecanismo de evitar o locupletamento do causador da lesão, mais que de efetiva reparação à sociedade. Por outro lado, não se pode afirmar que a reparação fluida seja, no Brasil, uma aceitação da teoria dos *punitive damages*, já que a reparação é limitada ao montante total dos danos individuais ocasionados.

34. As execuções ajuizadas após a destinação de recursos para o fundo, e ainda dentro do prazo prescricional, deverão ser direcionadas ao devedor original, uma vez que o credor individual é terceiro na relação entre o devedor e o fundo. Poderá o devedor, todavia, ressarcir-se regressivamente, junto ao fundo, das quantias que houver pago em duplicidade, pois a simples destinação de recursos ao fundo não é apta a transmutar a natureza da condenação, que versa sobre direitos individuais, apenas tutelados coletivamente. O credor particular não tem ação contra o fundo, uma vez que entre eles não existe relação jurídica.

35. A exigibilidade das multas por litigância de má-fé e das *astreintes* antes do trânsito em julgado da decisão é exigência da garantia da autoridade das decisões judiciais. Não tem sido esse, todavia, o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

36. É perfeitamente possível a ocorrência de danos morais coletivos. O entendimento negativo se baseia na falta de vivência de situações reais de comunidades inteiras afetadas por eventos que acarretam o sofrimento de todos, o qual pode ser perfeitamente constatado em análises psicossociais. Lentamente a jurisprudência vem evoluindo e admitindo essa discussão. O simples fato de uma lesão moral ser difusa, atingir a sujeitos indeterminados, não quer dizer que não atinja ninguém.

37. A análise das prestações de contas dos fundos federal e do estado de Santa Catarina demonstra que, apesar de haver previsões legais que exigem a vinculação entre a lesão e a reparação, os recursos dos fundos vêm sendo despendidos à livre vontade de seus conselhos gestores, que aprovam critérios próprios, mais ou menos objetivos, para o gasto. Além disso, boa parte dos recursos vem sendo aplicada em finalidades que já são custeadas pelos tributos pagos pela população, como o aparelhamento de órgãos públicos. Essa conduta constitui inaceitável apropriação, pelo Estado, de recursos destinados a sanar lesões perpetradas contra a comunidade. Também é inaceitável o custeio de perícias pelos recursos dos fundos, conduta chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, já que este gasto nada tem a ver com a lesão que deu origem à quantia. É preciso que se crie, imediatamente, consciência de que os recursos destinados aos fundos de reparação decorrem do sofrimento e da lesão da comunidade, não podendo ser tratados como um recurso público qualquer, hábil a atender a quaisquer necessidades que seus gestores julguem pertinentes. Além disso, ainda não se cogitou de qualquer vinculação geográfica entre a origem dos recursos e a reparação, o que também seria salutar. Por fim, é relevante notar que essa apropriação dos recursos dos fundos pelo Estado é ainda mais grave quando se considera que este é, em inúmeros casos, causador ou, pelo menos, corresponsável, por omissão, pela lesão.

38. O mesmo interesse jurídico que orienta a legitimidade para o ajuizamento de uma ação orienta sua liquidação e execução, como consectários lógicos. Não há como se conceber que o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado para a tutela de direitos individuais homogêneos apenas tenha interesse na obtenção da sentença, enquanto ato de reconhecimento

meramente formal do direito, e não de sua implementação para a efetiva satisfação dos credores. Nesses termos, é possível considerar o Ministério Público, bem como os demais legitimados coletivos aptos ao ajuizamento de liquidação e execução não apenas em favor do fundo, mas também em favor dos lesados individuais, quando o caso concreto permitir que o valor das lesões seja definido sem a concorrência destes. Ao contrário do que tem feito a doutrina, a interpretação deve sempre privilegiar a possibilidade de reparação àquele que sofreu a lesão, deixando a reparação para o fundo apenas para os casos em que não haja outro caminho.

39. Os créditos coletivos contra a fazenda pública, devidos a titulares individuais ou ao fundo, serão adimplidos por meio de precatórios. Esse sistema, criado no Brasil, passou por muitas vicissitudes nos últimos anos, como duas moratórias constitucionais, a tradição de descumprimento dos prazos constitucionais pelos estes públicos e a consolidação de uma tradição jurisprudencial que anula todos os mecanismos de constrição dos gestores públicos ao pagamento. Além disso, em 2009, a Emenda Constitucional 62 criou um regime de pagamento de precatórios por leilão, sendo priorizados os créditos que ofereçam ao Poder Público maior deságil, ou seja, o credor de uma sentença transitada em julgado, para receber, tem que abrir mão de percentual de seu crédito, sob pena de ser sucessivamente preterido. Nesse sistema, não poderá o legitimado coletivo abrir mão de créditos, nem nos leilões, nem para fins de enquadramento do crédito em requisições de pequeno valor, uma vez que a ele não é dado abrir mão de direitos já reconhecidos judicialmente. Tratando-se, todavia, de execução pelos titulares dos direitos, na qual cada um ou cada grupo terá seu próprio precatório, essa renúncia é permitida.

40. A situação do réu no processo coletivo brasileiro é bastante insatisfatória, sobretudo quando se considera que este tem muito a perder e quase nada a ganhar com o processo coletivo, tendo em vista as regras de coisa julgada adotadas no Brasil. Tal situação milita contra um dos principais objetivos do processo coletivo, que é a redução de demandas e a pacificação social. Sua alteração, todavia, demandaria uma total revisão dos conceitos sobre os quais se funda o processo coletivo brasileiro.

