

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA**

ARNALDO RODRIGUES NETO

**DA REPARAÇÃO FLUÍDA (FLUID RECOVERY) COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE ÀS DECISÕES EM AÇÕES
COLETIVAS SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

**RIBEIRÃO PRETO/SP
2022**

ARNALDO RODRIGUES NETO

**DA REPARAÇÃO FLUÍDA (FLUID RECOVERY) COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE ÀS DECISÕES EM AÇÕES
COLETIVAS SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) para obtenção parcial do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Lucas de Souza Lehfeld.

**RIBEIRÃO PRETO/SP
2022**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Rodrigues Neto, Arnaldo, 1981-

R696d Da reparação fluída (*fluid recovery*) como instrumento de
efetividade às decisões em ações coletivas sobre direitos individuais
homogêneos nas relações de consumo / Arnaldo Rodrigues Neto - -
Ribeirão Preto, 2022.
134 f.

Orientador: Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld.

*Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2022.*

ARNALDO RODRIGUES NETO

DA REPARAÇÃO FLUÍDA (FLUID RECOVERY) COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE ÀS DECISÕES EM AÇÕES COLETIVAS SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 20 de maio de 2022

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
Presidente
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

JOSE LUIZ
RAGAZZI

Assinado ou tema digital por JOSE
LUIZ RAGAZZI
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC OAB,
co=41419611000170,
cn=Certificado Digital,
ou=Assinatura Tipo A1,
ou=NOVOGRACIO, cn=JOSE LUIZ
RAGAZZI
Datum: 2022.05.23 09:11:05 -03'00'

Prof. Dr. José Luiz Ragazzi
Instituto Toledo de Ensino - ITE

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de agradecer ao meu orientador, Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld, pela paciência, pelos ensinamentos e, principalmente, pela amizade. E à UNAERP por ser um espaço que privilegia o conhecimento. Agradeço, ainda, imensamente aos meus amigos e familiares que, ao longo desta etapa, me deram coragem e apoio necessários, fazendo com que tudo se tornasse mais leve e possível.

Dedico esse trabalho a minha esposa e companheira de todas as horas, Ana Maria, que sempre esteve ao meu lado incondicionalmente. E, também, aos meus filhos, Valentina e Antônio, que tiveram que suportar a minha falta em diversos momentos para que esse trabalho pudesse ser realizado. O amor une perfeitamente todas as coisas.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
AGINT	Agravo Interno
AGRG	Agravo Regimental
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CORDE	Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
CPC	Código de Processo Civil
DETRO/RJ	Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro
DF	Distrito Federal
ESMPU	Escola Superior do Ministério Público da União
EUA	Estados Unidos da América
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
LACP	Lei de Ação Civil Pública
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
PR	Paraná
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO

Este trabalho aborda a reparação fluída (*fluid recovery*), técnica empregada para a liquidação e execução de ações coletivas em demandas que versam sobre direitos individuais homogêneos. Objetiva-se estudar como esta técnica pode ampliar o acesso à Justiça e a concretização do direito à tutela executiva, corolário do princípio do devido processo legal. O microsistema da tutela coletiva é utilizado como referencial normativo do processo coletivo brasileiro. A *fluid recovery* é abordada, desde a sua origem, nos Estados Unidos da América, sendo também observado o desenvolvimento desse instituto em países da tradição da *common law*. Em razão da previsão da *fluid recovery* no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, questiona-se como esse instituto deve ser aplicado para a máxima efetivação de direitos e como as propostas e alterações legislativas podem auxiliar na concreção dos direitos dos consumidores. Assim, verifica-se como a *fluid recovery* pode servir como instrumento apto a tornar as sentenças em ações coletivas mais efetivas e próximas às expectativas de todos, com a entrega do resultado da prestação jurisdicional transindividual, ampliando de forma substancial o acesso à Justiça e auxiliando na concretização do devido processo legal coletivo ao passo que, para as situações concretas que se aplica, em caráter subsidiário e residual, respeitando o prazo anual de habilitações individuais e, principalmente, diante de um número de liquidações incompatível com a gravidade do dano, trará a efetividade almejada às condenações em ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos, obrigando o causador do dano à sua efetiva reparação. A dissertação sustenta-se em pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, cujos dados foram levantados e analisados pelos métodos hipotético-dedutivo e indutivo.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Ações Coletivas. *Fluid recovery*. Direitos individuais homogêneos. Execução coletiva.

ABSTRACT

This work deals with fluid recovery, a technique used for the settlement and execution of class actions in demands that deal with homogeneous individual rights. The objective is to study how this technique can expand access to justice and the realization of the right to executive protection, a corollary of the principle of due process of law. The collective protection microsystem is used as a normative reference for the Brazilian class actions. Since its origins, fluid recovery has been addressed in the United States of America, and the development of this institute in countries of the common law tradition is also observed. Due to the provision of fluid recovery in the Brazilian Consumer Defense Code, it is questioned how this institute should be applied for the maximum realization of rights and how legislative proposals and changes can help in the realization of consumer rights. Thus, it can be seen how fluid recovery can serve as an instrument capable of making judgments in class actions more effective and closer to everyone's expectations, with the delivery of the result of trans-individual jurisdictional provision, substantially expanding access to justice and helping in the implementation of collective due process, while, for the specific situations that apply, in a subsidiary and residual character, respecting the annual period of individual qualifications and, mainly, in the face of a number of liquidations incompatible with the seriousness of the damage, it will bring the effectiveness aimed at the convictions in class actions on homogeneous individual rights, forcing the cause of the damage to its effective reparation. The dissertation is based on bibliographic and documentary research, with a qualitative approach, whose data were collected and analyzed by hypothetical-deductive and inductive methods.

Keywords: Access to justice. Class Actions. Fluid recovery. Homogeneous individual rights. Consumer law. Collective execution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS	16
2.1	AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL	19
2.1.1	Diálogo entre as fontes normativas	27
3	DAS DEMANDAS COLETIVAS EM RELAÇÕES CONSUMERISTAS	31
3.1	CONSUMIDOR E SUA VULNERABILIDADE	32
3.2	AÇÃO COLETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES	35
3.2.1	Natureza dos direitos tutelados: difusos, coletivos <i>stricto sensu</i> ou individuais homogêneos	37
3.2.2	Microsistema das ações coletivas	41
3.3	ASPECTOS RELEVANTES DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR	45
3.3.1	Legitimidade	48
3.3.2	Coisa julgada	52
3.3.3	Liquidação e execução	57
4	REPARAÇÃO FLUÍDA	60
4.1	PREVISÃO NORMATIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR....	63
4.2	DO CARÁTER RESIDUAL E EVENTUAL DA <i>FLUID RECOVERY</i>	66
4.3	ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES	69
4.4	REQUISITOS	76
4.4.1	Prazo ânno	76
4.4.2	Número de liquidações incompatível com a gravidade do dano	83
5	A REPARAÇÃO FLUÍDA COMO INSTRUMENTO DE MAIOR EFETIVIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS COLETIVAS	87
5.1	A FINALIDADE DA REPARAÇÃO FLUÍDA	87
5.2	O ASPECTO PUNITIVO E PEDAGÓGICO DO INSTITUTO: A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS TÍPICAMENTE DIFUSOS	93
5.3	DA REPARAÇÃO FLUÍDA NAS AÇÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITOS COLETIVOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	99
5.4	AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: NOVAS PERSPECTIVAS.....	103
6	CONCLUSÃO	118
	REFERÊNCIAS	123

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a técnica da reparação fluída (*fluid recovery*) como meio singular de liquidação e execução da tutela de direitos individuais homogêneos, permitindo-se, desta forma, a eficaz reparação coletiva de danos individuais que, muitas vezes, padecem de efetividade na concreção do Direito.

A escolha do tema pautou-se na relevância que as ações coletivas possuem perante a sociedade. Apesar da constante evolução do microsistema processual coletivo, com novas técnicas e teorias que visam dar mais efetividade às decisões judiciais e, assim, atender, de maneira objetiva, a finalidade de tais demandas, já que, rotineiramente, o aplicador do direito se depara com a inefetividade das sentenças quanto ao seu cumprimento.

Tal situação, de aspecto prático e pragmático, eleva o nível de incerteza, descrédito e desconfiança no Poder Judiciário, porque deixa de trazer uma resposta efetiva à sociedade quando, ao se proferir uma decisão judicial coletiva, não atende ao propósito da reparação e, ainda, dadas as circunstâncias peculiares de cada caso, acaba por beneficiar o próprio causador do dano.

O aprimoramento das ferramentas e métodos para que as decisões judiciais sejam cumpridas e atinjam de maneira substancial o causador do dano conduzirá ao tão almejado resultado prático, efetivo e concreto, trazendo, assim, à sociedade, *ictu oculi*, a real percepção de que o seu direito reconhecido judicialmente não ficou apenas no plano processual da sentença, mas sim e, principalmente, que surtiram os efeitos necessários na realidade fática.

Com efeito, volta-se ao estudo da chamada *fluid recovery* (reparação fluída), técnica processual acolhida pelo direito brasileiro e utilizada na liquidação e execução de sentenças em ações coletivas, que versam sobre direitos individuais homogêneos e, uma vez aplicada corretamente, poderá ampliar o acesso à devida prestação jurisdicional e concreção do direito à tutela executiva em decorrência do princípio do devido processo legal.

A expressão *fluid recovery* tem origem no direito norte-americano e, por meio do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1.990, inculuiu-se no ordenamento jurídico brasileiro uma forma particular de sua aplicação, com peculiaridades pátrias, em seu artigo 100.

O microsistema da tutela coletiva, conceituado pela doutrina¹ como o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas é utilizado como referencial jurídico do processo coletivo brasileiro.

Em razão da previsão normativa da *fluid recovery* no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, como técnica a ser aplicada para a máxima efetivação de direitos, surgem dúvidas quanto ao seu bom emprego na persecução e reparação dos danos coletivos causados, levando em consideração desde sua concepção originária norte-americana, como também o seu desenvolvimento nos países de tradição da *common law*.

A sua correta aplicação impede que o causador do dano, como é visto em diversos casos concretos, acabe por repará-lo menos do que deveria, em razão das circunstâncias fáticas, que, na maioria das vezes, ocorrem em situações que envolvam relação de consumo (interesse individual homogêneo).

Apesar da diminuta utilização, tal mecanismo deve ser visto como um verdadeiro paradigma do processo civil coletivo se utilizado corretamente, ao passo que representa uma mudança substancial na busca de outros meios mais eficientes de tutela de direitos, ampliando o acesso à Justiça.

A pedra angular da pesquisa consiste, especialmente, na relevância do tema para a atualidade, precipuamente no auxílio à resolução de conflitos decorrentes das relações modernas, típicas da sociedade de risco contemporânea, ainda pendentes de soluções.

A realidade a qual se aplicam as regras e mandamentos da *fluid recovery* é cercada de hesitações, dada a sua condição muito recente, o que demanda estudos e o desenvolvimento de respostas flexíveis e condizentes aos novos desafios das relações de massa.

Pela reparação fluída, o processo coletivo se torna um meio efetivo para a tutela de direitos, elevando, com o passar do tempo, a sua importância prática (efetividade) e consolidando a doutrina no país.

De nada vale o desenvolvimento de inúmeras teorias e disposições normativas sobre direitos coletivos sem que, de maneira concreta e real, ocorra o cumprimento efetivo das decisões e que tal sentido de Justiça possa ser acolhido por todos os jurisdicionados. Além

¹ Há quem prefira usar a terminologia “minissistema”, como GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. Outros afirmam a existência de um “sistema único coletivo”, como GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2 ed. São Paulo: SRS, 2008.

disso, a sua relevância é incontestável na atualidade por auxiliar na resolução de conflitos naturais de uma sociedade de risco².

Da análise doutrinária, percebe-se que são escassos os teóricos do direito que se debruçam com grande imersão nos problemas inerentes à execução da tutela coletiva e, ainda menos, em relação aos problemas específicos correlatos aos direitos individuais homogêneos. E, não é diferente em relação a própria *fluid recovery*, com poucos estudos específicos de maior relevância ou aprofundamento sobre o tema.

Já em relação aos efetivos resultados almejados com a *fluid recovery*, a sociedade contemporânea apresenta uma gama de situações que se consubstanciam em violações em massa capazes de causar danos a um grande universo de cidadãos, mesmo que, individualmente, sejam de pequena monta.

Tais danos, considerados diminutos sob a perspectiva singular, por mais que possam causar dissabores e aborrecimentos, trazendo incômodos à vida de qualquer cidadão, não geram o interesse individual em se buscar no judiciário (ou qualquer outro meio alternativo para solução de conflitos) a resolução do problema, pois a própria insignificância dos danos sofridos e todas as dificuldades inerentes a uma demanda judicial, acabam por afastar o consumidor legitimado.

Em outras palavras, diante de violações perpetradas pelo agente causador, muitas vezes sabidamente e de modo volitivo, busca-se, conseqüentemente, demover a ideia de “ganhar, mas não levar”. Assim, a *fluid recovery* busca corrigir distorções, precipuamente nos casos em que o agente causador enseja pequenos danos a um universo substancial de pessoas, gerando um benefício global a ele, em consequência da impunidade garantida pelo fato de poucos reclamarem a reparação desse dano individual pouco representativo.

Tal situação eleva o nível de insatisfação, de descrédito do Poder Judiciário e aumenta a litigiosidade como mais um resultado negativo da burocracia do Estado. Em face disso, a *fluid recovery* surge como uma das possíveis soluções práticas para se evitar que decisões coletivas atinjam o seu resultado efetivo.

Ainda que de caráter residual e restrito, a técnica da *fluid recovery* é dotada de enorme importância por ser um aparelho preventivo e repressivo de ilícitos massificados,

² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 29.

mormente dotados de grande repercussão social e que podem afetar a vida de inúmeras pessoas. Com o seu desenvolvimento, permitir-se-á que muitas pretensões inviáveis sob a ótica da tutela individual tenham sua finalidade atingida com o efetivo acesso à justiça. Pensar-se nos dias de hoje, mesmo dentro da visão da execução de sentenças coletivas, a execução individual como único meio de satisfação do direito é evidentemente muito pouco.

Por outro lado, também busca-se demonstrar que o instituto processual da reparação fluída carece de maior atenção pelos operadores do direito e que sua aplicação pode servir como meio subsidiário e de finalidade difusa (direitos tipicamente difusos) para dar efetividade ao cumprimento das decisões coletivas em situações nas quais, por exemplo, o número de liquidações é conflitante com a gravidade do dano causado.

Assim, por seu caráter subsidiário, mas também teleológico no aspecto punitivo e pedagógico, o correto exercício do instituto processual da reparação fluída traz ao cerne da discussão sobre direitos coletivos e cidadania um importante ponto de apoio à tão almejada efetividade, supedâneo necessário do “justo” em sua concepção mais nobre.

Este trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase na seara processual coletiva na tutela de direitos do consumidor. Ademais, quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa, cujos dados foram levantados e analisados pelos métodos hipotético-dedutivo e indutivo³.

No que tange o referencial teórico, buscou-se amparo na doutrina brasileira, tendo como alicerces as lições de Edilson Vitorelli Diniz Lima⁴ e Patricia Miranda Pizzol^{5 6}, que tratam especificamente do instituto da recuperação fluída no âmbito das execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos. Tais autores trazem de maneira ampla e irrestrita as origens do instituto da *fluid recovery*, contemplando sua análise desde o nascedouro até os dias atuais, além de fornecerem os referenciais necessários do direito comparado e posicionamentos críticos voltados de igual maneira ao mesmo propósito do presente trabalho: como o referido instituto,

³ Cf. LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE, Paulo Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Monografia jurídica**: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2 ed. São Paulo: Método, 2015.

⁴ VITORELLI, Edilson. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. *In*: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. (Org.). **III Jornada de direito processual civil**. 1. ed. Brasília: ESMAF, v.1, p. 85-107, 2014

⁵ Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

⁶ Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

fluid recovery, pode servir como instrumento apto a tornar as sentenças em ações coletivas mais efetivas e próximas às expectativas de todos.

Esta dissertação está estruturada em seis seções de desenvolvimento temático. A primeira apresenta uma análise da evolução histórica das ações coletivas desde o surgimento dos primeiros institutos até os dias atuais, com ênfase no processo de estruturação dos direitos individuais homogêneos. Analisa em que contexto tal classe de direitos foi introduzida no Brasil e quais as possíveis implicações na esmerada utilização da técnica da *fluid recovery* como meio subsidiário de resolução de conflitos e, principalmente, dar a efetividade pragmática necessária às decisões judiciais coletivas.

Em um segundo momento, são tecidas as considerações necessárias sobre as demandas coletivas com ênfase nas relações de consumo. Para isto, faz-se uma leitura da figura do consumidor e suas vulnerabilidades, do conceito de demanda coletiva para a tutela de direitos dos consumidores, bem como do microsistema das ações coletivas como um todo e os aspectos processuais necessários da tutela jurisdicional coletiva dos direitos consumeristas.

A terceira seção refere-se especificamente da *Fluid Recovery* (reparação fluída) e sua pertinência e aplicação em situações subsidiárias, envolvendo direitos individuais homogêneos das relações de consumo. São abordadas as características da técnica em apreço, como também sua previsão normativa e a importância do Código de Defesa do Consumidor. O capítulo é encerrado pelo exame dos aspectos processuais (legitimidade, coisa julgada e competência), como também dos requisitos legais necessários à sua aplicabilidade concreta, em especial a incompatibilidade do número de liquidações com a gravidade do dano causado.

Na quarta seção, trata-se da *fluid recovery* no Brasil como instrumento apto a dar mais efetividade às decisões judiciais, envolvendo direitos individuais homogêneos. Sob a perspectiva específica de buscar-se mais efetividade, parte-se para a análise da origem, da terminologia e da evolução do instituto com a apresentação panorâmica de sua aplicação em diferentes países que fazem parte desta tradição jurídica para, ao final, chegar-se a possíveis conclusões que levarão ao tão almejado resultado efetivo, muitas vezes inexistente no que tange ao cumprimento das decisões judiciais coletivas transitadas em julgado.

Após aborda-se o uso da técnica da *fluid recovery* no direito brasileiro como meio de maior efetivação dos direitos individuais homogêneos, passa-se a expor sobre as questões afetas a sua denominação, sua íntima relação com o acesso à Justiça e quais os requisitos para a sua aplicação, além dos apontamentos finais acerca de sua flexibilização em casos específicos.

Por fim, são analisadas as possíveis perspectivas de acordo com as mais recentes propostas de alterações legislativas, elementos que trazem, mesmo que a passos lentos, horizontes mais favoráveis à sociedade em termos de efetividade ao cumprimento das decisões coletivas. E, com a apresentação da ideia de *fluid recovery* enquanto garantia de execuções individuais, realiza-se análise crítica da possibilidade de aplicação mais efetiva do instituto para, ao final, apresentar as perspectivas e avanços sugeridos com a novel alteração normativa em matéria de tutela coletiva no direito brasileiro.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS

Conquanto seja notória a divergência na doutrina quanto às origens históricas das ações coletivas⁷, os primeiros apontamentos voltados à tutela de direitos coletivos possuem origem no Direito Romano por meio das chamadas “ações populares”.

Embora tais ações populares não possam ser enquadradas dentro do conceito moderno de ações coletivas como nos dias de hoje, dada a sua incipiência e alcance para a efetiva proteção dos interesses metaindividuais, o direito romano evidenciou o nascedouro do conceito de tutela coletiva, aprimorado com o passar dos anos.

Segundo Gregório Assagra de Almeida⁸, com o surgimento do Estado de Direito no período moderno e contemporâneo, tais ações passaram a ter um destaque de maior relevância como mecanismo protetivo de direitos coletivos.

Na Idade Moderna, viu-se, com o advento da Revolução Industrial, o crescente movimento de conscientização de classes, permitindo aos trabalhadores rumarem para um conceito de organização coletiva, de evidente maior representatividade. De acordo com Fábio Konder Comparato⁹:

[...] a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.

Já na Idade Contemporânea¹⁰, cujo início deu-se por volta de 1789 com a Revolução Francesa até os dias de hoje, inúmeros fatores contribuíram para o nascimento de uma verdadeira consciência coletiva. O ideal iluminista e as novas ideias que o acompanharam serviram como inspiração e consubstanciaram-se em uma verdadeira revolução social diante do surgimento de novas relações sociais, mais complexas e globais, emergindo, por consequência, novos conflitos impossíveis, até então, de se imaginar.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 41.

¹⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Traduzido por Antônio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 131.

Com efeito, surgem novas formas de relação de trabalho e de relações interpessoais e, como consequência desse novo contexto, globalizado, emergem novos conflitos a serem considerados dentro dessa nova ordem jurídica.

Com o surgimento de um modelo de Estado Liberal, pautado em princípios e valores liberais, os direitos individuais de *primeira dimensão*¹¹ são efetivamente reconhecidos¹². A partir do momento em que os indivíduos reagem contra a postura adotada pelos Estados Absolutistas, começam a se materializar os pleitos da sociedade como os direitos civis e políticos, direitos à liberdade, segurança e propriedade, mas ainda em caráter individual e não coletivo.

Já na transição do Estado Liberal para o Social, os interesses difusos e coletivos ganham efetiva representatividade e assumem papel de destaque no processo de transformação. O processo, até o momento dotado de características individuais e de cunho basicamente patrimonial, passa a ser visto como um instrumento de concreção de direitos e interesses metaindividuais¹³.

A sociedade passa a se organizar em grupos e classes, posicionando-se entre o Estado e o indivíduo, entre o público e o privado. Novos paradigmas surgem ao Estado, posto que lhe é cobrada atuação efetiva na busca da igualdade material, por intermédio do reconhecimento dos direitos de *segunda dimensão* e, conseqüentemente, da natureza coletiva de determinados interesses. Na doutrina de Marcelo Novelino¹⁴ tais direitos estão ligados:

[...] ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Os modelos de Estado que passam a suceder o Estado Social, como, por exemplo, o Estado do Bem-Estar Social (*welfare state*) advindo da recessão de 1930, passam a abarcar integralmente a responsabilidade de proteger os direitos sociais dos cidadãos.

¹¹ “Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.” In: NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3. ed., p. 362.

¹² GILISSEN, John, op. cit., p. 135.

¹³ RAGAZZI, José Luiz. **A tutela coletiva / Ação civil pública e a efetivação dos direitos fundamentais**. In: Rafaela Lazzarotto Simioni. (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. 1. ed. São Paulo: Max Limonade, 2017.

¹⁴ NOVELINO, Marcelo, op. cit., p. 363.

Com o término da 2ª Guerra Mundial, emerge o consenso quanto à necessidade, o reconhecimento e a afirmação de uma nova ordem de interesses de fraternidade e solidariedade, os chamados direitos de *terceira dimensão*, que são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano¹⁵.

A concepção busca, em termos gerais, colocar o Direito como instrumento que visa garantir a paz social. Neste sentido, a Carta da Nações de 1945¹⁶ afirma que “*os direitos humanos devem ser protegidos pelo estado de direito para que o homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão*”.

Assim, a evolução da sociedade ao longo dos anos levou à confecção do referido instrumento, externando as preocupações com a preservação das gerações futuras, com a necessidade de se reconhecer os direitos fundamentais e, acima de tudo, a dignidade e o valor da pessoa humana.

Tal processo evolutivo levou a sociedade a um novo modelo de Estado, no qual a afirmação da dignidade da pessoa humana ocupa centralidade no debate e não mais a afirmação de direitos unicamente individuais e patrimoniais.

O novo modelo traz consigo novos e importantes conceitos para a sociedade: os direitos difusos devem ser voltados a proteger as gerações atuais e futuras, a proteção do meio ambiente, a saudável e sustentável qualidade de vida e, principalmente, o respeito aos princípios e valores democráticos. Cabe, por consequência, ao titular de tais direitos o exercício pleno de suas faculdades na busca de justiça, não mais na figura de um indivíduo unicamente considerado (ou uma classe ou apenas uma categoria de pessoas), mas sim dentro de um conceito de titularidade indeterminada e coletiva.

Como consequência, o modelo tradicional do processo, voltado a atender as demandas individuais, torna-se ultrapassado, emergindo a necessidade de novas regras instrumentais em estrito alinhamento com tais valores, de importância metaindividual.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo, op. cit., p. 364.

¹⁶ ONU. **Carta da Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

Assim, após a 2ª Guerra Mundial o processo passa a ser visto como instrumento de concreção do direito material e, conseqüentemente, surge a preocupação com sua efetividade.