41. Em uma análise final, de tudo o que foi estudado, é possível concluir que, apesar de toda a evolução do sistema de tutela coletiva brasileiro, ainda existem grandes obstáculos para a

obtenção de uma efetiva reparação dos danos coletivos, seja por distorções dos mecanismos criados, como é o caso dos fundos de reparação, seja por deficiências gerais do sistema jurídico, como é o caso dos precatórios, seja por entendimentos jurídicos equivocados, como se verifica na restrição à execução coletiva de condenações relativas a direitos individuais homogêneos. Além disso, foi possível verificar que a escassa doutrina que se dedica ao estudo da execução coletiva ainda se detém em uma análise bastante legalista e divorciada da execução coletiva que verdadeiramente existe e é cotidianamente conduzida no país. Todos esses fatores permitem a afirmação de que existe uma verdadeira não reparação do dano coletivo no Direito brasileiro, uma vez que o titular do direito dificilmente auferirá benefícios que sejam equivalentes à lesão, ainda que esta seja judicialmente reconhecida. Espera-se que o presente trabalho possa de certo modo suprir essas deficiências e desnudar os aspectos ainda não discutidos da questão, servido também como referência para outros estudiosos que venham a se dedicar a buscar soluções para o grave problema que é a efetiva reparação dos danos ocasionados à coletividade.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A justiça geométrica e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXANDER, Janet Cooper. *An Introduction to Class Action Procedure in the United States: Remarks at Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective*. s/ed., 2000. Disponível em <http://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>. Acesso em 23/09/10.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Coletivas*. Belo Horizonte: Del Rei, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000.

ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. In *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n.46, p. 77-96, jul. 1989.

_____. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BANCO MUNDIAL. *O setor judicial na América Latina e no Caribe: elementos da reforma*. Documento técnico do Banco Mundial n. 319S. Washington, D.C., 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo, Saraiva, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. ano 101. v 381. p 103-119. set/out 2005.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: LTR, 2008.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. Hermes Zaneti Júnior (trad.). *Revista Forense*. Rio de Janeiro. ano 104. v 395. p 209-224. jan/fev 2008.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte. ano 17. n 66. p 21-46. abr/jun 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *O sistema de Precatório*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20341>. Acesso em: 28.05.2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Ação Civil Pública e Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. n 83. p.114-120. fev 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4ª ed. v. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DIDIER JR. et al. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 2ª ed. v. 5. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 3ª ed. V.4. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. As três figuras da liquidação de sentença. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, org. *Atualidades sobre a liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 1. São Paulo: Malheiro, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. V. 4. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. V. 2. São Paulo: Malheiros, 2009a.

DINAMARCO, Pedro. Las acciones colectivas pasivas em El Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. In GIDI, Antônio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Ciudad de México: Porrúa, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada: com referências ao Novo Código Civil*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FENNOL, Jordi Nieva. El Procedimiento especial para La protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. In *Revista de Processo*. Ano 33, n. 156, p. 104-136. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para Normalização de Publicações Técnico-Científicas*. 8ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. vol. 3. 6ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOUVEIA, José Roberto F.; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. III: contratos e atos unilaterais. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol. 16ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Coisa Julgada. In: GRINOVER et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil Law. *Revista de Processo*. ano 33. n. 157. p. 147-164. mar. 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDpro*. Belo Horizonte, ano 16. n 64. p 99-114. out/dez 2008.

HILL, Flávia Pereira. A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº 09/05 do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. n 53. p 56-73.ago 2007.

KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection litigation: Kraus v. Trinity Management services. In *California Law Review*. n. 970, maio de 2002.

LEITE, José Rubens Morato; Dantas, Marcelo Buzagalo. Algumas considerações acerca do fundo para a reconstituição de bens lesados. In *Revista dos Tribunais*, v. 726, 1996.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A inefetividade das decisões judiciais como um problema de Justiça. In *Revista Forense*. vol. 404, jul-ago 2009, p. 105-124.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de recuperação de interesses difusos lesados. In MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública: em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos, coord. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo, Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NOLASCO, Rita Dias. Contornos Nucleares da Execução Coletiva. In. NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Execução nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

PARENTONI, Leonardo Netto. Mudanças no horizonte do processo coletivo brasileiro. *Revista Forense*. ano 105. n 403. p 269-296. mai/jun 2009.

PEREIRA, Ricardo Bretz. Class action. *De Jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 9. p. 337-352. jul/dez 2007.

ROCHA, Luciano Velasques. *Ações Coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In. NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Ed. Método, 2006.

SILVA, Antonio Álvares. *Execução Provisória Trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Erica Barbosa e. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOTELO, José Luis Vasquez. Relatório acerca do processo coletivo na Espanha. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma do processo civil: simplificação e agilização. *Revista de Processo*, v.17, n.67, p.135-153, jul./set. 1992.

TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de Processo*. ano 35. n 180. p 09-41. fev 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Homologação de sentença estrangeira: ofensa à ordem pública. *Revista do Advogado*. v 26. n 88, p. 75-87, nov. 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Processo de Execução e Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2009a.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. Manuscrito. Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte. Ano 18. n 69, p. 37-63. jan/mar. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Class Action e Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnoldo, coord. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2. Ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: Fundamentos e Perfis*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Apontamentos sobre as ações coletivas. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v. 75.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Jurisdição Penal & Civil: integração e conflitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n 38. p 130-158. nov/dez 2005.