Tal movimento, denominado *movimento de acesso à Justiça*, tendo como seu principal defensor Mauro Cappelletti, cujo estudo voltava-se às três correntes de acesso à justiça (ou ondas), é dotado de forte preocupação com a instrumentalidade do processo, com sua efetividade, acesso à justiça e com a tutela coletiva, podendo assim ser resumido:

- a) Primeira onda renovatória dispunha sobre a necessidade de providenciar a assistência judiciária aos menos favorecidos;
- b) Segunda onda renovatória tratava da urgência em se proteger os direitos metaindividuais; e
- c) Terceira onda renovatória propõe um novo enfoque sobre acesso à justiça a partir de três dimensões: a primeira abrange as ondas anteriores; a segunda propõe um amplo e moderno programa de reforma nos sistemas processuais a partir de três diretrizes: a) criação/ampliação de equivalentes jurisdicionais/substitutivos jurisdicionais; b) ampliação das tutelas jurisdicionais diferenciadas; c) Reformas pontuais para tornar o sistema processual mais eficiente.¹⁷

Com efeito, a evolução histórica das ações coletivas encontra no movimento de acesso à justiça a solidificação do conceito de proteção dos interesses metaindividuais e, com o surgimento de outros instrumentos de tutela coletiva, deixa-se de lado a visão estritamente individualista e patrimonialista do direito processual clássico para um novo paradigma, voltado à proteção de direitos metaindividuais.

2.1. AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Já em termos nacionais, o Brasil buscou alinhar-se às tendências internacionais de organizar e aumentar as ferramentas de defesa coletiva, valendo-se de legislações esparsas, afastando, assim, a ideia da criação de um código unificado de tutela metaindividual.

Embora efetivamente constituído de forma tardia, nosso ordenamento jurídico positivado consiste em um verdadeiro microssistema de tutela coletiva, servindo de referencial teórico para outros países e, também, representa hoje uma das legislações mais avançadas sobre a proteção dos direitos coletivos¹⁸.

¹⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Volume IV**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 24.

Não obstante a condição atual, o processo de construção e consolidação legislativa nem sempre ocorreu de maneira linear em nosso país. O método construtivo precisou enfrentar diversos desafios, o que levou à confecção do plano legislativo de forma lenta e, em algumas situações, na contramão da expectativa depositada, ou seja, com pouca ou sem qualquer efetividade na concreção de direitos alçados à categoria de coletivos.

Tal perspectiva é vista, num primeiro plano, em destaque no Código Civil de 1916, predominantemente enraizado na concepção da “Era da Codificação”, de cunho individual e patrimonialista, preocupada substancialmente apenas com a ideia de completude.

Com efeito, o Código Civil de 1916 em seu artigo 76, proibia, contrariamente ao que, ao menos se esperava, a possibilidade de qualquer regulamentação de tutela coletiva:

Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Tal previsão legal obstava qualquer tentativa de pleito com repercussão transindividual, haja vista a permissão exclusiva para o exercício do direito de ação, àqueles que possuíssem conflitos de cunho meramente individuais.

De acordo com Fredie Didier Júnior¹⁹, o dispositivo representa a concepção do código como um todo, marcado pelo individualismo, focado na propriedade e na autonomia da vontade dos cidadãos, por meio do qual se buscava a purificação do sistema. Desta maneira, o artigo 76 foi propositalmente pensado, para se afastar qualquer pretensão de discussão sobre aspectos da tutela coletiva.

Igualmente, as codificações posteriores (1939 e 1973) mantiveram a congruência do Código Civil de 1916. O paradigma voltado ao individualismo relacionado às idealizações legislativas da época, bem como a visão estritamente patrimonial, contribuíram sobremaneira para que a sistemática de tutela coletiva viesse a ser implementada tardiamente no Brasil.²⁰

Neste contexto histórico, ocupa papel de destaque a Ação Popular, importante avanço para a tutela dos interesses coletivos, inicialmente positivada no artigo 113, inciso

¹⁹ Ibid., op. cit., p. 25.

²⁰ Por outro lado, é possível identificar na codificação civil de 2015 traços representativos dos avanços na defesa dos interesses transindividuais, como se vê nos artigos 139, inciso X e 975, CC/2015.

XXXVIII²¹, na CF de 1934. Embora suprimida pela CF de 1937, voltou ao seu posto de relevância constitucional novamente com a CF de 1946, em seu artigo 141, inciso XXXVIII.

O Poder Legislativo brasileiro, seguindo as tendências mundiais em matéria de proteção coletiva, instituiu outras duas ações de natureza popular no âmbito da legislação infraconstitucional, previstas respectivamente no artigo 35, §1º, da Lei nº 818/49 (relacionada à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda dos direitos políticos) e ainda outra pelo artigo 15, §1º, da Lei nº 3052/58 (relativa à impugnação do enriquecimento ilícito). Em época mais recente, a Carta de 1967 manteve a previsão da demanda popular e a Emenda Constitucional 01/69, em seu artigo 153, inciso XXXI, manteve-a no texto constitucional.²²

Contudo, a composição normativa efetiva das chamadas “Ações Populares” ocorreu em 1965 com a promulgação da Lei n. 4717, vindo a ser recebida pelas cartas constitucionais subsequentes, até ser alçada ao altiplano de Ação Constitucional nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII²³, da Constituição Federal de 1988. Ganhando, assim, substancial amplitude e passando a ser, de plena forma, aplicada às situações fáticas da sociedade, principalmente após o advento da Lei n. 6513/77²⁴, que atribuiu outra conotação ao conceito de patrimônio, de acordo com o artigo 1º, parágrafo primeiro, da Lei 4.717/65:

Art. 1. [...]

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Não é demais ressaltar que, neste contexto histórico da edição da Lei de Ação Popular, inexistia ainda qualquer discussão, de cunho doutrinário substantivo, sobre os possíveis instrumentos jurídicos de efetiva e exclusiva proteção aos direitos e interesses coletivos.

Com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, houve a positivação da tutela coletiva por meio de dissídios coletivos entre categorias de classe,

²¹ Art. 113, inciso XXXVIII, CF/1934: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

²² LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

²³ A Constituição Federal de 1988 ampliou o objeto e fundamento da Ação Popular, pois passou a determinar que qualquer cidadão pode ajuizá-la a fim de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

²⁴ CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 192.

representadas pelos seus respectivos sindicatos (artigos 513 e 856) que demandariam em juízo questões envolvendo as relações de trabalho em caráter transindividual.

Nos anos seguintes, a tendência de novas legislações voltadas à proteção coletiva se intensificou o que se nota nos exemplos abaixo:

- a) Lei nº 1134 de 1950: estabeleceu a legitimação de associações de funcionários públicos para representá-los coletivamente perante autoridades administrativas e judiciais.
- b) Lei nº 4215 de 1963: antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, estabelecia, em seu artigo 1º, parágrafo único ser possível a representação judicial ou extrajudicial pela OAB na defesa dos interesses gerais da classe dos advogados.
- c) Emenda Constitucional 16 à Constituição de 1946 (de 1965): positivou o controle concentrado abstrato de constitucionalidade. As ações de controle de constitucionalidade configuram uma das espécies de ações coletivas, consideradas como especiais.
- d) Decreto nº 83540 de 1970: regulamentava a aplicação da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em danos causados por poluição por óleo, de 1969. Este Decreto conferia legitimação *ativa ad causam* ao Ministério Público para oferecer ação com pedido de responsabilidade civil por danos decorrentes da poluição de óleo (artigo 9º).
- e) Lei nº 6938 de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e Lei Complementar nº 40 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): previsão expressa de legitimação *ativa ad causam* do Ministério Público para a propositura de Ação de Responsabilidade Civil por danos ao meio ambiente (artigo 14, §1º) e para promover Ação Civil Pública (primeira referência expressa em texto legislativo), nos termos da lei (artigo 3º, inciso III).

Além de tais dispositivos legais, surgidos a partir da década de 1940, outras ferramentas também possibilitavam que alguns desses interesses comuns fossem tutelados como nas hipóteses do acionista, como ente legitimado, a propor ação, visando à declaração de

nulidade de determinado ato societário definido em assembleia geral ou, ainda, para atribuir eventuais responsabilidades aos diretores por ato lesivo ao patrimônio social.

Outra hipótese encontrada na doutrina²⁵, reside na figura do condômino, como legitimado a agir contra outro que encontrasse em eventual mora com as obrigações devidas ao condomínio.

Contudo, na exegese de Ada Pellegrini Grinover²⁶, tais hipóteses não seriam propriamente situações que envolvessem interesses difusos ou de tutela de massa, pois:

Ainda não se trata, porém, de interesses difusos propriamente ditos, pois facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio, família) e um interesse derivado, que para cada um dos sujeitos nasce em função dela, mas com ela não se confunde. E justamente em virtude disso, o conjunto de interessados oferece contornos precisos, tornando possível a individualização de todos os componentes.

Tal posição doutrinária, entretanto, não merece prosperar, pois, tais hipóteses destacadas versam essencialmente sobre direitos individuais homogêneos e, conseqüentemente, encontram-se dentro das espécies de direitos transindividuais. Tais interesses essencialmente individuais, mas com propagação irradiada em diferentes graus na sociedade, obtiveram do legislador nacional um trato coletivo, em função da busca pela homogeneidade na prestação jurisdicional. E, em que pese a sua essência, o direito positivado indica o tratamento metaindividual, motivo que aponta a precariedade da posição doutrinária acima.

Desta forma, a insipiência do nosso ordenamento jurídico de sistemáticas legislativas voltadas à tutela dos interesses coletivos no viés regulamentar somente veio a ser sanada com o advento da Lei 7.347 de 1985, com a chamada Lei de Ação Civil Pública. Assim, em 1985, a referida norma revolucionou a sistematização e a regulamentação, até então muito deficitárias, da tutela coletiva no direito pátrio, com notória influência do regime jurídico norte-americano das *class actions*.

Pela promulgação da LACP em 1985 o Brasil passou a fazer parte dos países que adentraram à segunda onda renovatória de acesso à Justiça, justamente pela preocupação em sua essência positivista de proteção aos direitos coletivos. Embora notório o avanço, viu-se, quase sem entender, do legislador originário, mais um retrocesso, agora pautado no veto ao

²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 264.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, *in*: **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 43.

inciso IV do artigo 1º da LACP, tornando taxativo o rol dos objetos passíveis de proteção via ação civil pública.

Como consequência, o veto presidencial obstou a possibilidade de extensão do rol e, portanto, de se permitir a veiculação de ACP para a tutela de outras situações, envolvendo interesses difusos ou coletivos e não somente aquelas previstas expressamente no texto da lei. E, mais uma vez, evidenciou-se o fato de que, no Brasil, não havia efetivamente um sistema de tutela coletiva²⁷:

Portanto, se o rol era taxativo, não se poderia falar em direito processual coletivo comum, já que nem todos os direitos difusos e coletivos poderiam ser tutelados jurisdicionalmente. O que houve foi um grande avanço do sistema processual brasileiro, o qual, repita-se, ingressou, pela ação civil pública, no movimento mundial para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses massificados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, precipuamente em seu artigo 129, inciso III, tal condição limitadora cai por terra, ao passo que a taxatividade, até então existente, deixou de ser recepcionada pelo novo diploma constitucional. Fato que se torna ainda mais incontestável com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, não há como falar em evolução das ações coletivas no Brasil²⁸ sem pensar em duas fases distintas, tendo como divisor de águas a Lei de Ação Civil Pública de 1985²⁹.

Com a concepção de cidadania fortemente enraizada e as novas previsões constitucionais voltadas à tutela de direitos transindividuais³⁰, criou-se uma nova ordem constitucional, em que a proteção aos direitos coletivos passa a ocupar papel de destaque ao ser

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 265.

²⁸ “Não há como falar ou pensar em direito processual coletivo comum, no Brasil, antes da entrada em vigor da Lei nº 7347/85, que instituiu a ação civil pública. Isso porque não existia em nosso país um microsistema próprio, como existe hoje, de tutela dos direitos de massa.” (...) “A partir da entrada em vigor da Lei nº 7347/85, de 24 de julho de 1985, que verdadeiramente instituiu a ação civil pública no Brasil, operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução, transformando-se de ordenamento de tutela jurisdicional de direito individual, para ordenamento de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados.” *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 261-269.

²⁹ Até a edição da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, a tarefa da ordem jurídica estava voltada a harmonizar, basicamente, os conflitos interindividuais, ou entre grupos bem delimitados e restritos de pessoas, próprios de uma sociedade predominantemente agrária e artesanal e, portanto, muito diversa da nossa.” *In*: MILARÉ, Édís. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 06.

³⁰ Além de conferir status constitucional para a ação civil pública (artigo 129, inciso III), trouxe o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, incisos LXIX e LXX), o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI), ampliou o campo de atuação da ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII), a legitimação coletiva geral (artigo 5º, inciso XXI e artigo 8º, inciso III), o acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV) e a previsão de regulamentação da proteção e defesa do consumidor no plano legislativo (artigo 48 do Ato de Disposições Transitórias). *In*: CASTRO MENDES, op. cit., p. 196. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. RePro, nº 61**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1991.

alçada ao status de garantia constitucional, conforme preconizado no artigo 5º da CF/88 que, em seu título, já evidencia a preocupação tanto na seara individual quanto na coletiva, cabendo ao aplicador do Direito considerar todos os direitos, garantias e remédios agora positivados em ambos os aspectos.

Depreende-se, nesse sentido, que é a partir da Constituição Federal de 1988 que passa a ser possível afirmar a existência do direito processual coletivo como um ramo autônomo processual³¹.

Sem a pretensão de esgotar o tema, ventilou-se, aqui, as principais questões evolutivas no aspecto legislativo voltadas à tutela de interesses transindividuais no Brasil.

As alterações não se deram apenas no plano das leis. Atualmente, a sociedade brasileira começa a se familiarizar com tais mecanismos de proteção de direitos coletivos, principalmente os que envolvem relações de consumo.

É o que afirma Venturi³²:

A implementação do sistema de tutela jurisdicional coletiva no Brasil, muito mais do que representar um aperfeiçoamento das técnicas de acesso à justiça, caracteriza verdadeira revolução científica no campo do processo civil, na medida em que desafia a descoberta de novos princípios, métodos e objetivos operados por via das ações coletivas.

Em conclusão, os aspectos evolutivos das ações coletivas no Brasil dividem-se em três fases distintas³³, com características próprias quanto a sua regulamentação.

No primeiro momento, viu-se a incondicional predominância da alma individualista da tutela jurídica, tendo como pontos de preocupação o direito material individual e a sua tutela no plano pessoal/personalíssimo.

No segundo, o legislador passa a considerar a existência de direitos transindividuais, evidenciando sua preocupação por meio de duas principais manifestações infraconstitucionais: a Ação Popular – Lei n. 4717/65 e a Ação Civil Pública – Lei n. 7347/85

³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., p. 266.

³² VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 24.

³³ ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

que, ainda que não de forma ampla, previam a proteção de alguns direitos coletivos, de forma restrita e com pouca efetividade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação popular sofreu substancial incremento (artigo 5º, LXIII) e, de igual forma, permitiu a ampliação do objeto da Ação Civil Pública. Tais diplomas legais contribuíram sobremaneira, além de outros aspectos, para a fixação das regras processuais do microsistema das ações coletivas.

E, por fim, em um terceiro momento, observou-se a preocupação do legislador na tutela jurídica integral, irrestrita e ampla, também denominada tutela jurídica coletiva holística³⁴. Viu-se os objetivos almejados com a tutela coletiva serem ampliados para a integralidade dos direitos transindividuais, como também aumentou o rol dos entes legitimados. Nesta fase, o principal marco legislativo foi a promulgação da Constituição da República de 1988, que estendeu à tutela coletiva as garantias processuais, então atinentes aos processos individuais. A preocupação do legislados em proteger não somente os direitos individuais, mas também os coletivos e isso fica evidente na leitura do capítulo dos direitos e garantias fundamentais (CF/88) ao se referir tanto ao prisma individual quanto ao coletivo.

Nesta fase, merece destaque, dada a pertinência ao tema do presente trabalho, o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) com suas consequências naturais ao dispor sobre as relações de consumo, com saliência da aplicação recíproca da Lei de Ação Civil Pública (art. 90), criando, com isso, uma integração e sistematização do microsistema da tutela coletiva.

A doutrina reconhece que o CDC é o agente unificador e harmonizador³⁵, cujas principais inovações para a sistematização do microsistema da tutela coletiva foram: a) atipicidade e não taxatividade das demandas coletivas (art. 83); b) possibilidade de adoção das medidas atípicas para fins de efetivação da tutela coletiva (art. 84); c) regime jurídico *in utilibus* da sentença de procedência na demanda coletiva para a esfera jurídica individual (art. 103); d) ratificação da gratuidade das demandas coletivas (art. 87); e) ratificação do modo de produção condicionado da coisa julgada material (art. 103); f) previsão expressa da tutela dos direitos individuais homogêneos (art. 81, p.u., III); e g) regulamentação do regime do *fair notice e right*

³⁴ VENTURI, Elton, 2007, p. 25.

³⁵ ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: REDP, ano 11, v. 18, n. 1, janeiro/abril de 2017.

to opt (art. 104), entre outras. Por fim, ressalta-se que o CDC, em seu todo, atua como fonte normativa do microsistema da tutela coletiva e não somente ao tópico voltado aos direitos transindividuais.

2.1.1. Diálogo entre as fontes normativas

Em caráter complementar ao exposto no tópico anterior, compete ao presente estudo uma breve abordagem sobre as fontes do Direito e o diálogo existente entre elas no que diz respeito às demandas coletivas.

Da leitura da sistemática processual brasileira para tutela coletiva percebe-se a clara correlação de complementariedade existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, conforme previsto no artigo 21 da LACP e no artigo 90 do CDC, tecnicamente chamadas de normas de reenvio.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, conseqüentemente foi inserido um novo artigo na LACP, o artigo 21, que estabelece:

Art. 21. 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. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)

De outra senda, o CDC estabelece em seu artigo 83:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Ou seja, diante de tais normas de reenvio, tem-se uma condição de complementariedade entre as disposições legais de cada diploma legal correlato, ou seja, o CDC e a LACP deverão ser interpretados e aplicados em caráter complementar naquilo que forem compatíveis e, principalmente, esteja voltado para a finalidade precípua (efetividade) que se almeja com o microsistema de tutela coletiva.

Sobre a Teoria do diálogo das fontes³⁶, pode se afirmar que sua finalidade consiste em superar os critérios clássicos de soluções das antinomias jurídicas para se alcançar novas fórmulas de sanear tais incongruências por intermédio de uma interação dialógica.

Não raras vezes, os conflitos naturais que surgem da existência múltipla de fontes normativas ou, ainda, a necessidade da aplicação em conjunto de leis, deverão ser dirimidas pelo diálogo entre as fontes legais, trazendo, por consequência, maior efetividade ao processo transindividual.

Pela teoria de Erik Jayme³⁷, cuja essência reside na complementariedade das normas jurídicas, introduzida por Claudia Lima Marques³⁸ ao direito pátrio, o diálogo das fontes propõe a superação dos critérios clássicos de interpretação das normas, quando há conflito entre elas mesmo que pertencentes a ramos jurídicos distintos.

Desta forma, as normas conflitantes não devem se excluir, mas, sim, trabalharem em complemento, prestigiando a unidade do ordenamento jurídico e, como consequência, trazer a tão almejada efetividade ao processo coletivo. De acordo com Erik Jayme³⁹:

[...] a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não se excluem mutuamente; elas “dialogam” umas com as outras. Os Juízes ficam obrigados a coordenar estas fontes “escutando” o que elas dizem.

A teoria, assim, mostra-se plenamente aplicável ao contexto afeto à tutela de direitos transindividuais, pois em sua essência reside o conceito de complementaridade e completez, e não de exclusão uma pelas outras.

O diálogo entre as normas é de essencial importância para a tutela dos direitos coletivos, ainda mais, quando se consideram as peculiaridades de direito material e processual,

³⁶ A tese da Teoria do Diálogo das Fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela jurista Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

³⁷ MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRANGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34-37.

³⁹ JAYME, Erick. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Revista dos Tribunais, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999, p. 24.

que permeiam o sistema brasileiro de tutela coletiva, composto por leis esparsas que se inter-relacionam.

Assim, dada a ausência de uma codificação unificada das normas que regem as ações transindividuais no sistema brasileiro, é deveras necessário imprimir-se uma concepção de complementariedade e não de conflito para a harmonização de todo o sistema em tais circunstâncias.

Para Cláudia Lima Marques⁴⁰ três são os tipos de “diálogos” possíveis: (i) havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base para a outra, estará presente o diálogo sistemático de coerência; (ii) se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (diálogo de complementariedade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade); (iii) os diálogos de influências recíprocas sistemáticas estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências de outra.

Um exemplo trazido pela autora de aplicação da teoria diz respeito ao prazo prescricional. O STJ tem aplicado o prazo do Código Civil em detrimento do prazo do CDC, por ser mais favorável ao consumidor, em homenagem ao diálogo das fontes.

Consiste, portanto, a Teoria do Diálogo das Fontes de uma realidade inafastável do Direito do Consumidor no Brasil e que não se restringe a esse ramo do direito⁴¹, pois comporta aplicação em outras searas, visando assegurar a prevalência do conceito e, principalmente, alcançar a efetividade na concreção dos direitos transindividuais.

Surge, logo, como uma teoria sofisticada para se ajudar a decidir, de maneira mais refletida e ponderada, guiando-se pelos princípios e valores provenientes da Constituição Federal, casos envolvendo conflitos de leis. A aplicação conjunta e coerente das normas em diálogo, orientada pelos valores constitucionais, especialmente de direitos humanos e de proteção dos vulneráveis, apresenta-se como uma nova visão da teoria geral⁴², método plenamente aplicável ao universo das demandas coletivas.

⁴⁰MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

⁴¹ Ibid., p. 62.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.030.569/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin de 03.12.2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800336810&dt_publicacao=23/04/2010. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

Compete considerá-la como teoria aplicável ao direito material e processual do microsistema de tutela coletiva, quer seja como complemento, quer seja como campo da aplicação, visando a uma melhor solução prática e pragmática, e não apenas dentro dos esquadros clássicos de revogação ou ab-rogação tradicional para a resolução de situações envolvendo o conflito de leis.

3. DAS DEMANDAS COLETIVAS EM RELAÇÕES CONSUMERISTAS

O histórico do processo coletivo no Brasil foi marcado pela objetividade na busca de efetividade na tutela de direitos transindividuais⁴³. Isso porque era preocupante o risco de que o debate se esvaísse e retirasse do foco das autoridades legislativas a ideia de se tutelar os direitos de grupo, o que poderia deixá-los à deriva⁴⁴.

Assim, o processo coletivo brasileiro, como conhecido atualmente, foi orientado pela determinação abstrata de tais interesses, constituindo-se, na forma do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵, em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Com sucesso, o entendimento de que se tratam, de fato, de direitos a serem protegidos pelo Judiciário e pelo Poder Público, foi implementado pela sua positivação.

É preciso compreender de quem são os interesses ou direitos transindividuais, uma vez que a conceituação advinda da norma supracitada parte do pressuposto da efetividade, isto é, da necessidade emergente de proteção desses interesses, porque:

A previsão formal das categorias de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos é relevantíssima para este fim. Sem a dimensão estrutural dos direitos coletivos lato sensu a tutela dos direitos dos grupos esbarcaria em resistências técnicas como: a) a afirmação de que esses direitos não são direitos, mas meros interesses; b) que não há titularidade, logo, não há possibilidade de se aferir a posição jurídica do grupo em abstrato; c) que a pretensão do grupo não encontra guarida no ordenamento jurídico por não ser prevista como pretensão coletiva (situação jurídica em abstrato)⁴⁶.

Porém, para além desse fim, faz-se necessária a análise processual da tutela coletiva, com vistas a efetividade na concreção das medidas judiciais impostas em favor da coletividade de indivíduos afetados, em especial aos que são, em um primeiro momento, indeterminados, mas determináveis, e conexos a uma situação fática e comum de violação de direitos.

Nesse contexto, a relação jurídica determinada pelo consumo é um articulador prático de exemplos que abarquem violações a diversos indivíduos, unidos ao fato de terem

⁴³ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 14.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 7 de janeiro de 2022.

⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 67.

consumido determinado produto ou serviço. Não raro, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a proteção do consumidor, seja em juízo, seja nas instâncias administrativas e nas relações comerciais da sociedade civil, determinando até mesmo a constituição de um Código de Defesa do Consumidor que, *a priori*, é um instrumento de proteção da coletividade.

A ideia de proteção do consumidor parte, antes de tudo, da ideia de proteção de uma coletividade, dispondo de mecanismos jurídicos, como a ação civil coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos. A reflexão acerca das demandas coletivas nas relações consumeristas, portanto, é um imperativo a ser enfrentado na presente pesquisa, o que se propõe no capítulo a seguir.

3.1. CONSUMIDOR E SUA VULNERABILIDADE

Conquanto existam relações jurídicas, elas precisam ser estipuladas a partir de um grau de adequação. Isto posto, a disparidade entre os que se relacionam não pode ser alta a ponto de prejudicar a igualdade relacional no que se entabula. O corolário lógico está na própria Constituição Federal, que determina que todos são iguais, colocando sumariamente o princípio da isonomia como sustentáculo do ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, no plano da realidade, nem todas as relações jurídicas são, naturalmente, equânimes. Por questões sociais, econômicas, geográficas e políticas – quiçá, por todas as mencionadas questões de uma só vez – as relações se estabelecem a partir de certo grau de disparidade entre os agentes.

Em alguns casos, o ordenamento jurídico reconhece essa situação de desigualdade entre os agentes de determinada relação repetitiva e a pré-estabelece para a continuidade da relação. É o que ocorre, por exemplo, na relação trabalhista, na qual o empregador detém, em regra, maiores condições de se valer de seus direitos em comparação ao empregado. Por isso, a legislação trabalhista possui um caráter garantista à proteção do trabalhador, tendo-se como base a relação naturalmente desigual entre o empregador e o empregado.

A mesma natureza de reconhecimento da lei ocorre nas relações consumeristas, partindo da ideia abstrata de hipossuficiência do consumidor. Para além disso, porém, o artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) também reconhece a condição de vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, *in verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;⁴⁷

Isso significa que o consumidor é a parte frágil da relação consumerista, de tal forma que se materializa na realidade de forma concreta, a partir de dois aspectos, quais sejam, um de natureza técnica e outro, econômica⁴⁸.

A vulnerabilidade técnica do consumidor advém da ideia de que o fornecedor detém, para si, o monopólio da capacidade administrativa e, propriamente, técnica de desenvolver e distribuir determinado serviço ou produto. É de se salientar que é o fornecedor quem determina o que, quando e de qual forma produzir, deixando o consumidor à mercê da escolha própria do fornecedor, que visa à obtenção de lucros.

O segundo caráter, econômico, relaciona-se à ideia de maior capacidade financeira que, geralmente, é concentrada no fornecedor. É evidente que, por vezes, haverá o caso em que o consumidor poderá possuir melhor condição financeira que o fornecedor com quem se relaciona, mas, evidentemente, não haverá de afastar ou prejudicar a sua vulnerabilidade, que deve ser entendida como uma presunção absoluta⁴⁹.

É importante discorrer sobre a diferença entre as condições de hipossuficiência e de vulnerabilidade que afetam o consumidor. A vulnerabilidade é um estado do agente passivo na relação comercial, o qual carrega um emaranhado de elementos de riscos na relação jurídica estabelecida. É dizer, na confrontação de interesses do consumidor e do fornecedor, que aquele carrega uma carga excessivamente maior que este. Trata-se, de fato, de uma situação individual ou coletiva, permanente ou provisória, que enfraquece o sujeito de direitos, o que acaba por desequilibrar a relação.

A existência de leis protetivas ao consumidor não se fundamenta na sua condição de vulnerabilidade, mas esta explica a sua existência, pois trata-se de elemento posto à situação

⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

⁴⁸ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 122.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016, p. 42.

de consumidor. E, por explicar, acaba por instrumentalizar a interpretação de tais normas, sempre com fins de se alcançar o reequilíbrio da relação estabelecida, dando efetividade aos comandos constitucionais de igualdade.

O racional estabelecido na leitura das relações consumeristas nada mais é que a consequência da formação do Estado Liberal, com finalidades democráticas que utiliza o direito como mecanismo de transformação e emancipação social, refletindo imediatamente a flexibilização da autonomia da vontade e a massificação dos contratos. Por derradeiro, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações comerciais é uma condição jurídica pelo tratamento legal de proteção, de forma que sua presunção é absoluta, sob pena de prejuízo às relações dessa natureza⁵⁰.

Desse modo, a vulnerabilidade do consumidor não se trata de elemento pressuposto da relação, mas um elemento posto. Sendo consumidor, inexoravelmente o sujeito de direito será vulnerável na forma da lei, o que não aceita declínio de forma alguma.

Por sua vez, a hipossuficiência do consumidor é um conceito que parte de elementos fáticos, extraídos do caso a caso, e não um elemento jurídico, *stricto sensu*. Nesse sentido, Neves e Tartuce deduzem que, para além de uma análise das condições econômicas, financeiras ou políticas dos agentes envolvidos na relação, a hipossuficiência é verificada, sobretudo, sobre a capacidade técnica⁵¹.

O conceito de hipossuficiência é averiguado a partir do caso a caso, verificando-se a disparidade técnica ou informacional diante de uma situação de desconhecimento. É o que ocorre, por exemplo, na seara processual, ao se estabelecer a inversão do ônus da prova⁵², diante da impossibilidade de o consumidor obtê-la para a fixação da responsabilidade do fornecedor, pois é ele quem deverá possuir a completude das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso.

⁵⁰ Id., op. cit., p. 42.

⁵¹ Ibid., op. cit., p. 43.

⁵² Tal qual como ocorre nas relações jurídicas consumeristas, de forma que o Código de Defesa do Consumidor assim o estabelece: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” *In*: BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

A situação de hipossuficiência, extraída dos elementos fáticos que permeiam a relação jurídica no caso concreto, não é uma situação posta necessariamente nas relações consumeristas. Muito embora possa representar a regra, ela é combatível processual e materialmente, devendo ser averiguada a depender do caso. Assim, é possível ao fornecedor romper com a condição de hipossuficiência do consumidor sobre determinados aspectos da relação jurídica, o que deve ser sopesado pelo magistrado responsável pelo caso.

Assim, verifica-se a salutar necessidade do entendimento da vulnerabilidade do consumidor, que é um elemento posto, e sua condição eventual de hipossuficiência. De forma sintética, basta o reconhecimento da relação de consumo para se atribuir ao agente passivo – consumidor – a condição de vulnerável na forma da lei, porém, nem sempre este será hipossuficiente, pois esta situação é passível de refutação pelo fornecedor.

Tal conclusão impacta de forma pujante o entendimento acerca da proteção coletiva do consumidor em juízo, sobretudo em se tratando da busca da efetividade das decisões judiciais alcançadas em seu favor. Tendo-se a noção de sua vulnerabilidade, deve-se buscar caminhos e mecanismos para garantir a reparação dos danos sofridos por determinada coletividade de consumidores, em detrimento do enriquecimento indevido e desvirtuado dos fornecedores causadores do dano.

3.2. AÇÃO COLETIVA PARA A TUTELA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

O processo de evolução da tutela coletiva passou de um *status quo* de proteção unicamente individualista, com o Código de Processo Civil de 1973, para o patamar de proteção dos interesses de grupo que se observa hoje, e não a incipiência dos anos 80.

Muito se observa no Brasil, nesta seara, o acolhimento dos estudos desenvolvidos na Itália nos anos 70, a partir da publicação do que ocorria nas chamadas *class actions* nos Estados Unidos da América, encabeçadas pelos professores Mauro Cappelletti, Michele Taruffo Vincenzo e Vigoriti⁵³.

Consequência de destaque deste movimento foi a promulgação da Lei nº 7.347, de 25 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP), que previu a tutela

⁵³ GIDI, Antônio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil**: um modelo para países de derecho civil. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2004, p. 17-18.

judicial de interesses coletivos, colacionados tematicamente, de onde se cita os danos ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio público e social, à ordem econômica, à economia popular, à ordem urbanística, dentre outros.

De forma a sedimentar este movimento, e em última instância a busca pela efetiva defesa dos direitos transindividuais, adveio a Constituição Federal de 1988 que constitucionalizou a Ação Civil Pública, destinando-a como função institucional do Ministério Público, a partir do artigo 129, inciso III:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;⁵⁴

Conforme abordado no capítulo anterior, tratou-se, de fato, de uma revolução processual advinda das tutelas coletivas, ideias emergentes da segunda metade do século XX, com a elevação a um Estado Democrático Constitucional, refletido nas transformações culturais e históricas da época⁵⁵.

A proteção coletiva dos interesses envolvidos nas relações consumeristas também sofreu os efeitos dessa revolução com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990, o qual previu a Ação Civil Coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos de origem comum. Com isso, houve uma inovação no cuidado aos consumidores ao se tratar da legitimação, prevista no artigo 82 do estatuto consumerista, e a ampliação da coisa julgada, no seu artigo 103, inciso I.

A tutela coletiva dos direitos do consumidor, trazida com o CDC, portanto, se dá a partir da evolução da sociedade de consumo de massas, sob uma nova perspectiva da relação negocial com o fornecedor, não só sob o escopo individual, mas também pelo olhar de toda a comunidade que consome aquele determinado produto ou serviço oferecido ou prestado.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 31.

A proteção vocacionada pelo estatuto em comento visa eventuais violações a direitos que obtenham a potencialidade de atingir um grupo de consumidores e toda a sociedade – considerando-se que todos estão sujeitos ao mercado⁵⁶.

Tendo-se o contexto de consumo de massa em vista, a tutela coletiva dos conflitos oriundos dessa seara toma relevo ao se buscar evitar decisões conflitantes que possam surgir com as centenas de milhares de processos individuais.

De toda forma, sendo individual ou coletiva a tutela do consumidor, o CDC buscou e assentou destacar uma especialidade na proteção deste grupo na seara processual, com o objetivo inequívoco de assegurar normas de proteção do consumidor – de natureza material – previstos no aludido estatuto. A efetividade, portanto, é o eixo guiador ao se refletir acerca da tutela processual do consumidor, pois a lei em questão tem o fim inexorável de alcançar o resultado concreto de satisfação das pretensões oriundas das relações consumeristas.

3.2.1. Natureza dos direitos tutelados: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Nesse compasso, no que tange à classificação dos direitos coletivos *lato sensu*, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81⁵⁷, positivou o modelo utilizado no país até hoje, qual seja, o de separação em abstrato entre direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, configuração que merece análise mais detida.

Pela leitura do parágrafo único, inciso I, do referido artigo, entende-se direitos ou interesses difusos, aqueles metaindividuais indivisíveis, titularizados por grupo formado de pessoas indeterminadas, que estão ligadas por uma circunstância de fato, isto é, faltando-lhe uma relação jurídica base.

Cita-se, por exemplo, a veiculação de propaganda abusiva em comerciais de televisão, rádio ou internet, por um fornecedor, sujeitando um sem-número de pessoas a esse tipo de conteúdo inadequado. Isto é uma violação de uma garantia prevista no estatuto consumerista – de não sujeitar o consumidor à propaganda abusiva – que se esparrama para um grupo indivisível de pessoas indeterminadas, mas que estão ligadas entre si pelo fato de estarem

⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. rev., atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 845.

⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

sujeitas a esse tipo de veiculação inadequada de anúncios comerciais. Não fosse esse fato, as pessoas que compõem o grupo não estariam interligadas.

Ademais, por direitos coletivos *stricto sensu*, pode-se entender, pela leitura do parágrafo único, inciso II do artigo 81 do CDC, que se trata de direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, estando ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Pode-se citar como exemplo a situação em que há um aumento abusivo – e, portanto, ilegal – da mensalidade escolar relativamente aos alunos já matriculados em determinada escola, conforme Ação Civil Pública⁵⁸ proposta pelo Ministério Público do Estado da Paraíba contra a majoração, desproporcional, do valor das mensalidades em 189%.

Perceba-se que, ao contrário da classificação dos direitos difusos, trata-se de violação de direito de uma coletividade restrita e determinada, ou seja, de alunos matriculados na referida escola. Trata-se de uma violação concentrada a um grupo determinável de pessoas, de modo que basta a listagem dos alunos matriculados na escola para a individualização e especificação das vítimas do infortúnio.

Entende-se como direitos ou interesses individuais homogêneos, também chamados de direitos acidentalmente coletivos⁵⁹, a partir da leitura do art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC, aqueles oriundos de ponto comum, isto é, nascidos da própria lesão. Sua característica, portanto, é a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais. Nesta classificação, os titulares do direito são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível, possibilitando a reparação direta, isto é, a recomposição individual.

Neste cenário, a classificação dos interesses individuais homogêneos como tutela coletiva de direitos tem razão pragmática: unir várias demandas individuais em uma única coletiva, simplificando o acesso à justiça e, conseqüentemente, trazendo mais eficiência e economia processual.

A fim de ilustrar a situação pensada pelo legislador, cita-se a situação ocorrida nos autos da Ação Civil Pública n. 0225415-17.2008.8.26.0100, proposta pelo *Parquet* estadual,

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (1ª Vara Cível da Capital). **Ação Civil Pública n. 0828920-36.2021.8.15.2001**. Distribuição: 23.07.2021. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2020/06/0834075-54.2020.8.15.2001.pdf>. Acesso em: 8 de dezembro de 2021.

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 195.

que tramitou perante a 27ª Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, em que uma empresa de prestação de serviços descumpra um contrato de adesão, causando danos a todos os contratantes daquele serviço. Ao analisar o tema, o Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial n. 1.548.489-SP, assim o ementou:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MULTA MORATÓRIA. PREVISÃO CONTRATUAL DE COMINAÇÃO DE MULTA APENAS EM FACE DA MORA DO CONSUMIDOR. ASSIMETRIA A MERECER CORREÇÃO. HARMONIA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. EQUILÍBRIO CONTRATUAL A SER RESTABELECIDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PATENTE INOVAÇÃO POR PARTE DO RECORRENTE ACERCA DE QUESTÕES ALEGADAMENTE OMISSAS, MAS NÃO SUSCITADAS EM MOMENTO OPORTUNO.

1. Ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo buscando restabelecer o equilíbrio de contrato de adesão relativo a fornecimento de produtos, aplicando a mesma multa prevista para a mora do consumidor para as hipóteses de atraso na entrega das mercadorias ou de devolução imediata dos valores pagos.
2. Inocorrência de violação ao disposto no art. 535 do CPC/73, quando o acórdão recorrido dá expressa solução às questões centrais, mesmo que não examine pontualmente cada um dos argumentos suscitados pelas partes. Caso concreto em que se alega omissão em relação a questões que sequer foram devolvidas quando da interposição de recurso de apelação.
3. Possibilidade de intervenção judicial nos contratos padronizados de consumo de modo a restabelecer o sinalagma negocial, fazendo incidir a mesma multa prevista para a mora do consumidor nos casos de atraso na entrega dos produtos ou de devolução imediata dos valores pagos quando exercido o direito de arrependimento, com fundamento tanto no CDC, como no próprio Código Civil (arts. 395, 394 e 422) ao estatuir os efeitos da mora e a submissão dos contratantes à boa-fé objetiva.
4. Manifesta abusividade na estipulação de penalidade apenas para o descumprimento das obrigações imputadas ao consumidor aderente ao contrato sem nada estatuir acerca da mora do fornecedor.
5. Manutenção da decisão que, reequilibrando a relação de consumo, determina a integração dos contratos celebrados pela ré da previsão de multa de 2% sobre o valor do produto no caso de descumprimento do prazo de entrega ou de atraso na devolução dos valores pagos quando exercido o direito de arrependimento. Precedente.
6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Observe-se que, sendo o titular absolutamente identificável e o objeto, sem embargos, divisível, a apreciação individual da questão não haveria de causar qualquer prejuízo, sem se dizer da possibilidade de decisões conflitantes e dos princípios processuais anteriormente elencados. Contudo, o trato coletivo em juízo dessa questão é oportuno e possível a partir de sua previsão no rol trazido pelo CDC.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam que a ação coletiva que trata de direitos individuais homogêneos não se refere a mera pluralidade subjetiva de

demanda – isto é, litisconsórcio ativo – mas, sim, trata-se de uma única demanda coletiva, que objetiva a tutela dos titulares deste direito⁶⁰.

Tais categorias foram edificadas e pensadas justamente para que, mediante tratamento uno, possa-se obter um provimento genérico, garantindo, como visto, três objetivos principais: economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autorizativa do direito material⁶¹.

A respeito da forma como classificados os interesses no CDC, Vitorelli não hesita em tecer algumas críticas. Para o autor, não obstante tal designação dos direitos tenha valor histórico salutar e sirva para distinção didática dos diferentes interesses metaindividuais, o mesmo observa na prática que os conflitos que emergem de diferentes origens, com distintas dimensões, cujos fatores vão em total desencontro, acabam passando pelo mesmo procedimento regulado pela Lei nº 7.347/1985 (LACP), o que constitui um problema no que tange à necessidade de adequação da tutela para as particularidades dos conflitos⁶². Dessa forma, o autor sustenta que é preciso que o processo civil atenda a tutela coletiva a partir de um entendimento adequado, passando da análise do direito para as características próprias do litígio.

Por outro lado, Nelson Nery Júnior sustenta que o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual⁶³, de forma que o objeto do litígio será distinto de acordo com o que se busca no processo, o que se permite com a classificação posta no CDC.

De todo modo, o estatuto consumerista previu mecanismos para se concretizar e possibilitar o ajuizamento e a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* em juízo. Ao se pensar na tutela de direitos individuais homogêneos, por exemplo, em que as vias individual e coletiva são adequadas, a legitimação ativa e a extensão da coisa julgada são essenciais para se buscar efetividade, como se verá nos tópicos subsequentes.

⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 813.

⁶¹ GIDI, Antonio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio, MAC-GREGOR, Eduardo F. (Coord.). **Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales em uma perspectiva comparada**. México. DF: Editorial Porrúa, 2003. p. 117-150.

⁶² VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. **Revista de Processo**, vol. 248/2015, outubro de 2015. p. 209-250.

⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 112.

3.2.2. Microsistema das ações coletivas

Conforme exposto no tópico anterior, o sistema de robustas codificações entrou em declínio após a Segunda Guerra Mundial, constituindo um fluxo migratório do direito para leis extravagantes, no que ficou conhecido como “Era da Decodificação”, demarcando uma ruptura com o modelo jurídico centralizado em códigos⁶⁴.

Com isso, o conceito de hegemonia da lei e da completude do ordenamento totalizante foi cada vez mais caindo em desuso na segunda metade do Século XX⁶⁵.

Diante do fenômeno, deu-se azo a outro movimento de relevo observado na ciência jurídica, que foi a criação de microsistemas de direito, que interferiu na seara processual civil brasileira. Nesse contexto, é pertinente apontar para a formulação, principalmente a partir de 1985, de um microsistema processual para a tutela de direitos de grupos no Brasil, que cuidou de implementar um rol de regras e princípios próprios na periferia do então vigente Código de Processo Civil de 1973.

Diz-se periférico, pois o Código em questão era marcado por uma lógica individualista, nada maleável e notadamente fechado em seus próprios conceitos, não permitindo um diálogo com demais fontes⁶⁶. Ao contrário dessa lógica, adveio o Código de Processo Civil de 2015, que assumiu uma posição imediatamente não completa, necessitando de outros centros de poder para dar concretude à amplitude dos seus mecanismos e técnicas⁶⁷.

Assim, a tutela de direitos transindividuais, na vigência do Código Buzaid, *per si*, encontrava alguns óbices diante da sua insuficiência normativa, inobstante a realidade social que emergia no século XX, na qual os direitos de grupo eram cada vez mais reconhecidos como direitos materiais tuteláveis⁶⁸.

Dentre tais óbices, observa-se a problemática da legitimidade na propositura da ação coletiva. Isto, o artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 já previa a impossibilidade de se buscar, em juízo, a tutela em nome próprio de direito alheio, a não ser que autorizado por

⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2007, p. 50.

⁶⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no Século XXI: De Volta para o Futuro? (parte 1). **Revista Consultor Jurídico**, 4 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2017, p. 51.

⁶⁷ Id., 2017, p. 51-52.

⁶⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. v.1: fundamentos de direito coletivo; ação civil pública; ação popular; mandado de segurança coletivo; direito do consumidor; improbidade administrativa. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 10.

lei⁶⁹. Nesse ponto, os direitos coletivos *lato sensu* extrapolavam a individualidade do polo ativo da demanda e, por conseguinte, caminhavam à margem da própria sistemática processual vigente.

No mesmo sentido, pode-se apontar a questão da coisa julgada que, pelo mesmo Código, determinava que seus efeitos estariam limitados às partes que atuaram no processo, não causando prejuízos ou benefícios a terceiros, o que está previsto no seu artigo 472⁷⁰. Com essa disposição, no caso de litígios de massa, para que cada um dos lesados pudesse se beneficiar de eventual sentença favorável, teriam de ajuizar ações individuais.

Observe-se que a adoção do litisconsórcio ativo, como tentativa de suprir a apontada insuficiência da sistemática processual, não haveria de solucionar o problema que se enfrentava, visto que os ditos litisconsórcios multitudinários não impediriam a ocorrência de avalanches de processos nos tribunais brasileiros⁷¹. Ademais, outros inconvenientes subsistiriam⁷², tais quais o risco de expedição de decisões conflitantes, a morosidade processual, o excesso de gastos dos litigantes e do próprio Estado e a ocorrência do fenômeno chamado “litigiosidade contida” – que Watanabe⁷³ conceitua como a situação em que os cidadãos, por considerarem caro, complicado ou até mesmo inútil buscar o Poder Judiciário, desistem de fazê-lo, gerando instabilidade social.

Nesse panorama, as antinomias existentes entre o direito processual coletivo e o direito processual individual ficam evidentes, visto que a prestação da tutela transindividual demanda adaptações procedimentais, que não coadunam com o desenho clássico do credor contra o devedor⁷⁴.

Foi a partir dessa perspectiva que a formulação de um microsistema do direito processual coletivo iniciou-se no Brasil, culminando em uma das sistemáticas mais completas

⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo, op. cit., p. 11.

⁷² Ibid., p. 12.

⁷³ WATANABE, Kazuo. **Juizados especiais de pequenas causas**. Coord. WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1985, p. 2.

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

e eficazes do mundo⁷⁵, a partir da congruência da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública – e da parte final da Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Em harmonia com essas normas, também interessa mencionar diversos outros dispositivos que formam o universo da tutela coletiva no Brasil, quais sejam, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e a Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12.016/2009), como foi reconhecido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento de Recurso Especial de relatoria do Ministro Luiz Fux⁷⁶.

Ainda, após a vigência da Constituição Federal, entendeu-se que diversas outras normativas passaram a integrar o microsistema em análise⁷⁷, em virtude de normatizarem direitos de determinados grupos ou interesses da coletividade, tais quais a Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência⁷⁸; a Lei nº 7.913/1989, que trata da proteção dos investidores em valores imobiliários⁷⁹; a Lei nº 8.069/1990, cujo escopo está na proteção das crianças e adolescentes⁸⁰; a Lei nº 12.529/2011, de combate a infrações de ordem econômica e da economia popular⁸¹; a Lei nº 10.257/2001, que no seu artigo 10º trata da usucapião coletiva de imóvel urbano⁸²; a Lei nº 10.741/2003, que trata da proteção dos direitos

⁷⁵ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 315.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 510.150/MA**. Relator: Min. Luiz Fux, de 17 de fevereiro de 2004, s/p. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300078957&dt_publicacao=29/03/2004. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2017, p. 61.

⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17913.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸⁰ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸¹ BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸² BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

do idoso, inclusive fazendo menção expressa aos direitos *lato sensu*, em seus artigos 78 a 93⁸³; a Lei nº 12.846/2013, que prevê a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas praticantes de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira⁸⁴; a Lei nº 13.146/2015, que estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência⁸⁵. Veja-se que, para além dessas, há um sem-número de legislações específicas e extravagantes, nas quais se poderia encaixar o objetivo de se tutelar direitos transindividuais, portanto, integrando o microssistema processual coletivo brasileiro.

Neste aspecto, Zavascki⁸⁶ entende que a legislação brasileira sofreu uma revolução em relação ao seu modo de tutelar direitos de grupos, baseada em duas ondas. A primeira, constitui-se em reformas iniciadas em 1985, que se destinou a inserir tecnologias e mecanismos antes desconhecidos no direito pátrio, que eram destinados “(a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada”. Já a segunda fase de reformas, segundo o autor, desencadeou-se após 1994, cujo escopo foi o aperfeiçoamento ou ampliação dos mecanismos já existentes no Código Buzaid, de modo a adaptá-los à nova realidade social que se enfrentava.

A dinâmica que se estabelece é de harmonização sistemática, na qual a Constituição Federal dá sustento de validade material e formal às outras manifestações legislativas, em especial nos seus artigos 5º, XXI e o 8º, III, que dispõem, respectivamente, que as entidades associativas têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente, bem como que ao sindicato cabe a defesa os direitos e interesses coletivos e individuais da categoria⁸⁷.

2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸³ BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸⁴ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 18.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

Por sua vez, o Código de Processo Civil estabelece uma narrativa ao direito processual, fornecendo regras gerais, servindo inclusive para a aplicação supletiva e subsidiária de normas, conforme se constata pela leitura do seu artigo 15⁸⁸. Também é verdadeiro dizer que o Código serve como ponte entre as legislações extravagantes e a própria Constituição Federal, principalmente quando menciona expressamente a tutela de direitos de modo coletivo⁸⁹.

As legislações especiais têm o trabalho específico de constituir o mencionado microsistema e, no que diz respeito à tutela coletiva, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são as principais.

3.3. ASPECTOS RELEVANTES DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A busca de paridade nas relações jurídicas traciona um movimento de busca de igualdade, da mesma forma, na relação processual das partes envolvidas em um litígio. A noção de igualdade processual acompanha, portanto, a releitura do princípio da igualdade aristotélica na qual se busca adequar os mecanismos à disposição para dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

A lei e a atuação jurisdicional passam a operar com esse enfoque. Isto é, a previsão de novos instrumentos de tutela de direitos e a determinação de um papel mais ativo do juiz, no intuito de alocar a parte vulnerável em condições de paridade com a parte mais capacitada, tem o fim de reequilibrar uma relação processual desigual. Com isso, os instrumentos processuais para a tutela jurisdicional do direito material se tornam indispensáveis para a efetiva concretização de garantias fundamentais.

Nesse sentido, a atenção do judicante aos elementos próprios do caso que se analisa visa a aplicação adequada dos instrumentos e mecanismos que buscam a paridade na relação processual. E, utilizando-se do exemplo anteriormente mencionado, da inversão do ônus da prova nas relações consumeristas, verifica-se no julgado da Apelação Cível n. 0013593-76.2016.8.19.0052, cujo Acórdão foi exarado na Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de

⁸⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2009, p. 60.

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que o referido instituto possui natureza processual balizado pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, que busca equilibrar a posição das partes no processo.

Contudo, em que pese a relação consumerista, a sua aplicação exige a verificação pelo Juízo, numa posição ativa, dos seus requisitos autorizadores, quais sejam, a verossimilhança das alegações trazidas pelo consumidor nos autos do processo e, efetivamente, a sua hipossuficiência técnica para produção das provas. No caso em questão, para além da verificação dos requisitos, o julgador verificou que a aplicação do instituto é irrelevante para o deslinde do feito, pois as partes demandadas não possuíam relação com o evento danoso que se discutia:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. SÚMULA 330 DO TJERJ. IRRELEVÂNCIA DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. 1- A relação jurídica estabelecida entre as partes encontra seu fundamento nas normas previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). 2- As rés, ora apeladas, amoldam-se ao conceito de fornecedor contido no referido diploma legal (art. 3º, caput e §2º do CDC). 3- Ao exercer atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o fornecedor o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa, eximindo-se somente se houver prova da ocorrência de uma das causas de exclusão do nexo causal. 4- O ordenamento jurídico estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços pelos danos causados aos consumidores, decorrentes de defeitos relativos à prestação dos serviços. 5- A inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor (artigo 6º, VIII, do CDC). 6- O referido instituto possui natureza processual e, em vista do princípio da vulnerabilidade do consumidor, almeja equilibrar a posição das partes no processo, sujeitando-se à verificação de seus requisitos autorizadores, a saber: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do consumidor. 7- O direito à inversão do ônus da prova não tem por finalidade excluir qualquer dever de prova do demandante, mas apenas facilitar de sua defesa, não podendo ser aplicado indistintamente. 8- A inversão do ônus da prova não é automática, dependendo de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo Magistrado no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. 9- Súmula nº 330 do TJERJ: "Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito". 10- Ainda que deferida a inversão do ônus da prova em favor da consumidora, a medida seria irrelevante para o deslinde da causa, tendo em vista que a primeira apelada (WHIRLPOOL) não é fabricante da placa defeituosa e a segunda apelada (MERCADO PAGO) é apenas um "sítio" de ligação entre o vendedor e o comprador.⁹⁰

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (15ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0013593-76.2016.8.19.0052**. Des. Milton Fernandes De Souza em 21/07/2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/881200172/apelacao-apl-135937620168190052>. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

E, de fato, mecanismos oriundos de novas construções normativas sobre direitos transindividuais, em conjunto com a postura ativa dos juízes na busca de efetividade, têm servido para, cada vez mais, garantir maior paridade de armas. Como exemplo, podemos citar a previsão contida no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor:

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

Com efeito, o artigo 84 pode ser observado sob dois prismas: primeiro, pela previsão legal, o legislador incutiu no texto da lei previsão expressa para se “atingir o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, consagrando expressamente o princípio da preservação dos negócios jurídicos, segundo o qual se pode determinar qualquer providência, a fim de que seja assegurado o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação de fazer⁹¹:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA DE MERCADORIA PELA INTERNET. RECURSA AO CUMPRIMENTO DA OFERTA. ART. 35 DO CDC. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DE PRODUTO EM ESTOQUE. CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em razão do descumprimento da entrega de mercadoria adquirida pela internet, fundada na alegação de ausência de estoque do produto.
2. Recurso especial interposto em: 05/08/2019; conclusos ao gabinete em: 02/03/2020; aplicação do CPC/15.
3. O propósito recursal consiste em determinar se, diante da vinculação do fornecedor à oferta, a alegação de ausência de produto em estoque é suficiente para inviabilizar o pedido do consumidor pelo cumprimento forçado da obrigação, previsto no art. 35, I, do CDC.
4. No direito contratual clássico, firmado entre pessoas que se presumem em igualdades de condições, a proposta é uma firme manifestação de vontade, que pode ser dirigida a uma pessoa específica ou ao público em geral, que somente vincula o proponente na presença da firmeza da intenção de concreta de contratar e da precisão do conteúdo do futuro contrato, configurando, caso contrário, mero convite à contratação.
5. Como os processos de publicidade e de oferta ao público possuem importância decisiva no escoamento da produção em um mercado de consumo em massa, conforme dispõe o art. 30 do CDC, a informação contida na própria oferta é essencial à validade do conteúdo da formação da manifestação de vontade do consumidor e configura proposta, integrando efetiva e atualmente o contrato posteriormente celebrado com o fornecedor.
6. Como se infere do art. 35 do CDC, a recusa à oferta oferece ao consumidor a prerrogativa de optar, alternativamente e a sua livre escolha, pelo cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, somada a perdas e danos.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.872.048-RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 23/02/2021. RB, vol. 670, p. 196. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903012109&dt_publicacao=01/03/2021. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

7. O CDC consagrou expressamente, em seus arts. 48 e 84, o princípio da preservação dos negócios jurídicos, segundo o qual se pode determinar qualquer providência a fim de que seja assegurado o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação de fazer, razão pela qual a solução de extinção do contrato e sua conversão em perdas e danos é a última ratio, o último caminho a ser percorrido.

8. As opções do art. 35 do CDC são intercambiáveis e produzem, para o consumidor, efeitos práticos equivalentes ao adimplemento, pois guardam relação com a satisfação da intenção validamente manifestada ao aderir à oferta do fornecedor, por meio da previsão de resultados práticos equivalentes ao adimplemento da obrigação de fazer ofertada ao público.

9. A impossibilidade do cumprimento da obrigação de entregar coisa, no contrato de compra e venda, que é consensual, deve ser restringida exclusivamente à inexistência absoluta do produto, na hipótese em que não há estoque e não haverá mais, pois aquela espécie, marca e modelo não é mais fabricada.

10. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido impôs à recorrente a adequação de seu pedido às hipóteses dos incisos II e III do art. 35 do CDC, por considerar que a falta do produto no estoque do fornecedor impediria o cumprimento específico da obrigação.

11. Recurso especial provido.

No direito do consumidor este movimento é latente e está disposto nos princípios que norteiam o CDC. De forma geral, elementos como a função ativa do Juízo no processo, a forma de produção de provas, a possibilidade de pronunciamentos *ex officio* de nulidades de direito material são alguns indicadores genéricos da lógica que permeia a relação consumerista, refletida em um processo judicial.

De forma específica, a tutela coletiva dos direitos e garantias do consumidor em juízo contempla uma gama de elementos próprios, que possibilitam e viabilizam que, de fato, a parte seja protegida diante de investidas inadvertidas e ilegais de fornecedores.

Nesse sentido, é importante mencionar a amplitude da legitimidade ativa e sua natureza jurídica, para demandar em juízo em favor da proteção do consumidor, inclusive destinando à sociedade civil o dever de observar e pleitear a efetivação dos direitos previstos no estatuto. Ademais, a ampliação da coisa julgada, que permite de fato que a sentença favorável ao consumidor seja refletida em seu favor. Por fim, as possibilidades de liquidação e de execução de uma sentença genérica, que constitui objeto da presente pesquisa, são fatores de alto relevo para a concretização do direito material, a partir de uma atuação processual adequada na tutela coletiva de tais direitos.

3.3.1. Legitimidade

De maneira geral, como disposto no Código de Processo Civil⁹², a legitimidade de ação diz respeito à pertinência subjetiva da demanda, ou seja, a congruência entre a situação fática vivida pelo indivíduo que pretende demandar em juízo e a autorização legal para tanto, o que acarreta a sua condição de titular da ação.

Via de regra, o titular da ação, ou seja, o legitimado ativo no processo é o titular da relação jurídica de direito material deduzida. É o que se chama de legitimação ordinária⁹³. A título exemplificativo, considera-se o caso de envio, por instituição financeira, de cartão de crédito a um sujeito, sem sua solicitação ou autorização, incorrendo na hipótese da Súmula nº 532 do Superior Tribunal de Justiça⁹⁴, sujeitando-se o prestador de serviços a uma possível condenação de pagar indenização por danos acarretados ao consumidor por prática comercial abusiva. Fica evidente o titular do direito material no caso hipotético, ou seja, o consumidor, que também será titular da ação. Assim, na legitimação ordinária, há uma congruência entre o titular do direito material e o titular da ação.

A exceção à regra é tida como legitimação extraordinária e está prevista, genericamente, na parte final do artigo 18 do CPC. A legitimação extraordinária, deduz-se, é a situação em que um terceiro defende um interesse alheio em juízo em nome próprio, o que ocorre a partir da figura da substituição processual. No processo coletivo, é o que ocorre, de modo que o titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não é legitimado processual para atuar em juízo, em regra. Portanto, para uma corrente majoritária da doutrina não há dúvidas de que os legitimados ativos são substitutos processuais e os titulares do direito, substituídos.⁹⁵

Vale, porém, apontar que há um dissenso acerca da ocorrência de tal congruência dos referidos institutos – substituição processual e legitimidade extraordinária. Para Rizzato Nunes⁹⁶, no que diz respeito aos direitos difusos e coletivos, há o que se chama de legitimação

⁹² O Código estabelece que a postulação em juízo necessita de interesse e legitimidade da parte, bem como que, em regra, o pleito de direito alheio é vedado, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. *In*: BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 515.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 532. Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27532%27>. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 516.

⁹⁶ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio, op. cit., p. 552.

autônoma. O autor defende que não se trata de substituição processual, mas de caso de pertencimento autonomamente a cada uma das entidades, que respondem por si mesmas na ação. Assim, o objeto do direito em comento não pertence à entidade, mas a ação sim, de modo que é exercida no âmbito de sua autonomia. Como no caso dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não há a necessidade de identificação dos titulares do direito material, não se estaria diante de uma defesa de direito alheio em nome próprio. E, portanto, para o referido autor, não é o caso de substituição processual.

Neste caso, tratar-se-ia de mera deliberação da lei de destinação de uma função institucional do legitimado para defender interesses de caráter indivisível.

Ainda de acordo com Rizzato Nunes⁹⁷, no caso dos direitos individuais homogêneos, haveria uma legitimação extraordinária, decorrente de substituição processual, pois o titular do interesse é determinado e plural, bem como o objeto é divisível. Assim, quando o ente legitimado ajuíza uma ação nestes casos, ele o faz agindo em nome próprio para postular direito alheio.

Acompanham o mesmo raciocínio os doutrinadores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular, e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque tem como característica a não individualidade. Não se pode substituir a coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual coletivo [...]. Por essa legitimação autônoma para a condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima a pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger direito difuso ou coletivo⁹⁸.

Por outro lado, cumpre registrar que Araken de Assis⁹⁹, ao tratar a natureza da legitimidade do Ministério Público, das associações e dos partidos políticos para a tutela dos direitos difusos e coletivos, classifica-a como legitimidade ordinária, uma vez que tais entes se mostram titulares do direito posto em causa, ainda que existam outros titulares dos direitos

⁹⁷ Ibid., p. 553.

⁹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, op. cit., p. 222.

⁹⁹ ASSIS, Araken de. Substituição processual. In: (Org.) DIDIER JR., Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 198-199.

parciais que juntos formam o objeto litigioso. Isto posto, cumpre recordar, o direito em questão é indivisível, de forma que os entes compõem o conjunto dos titulares do direito material.

Contudo, a posição majoritária é a de que, seja na defesa dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* ou de direitos individuais homogêneos, o legitimado ativo agirá a partir de uma substituição processual, de tal forma que a natureza da legitimidade é extraordinária. O racional desse entendimento, ao contrário do que apontam os críticos, não é de que haverá uma substituição da coletividade. Com relação aos direitos individuais homogêneos o raciocínio suporta melhor encaixe para essa lógica, em virtude da determinação dos sujeitos. Porém, mesmo no caso de indeterminação e indivisibilidade que acarretam os direitos difusos e coletivos, o fato é que o legitimado agirá em função de pessoas que compõem o grupo atingido. Em uma macro perspectiva pode parecer a substituição de uma coletividade, mas, na prática, a atuação em juízo atinge individualmente as pessoas que compõem o grupo. Dessa forma, é predominante o entendimento de que se trata de uma legitimidade extraordinária.

E, com a aplicabilidade da substituição processual na relação processual – e não na relação material – é vedado ao substituto praticar quaisquer atos que impliquem disposição do direito material tutelado.

Ademais, no ordenamento jurídico nacional, há a adoção da legitimidade *ope legis*, ou seja, a pessoa, entidade ou órgão autorizado a agir pela coletividade é determinado anteriormente à existência do litígio pelo legislador. Assim, cumpre apontar que o artigo 5º da LACP determina os seguintes legitimados:

- Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
- I - o Ministério Público;
 - II - a Defensoria Pública;
 - III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
 - IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
 - V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em complemento, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que:

- Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
- I - o Ministério Público,
 - II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
 - III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

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

Não se olvida, ainda, a legitimidade ativa atribuída ao cidadão para a propositura da Ação Popular, regulada pela Lei nº 4.717/1965, uma das pioneiras a tratar de tutela de interesses coletivos no Brasil, senão veja-se:

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

Feitas as considerações acerca da legitimidade nas ações coletivas, cumpre fazer apontamentos acerca da coisa julgada, um dos pontos sensíveis no exercício da ação coletiva no Brasil.

3.3.2. Coisa julgada

A coisa julgada é entendida como a eficácia da decisão judicial que a torna imutável e indiscutível, não mais sujeita a recursos, consagrando-se como regra geral no artigo 506 do Código de Processo Civil, que dispõe que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”¹⁰⁰.

Sem a pretensão de exaurir o tema, trata-se, porém, de questão mais relevante na distinção da tutela coletiva em relação à individual¹⁰¹, pois a regra acima exposta é simplesmente desconsiderada ao se tratar de direito processual de grupos, que se vale de eficácias *ultra partes* e *erga omnes* e à coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

¹⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 543.

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor define os efeitos da coisa julgada ligados às hipóteses do parágrafo único do seu artigo 81, ou seja, conforme a tipologia dos direitos ou interesses coletivos – difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos:

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

I - 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

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

Para o presente trabalho, passa-se, inicialmente, a compreender o efeito da coisa julgada nas ações coletivas de proteção aos direitos difusos, o que, de acordo com a determinação do estatuto consumerista, corresponde ao efeito *erga omnes*.

Isso significa que a coisa julgada na ação coletiva de direito difuso valerá para todas as pessoas se a ação for julgada procedente ou improcedente pela análise de mérito, com provas adequadamente produzidas. Essa questão do resultado da sentença será, doravante, melhor apreciada.

No que diz respeito à coisa julgada nas ações coletivas de proteção aos direitos coletivos, tem-se o efeito *ultra partes*, que estende os efeitos da coisa julgada a todos os indivíduos integrantes do grupo, categoria ou classe.

Já os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas de proteção aos direitos individuais homogêneos, classificados como *erga omnes*, dizem respeito, igualmente, ao benefício de todas as vítimas e seus sucessores.

Um segundo recorte de intersecção da análise dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo diz respeito ao seu resultado e à suficiência, ou não, de provas.

Tem-se, nesse compasso, o que se chama de coisa julgada *secundum eventum probationis*, aplicável aos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, em que, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido com fundamento na ausência ou insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação, ou seja, partes, causa de pedir e pedido. Afasta-se, portanto, os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado.

A razão de tal aplicação atípica da coisa julgada, de acordo com o entendimento majoritário, está na ideia de que os integrantes do grupo atingido, que não participarem efetivamente do processo, não podem ser prejudicados por eventual má condução da demanda em juízo. Portanto, trata-se de uma perda definitiva de um direito material por toda uma coletividade.

Contudo, critica-se a utilização atípica do instituto em virtude de uma quebra da isonomia, em virtude de uma desequilibrada proteção da coletividade em detrimento da segurança jurídica de que deveria se beneficiar o réu, ocupante do polo passivo da ação que foi julgada improcedente.

De acordo com Pizzol¹⁰², a situação é prejudicial, pois há uma relativização da coisa julgada, o que não pode ocorrer para sobrestar a segurança jurídica em nome de um argumento de alcance da justiça. Para a autora, se houver alguma inadequação na sentença, a parte autora deve se valer do instrumento cabível para impugnar o pronunciamento judicial.

Há outro ponto de interessante averiguação, que diz respeito à formação da coisa julgada *secundum eventum litis*, isto é, a sentença de mérito fará coisa julgada a depender do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado.

Trata-se de característica peculiar nas ações coletivas, de modo que a coisa julgada não é, em última instância, *secundum eventum litis*, mas tão somente sua extensão para beneficiar os titulares dos direitos individuais. De acordo com Antonio Gidi¹⁰³, a coisa julgada nas ações coletivas forma-se *pro et contra*, de modo que o que se altera é o rol de pessoas que serão atingidas pela coisa julgada – ou seja, sua extensão. Será *erga omnes* ou *ultra parte* à esfera individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva, o que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada.

Em suma, os limites subjetivos da sentença transitada em julgado – a quem, individualmente, ela irá produzir efeitos – só irão se estender aos substituídos se a estes beneficiar.

Ora, de acordo com o artigo 103, §1º, do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do respectivo dispositivo legal – que se refere aos efeitos *erga omnes*, no caso

¹⁰² PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

¹⁰³ GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

de direitos difusos, e *ultra partes*, no caso de direitos coletivos *stricto sensu* – não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III – relativo aos interesses individuais homogêneos.

Assim, julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação, os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais.

A respeito da temática, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou e julgou interessantes impasses em relação aos efeitos da sentença coletiva.

O Agravo Regimental no Recurso Especial no 1.554.599-PR, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, trata da discussão acerca da possibilidade de imposição da suspensão de ações individuais até a finalização do exame de ação coletiva em casos tidos como multitudinários. O entendimento prevalecente no julgado foi de que é, sim, possível.¹⁰⁴

Primeiro, faz-se necessário esclarecer a técnica da suspensão do processo individual em razão da ação coletiva. Para Zaneti e Didier¹⁰⁵, o indivíduo pode se valer da coisa julgada coletiva para a sua demanda individual, o que, como visto, é chamado de transporte *in utilibus* da coisa julgada. Ocorre que, para isso, se pendentes uma ação individual e uma ação coletiva correspondente, para que se beneficie da coisa julgada coletiva, é preciso que o indivíduo peça a suspensão do seu processo individual, no prazo de trinta dias, contados do conhecimento efetivo da existência do processo coletivo.

Na situação em análise, ocorre o oposto. Há a imposição da suspensão da ação individual em decorrência da existência de ações coletivas relativas ao objeto daquela, de modo que ocorre independente da vontade do agente individual. A esse respeito, Melo Silveira e Gomes Junior¹⁰⁶ argumentam que a tutela coletiva não pode se tornar um óbice ao direito individual subjetivo de ação, que é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXXV da

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial no 1.554.599-PR**. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 20 de fevereiro de 2019, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501646179. Acesso em: 2 de fevereiro de 2022.

¹⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2017, p. 162.

¹⁰⁶ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. Suspensão *ope judicis* das ações individuais: comentário ao acórdão do REsp 1.353.801/RS. **Revista de Processo**. Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva. Vol. 246, agosto de 2015.

Constituição Federal. Emerge a necessidade de harmonização da busca pela economia processual e isonomia dos jurisdicionados com o direito inafastável do acesso à justiça.

Assim, com o intuito de harmonizar, tanto quanto possível, a convivência entre ações coletivas e individuais, com especial atenção à economia processual e a repulsa às decisões contraditórias, assegura-se aos demandantes individuais o direito potestativo de optar pela suspensão ou prosseguimento da ação individual.

O caso em comento trata de ação de reparação de danos morais ajuizada por um agente individual em face de uma empresa, pleiteando reparação dos danos morais suportados pelas pessoas expostas à contaminação ambiental, ocasionada pelos rejeitos do beneficiamento industrial de mineração, explorada por estas.

Ocorre que a Juízo de primeiro grau suspendeu-se a ação em razão de existência de duas ações civis públicas em trâmite perante a Justiça Federal. A decisão foi impugnada pela demandante individual por meio de Agravo de Instrumento, até que a insurgência alcançasse o Superior Tribunal de Justiça.

Na Corte Cidadã, o entendimento predominante, em consonância com os seus precedentes, foi de que, ajuizada ação coletiva relativa à macro lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

Isto para que as decisões se alinhem num entendimento uno ante a iminente possibilidade das diversas ações e decisões judiciais seguirem caminhos contraditórios entre si. Além da busca da uniformidade, pode-se apontar que tal procedimento atende ao princípio da economia processual, com vistas ainda à busca por isonomia, segurança jurídica e, até mesmo, a redução da quantidade de processos, que acabam por impactar negativamente o próprio funcionamento do Poder Judiciário.

Assim, nesta decisão, verificou-se pelos Ministros do STJ que a situação fática se enquadrava nos requisitos que autorizam a imposição da suspensão, razão pela qual o pleito da demandante individual não prosperou.

Portanto, a única sentença que vincula os indivíduos à sua coisa julgada material é a que se classifica como *secundum eventum litis in utilibus*, porque de procedência, podendo o indivíduo se valer dela, liquidá-la e executá-la em seu foro de domicílio.

3.3.3. Liquidação e execução

Dispõe o artigo 95 do CDC que a sentença condenatória será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. Assim, em caso de procedência, o Juízo determina, de forma certa, o ônus do demandado em arcar com os danos ocasionados no litígio em favor da coletividade.

Não obstante a certeza da responsabilidade, a sentença, geralmente, é ilíquida, demandando liquidação, de modo que os valores a serem pagos advirão desta fase, como previsto no artigo 97 do CDC: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

Por orientação legal, havendo a sentença genérica, os interessados se habilitam no processo, promovendo a liquidação, com a incidência dos artigos 509 a 512 do Código de Processo Civil, devendo a vítima e sucessores iniciar um procedimento probatório, sendo a liquidação classificada por artigos.

Nesse contexto, a liquidação por habilitação do interessado na demanda coletiva se dá a partir de dois momentos, no que se refere à necessidade de demonstração da vítima em juízo.

Primeiro, é preciso que o liquidante demonstre que faz jus à indenização afirmada na fase de conhecimento do processo, etapa que é chamada de *na debeatur*. Trata-se, portanto, da demonstração do nexo causal entre a condenação genérica e a sua posição jurídica individual¹⁰⁷.

Em seguida, é necessária a verificação do *quantum debeatur*, isto é, do montante indenizatório que o liquidante faz jus, devendo demonstrar quais danos materiais e morais experimentou, de modo a se medir a extensão dos prejuízos suportados¹⁰⁸.

Assim, na situação em que uma casa bancária é condenada em uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório por inserir cláusula abusiva em determinado contrato de prestação de serviços, no que diz respeito à indenização, o liquidante que se habilitar no processo deverá demonstrar, a uma, que contratou o serviço com a cláusula

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 882.

¹⁰⁸ Ibid., p. 883.

abusiva e, pois, sofreu danos decorrentes da contratação e, a duas, quais foram os danos e as suas respectivas extensões.

Por evidência, a situação exige uma análise em juízo do caso a caso, de modo que, nesta fase, é admitido o contraditório pleno e a cognição exauriente¹⁰⁹.

A liquidação se realiza a partir do título judicial, sendo ela a certidão da sentença que julgou a demanda coletiva, bem como a comprovação ou não do trânsito em julgado. Assim, verifica-se se é o caso de cumprimento provisório ou definitivo da sentença, devendo ser promovida no domicílio do consumidor.

No que diz respeito à categorização dos direitos coletivos *lato sensu* em relação à liquidação da sentença, verifica-se que, nas ações de direito difuso, é plenamente possível que a sentença seja, afinal, líquida, uma vez que o pedido seja certo e determinado¹¹⁰.

Contudo, nas ações coletivas de tutela de direito individual homogêneo, a determinação dos indivíduos lesados leva, geralmente, à necessidade de que a sentença nasça genérica, para que os beneficiários da decisão a liquidem na forma e extensão dos danos suportados por cada um deles.

Uma corrente doutrinária em ascensão entende que, mesmo na tutela de direitos individuais homogêneos, é possível a prolação de sentença líquida nas situações em que a condição de credor pelo indivíduo e o prejuízo já esteja previamente quantificado, ou se a verificação do *quantum debeatur* dependa unicamente de mero cálculo aritmético¹¹¹.

Bastaria a garantia do contraditório ao executado em relação à alegada condição de credor, bem como em relação a possíveis excessos na execução, ou seja, a higidez dos cálculos apresentados pelo exequente individual.

De mais a mais, existe um prazo, não preclusivo, de um ano, para que os interessados se habilitem no procedimento de liquidação da sentença coletiva, conforme o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor:

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

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 886.

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 567.

¹¹¹ BARBOSA E SILVA, Érica. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124.

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

A partir da leitura do dispositivo legal, decorrido o prazo anual para habilitação dos interessados, fica autorizado aos legitimados do artigo 82, se o número de vítimas habilitadas for incompatível com a gravidade do dano, a procederem com a liquidação e execução da sentença genérica coletiva.

Trata-se de extensão da legitimação coletiva que permite uma reparação fluída (*fluid recovery*), cuja finalidade está em não permitir, diante da ausência de titulares de direitos individuais, que o autor do ilícito deixe de responder patrimonialmente pelos danos que causou. Trata-se do temário da presente pesquisa, o que será aprofundado no capítulo subsequente.

4. REPARAÇÃO FLUÍDA

Os direitos individuais homogêneos são caracterizados por serem essencialmente individuais, com a possibilidade trazida pelo CDC de que sua defesa tenha um trato coletivo, sendo, assim, direitos acidentalmente de grupo.

A intenção do legislador ao caracterizar e entender tais interesses como coletivos se dá sob a ótica dos valores da efetividade, instrumentalidade das formas e economia processual, pelos quais se concretiza o acesso à justiça, princípio que sustenta a lógica do processo civil brasileiro hodiernamente.

Para a concretização desses valores, é preciso valer-se de técnicas adequadas de execução dos interesses e direitos em tutela. A massificação das relações, sobretudo comerciais, nas quais se entabula as de natureza consumerista, permite a ocorrência de um fenômeno que vai na contramão da efetiva reparação da coletividade no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos. Não raro, as vítimas de lesões de baixo ou quase insignificante grau se sentem desestimuladas a propor demandas de liquidação de sentença coletiva para realizar a quantificação e receber os valores indenizatórios que lhes são devidos.

Sob o prisma macro, a falta de liquidação e execução desses valores pode significar uma alta vantagem para o autor do dano, fornecedor, o que pode lhe acarretar um enriquecimento ilícito absolutamente significativo, deixando à deriva a efetividade que se busca na concretização do direito material.

Nesse cenário, surge o instituto da *fluid recovery*, ou reparação fluída, na qual há uma liquidação e execução do prejuízo globalmente causado pelo réu, havendo uma execução coletiva dos direitos individuais homogêneos promovida pelo próprio legitimado ativo do processo.

O produto desta execução é, então, revertido para um fundo público e destinado a finalidades correlatas com o dano reconhecido na sentença condenatória genérica. Com isso, mesmo que os valores não sejam revertidos diretamente ao indivíduo lesado, que compõe a coletividade tutelada na ação, o autor do dano deixa de ser beneficiado indevidamente pela inércia destes indivíduos de se habilitarem como liquidantes, de modo a reverter, de forma indireta, em iniciativas relacionadas ao objeto da ação. Assim, ao passo que há o efetivo impedimento do enriquecimento ilícito da empresa, há também a reversão dos valores à sociedade, satisfazendo o binômio de punibilidade e reparabilidade.

Porém, antes de se estudar, na presente pesquisa, o modo pelo qual o referido mecanismo funciona e se encaixa no microsistema processual coletivo brasileiro, bem como de se entender as suas características e requisitos, é preciso passar à análise da sua origem, que remonta da experiência e tradição da *common law* nos Estados Unidos da América.

Os primeiros registros da tutela coletiva norte-americana, chamada de *class actions*, datam do início do século XIX. Desde então, percebeu-se que, muito embora o sistema aplicado fosse fortemente influenciado pelo direito inglês, apresentava características próprias, tais quais, a representatividade em ações envolvendo interesses coletivos e a vinculação ou não dos efeitos das decisões em litígios dessa natureza¹¹².

Nesse sentido, Homma destaca que as *class actions* representam um dos símbolos do excepcionalismo do direito americano em razão do seu procedimento e das diversas mudanças que foram promovidas com seu uso na sociedade¹¹³.

Em 1842, então, foi aprovada a primeira norma positivada relativa às *class actions* nos EUA, qual seja, a *Equity Rule 48*. Tratava-se de um conjunto de regras procedimentais para o exercício das ações coletivas, que perdurou até 1938, quando foi substituída pela *Federal Rules Of Civil Procedure*, um dos maiores marcos no processo civil norte-americano¹¹⁴.

Em tal documento normativo, a Regra 23 era responsável por regulamentar as *class actions*, trazendo requisitos gerais de admissibilidade, a noção de relações jurídicas existentes entre os integrantes da coletividade e categorias de ações, a partir da natureza jurídica dos interesses tutelados¹¹⁵.

Para a adequada delimitação do tema proposta nesta pesquisa, cumpre esclarecer e explorar o modo pelo qual a execução ocorre nas *class actions*. Como visto, a sentença de procedência da ação coletiva dá ensejo à fase de execução, na qual se busca concretizar o que se decidiu e reconheceu em termos de direito material na fase cognitiva.

¹¹² HERBELLA, Renato Tinti. “**Fluid recovery**” como garantia do acesso à justiça e da proteção dos interesses individuais homogêneos. Dissertação Mestrado em Direito – Programa de Mestrado em Direito Negocial, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019, p. 93.

¹¹³ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy press e os fundos**. Dissertação Mestrado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 28.

¹¹⁴ ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 47.

¹¹⁵ Ibid., p. 54.

Nesse contexto, nos EUA, há uma maior liberdade dos magistrados e das partes de procederem com a execução, de forma que o modo como ela se dará está adstrito à criatividade desses sujeitos. O escopo que guia a liberalidade das partes e do Juízo está na efetiva reparação diante da violação da ordem jurídica para trazer benefícios *cy press comme possible*, ou seja, tão próximos quanto possíveis. Assim, da situação concreta extrai-se a resposta mais adequada para a implementação da sentença de procedência na ação coletiva, seguindo-se a *cy press doctrine*¹¹⁶.

Assim, pode-se aferir que, nas ações coletivas, o desiderato precípua da *cy press* é conferir destinação a valores que não foram ou não poderão ser reclamados por seus titulares (*unclaimed funds*), preservando a finalidade da demanda judicial, os interesses dos membros da classe e daqueles que estão em situação similar, podendo ainda a doutrina em comento ser aplicada aos acordos firmados em demandas envolvendo conflitos coletivos¹¹⁷.

Tais compromissos para ajustamento de conduta ou, como também são chamados, os TACs, são instrumentos de grande importância de atuação na tutela coletiva, especialmente para a resolução de problemas extrajudicialmente. Sem a ideia de esgotar o assunto, por meio desse ajuste, o órgão público legitimado pode tomar dos interessados o compromisso de que, mediante cominações, ajustem suas condutas às exigências legais que encontra sua previsão legal no artigo 5, parágrafo 6º, da Lei da Ação Civil Pública (inserido pelo Código de Defesa do Consumidor), no entanto, não é o único diploma a prever o TAC¹¹⁸.

Uma das modalidades de execução, seguida em determinados casos, e aceita pela doutrina e pela jurisprudência daquele país, trata justamente da *fluid recovery*. Conforme lecionam Ada Pellegrini Grinover *et al*¹¹⁹, é patente a dificuldade da execução, na experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da coletividade, titular do direito em tutela. Reside, em tal fato, o problema de identificação destes indivíduos e, por consequência, de distribuição das indenizações entre elas.

¹¹⁶ MULHERON, Rachel P. **The modern cy-prés doctrine**: applications and implications. Routledge: Londres, 2016, p. 215-216.

¹¹⁷ DANTAS, Bruno. **Princípios do direito**: processo agregado. São Paulo: RT, 2016, p. 277.

¹¹⁸ Há previsão legal de TAC, entre outros diplomas, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 211 da **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. op. cit., p. 975.

Como destaca Rhonda Wasserman¹²⁰, em certos processos coletivos no direito norte-americano, há um número significativo de membros da coletividade ausentes em virtude da impossibilidade de identificação ou impossibilidade de se realizar uma intimação individual a cada um deles. Assim, não se oportuniza a essas pessoas que ingressem na ação e colham os seus frutos.

A jurisprudência norte-americana cria o referido instituto para que o *quantum* devido pelo causador do ilícito não passe impune, e que esses valores sejam revertidos para uma causa conexa com os interesses da coletividade.

Fica evidente a origem da *fluid recovery* e o seu racional de existência na experiência dos EUA com as *class actions*, como técnica de reversão e tutela indireta dos interesses de determinado grupo de pessoas nas ações coletivas. Como se verá adiante, o Brasil inspira-se diretamente nesse contexto ao dispor da referida técnica no Código de Defesa do Consumidor com vistas a garantir a efetividade da prestação jurisdicional e o acesso à justiça.

Doravante, passa-se a expor e entender a forma como está prevista no referido texto legal e como ela se encaixa no microssistema processual coletivo brasileiro. Também se analisam suas características essenciais de residualidade e eventualidade, tal qual se verificam os seus aspectos processuais mais relevantes - sendo eles as questões da legitimidade, da coisa julgada e da competência. Por fim, passa-se a expor os seus requisitos de aplicação no Brasil, qual seja, o prazo ânua entre o termo inicial de habilitação dos interessados individuais na liquidação da sentença genérica e a constatação de que o número de liquidações não é condizente com a gravidade do dano praticado pelo fornecedor, iniciando-se, propriamente, a execução coletiva da sentença.

4.1. PREVISÃO NORMATIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A liquidação e a execução de sentença genérica que tutela direitos individuais homogêneos estão previstos nos artigos 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Especificamente, a *fluid recovery* está prevista no artigo 100 do referido estatuto legal, que contempla a liquidação ou execução autenticamente coletiva¹²¹ da indenização, após

¹²⁰ WASSERMAN, Rhonda. Cy pres in class action settlements. *Southern California Law Review*, n. 88, 2014, p. 104.

¹²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2017, p. 463.

não ter restado bem-sucedida a habilitação individual dos interessados, depois de um ano do surgimento do título executivo, restando evidente a incompatibilidade do número de habilitados com a gravidade do dano discutido na fase cognitiva do processo.

Inicialmente, para o entendimento adequado do mecanismo de aplicação da *fluid recovery* na sistemática processual coletiva brasileira, é preciso retomar que a previsão de prolação de sentença genérica de procedência na ação coletiva encontra-se no artigo 95 do estatuto consumerista. O seu conteúdo, como dispõe a lei – muito embora não haja a necessidade de que ocorra dessa forma – será certo, na medida em que haverá de determinar a responsabilidade do réu, contudo, será ilíquida, na medida que o interessado individual deverá proceder com a liquidação para indicar, a uma, que é detentor do direito homogêneo reconhecido na sentença, ou seja, que suportou determinado dano e, a duas, a extensão do aludido prejuízo, para aferição do *quantum debeatur*.

Isso se extrai do artigo 97 do CDC, no qual as vítimas e os seus sucessores, bem como os legitimados elencados no artigo 82 do mesmo texto legal, poderão promover a execução da sentença condenatória genérica.

O código consumerista previu o prazo de um ano para habilitação das vítimas interessadas. Com o fim do prazo, sendo o número de habilitados incompatível com a gravidade do dano, surgirá o interesse e a legitimidade daqueles arrolados no artigo 82 do CDC para promover a liquidação e a execução coletiva, cujo produto deverá ser revertido para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.¹²²

Já em relação ao fundo mencionado no parágrafo único do artigo 100 do CDC, foi inserido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 7.347/85 (artigo 13) e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/94. Destaque-se seu artigo 1º:

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

Art. 1º. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico,

¹²² BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Em conclusão parcial do sistema normativo que rege e sustenta o funcionamento da *fluid recovery*, verificam-se alguns aspectos de alto relevo para a proposta da presente pesquisa. Em primeiro lugar, que a sua utilização, além de pressupor um adequado processo coletivo, com uma sentença genérica – estes se constituindo como requisitos indiretos de sua aplicação – depende do preenchimento de requisitos imediatos a serem aferidos pelo magistrado responsável pela execução: a uma, a decorrência do prazo de um ano da constituição do título executivo judicial e, a duas, que o número de vítimas que se habilitaram como liquidantes da sentença seja insuficiente, em termos de efetivação do direito material coletivo em questão, diante da gravidade do dano que ensejou o processo.

Disso se extrai outra característica relevante acerca do mecanismo de execução. Verifica-se, pois, que a reparação fluída possui caráter residual e eventual, ao passo que a habilitação individual dos liquidantes constitui a regra geral da sistemática adotada pelo CDC. Não sendo suficiente, então é que o legitimado está autorizado a proceder com a referida técnica.

Por fim, os aspectos processuais envolvendo a legitimidade, a constituição da coisa julgada e a competência da execução são temáticas que merecem melhor análise para se compreender, globalmente, o funcionamento e autenticidade da reparação fluída.

Adiante com o estudo da previsão normativa e a sistemática do CDC quanto ao *fluid recovery*, destaca-se que a sua implementação no direito brasileiro serviu para privilegiar o indivíduo lesado indiretamente.

De acordo com Herman Benjamin¹²³, trata-se de solução representativa do que se planejou para o funcionamento do CDC, ao passo que, no mesmo tempo que privilegia a tutela coletiva como instrumento da reparação dos danos causados individualmente para a massa de consumidores, também prevê uma solução para o caso destes não a reclamarem, na medida do seu prejuízo, permitindo a sua conversão para um fundo, cujo objetivo final é reverter em favor dos interesses lesados.

¹²³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1459.

Ada Pellegrini Grinover¹²⁴, ao comentar o referido dispositivo, consubstancia a mesma ideia, inclusive ao afirmar que o legislador pensou na hipótese comum de danos insignificantes no campo individual dos consumidores, contudo, ponderáveis no conjunto.

A autora apresenta o exemplo hipotético¹²⁵ de venda de um produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. Neste caso, o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouco ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado.

Portanto, o instituto em comento parece coadunar com a filosofia que embasa o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que dispõe de uma tecnologia de execução da sentença de procedência da ação coletiva, que visa efetivar a proteção dos direitos materiais dos consumidores.

Além da efetiva proteção dos direitos dos consumidores, o instituto busca impedir que determinadas condutas permaneçam imunes de punição, o que acabaria por incentivar a prática do ilícito.

Ainda, como aponta Tércio Spínola Gomes¹²⁶, a reparação fluída constitui um mecanismo de grande valia para a efetivação do acesso à justiça, sobretudo por ser um meio executivo apto a conferir efetividade à tutela jurisdicional perseguida, dando ensejo à realização de um devido processo legal.

A presença do mecanismo em questão na sistemática processual coletiva brasileira tem o potencial de garantir a efetivação de valores constitucionais e infraconstitucionais relativos à concretização da proteção de direitos individuais homogêneos, em especial dos consumidores, bem como dificultar o enriquecimento ilícito de causadores de danos a coletividades.

4.2. DO CARÁTER RESIDUAL E EVENTUAL DA *FLUID RECOVERY*

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 913.

¹²⁵ Ibid., p. 920.

¹²⁶ GOMES, Tércio Spínola. **A aplicação adequada da *fluid recovery* na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos**. Dissertação de Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2013, p. 103-104.

Características marcantes da *fluid recovery* são a sua residualidade e sua eventualidade. Isso significa que a indenização a ser destinada ao Fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública, como dispõe o artigo 100 do CDC, só lhe será revertida no exclusivo caso em que não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano¹²⁷.

Por isso mesmo, Grinover¹²⁸, é inadequado o pedido do legitimado do artigo 82 que proceder com a liquidação e execução coletiva da sentença de forma direta, após o trânsito em julgado da sentença ou, com a decorrência de um ano da publicação, houver liquidantes individuais o suficiente.

Sinteticamente, a liquidação individual da sentença genérica é a regra que deve ser priorizada, de acordo com a sistemática processual coletiva disposta no Código de Defesa do Consumidor. A razão disto é evidente. Uma vez que o instituto em comento foi criado para se garantir a efetividade da proteção dos direitos dos consumidores, assegurando-lhes as indenizações devidas, e se evitar o enriquecimento ilícito do executado na ação coletiva, no caso em que o número de liquidantes individuais constitui a totalidade ou quase integralidade do grupo afetado pelos danos, a *fluid recovery* perde o seu objeto, pois os danos foram indenizados na via primeira.

Diz-se que o mecanismo executivo é residual, de forma a se aplicar somente no caso em que a regra geral falhar ou não constituir, na realidade, uma efetiva implementação da sentença proferida na ação coletiva.

Marcelo Abelha Rodrigues¹²⁹ sintetiza que a eventualidade trata de condição de aplicação da *fluid recovery* que indique uma vantagem patrimonial em favor do réu na ação coletiva, a qual se afere a partir da comparação entre o número de liquidações individuais pagas e a gravidade do dano causado. Trata-se, verdadeiramente, de uma aplicação subsidiária.

Na mesma linha, Sebastião Silveira, Ricardo Silveira e Isaias do Carmo¹³⁰ asseveram que a verificação da eventualidade do instituto advém da constatação de uma vantagem patrimonial. Os autores apontam que a evidência está no entendimento de que, após

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 914.

¹²⁸ Ibid., p. 915.

¹²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartin Latin, 2005, p. 463-474.

¹³⁰ CARMO, Isaias do; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVEIRA, Sebastião Sergio. A destinação das reparações e astreintes em ação civil pública e a solução da *fluid recovery*. **Revista Jurídica Cesumar**, DOI: 10.17765/2176-9184.2020v20n2p177-189, v. 20, n. 2, p. 177-189, maio/agosto 2020, p. 182.

um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, o número de liquidações individuais é incompatível frente à gravidade do dano, gerando uma vantagem patrimonial ao causador do ilícito.

Em uma corrente minoritária, porém, Elton Venturi¹³¹ sustenta que a reparação fluída não diz respeito somente à soma de indenizações individuais não pleiteadas, tratando-se de lesão “social” perpetrada pelo agente, de modo que, ainda que o número de interessados que tenham se habilitado seja compatível com a gravidade do dano, não se afasta a mensuração da reparação indivisível destinada ao FDD.

Nessa linha, o raciocínio se inverte para se visualizar a reparação fluída como de natureza punitiva, colocando uma barreira de independência entre ela e os prejuízos individuais, a fim de que, além do montante a ser destinado às vítimas diretamente, seja o fornecedor responsabilizado pela referida lesão social causada.

Técio Spínola Gomes¹³² assente com a ideia da natureza punitiva da *fluid recovery*, mas a limita somente para os casos em que a violação de direitos individuais homogêneos foi gerada a partir de uma atitude intencional do agente nesse sentido, ou seja, com o dolo de lesar a coletividade, causando pequenos danos a grandes grupos de pessoas, com o fito de se beneficiar a longo prazo com a dificuldade de resolução destes micros-conflitos.

Assim, a reparação fluída parece não apresentar um caráter punitivo em todos os casos em que há uma lesão a direitos individuais homogêneos, devendo ser avaliado a partir do caso concreto e seus elementos, sob pena de se violar o devido processo legal coletivo.

Ademais, é interessante notar, como bem contribui Paulo Braga Neder¹³³, que a característica residual da reparação fluída representa uma exceção ao princípio da inércia, pois permite a atuação do judicante, ainda que o indivíduo permaneça inerte.

Nesse ponto, cumpre apontar que o princípio da inércia, que constitui uma baliza do ordenamento jurídico processual brasileiro, garante a impossibilidade de atuação *ex officio*

¹³¹ VENTURI, Elton. Liquidação e execução coletiva da *fluid recovery* referente à “sobra” do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 111, p. 313-321, 2003, p. 317.

¹³² GOMES, Tércio Spínola. **A aplicação adequada da *fluid recovery* na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos**. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2013, p. 109.

¹³³ NEDER, Paulo Braga. **A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos**. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 65.

do Estado, que optou por conferir ao titular do direito subjetivo a integral liberdade de escolha em tentar solucionar os seus impasses a partir do exercício jurisdicional¹³⁴.

Contudo, no tocante a direitos que envolvem a satisfação de interesses sociais, os órgãos estatais atuam, independente da inércia do sujeito interessado, para garantir a sua efetivação em Juízo. É o que ocorre com a execução residual.

Com a inércia de uma significativa quantidade de pessoas *a priori* interessadas na liquidação de uma sentença coletiva, a lei autoriza que os entes estatais e da sociedade civil, legitimados para propor ação coletiva, atuem para efetiva reversão de valores em favor da sociedade, pois constitui matéria de interesse público.

Assim, considera-se que não seria viável que as violações aos direitos individuais de baixo grau de repercussão financeira na esfera do consumidor fossem levadas, massificadamente, a Juízo cognitivo coletivo e, após identificada a lesão indenizável e atribuída a responsabilidade aos respectivos causadores dos ilícitos, ficasse a cargo exclusivo do indivíduo prejudicado, em qualquer hipótese, a execução da sentença obtida. Por isso, a residualidade trazida pelo legislador é pertinente, pois possibilita que se alcancem os benefícios sociais que a utilização do processo coletivo proporciona.

4.3. ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES

Analisadas as características de residualidade e eventualidade que destaca a *fluid recovery*, é necessário perquirir, a fim de complementar a investigação acerca dos seus mecanismos de funcionamento, dentro do microssistema processual coletivo brasileiro, sobre os institutos processuais relevantes.

Passa-se, primeiro, a expor acerca da legitimidade para proceder com a liquidação e execução coletiva da sentença, tema que harmoniza com o exposto até então, visto que relacionado ao próprio caráter subsidiário da reparação fluída, sendo que a legitimidade nasce da ocorrência de um fato negativo, isto é, a ausência de liquidantes o suficiente diante da gravidade do dano.

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre jurisdição e ação. In: YARSHEL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Org.) **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. São Pulo: Malheiros. 2013, p. 540.

Antes, porém, cumpre recapitular características gerais da legitimidade ativa no processo coletivo brasileiro. Observa-se que os possíveis titulares da ação coletiva estão dispostos no artigo 5º da LACP e no artigo 82 do CDC, sendo eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, a empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista. Permite-se também a atuação da associação que esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano e inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Diante disso, inferiu-se que a legitimação no processo coletivo brasileiro não é, geralmente, ordinária, mas extraordinária, na medida em que se dá a partir de substituição processual. Vale dizer, não há congruência na propositura da ação entre o titular do direito material e ente legitimado ativo.

Contudo, na fase de liquidação e execução de uma sentença genérica prolatada em processo coletivo, cujo objeto é de procedência da ação, há uma alteração no que diz respeito ao interesse de agir.

Conforme o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o artigo 82 do mesmo texto legal, isto é, as entidades supramencionadas que possuem a titularidade da ação no processo coletivo.

Nesse sentido, afirma Grinover:

Os entes e pessoas legitimados nos termos do art. 82 são, então, legitimados à liquidação e execução da reparação global pelo caput do art. 100. Aqui, não mais se trata de substituição processual [...] nem de representação [...]. O que agora se consubstancia é algo mais próximo à legitimação ordinária, pela qual os legitimados agem na persecução de seus próprios objetivos institucionais, sendo – na expressão norte-americana – uma *real party in interest* [...].¹³⁵

Técio Spínola Gomes¹³⁶ traça uma relação comparativa entre as execuções individuais e a execução coletiva no que diz respeito às consequências advindas da concorrência de legitimidade para proceder com a fase executiva na ação.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 914.

¹³⁶ GOMES, Tércio Spínola, op. cit., p. 107.

Aduz o autor que não há um obstáculo causado pela execução coletiva às execuções individuais. Nesse sentido, adverte Grinover¹³⁷, só haveria óbice à execução individual se a coletiva não respeitasse o prazo anual estabelecido no artigo 100 do CDC. No caso contrário, a autora deduz que é possível que, respeitados os requisitos legais, ocorram liquidações pelos danos pessoalmente sofridos, passando então a *fluid recovery* a consistir em uma espécie de resíduo não reclamado, devendo o magistrado levar em consideração as indenizações pessoais apuradas para efeito de compensação.

Em discordância desse estabelecimento de harmonia entre as legitimidades da vítima individual e do ente legitimado, Nigro Mazzilli¹³⁸ argumenta que após o decurso de um ano, prazo estabelecido no CDC, os indivíduos que compõem o grupo atingido não poderão se habilitar como liquidantes na ação coletiva. Nesse caso, deduz o autor, restar-lhes-ia a opção de ajuizar ação individual direta contra o comitê gestor do Fundo de Direitos Difusos para obter a reparação, havendo, assim, uma quitação em favor do executado.

Técio Spínola Gomes critica este posicionamento, argumentando que se incentivaria os membros do grupo litigar com o FDD, criando uma multiplicidade de ações individuais, o que a ideia da tutela coletiva tenta combater e evitar.

Verifica-se, pois, que a legitimidade para liquidação e execução, no contexto da reparação fluída, segue a baliza da independência entre as searas coletiva e individual, bem estabelecido no sistema brasileiro de processo coletivo. Isto posto, segue incólume o direito ao ajuizamento de ação individual, garantindo-se a este litigante que não será, contra sua vontade, vinculado ao processo coletivo que tenha como objeto interesse individual homogêneo. Por isso mesmo, como informa Neder¹³⁹, não há que se falar em prescrição e decadência em relação ao direito de titularidade dos indivíduos, mesmo após finalizada a execução residual, com destinação do produto desta ao FDD, nos termos do art. 100 do CDC.

Ato contínuo, é preciso discorrer acerca dos efeitos da coisa julgada e seus aspectos relevantes para a execução coletiva consignada na reparação fluída.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 915.

¹³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 577.

¹³⁹ NEDER, Paulo Braga. op. cit., p. 111-112.

A coisa julgada trata do elemento de eficácia da decisão judicial que a torna, em regra, imutável e indiscutível, não mais sujeita a recursos, e o seu teor possui determinado alcance.

Na tutela coletiva, os efeitos podem ser *ultra partes* e *erga omnes* e à coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Trata-se, pois, da possibilidade de aumentar ou diminuir a extensão dos efeitos da decisão judicial a partir do resultado obtido no processo, seja de procedência da demanda, seja por improcedência em virtude de ausência de provas.

De acordo com o artigo 103, III do CDC, os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas de proteção aos direitos individuais homogêneos são classificados como *erga omnes*. Isso significa que a coisa julgada na ação coletiva de direito difuso valerá para todas as pessoas, se a ação for julgada procedente ou improcedente pela análise de mérito com provas adequadamente produzidas.

Para que haja a liquidação e a execução coletiva, a sentença condenatória genérica é um elemento pressuposto de existência, pois, por óbvio, não há que se falar em execução em favor da coletividade quando se está diante de uma sentença de improcedência. Portanto, para que haja a execução coletiva, necessária à coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, pois os limites subjetivos da sentença transitada em julgado só irão se estender aos substituídos se a estes beneficiar¹⁴⁰.

Isto posto, é importante perquirir sobre o aproveitamento da coisa julgada aos indivíduos das ações sobre direitos coletivos a partir do exame da notificação adequada.

Os conteúdos dispostos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 103 do Código de Defesa Civil concentram o que se chama de transporte da coisa julgada *in utilibus*. Trata-se de mecanismo que permite que a coisa julgada, produzida nas sentenças de procedência de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, possa ser aproveitada para as demandas individuais oriundas da mesma causa de pedir, quando uma mesma situação de fato gere a tutela de direitos essencialmente coletivos e de direitos individuais.

¹⁴⁰ GIDI, Antônio, 1995, p. 73.

Em outras palavras, o instituto permite que, uma vez reconhecida a existência do fato gerador de dano, o sujeito individual possa propor a liquidação em relação aos danos individuais sofridos, havendo, portanto, o transporte da coisa julgada coletiva.

De acordo com o artigo 104 do CDC¹⁴¹, as ações coletivas sobre direitos coletivos não beneficiarão os autores das ações individuais se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, contando da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Assim, verifica-se do dispositivo extraído do direito norte-americano chamado de *right to opt out* a possibilidade de o indivíduo excluir-se da abrangência dos efeitos da ação coletiva, caso queira prosseguir com sua ação individual. Isso somente pode ocorrer, porém, se o sujeito tiver garantida a ciência inequívoca da existência do processo coletivo¹⁴².

A forma como isso deve ocorrer, a partir de uma interpretação da lei, é explorada por Tércio Spínola Gomes¹⁴³. Para o autor, partindo-se do pressuposto de que o texto legal dispõe que a ciência deve ocorrer nos autos do ajuizamento da ação coletiva, a notificação é um ônus do réu, de modo que, se não cumprido, permite que o autor individual se beneficie da ação coletiva, mesmo no caso de sua ação individual ser julgada improcedente¹⁴⁴.

No contexto das ações consumeristas que, sob o enfoque individual, geralmente, corresponde às pequenas causas, em que se dispensa a interveniência do advogado, a necessidade de notificação inequívoca é ampliada em virtude da incapacidade técnica do sujeito litigante. Para controle, o juiz tem a incumbência e a autorização de controlar o conteúdo da notificação feita pelo réu.

Assim, a questão da coisa julgada interliga-se, na efetivação de direitos individuais, com a discussão sobre a adequada notificação do sujeito acerca da procedência da ação coletiva. A falha na comunicação acarreta a insuficiência de notificações e, em consequência, a baixa do aproveitamento da coisa julgada formada. Esta é uma das facetas problemáticas do sistema processual coletivo brasileiro que a *fluid recovery* visa corrigir, a fim de que a lesão seja indiretamente reparada e o fornecedor não passe impune pelos danos causados.

¹⁴¹ Art. 104, CDC. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2017, op. cit., p. 182.

¹⁴³ GOMES, Tércio Spínola, op. cit., p. 66.

¹⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, 2017, op. cit., p. 183.

Por fim, cumpre fazer apontamentos acerca da competência para liquidação e execução da sentença coletiva de procedência.

Em se tratando da temática, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que:

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. [...] § 2º É competente para a execução o juízo: I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.¹⁴⁵

Assim, têm-se regras determinadas para as situações de liquidação e execução de sentença nas investidas judiciais individuais e coletivas. No primeiro caso, poderá ocorrer na Comarca onde tramita a liquidação da sentença ou ação condenatória. Já com relação à execução coletiva, esta deve ocorrer no juízo da ação condenatória.

Importante frisar que o respectivo dispositivo ligava-se ao parágrafo único do artigo 97 do mesmo texto legal, que acabou sendo vetado. A norma dispunha que o foro competente para a liquidação da sentença poderia ser o do domicílio do liquidante, derivando daí a ideia de que o juízo competente poderia ser, à escolha do credor, o da liquidação da sentença ou da ação condenatória¹⁴⁶.

Ainda que vetado o referido dispositivo, o conteúdo do artigo 98 do CDC parece manter a interpretação, pois ainda permanece orientada pela sistemática adotada no estatuto consumerista, qual seja, de proteção e facilitação de acesso à justiça ao consumidor. Assim, baseando-se no disposto no artigo 101, inciso I da aludida lei¹⁴⁷, este aplicado por analogia¹⁴⁸, a competência para execução individual de sentença coletiva é concorrente entre o foro do liquidante e o de onde tramitou o processo de conhecimento.

¹⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson., op. cit., p. 911.

¹⁴⁷ “Art. 101, CDC. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor. *In*: BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 912.

O veto do artigo 97 foi orientado, como informam Neves e Tartuce¹⁴⁹, na equivocada ideia de que deve existir, obrigatoriamente, uma vinculação no mesmo juízo da atividade cognitiva e executiva.

Por outro lado, permanece inalterada a competência para a liquidação de sentença. É importante apontar que essa fase não tem natureza executiva, mas sim, integrativa da sentença genérica que se constituiu ao longo do processo de conhecimento. Trata-se a liquidação, portanto, de um procedimento de conhecimento.

Ao mesmo tempo que a existência de foros concorrentes para o cumprimento de sentença busca facilitar a satisfação do direito, a liquidação de sentença é uma atividade cognitiva integrativa da sentença genérica, de modo que, naturalmente, a finalização da liquidação representa a completude da fase de conhecimento do processo. As duas fases, juntas, representam a constituição de um produto, um todo.

Assim, o juízo que exerceu a função judicante na fase de conhecimento é, automaticamente, competente para dar andamento à liquidação da sentença prolatada.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado à execução coletiva de sentença genérica¹⁵⁰. Não obsta a possibilidade de demonstração de maior adequabilidade para a fase executiva em um dos foros previstos no artigo 516, parágrafo único, do CPC¹⁵¹. Contudo, não há razões para que se admita a liquidação da sentença em outro juízo que não aquele que formou o título executivo judicial, pelas mesmas razões expostas acima.

Todos os apontamentos mencionados revelam aspectos processuais de alto relevo para compreender, genericamente, o mecanismo que permite a aplicação da *fluid recovery* no processo civil pátrio. Verificadas as questões de legitimidade para liquidação e execução, os efeitos da coisa julgada e a competência para promoção da concretização do direito material advindo da fase cognitiva, convém, neste momento, apresentar os requisitos específicos,

¹⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 564.

¹⁵⁰ Ibid., op. cit., p. 565.

¹⁵¹ “Art. 516, CPC. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I - os tribunais, nas causas de sua competência originária; II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.” In: BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

dispostos em lei, com suas respectivas nuances interpretativas, para a aplicação do referido mecanismo executivo.

4.4. REQUISITOS

Na observância da aplicação subsidiária do instituto da *fluid recovery*, percebe-se a necessidade, como mencionado anteriormente na presente pesquisa, de que alguns requisitos sejam cumpridos no caso concreto para que seja adequada a utilização desta ferramenta executiva no processo coletivo.

O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor elenca dois requisitos para aplicação do instituto, quais sejam, o decurso do prazo de um ano e que, neste prazo, o número de liquidantes individuais seja incompatível com a gravidade do dano asseverado na fase cognitiva do processo.

Há, portanto, a necessidade de preenchimento concomitante de ambos os requisitos para que seja possível liquidar e executar coletivamente a sentença genérica que envolve direitos individuais homogêneos.

Neste cenário, assevera Paulo Braga Neder¹⁵², os requisitos eleitos pelo legislador brasileiro possuem alto grau de imprecisão, o que invoca a necessidade de que o Juízo sopesse, com os dados do caso concreto, se as exigências legais estão sendo cumpridas.

Dessa forma, neste ponto da pesquisa, além da descrição detalhada dos requisitos, faz-se necessário perquirir acerca da construção jurisprudencial e doutrinária que se verifica acerca deles. É o que se passará a expor doravante.

4.4.1. Prazo ânua

O primeiro requisito previsto em lei é o prazo ânua, sendo uma exigência temporal para o início da liquidação e execução na sistemática coletiva e fluída.

Cumprido primeiro discorrer acerca de seu termo inicial, que, de acordo com a doutrina majoritária, estabelece-se a partir do trânsito em julgado da sentença. Em sentido

¹⁵² NEDER, Paulo Braga, op. cit., p. 97.

contrário desse entendimento, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁵³ entende que o início do prazo para a reparação fluída deveria ocorrer a partir do fim do prazo prescricional das pretensões executórias individuais, a fim de se evitar *bis in idem*, pois, assim, seria possível fazer um levantamento mais preciso dos valores reclamados e o dano causado.

Em posição oposta, Érica Barbosa e Silva¹⁵⁴ argumenta que aguardar o fim do prazo prescricional acarretaria um entrave para a reparação fluída. Nessa linha, ressalta-se a possibilidade de se realizar, concomitantemente, as execuções individuais e coletiva.

Também neste sentido, Tércio Spínola Gomes¹⁵⁵ aduz que é inadequado aguardar o fim do prazo prescricional referido para que haja início à reparação fluída, pois as verbas destinadas ao FDD podem ser revertidas para o pagamento das indenizações individuais enquanto não ocorrer a sua prescrição. Decorrido o prazo, não há mais essa possibilidade de reversão¹⁵⁶.

Ademais, a discussão acerca da natureza jurídica do prazo previsto no artigo 100 do CDC também é causa de debate no meio acadêmico e merece atenção.

Teori Zavascki¹⁵⁷, em uma posição controversa, defende, categoricamente, que o referido prazo tem natureza decadencial. Por derradeiro, a consequência dessa natureza, deduz o autor, é que o direito de executar a sentença coletiva é transferida para os legitimados do artigo 82 do CDC, tornando-se insustentável manter esse direito ao interessado que não se habilitou dentro do prazo. Nesse caso, ainda segundo o ex-Ministro do STF, abrir-se-ia a possibilidade de dupla execução do mesmo crédito.

Por outro lado, Ricardo de Barros Leonel¹⁵⁸ adota a posição de que tal prazo teria natureza jurídica preclusiva, argumentando que não há eliminação de direito, de modo que há somente um impedimento ao exercício de uma faculdade processual. O referido doutrinador aponta:

(a) se a execução em benefício dos indivíduos lesados vem sendo realizada coletivamente [...] e foram obtidos valores pelo exequente junto ao executado, aplica-se o prazo decadencial para “habilitação”. Imaginemos que uma empresa tenha sido

¹⁵³ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 466.

¹⁵⁴ SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 129.

¹⁵⁵ GOMES, Tércio Spínola, op. cit., p. 105.

¹⁵⁶ SILVA, Érica Barbosa e, op. cit., p. 130.

¹⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 193.

¹⁵⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 399.

condenada a devolver determinado valor para usuários de planos de saúde que sofreram cobrança abusiva. Atendendo à ordem judicial, ela deposita o valor estimado (em conformidade com o número de lesados) em conta judicial. As vítimas terão o prazo já referido (um ano, conforme art. 100 do CDC), para se “habilitar” (tal como ocorre, de certa forma, na execução universal da falência ou na insolvência civil). Ao final desse prazo, é possível a destinação dos recursos ao Fundo de Interesses Difusos; (b) isso não impedirá que cada lesado, de posse de sentença coletiva (título executivo), mova execução individual enquanto não consumado o prazo prescricional relativo à sua pretensão.¹⁵⁹

Em crítica nominal, Renato Tinti Herbella¹⁶⁰ contra-argumenta tal posicionamento afirmando que essa situação causaria uma dupla punição ao causador do ilícito, de modo que jamais poderia provisionar quais seriam os gastos decorrentes da penalidade sofrida com a sentença condenatória genérica.

No mesmo exemplo, considerando que o dano global corresponda ao valor de 10 milhões de reais, sendo que deste valor, 70% foram executados individualmente, findo o prazo anual previsto no artigo 100 do CDC, houve a conversão dos 30% restante ao FDD. Sobrevindo novas execuções individuais, haveria o pagamento a maior do causador do ilícito, o que não parece razoável.

Evidentemente que a proteção do consumidor não deve ser desprezada, se considerada a hipótese em que ele move a execução individual dentro do prazo prescricional do direito material. Contudo, a situação reversa também não se apresenta adequada.

Assim, Herbella¹⁶¹ defende que, para se evitar a hipótese de dupla condenação, o FDD deve ser diretamente acionado para a quitação das execuções individuais apresentadas nas condições supra expostas.

Não sendo diretamente reclamado, o autor ainda defende que caberia ação regressiva contra a União, por ser gestora do FDD¹⁶², para reparar os prejuízos causados diante de eventual pagamento de indenização a maior pelo causador do ilícito, para se evitar a

¹⁵⁹ Ibid., p. 401.

¹⁶⁰ HERBELLA, Renato Tinti, op. cit., p. 112.

¹⁶¹ Ibid., p. 113.

¹⁶² Art. 1º - Fica criado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD). In: BRASIL. **Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995**. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/19008.htm>. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

impunidade, para garantir a eficácia na proteção do consumidor e para que não ocorra a dupla punição do agente pelo mesmo fato.

Nesse sentido argumenta Hugo Nigro Mazzilli:

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 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 se destinava ao indivíduo lesado. Com base no princípio que veda o enriquecimento sem causa, poderão fazê-lo enquanto não se consumir a decadência ou a prescrição, de acordo com as regras específicas atinentes ao direito lesado.¹⁶³

A despeito da discussão doutrinária, ainda resta pendente a resposta sobre a natureza jurídica do prazo previsto no artigo 100 do estatuto consumerista, se preclusivo ou decadencial, como defendido por uns e outros autores.

Nesse sentido, parece certo o entendimento de que o prazo representa um termo inicial, pura e simplesmente. Com essa ideia, Gustavo Milaré Almeida¹⁶⁴ sustenta que o prazo anual se presta a apontar o prazo inicial, do qual surge a legitimação para a reparação fluída. Assim, o prazo, em si, em nada influi no direito individual de liquidar e executar a sentença coletiva, apenas se relaciona com a segunda via em jogo, qual seja, a possibilidade de sua execução coletiva pelos legitimados do artigo 82 do CDC.

Reforça-se que o posicionamento de não obstaculização da execução coletiva diante da individual da sentença genérica está em harmonia com a nova sistemática processual brasileira, trazida pelo CPC de 2015, abrindo-se a nova fase do processo civil brasileiro, como esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

Mas esse é um estatuto da tutela jurisdicional individual, sem aspirações à absorção das conquistas do processo civil brasileiro no tocante à tutela coletiva. Esta continua regida por leis extravagantes ao Código, especialmente a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, sendo identificada como um microsistema integrante do sistema maior, residente naquele (CPC, art. 1º).¹⁶⁵

¹⁶³ MAZZILI, Hugo Nigro. op. cit., p. 655-656.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139.

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 8. ed., rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 429.

Conclui-se parcialmente que a natureza jurídica do prazo anual se relaciona a um pressuposto processual para que os legitimados coletivos possam proceder com a *fluid recovery*, na forma estabelecida no estatuto consumerista.

Adiante, passa-se a perquirir acerca do adequado marco inicial em que o referido prazo passa a fluir.

Nesse aspecto, verifica-se que o artigo 100 do CDC não estabelece o termo inicial do prazo, deixando à interpretação sistemática dos operadores do direito. Dispensando o microsistema processual coletivo e seus princípios, a interpretação imediata seria de aplicação dos artigos 269 e 272 do Código de Processo Civil, que sugerem a cientificação a partir da intimação por meio de publicação nos órgãos oficiais, aqui reconhecidas como os Diários Oficiais da União e dos Estados.

Contudo, essa interpretação, ao que parece, dificultaria o acesso à justiça. Na hipótese de lesão a uma coletividade de consumidores, não é comum que o indivíduo acompanhe tais diários, a ponto de se deparar e se cientificar de seu direito de ação para liquidar uma sentença genérica. Em se tratando de casos em que a reversão individual é, sob o ponto de vista financeiro, pouco viável por seu baixo conteúdo, a possibilidade de efetividade dessa via é ainda mais remota.

A proposta de Gustavo Milaré Almeida¹⁶⁶ é adequada, muito embora exija alteração legislativa. O autor sugere que o artigo 100 do CDC seja alterado para deixar claro e expresso que o termo inicial do prazo que prevê será o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para além do trânsito em julgado da sentença, Herbella¹⁶⁷ complementa a proposta dizendo que a publicidade da sentença deve ocorrer nos termos do artigo 94 do CDC, que dispõe:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.¹⁶⁸

¹⁶⁶ ALMEIDA, Gustavo Milaré, op. cit., p. 135.

¹⁶⁷ HERBELLA, Renato Tinti, op. cit., p. 117.

¹⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

A ampla divulgação pelos meios de comunicação social, sem embargos, parece ser um meio eficaz de informar adequadamente aos titulares do direito material da possibilidade de liquidação e execução de um direito reconhecido por sentença em seu favor. Contudo, na figura de uma obrigação de fazer destinada aos réus da ação coletiva, questiona-se se colocar o cumprimento dessa obrigação como condição do termo inicial seria a melhor solução em termos de celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

O entendimento no julgamento do REsp nº 1.156.021/RS, no STJ, foi de que, apesar de louvável a determinação judicial, ela acabou por embargar o início do prazo ânua e, por consequência, a possibilidade de iniciar a reparação fluída.¹⁶⁹

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DO CONSUMIDOR – AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COLETIVA – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA GENÉRICA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 100 DO CDC (FLUID RECOVERY) – PEDIDO INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRANSCURSO DO PRAZO DE UM ANO DEVE TER COMO TERMO INICIAL A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS EM JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO, OBRIGAÇÃO A QUE FORAM CONDENADOS OS RÉUS – IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O INÍCIO DO REFERIDO PRAZO AO CUMPRIMENTO DA CITADA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

No caso em questão, a sentença genérica havia condenado os réus a fazerem publicar, em dois jornais de ampla circulação local, o dispositivo da sentença, colocando o cumprimento da obrigação como quesito para início do prazo ânua da reparação fluída. Contudo, os réus não cumpriram com a determinação, de modo que as instâncias ordinárias indeferiram o início da *fluid recovery* sob este fundamento, aduzindo que o prazo ânua do artigo 100 do CDC sequer havia iniciado.

Assim, o entendimento do STJ neste caso, levando em consideração que a natureza da obrigação era fungível – podendo ser revertida em perdas e danos – conforme o artigo 461, §1º do Código Buzaid, foi de que o estabelecimento da efetivação da obrigação de fazer, destinada aos réus da demanda, enquanto condição para o início do prazo a que alude o artigo 100 do CDC apresenta-se como medida não amparada por qualquer fundamento legal. Dessa forma, o comando em questão representou, em última análise, uma questão prejudicial à própria

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.156.021/RS**. Rel. Min. Marco Buzzi. Julgamento: 06 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901717731&dt_publicacao=05/05/2014 Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

efetividade a que se buscava, embargando o requerimento da reparação fluída. Assim, a publicação da sentença em jornais de grande circulação local deveria ser tida como um complemento, e não como uma condição para o termo inicial do prazo ânua da *fluid recovery*.

Posiciona-se, nesse sentido, a partir da legislação atual, que o início do prazo ânua deve se iniciar a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, em aliança com a notificação adequada das vítimas, para se buscar melhor efetividade.

Por fim, brevemente, comenta-se a possibilidade de se dispensar o prazo de um ano previsto na lei. Tício Spínola Gomes¹⁷⁰ argumenta que o termo é dispensado na hipótese em que o magistrado constatar que os valores das pretensões individuais são irrisórios.

Contudo, o entendimento não coaduna com o que está positivado em lei, tampouco está em harmonia com a lógica estabelecida no microssistema processual coletivo. Veja-se que o prazo ânua não é objeto de discricionariedade, em se tratando de seu estabelecimento ou não. Como visto, é possível discutir o seu termo inicial e a sua natureza jurídica, que estão obscuras pela mera leitura do dispositivo.

Porém, certo é que há um prazo a ser cumprido, de período de um ano, pelo qual nasce a legitimação ativa para propor a liquidação e execução coletiva da sentença. Sem o prazo, os legitimados do artigo 82 estão desautorizados a procederem com a execução. Assim, sem legitimidade extraordinária, não há que se falar em reparação fluída. Tratar-se-ia de investida ilegal em desfavor do executado.

Não fosse o bastante, o legislador deixou clara a sua intenção de privilegiar o titular do direito material em se tornar liquidante e exequente no processo coletivo, de modo que possui prevalência, em um primeiro momento, sob a execução coletiva. Ainda que as execuções não se prejudiquem, fato é que a segunda via só é possível a partir do prazo ânua e com a constatação de liquidações individuais insuficientes.

Veja-se que o não cumprimento do prazo ânua, além de vergastar a possibilidade de atuação do litigante individual, ainda prejudica o preenchimento do segundo requisito legal, qual seja, o de constatação de que o número de liquidantes é incompatível com a gravidade do dano. Portanto, é preciso aguardar o prazo ânua, a partir do trânsito em julgado da sentença

¹⁷⁰ GOMES, Tício Spínola, op. cit., p. 108.

condenatória, para que nasça o interesse de agir dos legitimados do artigo 82 do CDC, para, enfim, se for o caso, dar início à reparação fluída.

Feitas as considerações acerca do primeiro requisito legal da *fluid recovery*, cumpre realizar anotações relativas à sua segunda exigência, sobre o número de liquidantes diante da gravidade do dano.

4.4.2. Número de liquidações incompatível com a gravidade do dano

O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor conclama um segundo quesito a ser preenchido no caso concreto para aplicação do instituto da reparação fluída, qual seja, que o número de liquidantes habilitados no prazo de um ano, desde o trânsito em julgado da sentença, não corresponda ou, sendo mais preciso com o termo utilizado na lei, não seja compatível com a gravidade do dano em cotejo.

Por óbvio, trata-se de averiguação que depende de uma análise de dados extraídos da situação pormenorizada nos autos. Para nortear essa verificação, deve-se levar em conta a forma como será feita a ponderação do número de liquidações e gravidade do dano, o modo como fazer o levantamento das liquidações oriundas de ações individuais em que os autores optaram por não participar da ação coletiva e, por fim, a forma de fixação do *quantum* da reparação fluída¹⁷¹.

Verifica-se que o fim buscado pelo artigo 100 do CDC é tutelar a situação coletiva em que a lesão individual representa um pequeno valor indenizatório, mas o valor total é significativo quando considerados o número de pessoas atingidas pela lesão¹⁷². Nesse sentido, a gravidade do dano deve ser verificada de forma global, isto é, considerada a soma dos prejuízos individuais¹⁷³.

Sob essa perspectiva, a utilização criativa dos instrumentos processuais é válida para se compreender com precisão o valor total a ser despendido pelo executado no processo, o que, em algumas situações, saliente-se, não é possível pelas próprias características do litígio e da coletividade cujos direitos se visa tutelar.

¹⁷¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 466-467.

¹⁷² ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 205.

¹⁷³ NEDER, Paulo Braga, op. cit., p. 97.

No julgado do Recurso Especial nº 1.610.932/RJ¹⁷⁴, por exemplo, o STJ acabou por ratificar uma iniciativa interessante do Ministério Público do Rio de Janeiro. No caso, uma instituição financeira indevidamente cobrou de seus clientes uma tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito, sendo condenada no processo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TARIFA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO. COBRANÇA. IDENTIFICAÇÃO DOS CONSUMIDORES ATINGIDOS. OBTENÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. LIQUIDAÇÃO/EXECUÇÃO COLETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação civil pública proposta com a finalidade de ver reconhecida a ilegalidade da cobrança de tarifa pela liquidação antecipada de mútuo ou financiamento, deferiu requerimento apresentado pelo *parquet* para determinar que a instituição financeira demandada identificasse e listasse os consumidores lesados pela referida cobrança. 2. A legitimação concorrente conferida ao Ministério Público para a liquidação/execução da sentença coletiva é subsidiária, podendo ser exercida somente após o escoamento do prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos moldes do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor (*fluid recovery*). Precedente. 3. Hipótese na qual se pleiteou a simples identificação dos consumidores potencialmente lesados pela cobrança da tarifa questionada na ação coletiva com vistas a assegurar o resultado útil do processo, tendo em vista que o decurso do tempo poderia comprometer a efetivação do direito nele reconhecido, sobretudo em razão da existência de norma que autoriza as instituições financeiras a eliminar documentos depois de determinado prazo. 4. O fornecimento dos dados requeridos, por si só, não configura ato de liquidação, tampouco de execução da sentença proferida na ação coletiva, sobretudo por se tratar de ato unilateral, sem contraditório pleno e sem cognição exauriente, mesmo porque incumbe prioritariamente a cada liquidante, e não ao Ministério Público, comprovar a existência do dano pessoal e o nexó etiológico com o dano globalmente causado. 5. A simples identificação dos possíveis lesados não se mostra suficiente para a quantificação do dano individualmente suportado, elemento sem o qual não é admitida a propositura da execução, que exige liquidez e certeza, tampouco implica habilitação capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados em indenização pelos danos individualmente sofridos, haja vista a ausência de manifestação pessoal acerca da intenção de promover a execução do julgado. 6. Na mera identificação de correntistas, não se pode falar em habilitação de interessados, tampouco em prova inequívoca do dano pessoal em favor de qualquer dos integrantes da lista. 7. Para que não haja implicações quanto ao dever imputado às instituições financeiras, de guardar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001), fica vedada a divulgação nominal desses dados, devendo sua utilização servir eminentemente aos fins institucionais do *parquet*, ressalvada a quebra de sigilo nas hipóteses legalmente admitidas. 8. Recurso especial não provido.

Diante da situação, o ente ministerial realizou peticionamento para obter simples identificação dos possíveis lesados para, futuramente, propor execução coletiva, assegurando o

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.610.932/RJ**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1610932&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2022.

resultado útil do processo, sobretudo em razão da existência de norma que autoriza as instituições financeiras a eliminar documentos depois de determinado prazo.

O STJ acabou por entender que a mera identificação de correntistas não acarreta habilitação de interessados, tampouco constitui prova inequívoca do dano pessoal em favor de qualquer dos integrantes da lista. Assim, a medida serve como forma de identificar o valor global da indenização, caso todos os potenciais interessados fossem habilitados individualmente para liquidar a sentença em seu favor.

A forma de quantificação do dano deve se dar a partir da sua extensão¹⁷⁵, como preconiza o artigo 944 do Código Civil¹⁷⁶. Isto, porém, nem sempre é possível, de modo que o juízo deve se munir de todas as informações possíveis acerca da lide e da coletividade em tutela para, com critérios objetivos, chegar a uma quantificação razoável e proporcional.

Nesse sentido, afirma Neder¹⁷⁷ que determinados prejuízos, de circunstâncias individuais específicas relativas aos indivíduos ou à situação por eles experimentadas, somente podem ser apurados mediante liquidação individual promovida pelos titulares do direito à indenização, o que se chama de danos ou prejuízos individualmente diferenciados.

Forma diversa dessa se dá a partir da quantificação por estimativa, considerando que existem danos que podem ser constatados de maneira uniforme. São os casos em que, com os elementos trazidos à tona que caracterizem a relação jurídica homogênea, faz-se possível aferir ou presumir a existência e extensão do dano individual por sua decorrência direta com a conduta ilícita¹⁷⁸.

Na situação da reparação fluída, prevista no artigo 100 do CDC, a quantificação do dano deve ser realizada a partir da análise de sua extensão verificada a partir da estimativa, considerando uniforme o direito tutelado. Já os danos individualmente diferenciados – não homogêneos – não podem ser levados em consideração na *fluid recovery*, pois são baseados em situações excepcionais e pessoais, que não podem ser presumidos¹⁷⁹.

¹⁷⁵ GOMES, Tércio Spínola, op. cit., p. 106.

¹⁷⁶ “Art. 944, CC. A indenização mede-se pela extensão do dano” In: BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código de Processo Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

¹⁷⁷ NEDER, Paulo Braga, op. cit., p. 99.

¹⁷⁸ Ibid., p. 100.

¹⁷⁹ MAZZILI, Hugo Nigro, op. cit., p. 577-578.

Feitas as considerações acerca dos mecanismos e requisitos determinados em lei para a aplicação da reparação fluída, passa-se à análise crítica do instituto.

5. A REPARAÇÃO FLUÍDA COMO INSTRUMENTO DE MAIOR EFETIVIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS COLETIVAS

Analizadas as questões preliminares e conceituais, não menos importantes para a esmerada compreensão do instituto posto em debate, faz-se necessária a abordagem crítica da reparação fluída sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio, buscando-se demonstrar que tal instituto, quando corretamente aplicado, possui o condão de tornar as decisões judiciais em demandas coletivas mais efetivas, quando versarem sobre direitos individuais homogêneos.

5.1. A FINALIDADE DA REPARAÇÃO FLUÍDA

De acordo o Superior Tribunal de Justiça, a *fluid recovery* consiste em um meio reparatório específico e acidental de execução coletiva de danos causados a interesses individuais homogêneos, instrumentalizada pela atribuição de legitimidade subsidiária aos substitutos processuais do art. 82 do CDC, precipuamente para:

[...] perseguirem a indenização de prejuízos causados individualmente aos consumidores, com o objetivo de preservar a vontade da Lei e impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor.¹⁸⁰

No mesmo sentido:

[...] a reparação fluída (*fluid recovery*) é utilizada em situações nas quais os beneficiários do dano não são identificáveis, o prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante e, subsidiariamente, caso não haja habilitação dos beneficiários.¹⁸¹

Portanto, na situação fática encartada no art. 100 do CDC, em que, frente ao desinteresse dos consumidores no cumprimento individual da sentença genérica (ou nas demais hipóteses como citado acima), abre-se oportunidade à execução coletiva, em que o dano deve ser apurado de forma global, afastando, portanto, a individualização e a disponibilidade dos

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.741.681/RJ**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 23/10/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1741681&b=ACOR&p=false&l=10&i=23&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.187.632/DF**. Relator: Min. João Otávio Noronha, de 05/06/2012. RSTJ, vol. 240, p. 1044. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1187632&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

direitos ou interesses em jogo, permite ao aplicador do Direito se valer da reparação fluída como meio subsidiário para se atingir a efetividade no processo coletivo.

Diante de uma sentença genérica, na qual se reconhece apenas a responsabilidade do réu, condenando-o à reparação do dano causado em termos ilíquidos, razão pela qual, após o transcurso *in albis* do prazo de um ano para habilitação dos consumidores lesados, deriva a legitimação prevista no art. 82 para a liquidação da sentença.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de execução de sentença coletiva relativa a direitos individuais pelos legitimados do art. 82 do CDC, o que se dessume dos seguintes precedentes:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Liquidação coletiva de sentença. 1. A controvérsia reside em definir o juízo competente para processar e julgar ação civil pública ajuizada com fundamento nas Leis n. 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em fase de liquidação de sentença promovida pelo Ministério Público. 2. Constatado o caráter coletivo da liquidação nas ações ajuizadas com o fim de preservar direitos difusos e coletivos, o foro competente será o da condenação, observando-se o rito do § 2º do artigo 475-A do CPC, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal específico no Código Consumerista. 3. Da mesma forma, diante da ausência de regra acerca da competência para a liquidação coletiva de sentença nos processos em que sejam tutelados direitos individuais homogêneos, deve ser realizada interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, segundo o qual competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença. 4. Assim, independentemente da natureza do direito tutelado pelo Ministério Público Federal - se difuso, coletivo ou individual homogêneo - o juízo competente para a liquidação será o da ação condenatória, já que se trata de liquidação coletiva, ou seja, requerida por um dos legitimados de que trata o artigo 82 do CDC. 5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.¹⁸²

Vê-se, pois, do julgado, que a controvérsia levada ao Tribunal de Justiça está no conflito de competência da execução da sentença genérica, tendo-se como pressuposto a liquidação e execução coletiva, como abordado anteriormente.

O julgado caminha a partir do entendimento de que a fase liquidatória possui natureza integrativa da sentença genérica que se constituiu ao longo do processo de conhecimento.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Conflito de Competência n. 113.523-RJ**. Relator Min. Ministro Castro Meira, de 23/02/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=113523&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 22 de janeiro de 2022.

Assim, houve o predomínio do juízo que exerceu a função judicante na fase de conhecimento, vez que competente para dar andamento à liquidação da sentença prolatada.

Nesse sentido, não existindo disposição legal acerca da competência para a liquidação coletiva de sentença nos processos em que sejam tutelados direitos individuais homogêneos, foi imperativa a realização de interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, segundo o qual competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença.

Seguindo em outro acórdão de maneira peremptória:

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação coletiva. Sindicatos. Legitimidade. Atuação. Substituição processual. 1. Os sindicatos, que atuam na qualidade de substitutos processual, possuem legitimidade para atuar nas fases de conhecimento, liquidação e execução de sentença proferida em ações versando direitos individuais homogêneos, dispensando, inclusive, prévia autorização dos trabalhadores. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido.¹⁸³

Desta forma, resta evidente que, no entendimento do STJ, a ausência de habilitação suficiente de interessados, viabilizadora do cumprimento individual do julgado, implica a legitimidade do Ministério Público para requerer o cumprimento da sentença coletiva, nos padrões do art. 100 do CDC.

Por meio da *fluid recovery*, busca-se a responsabilização do causador do dano e a compensação da sociedade lesada, emprestando a devida efetividade à defesa dos direitos individuais homogêneos.

Para tanto, a flexibilidade dos mecanismos processuais é primordial para se alcançar o fim que se busca em juízo na proteção da coletividade tutelada. A construção em andamento desde a década de 1970 do microsistema processual coletivo, que se tem no Brasil atualmente, permite a aplicação da *fluid recovery*, ao passo que permite o entendimento de “tutela dos interesses coletivos *lato sensu*” seja estendido para além do mero processamento na fase de conhecimento da ação coletiva, e flua até a efetiva reversão da condenação eventualmente obtida em favor da coletividade vítima de ilícitos.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **AgRg no Ag n. 1.391.935-SC**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques de 19.5.2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002292958&dt_publicacao=31/05/2011. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

Tendo-se em mente que os atos processuais executivos constituem um dos atos mais impositivos que o Estado pode exercer sobre a pessoa física ou jurídica, a reparação fluída não teria possibilidade de aplicação em um contexto em que se admitisse, unicamente, a legitimação ordinária para demandar em juízo.

Verifica-se que o mecanismo de substituição processual, aliado à subsidiariedade do instituto, permite a concorrência das execuções individuais da sentença genérica, bem como a sua modalidade coletiva, a partir do surgimento da legitimação extraordinária disposta no rol do artigo 82 do CDC.

Portanto, a extensão da legitimação coletiva prevista no art. 82 e a previsão normativa contida no art. 100, ambos do CDC, permitem a reparação fluída, cuja finalidade, além do exposto acima, está em não permitir, diante da ausência de titulares habilitados de direitos individuais, que o autor do ilícito deixe de responder patrimonialmente pelos danos que causou.

De acordo com Herman Benjamin¹⁸⁴:

Esta solução é extremamente representativa do espírito do CDC e introduz entre nós o que no direito norte-americano se conhece como *fluid recovery*, ou reparação fluída, pela qual, ao mesmo tempo em que se privilegia a tutela coletiva como instrumento da reparação dos danos causados individualmente para a massa de consumidores, na hipótese destes não a reclamarem, na medida do seu prejuízo, permite sua conversão para um Fundo, cujo objetivo final é reverter em favor dos interesses lesados. Suas vantagens basicamente são duas. Primeiro, não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir. Por outro lado, determina a possibilidade da reparação; não sendo diretamente reclamada pelos lesados, a indenização pode ser utilizada em iniciativas e projetos vinculados aos direitos que a ação coletiva buscou proteger.

Com efeito, observa-se que a amplitude da tutela coletiva do Código de Defesa do Consumidor compreende tanto os direitos coletivos e difusos, como também os direitos individuais homogêneos, pela definição de diferentes procedimentos no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos e à liquidação e execução da sentença, não existindo uma diferenciação ou exclusão dos critérios de proteção.

Em outras palavras, a *fluid recovery* foi idealizada para "contornar uma dificuldade típica das ações coletivas em defesa dos consumidores, quando a lesão é de pequeno valor em

¹⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.459.

relação a cada um dos lesados, mas de valor total significativo, quando considerado o número de pessoas atingidas pela lesão.”¹⁸⁵

O propósito é mitigar e compensar os danos aos integrantes da coletividade atingida, ainda que parcela significativa da indenização seja usada para beneficiar membros da sociedade não diretamente atingidos, e que alguns dos integrantes da classe originalmente atingida sejam beneficiados de maneira indireta.¹⁸⁶

O fundamento principal para a implementação de novos mecanismos de reparação de danos coletivos reside justamente no fato desse tipo de dano, geralmente, ter se expandido de tal forma que praticamente todos os cidadãos podem ser potenciais membros e, portanto, potenciais beneficiários dessa forma de reparação.

Embora de origem no direito norte-americano, a opção legislativa brasileira de destinação de verbas pecuniárias provenientes de condenações em processos coletivos para fundos (*fluid recovery*), possui sensíveis diferenças em relação à reparação fluída dos Estados Unidos da América.

De acordo com o modelo norte-americano, diante de determinado caso concreto, compete ao Poder Judiciário definir os critérios pragmáticos de sua aplicação (valores, extensão e obrigações) e, conseqüentemente, alocar os recursos pautando-se na congruência com a situação geradora do dano coletivo (extensão do dano).

Por outro lado, o modelo brasileiro apresenta-se falho nesse aspecto, pois deixa de dar o tratamento correto às receitas obtidas em sentença condenatória coletiva (ou mesmo em um acordo, nos casos de TAC), pois, na maioria das vezes, tais valores não são destinados a reparar aquele dano específico, ou seja, não são destinados a finalidades que guardem correspondência com o direito coletivo ou individual de massa lesado.

Como exemplo, é possível que verbas decorrentes de indenização por dano ambiental sejam destinadas a projetos relativos ao tema do direito do consumidor. Sobre o tema, informa Teles¹⁸⁷:

¹⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 303.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (9ª Vara Cível Federal de São Paulo). **Ação civil pública nº 5009507-78.2018.4.03.6100**. Julgamento: 18.03.2021. Disponível em: <https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisooes/2021/2021-03-24-microsoft.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

¹⁸⁷ TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. **Boletim Científico ESMPU**. n. 44. Brasília: ESMPU, 2015, p. 92.

Observa-se, ainda, nas destinações feitas pelo Ministério Público às instituições de interesse social, que não há muita preocupação quanto a se a finalidade da instituição possui similitude com o objeto do TAC ou da ACP. Veem-se muitas destinações para hospitais, creches, entre outros, em que, decerto, a sociedade será beneficiada, mas não haverá a reconstituição do bem lesado.

Em se tratando dos Fundos Públicos, como adotado pela legislação brasileira¹⁸⁸ nos casos envolvendo direitos difusos, vale-se do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) que está vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e à Secretaria Nacional do Consumidor. Seu objetivo institucional é a defesa e a recomposição de danos causados a direitos difusos e coletivos nela elencados.

Sua finalidade é atendida por meio de editais, lançados periodicamente pelo FDD, para seleção de projetos que serão financiados com os recursos do fundo. O edital demonstra, expressamente, os entes que estão autorizados a participar, os valores dos projetos que podem ser financiados e sua duração. Com a escolha dos melhores projetos, eleitos a partir dos critérios definidos em edital, tais entidades são formalizadas e acompanhadas pela estrutura administrativa do fundo, e assim os direitos difusos são, teoricamente, reparados.

Sobre o tema, Vitorelli¹⁸⁹ deduz que a utilização de fundos públicos possui pouca reversão aos interessados diante do potencial sobre o qual foi desenhada. Percebe-se, pelo referido estudo, que os recursos arrecadados são recorrentemente apropriados pelo ente público gestor do fundo, que os desvia de sua finalidade ou, se não o faz, aplica-os de modo inadequado.

Isso porque, em diversas situações, as ações aprovadas para utilização dos recursos são de aparelhamento da própria Administração Pública ou de pequeno potencial concreto em favor da sociedade. O FDD é dispensado de despesas ou transferências obrigatórias, de tal modo que a União distorce sua destinação para sua não aplicação. Assim, com os recursos depositados na conta única do Tesouro Nacional, a União computa tais recursos como saldo e cria uma falsa percepção de equilíbrio fiscal.

¹⁸⁸ No Brasil, atualmente, as prestações em pecúnia - a disposição trazida pela Lei da Ação Civil Pública trata dos casos de “condenação em dinheiro”, conforme se extrai de seu artigo 13 - envolvendo direitos difusos são destinadas a um fundo público, criado pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e regulamentada pela Lei nº 9.008/95.

¹⁸⁹ VITORELLI, Edilson. **Execução coletiva pecuniária**: uma análise da (não) reparação da coletividade no Brasil, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

A partir dessa perspectiva, Vitorelli anota que os fundos públicos brasileiros de reparação ainda não demonstram, empiricamente, potencial para o atendimento de finalidades para os quais foram desenhados.

Não obstante a distância do modelo pátrio em relação aos dogmas da doutrina e jurisprudência norte-americanas, especialmente sob o aspecto do “mais próximo do possível¹⁹⁰”, muitas vezes pela falta de congruência entre finalidade reparatória e o resultado efetivo obtido através do FDD, há de se ter em mente o propósito precípua de reparação integral, fundamento basilar da responsabilidade civil, em especial quando se busca reparar algo em caráter compensatório e subsidiário, para não se perder a equivalência entre destinação das verbas reparatórias e os efetivos danos sofridos pelos consumidores, titulares de tais direitos.

Feitas tais considerações sobre a necessária correlação entre o escopo da aplicação das verbas e o seu fato gerador e, com isso, afastar eventual discricionariedade subjetiva do agente ministerial, a aplicação da reparação fluída de acordo com o ordenamento brasileiro desde que respeitadas todas as exigências legais, apresenta-se como um importante elemento de concreção de direitos e, principalmente, de entrega de resultados efetivos à sociedade. Eis, portanto, a sua real finalidade.

5.2. O ASPECTO PUNITIVO E PEDAGÓGICO DO INSTITUTO: A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS TÍPICAMENTE DIFUSOS

Ao deliberar sobre a aplicabilidade do artigo 100, caput, do CDC, a Quarta Turma do STJ definiu que a liquidação coletiva deve ser levada à feito sempre que, após o decurso de um ano da intimação da sentença que fixou a condenação genérica, nos termos do artigo 95 do mesmo código, não ocorrer habilitação de nenhum consumidor lesado ou a habilitação se der em número de consumidores prejudicados incompatível com a gravidade do dano¹⁹¹.

A definição de critérios instrumentais para a aplicação de regras materiais e processuais como definido pelo STJ evidenciou a apreensão do judiciário com a persecução dos próprios princípios contidos da LACP e no CDC, ao passo que, ao reconhecer a legitimidade

¹⁹⁰ Sobre a “*cy press*” vide abordagem anterior na seção 4 em fls. 66.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.187.632/DF**. Relator: Min. João Otávio Noronha, de 05/06/2012. RSTJ, vol. 240, p. 1044. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1187632&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

ministerial para liquidação da sentença ou para executar condenação, assim o fez no sentido de zelar pelos interesses da coletividade.

O instituto da *fluid recovery*, cuja origem remonta ao direito norte-americano e encontra em nosso ordenamento jurídico sua materialização no aludido artigo 100, *caput*, do CDC, conforme a doutrina¹⁹², deve ser utilizado especialmente em situações em que há comprovação do dano e de seu causador, mas não a efetiva identificação dos beneficiários, seja porque não foi possível notificá-los ou porque os indivíduos não conseguiram provar sua relação com o evento.

A busca pela responsabilização do causador do dano e a compensação da sociedade lesada ganham força, ao passo que tal instrumento de caráter punitivo e pedagógico passa a significar um meio de efetividade à defesa dos direitos individuais homogêneos.

Portanto, dotada de natureza residual, a reparação fluída tem como escopo específico a apuração do dano global causado (e, portanto, não de apurar o dano individualmente) resultando, por consequência, no efetivo cumprimento da sentença genérica transitada em julgado. Conforme já se posicionou o STJ, a *fluid recovery*:

[...] ostenta peculiar natureza punitiva e não meramente ressarcitória, com o escopo precípua de assegurar os interesses da coletividade, de modo a impedir que a sentença seja inócua ante a ausência de habilitação dos prejudicados ou em número incompatível com a gravidade do dano ou de não ocorrência da liquidação da sentença genérica. Por isso que a reversão de valores ao Fundo só tem lugar quando se tornar impossível a reparação específica do bem lesado, sendo certo que o art. 99, parágrafo único, do CDC prevê, inclusive, a suspensão desse procedimento quando houver ação de indenização por dano individual, salvo se o patrimônio do infrator for suficiente para responder pela integralidade da dívida¹⁹³.

Os aspectos punitivos e pedagógicos¹⁹⁴ incutidos no espírito da lei ficam ainda mais evidentes na doutrina de Herman Benjamin¹⁹⁵ ao se valer da reparação fluída como subterfúgio residual voltado a “não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine

¹⁹² Nesse sentido: SELIGMAN, Brad; LARKIN, Jocelyn. *Fluid Recovery and Cy Pres: A Funding Source for Legal Services*. **Impact Fund (ORG)**, 2008. e SALLES, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.187.632/DF**. Relator: Min. João Otávio Noronha, de 05/06/2012. RSTJ, vol. 240, p. 1044. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1187632&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

¹⁹⁴ No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. A dimensão dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes. (Coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.119.

¹⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, 2013, p. 1719.

por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir”.

Igualmente a questão é tratada no direito comparado por Andrea Giussani¹⁹⁶, ao afirmar que:

Essa breve descrição destaca como na configuração dessa disciplina as funções da economia processual tendem a ceder lugar a objetivos, além de ampliar o acesso à justiça, também, e talvez sobretudo, de coibição de condutas ilícitas.

Não menos relevante, a apuração do *quantum* devido ao FDD também ocupa papel de extrema importância ao resultado efetivo para a coletividade. Eduardo de Oliveira Cedreira¹⁹⁷, pressagia o caráter distinto e a diversidade de critérios de apuração do valor indenizatório resultante:

[...] é nítida a natureza residual da indenização para o fundo, sendo certo ainda que este, via de regra, será o destinatário de indenizações de natureza punitiva, considerando-se danos globalmente discutidos. [...] O valor executado será o prejuízo globalmente considerado. O juiz não deverá, em hipótese alguma, mensurar prejuízos individualmente sofridos, mas sim danos globalmente causados. Como já ressaltado neste trabalho, é possível também que ocorra ao mesmo tempo execução individual e execução para o fundo, sendo que nestes casos o juiz deverá utilizar a compensação. O destino das verbas do fundo é o de reconstituição dos bens lesados, e não de ressarcimento individual. O indivíduo será ressarcido de um modo indireto, como membro da sociedade.

Extrai-se que o valor a ser considerado advém da somatória do prejuízo global causado pelo agente gerador do dano e, dentro de sua característica residual, dependerá da interpretação harmônica entre situações concretas, envolvendo execuções individuais e execuções voltadas à reconstituição dos bens lesados (FDD), guiando-se por aspectos punitivos e pedagógicos ao passo que não mais se vê o ressarcimento individual e sim como algo indireto e de concepção coletiva.

¹⁹⁶ Texto Original: Questa pur breve descrizione mette in evidenza come nella configurazione di tale disciplina le funzioni di economia processuale tendano a cedere il passo a obiettivi, oltre che di ampliamento dell'accesso alla giustizia, anche, e forse soprattutto, di deterrenza delle condotte illecite. (tradução nossa). GIUSSANI, Andrea. Azione coletiva. In: **Enciclopedia del Diritto**. Anale I, 2007, Milão, Giuffrè, n. 6.

¹⁹⁷ CEDREIRA, Eduardo de Oliveira. A Execução/Cumprimento de Sentença no Processo Coletivo. **Revista LTr**. São Paulo: Ano 72, n. 12, dez. de 2008, p. 1.475-1.476.

Vale lembrar que a questão posta à baila refere-se às situações que envolvam direitos individuais homogêneos acidentalmente coletivos, dada a natureza individual pela divisibilidade do objeto, conquanto tutelados em conjunto. Conforme nos ensina Pizzol¹⁹⁸:

Os direitos e interesses individuais homogêneos caracterizam-se, no aspecto subjetivo, pela determinabilidade dos titulares e pela existência de uma origem comum; no aspecto objetivo, caracterizam-se pela divisibilidade do objeto. Ressalte-se que isso se dá no momento da liquidação da sentença condenatória, a qual será, em regra, por artigos e poderá ser instaurada por iniciativa de cada um dos titulares do direito ou interesse ou pelo autor da ação coletiva, ou por outro legitimado do artigo 82.

[...]

Na verdade, os direitos e interesses individuais homogêneos são, em sua essência, individuais, sendo considerados coletivos em razão da forma pela qual são tutelados. Daí decorre a assertiva de que a ação coletiva, nesse caso, substitui várias ações individuais ou uma ação individual com um litisconsórcio gigantesco.

De acordo com o artigo 81, parágrafo único, III, do CDC, para que haja direito individual homogêneo, basta a “origem comum”, ou seja, que os indivíduos titulares do direito em questão tenham sofrido lesão ou ameaça em razão do mesmo fato.

Para Kazuo Watanabe¹⁹⁹, a expressão utilizada pelo legislador não pode ser interpretada no sentido de “uma unidade factual e temporal”, pois cada situação concreta exige analisar se para a sua caracterização é necessária a predominância das questões comuns sobre as individuais e a superioridade da ação coletiva em relação à ação individual.

Sobre esse tema, Ada Pellegrini Grinover²⁰⁰ afirma que, em não havendo a predominância, o direito não ser considerado “homogêneo” e, portanto, diante de insurgência uma ação judicial coletiva, o seu pedido evidentemente será considerado impossível²⁰¹. E, de outro lado, a falta de superioridade da ação coletiva levará o processo a cabo, pois não será a via adequada à tutela dos direitos da coletividade, faltando-se evidente interesse processual. Segundo a autora, tal entendimento encontra seus fundamentos na *class action* norte-americana que, expressamente, adota tais requisitos para que seja aceita a ação destinada à tutela de direitos individuais homogêneos (*Rule 23, b3*).

¹⁹⁸ PIZZOL, Patricia Miranda, 2019, p. 127.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 886-887.

²⁰⁰ Ibid., p. 945-948.

²⁰¹ Mesmo diante das regras processuais no CPC-15 que, embora não prevejam mais a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, o entendimento levará a mesma conclusão: a inviabilidade de demanda coletiva, pela sua inadequação (falta de interesse processual) com a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Aspecto não menos relevante na busca da efetividade às decisões coletivas, a aplicabilidade da *fluid recovery* com a destinação dos recursos apurados ao FDD consiste em indiscutível ferramenta na reparação às lesões causadas aos interesses e direitos individuais homogêneos dos consumidores, como explica a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli²⁰²:

Em regra, o fundo de que cuida o art. 13 da LA CP destina-se apenas a receber receitas decorrentes de lesões à interesses indivisíveis. Esse fundo não receberá: a) indenizações decorrentes de lesões a interesses individuais diferenciados, em hipótese alguma; b) indenizações decorrentes de interesses individuais divisíveis (homogêneos), salvo apenas, e somente em um único caso. Esta exceção só ocorre se, decorrido o prazo do art. 100 do CDC, os lesados individuais não se habilitarem ao processo coletivo; nessa eventualidade, os colegitimados ativos à ação civil pública ou coletiva promoverão a liquidação e a execução coletivas, e, então, o produto da indenização devida reverterá para o Fundo (CDC, art. 100, parágrafo único). Somente neste caso o fundo poderá receber dinheiro decorrente de indenizações por danos individuais homogêneos e, portanto, divisíveis.

Porém, antes de se promover a arrecadação de valores ao FDD, deve haver a compensação de eventual habilitação pleiteada ou liquidação individual, dado o caráter subsidiário da execução coletiva conforme ensina Ada Pellegrini Grinover²⁰³:

É possível, porém, nos termos do próprio art. 100 (que fala em habilitações em número incompatível com a gravidade do dano) que ao mesmo tempo ocorram liquidações pelos danos pessoalmente sofridos, passando então a *fluid recovery* a consistir em um verdadeiro “resíduo não reclamado”. Nesse caso, o juiz deverá levar em conta as indenizações pessoais apuradas, para efeito de compensação.

Sobre o tema, ao abordar a aplicação da *fluid recovery* em situações concretas que envolvam a compensação para fins de apuração residual indenizatório, Érica Barbosa Silva²⁰⁴ defende a fruição de ambos os procedimentos ao mesmo tempo, ou seja, permitiriam-se as habilitações individuais concomitantemente com a reparação fluída sem a necessidade do transcurso do prazo de prescrição individual.

Considerando a demora e a diversidade dos objetos existentes nas habilitações individuais, bem como nessa execução coletiva, seria mais um entrave para a reparação fluída aguardar a prescrição da executória individual. É mais plausível que se permita o início do procedimento, com a possibilidade da compensação.

É preciso ressaltar que haverá compensação, mas deverá ser limitada ao montante apurado para o Fundo. Após esse valor, o causador do dano deverá responder diretamente pelos pagamentos.

Apesar de o argumento ser óbvio, é preciso frisar que pode haver incompatibilidade de valores. A execução em prol do Fundo perseguirá a reparação do dano globalmente

²⁰² MAZZILI, Hugo Nigro. op. cit., p. 479.

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 915.

²⁰⁴ SILVA, Érica Barbosa e. op. cit., p. 139-140.

causado e certamente não considerará as especificidades dos casos concretos, mas tão-somente os aspectos gerais, o que poderia gerar uma diferença a menor para o Fundo, diante de provável desproporcionalidade das reclamações individuais.

Dessa forma, a compensação não pode superar o montante destinado ao Fundo, pois é plenamente admissível que as circunstâncias específicas de cada caso causem uma majoração de valores, pois serão considerados os prejuízos (materiais e morais) de cada pessoa.

Em que pese o entendimento esposado, parece mais razoável pela interpretação do próprio artigo 100, caput, do CDC e de seu parágrafo único, que se deva aguardar o transcurso do prazo anual entre o termo inicial de habilitação dos interessados individuais na liquidação da sentença genérica e a constatação de que o número de liquidações é não condizente com a gravidade do dano praticado pelo fornecedor, iniciando-se, propriamente, a execução coletiva da sentença.

Ao mesmo tempo, o estabelecimento de prazo anual não é objeto de discricionariedade. É possível discutir o seu termo inicial e a sua natureza jurídica, que estão obscuras pela mera leitura do dispositivo. Contudo, o entendimento que deve prevalecer é de que se constitui como requisito de aplicação, até para que seja respeitada a sua posição de subsidiariedade.

Dessa forma, compensa-se a coletividade de consumidores prejudicada e, ao mesmo tempo, evita-se o enriquecimento ilícito do causador do dano, para quem tal indenização tem certo caráter punitivo e dissuasório, para que não incida em novas práticas danosas, além de servir de exemplo para que outras empresas não venham a cometer práticas lesivas do mesmo tipo.

A lição de Antonio Herman Benjamin, para quem o aspecto punitivo da fluid recovery consiste em “não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir.”²⁰⁵

Diante da “danosidade social”, expressão utilizada pelo Min. Antonio Herman Benjamin, almeja-se uma reparação de natureza supraindividual, que se estabelece mediante “a fixação de um valor único e geral para as perdas e danos (*lump sum damages*), que toma

²⁰⁵ HERMAN BENJAMIN, Antônio, 2013, p. 1719.

como referencial o comportamento antecedente do réu e os seus ganhos ilícitos²⁰⁶” e segue de maneira elucidativa:

O juiz, reconhecendo que no Estado democrático os infratores econômicos não podem ser beneficiados pela inoperância, deficiência ou fragilidade do aparelho judicial, encontra meios para, mesmo sem a identificação de cada vítima em particular, retirar os proveitos da ação ilícita e, pela via transversa, beneficiar os membros da classe. Evidente aqui o papel conferido à class action de via assecuratória do interesse público, que deflui da exigência social moderna de combate à danosidade coletiva.

De qualquer maneira, a reparação fluída apresenta o seu evidente caráter punitivo e pedagógico não devendo o valor apurado a título de compensação residual coincidir necessariamente com a soma das indenizações individuais não reclamadas. Tal quantificação importaria em um problema de difícil superação, demandando que todos os critérios supracitados sejam invocados, razão pela qual o instituto em questão representou uma verdadeira revolução no conceito de responsabilidade civil²⁰⁷.

Por seu caráter subsidiário, mas também teleológico, o correto exercício do instituto processual da reparação fluída traz ao cerne da discussão sobre direitos coletivos e cidadania um importante ponto de apoio à tão almejada efetividade, supedâneo necessário do “justo” em sua concepção mais nobre.

5.3. DA REPARAÇÃO FLUÍDA NAS AÇÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITOS COLETIVOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A ação coletiva destinada à tutela dos direitos individuais homogêneos muito se assemelha aos mecanismos de padronização das decisões como o incidente de resolução de demandas repetitivas e a técnica do julgamento dos recursos repetitivos são utilizados em hipóteses em que há uma multiplicidade de demandas relativas a uma mesma questão de direito²⁰⁸.

De igual maneira, a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é cabível quando há vários interesses ou direitos decorrentes de origem comum, isto é, em razão de um mesmo evento.

²⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *In*: Milaré, Édís (Coord.) **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 126.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson, op. cit., p. 165.

²⁰⁸ PIZZOL, Patricia Miranda, 2019, p. 605.

Com fundamento nos princípios constitucionais da isonomia e da duração razoável do processo, tanto as ações coletivas como os institutos do CPC, mecanismos de padronização das decisões assumem crucial importância no sistema processual coletivo brasileiro, atendendo ao clamor de efetividade, ao passo que servem de ferramenta para se evitar o surgimento de ações judiciais individuais que recebam prestações jurisdicionais distintas, gerando decisões conflitantes. A rigor, são notórios instrumentos destinados à solução de problemas de enorme número de processos judiciais que levam à morosidade na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, ao aviltamento do Poder Judiciário.

Além de gerar um amplo acesso à justiça, conforme já abordado no presente trabalho, as ações coletivas propiciam um acesso mais amplo e efetivo à Justiça²⁰⁹, pois mesmo que os números de demandas individuais tenham crescido nos últimos tempos, dada uma série de fatores como crescimento da consciência jurídica da população, ampliação dos meios de comunicação em massa, desenvolvimento de novas tecnologias e oferta de novos produtos entre outros fatores como a crise do Estado social, levando a um absurdo aumento das demandas relativas à saúde e outros direitos sociais e à interferência do Judiciário em situações que envolvem políticas públicas²¹⁰, grande parte da população não busca a promoção de seus direitos, quer seja pelo desconhecimento, quer seja pela repercussão ínfima na esfera individual.

De acordo com tal assertiva, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Claire Pochmann da Silva²¹¹ explicam que:

[...] Já o acesso à justiça e ao cumprimento do direito material passam precipuamente pelas ações coletivas, na medida em que os incidentes individuais, em princípio, apenas fornecem uma solução para as pessoas que tenham demandado as suas próprias ações, não gerando, assim, um incremento na obtenção da solução para o conflito, e também por não produzir efeitos a todos os interessados, para a coibição da prática dos atos ilícitos.

²⁰⁹ Segundo afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, trata-se da terceira onda abordada em sua clássica obra, mediante o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 67-73.

²¹⁰ PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. *In*: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WALBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87-138.

²¹¹ MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.) **Processo Coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 546.

Já no que diz respeito à importância das ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, em especial no caso das chamadas “small claims”, afirmam os autores:

Os danos resultantes de lesões de massa são, frequentemente, de pequena monta se considerados separadamente, o que torna o ajuizamento de ações individuais desestimulante e, na prática, quase inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade do acesso à Justiça

[...]

As ações coletivas, se bem estruturadas, são, portanto, um efetivo instrumento para o acesso à justiça, permitindo a busca de reparação dos danos de pequenas montas²¹².

De acordo com tal perspectiva, havendo uma diminuta busca pela satisfação do direito em termos de habilitações, cabe às ações coletivas, além de garantirem a reparação dos danos a todos os consumidores lesados ou ao número representativo possível de vítimas, assegurarem que efetivamente seja cessado o dano, alterando determinada postura prejudicial à coletividade delimitando os caracteres indenizatório e punitivo da ação.

A técnica da reparação fluída pode ser aplicada como instrumento voltado a gerar maior efetividade às ações judiciais que versam sobre relações de consumo e, conseqüentemente, sobre direitos individuais homogêneos tipicamente difusos.

Acredita-se que “[...] a fluid recovery representa esforço mais disciplinado para compensar indiretamente as vítimas, ainda que opor meio de aproximações futuras de quais formas e quais seriam as possíveis vítimas²¹³.” De acordo com a autora Fernanda Lissa Fujiwara Homma, uma variante do instituto é a *cy pres* conforme anteriormente abordado no presente trabalho, e não existe uma destinação indireta para os prejudicados, mas para uma organização social ou instituição de caridade, exigindo-se apenas a correlação genérica entre o beneficiário da reparação com os danos causados aos consumidores atingidos.

Segundo Sebastião Silveira, Ricardo Silveira e Isaias do Carmo²¹⁴:

Tal destinação compensatória para fundo setorial de reparação a interesses metaindividuais se constitui na reparação indireta cogitada pela fluid recovery americana. Assim, no caso de direito individual homogêneo, em nosso sistema jurídico. A fluid recovery somente é aplicada de forma subsidiária, em razão da preferência pela liquidação e execução individual (CDC, art. 100). Não obstante, quando o interesse lesado for de natureza difuso ou coletivo, a opção foi para a fluid recovery, com a destinação da indenização para o fundo de reparação instituído na forma do artigo 13 da lei nº 7347/85.

[...]

²¹² Ibid., p. 547.

²¹³ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara, op. cit., p. 192-218.

²¹⁴ CARMO, Isaias do; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVEIRA, Sebastião Sérgio, op. cit., p. 182.

Pelo microsistema de tutela dos direitos transindividuais, pretende-se que a *fluid recovery*, muito mais do que se prestar à recomposição do dano provocado pelo ato irresponsável do agente condenado, sirva como forma de prevenção geral e especial à reiteração de comportamentos lesivos aos direitos supraindividuais, acarretados, no mais das vezes, em benefício de pessoas ou grupos interessados apenas em aumentar sua margem de lucro.

Portanto, tratando-se de direitos individuais homogêneos, a *fluid recovery* terá sempre caráter eventual. A primeira condição para a sua efetivação é que tenha havido uma demanda versando sobre a responsabilidade civil por danos causados a direito dessa natureza. A segunda, que tal ação tenha gerado uma genérica sentença condenatória com a efetiva fixação da responsabilidade ao causador dos danos²¹⁵.

Somente as demandas que determinem a obrigação de pagar ao causador do dano nos termos do artigo 95 do CDC e, que, também compreendam a pretensão de tutela do direito individual homogêneo em jogo, são aptas a perquirir a aplicação da reparação fluída prevista no artigo 100, *caput*, do mesmo diploma legal.

Importante asseverar que demandas individuais homogêneas com objeto de tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer, ou ainda aquelas que visam um provimento jurisdicional estritamente declaratório ou constitutivo – com exceção em casos onde há a ocorrência de astreintes, bem como aquelas que decorrem de liquidação individual decorrentes da coisa julgada *in utilibus*, nos termos do artigo 103, parágrafo 3º, do CDC, ao passo que são originárias de circunstâncias de direitos coletivos difusos ou coletivos *stricto sensu* e a reparação deve sempre seguir o formato previsto no artigo 13 da Lei n. 7.347/1985.

Outro ponto de relevância reside no fato de que, ao contrário do que ocorre com as ações de cognição coletiva que versam sobre direitos individuais homogêneos, de objeto indivisível, quando se analisa a questão sob o aspecto do ressarcimento do dano, passa-se da indivisibilidade para a individualização do objeto, tal como ocorre com a legitimação.

Com isso, o dano pessoal sofrido passa a figurar como referência na fase do cumprimento de sentença condenatória, na qual a legitimidade coletiva passa a ser subsidiária à legitimidade ordinária (individual). Evidencia-se assim, mais uma vez, o caráter eventual, residual, punitivo e dissuasório da indenização coletiva da reparação fluída, para evitar o enriquecimento ilícito do causador do dano a determinada coletividade de consumidores.

²¹⁵ Ibid., p. 183.

É importante esclarecer que a reparação fluída não se presta às situações em que se deu uma condenação genérica à reparação de danos difusos, posto que o resultado obrigatoriamente deverá ser destinado ao fundo de reparação (FDD):

[...] no tempo presente, o reconhecimento e a efetiva reparação dos danos morais coletivos, em decorrência da violação do ordenamento jurídico e da ofensa a valores e bens mais elevados do agrupamento social, deve resultar no sancionamento eficaz do ofensor, com desestímulo a novas lesões, além de assegurar destinação adequada e específica da parcela da condenação, em prol da coletividade afetada ou comunidade na qual se insira, direta ou indiretamente²¹⁶.

Ademais, nas situações de danos causados ao patrimônio público, a destinação de qualquer tipo de reparação, multas ou astreintes devem ser voltados diretamente ao patrimônio da pessoa jurídica prejudicada, conforme disposto no artigo 18 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

A reparação fluída é meio hábil na efetivação dos direitos contidos nas decisões judiciais em demandas que versam sobre direitos individuais homogêneos das relações de consumo, partindo-se de análise da modalidade de interesse metaindividual em concreto.

5.4. AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: NOVAS PERSPECTIVAS

O microsistema da tutela coletiva no Brasil é dirigido, sobretudo, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) e pela parte processual do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), legislação que, apesar de coeva e de ter harmonizado acentuados avanços na defesa dos direitos transindividuais, ainda há forte clamor sobre a necessidade da realização de determinadas reformas a esse sistema²¹⁷.

Pautado há mais de uma década, o debate sobre as mudanças necessárias à legislação coletiva brasileira não se limita apenas a fomentar mudanças na Lei de Ação Civil Pública, mas também visando outros horizontes, como o Anteprojeto apresentado em 2002 e retomado em 2009 com o projeto de Lei n. 5.139/2009²¹⁸, para elaboração de uma “Codificação

²¹⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e a sua reparação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015, p. 3.

²¹⁷ GIDI, Antônio. **O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública**. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil ((The Proposed Class Action Statute by the Brazilian National Council of Justice (CNJ). Advances, Imprecisions, Setbacks, and the Dismantling of Class Actions in Brazil), em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3724081. Acesso: em 31 de janeiro de 2022.

²¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139, de 29 de abril de 2009 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais

de Processos Coletivos”]; entre outros propósitos, como a flexibilização de determinados procedimentos visando dar mais eficácia à prestação jurisdicional, além de propor a ampliação dos entes legitimados ativos.

Anteprojeto do que seria o Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado em 2002 e retomado em 2009 como projeto de Lei 5.139/2009, pretendia, entre outros objetivos, a ampliação da legitimidade ativa para as ações coletivas, flexibilização dos procedimentos e dar maior eficácia à tutela jurisdicional. Contudo, sem êxito.

Em setembro de 2019, o então presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, instituiu o grupo de trabalho perante o CNJ pela Portaria 152²¹⁹ com o propósito de fomentar o aperfeiçoamento da legislação afeita à defesa de direitos difusos e coletivos, que resultou no Projeto de lei 4.778/20²²⁰, sugerindo de uma nova lei da Ação Civil Pública.

Contudo, o grupo de trabalho desenhado pelo CNJ mal começou a desenvolver os seus estudos e já houve uma nova manifestação do Poder Executivo. De acordo com o deputado Luiz Paulo Teixeira Ferreira²²¹, a preocupação com o retrocesso legislativo diante das circunstâncias envolvendo a elaboração de uma nova lei de ACP justificaram a apresentação, sem a devida participação do grupo de trabalho do CNJ, de um novo Projeto de Lei (PL n. 4.441/20).²²²

Tal iniciativa foi cercada por críticas, pois a proposta do CNJ visava ao desenvolvimento legislativo do microssistema do processo coletivo no Brasil, posto que a proposta representaria mais um possível retrocesso à efetividade de tais direitos, pois

homogêneos, e dá outras providências, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

²¹⁹ Portaria n. 152 de 30.09.2019, da Presidência do Conselho Nacional de Justiça: “Apresentar propostas voltadas para o aprimoramento da atuação do Poder Judiciário nas ações de tutela de direitos coletivos e difusos.”

²²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.778, de 01 de outubro de 2020 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263651>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

²²¹ FERREIRA, Luiz Paulo Teixeira. **Webinar: Debates sobre os Projetos de Lei da Ação Civil Pública**. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP. Acesso em 9 de junho de 2021.

²²² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263651>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

reproduziria, em linhas gerais, o que já está no sistema, de acordo com Ricardo de Barros Leonel²²³:

O PL 4778-2020 repete, em linhas gerais, o que já está no sistema. Isso é desnecessário. Mudanças devem vir para melhorar, não para simplesmente repetir.

E melhorar aqui, significa aperfeiçoar a proteção dos direitos coletivos, e não criar obstáculos ou formalismos ao seu tratamento judicial. Há retrocessos no projeto por dificultarem, desnecessariamente, a análise das situações litigiosas.

Os exemplos trazidos pelo referido autor²²⁴, elucidam quais seriam os pontos de retrocessos contidos no Projeto de Lei n. 4.778/20:

- Criação de obstáculos formais à atuação das associações (como a autorização estatutária ou assemblear — artigo 4º, V);
- Impedimento à tutela provisória antes do exame da adequação da representação na ação movida por associação (artigo 10, §4º), o que pode pôr em risco a tutela do direito;
- Exigência de desistência de ações individuais (artigo 9º, par. único);
- Combinação da exigência de desistência à previsão de inoccorrência de interrupção da prescrição individual pela propositura da demanda coletiva (artigo 26, §4º). É orientação que contraria a funcionalidade do sistema coletivo;
- Burocrática exigência de prévia consulta, pela parte, do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, como forma de demonstração de interesse de agir (artigo 11, §2º, e artigo 15). Note-se que a finalidade do quesito é detectar casos de conexão, continência ou litispendência. Isso não tem relação alguma com o interesse de agir. Tal verificação pode ser feita, especialmente em tempos de processo eletrônico, pelos cartórios;
- Fixação da competência do foro da capital do Estado para as demandas coletivas (artigo. 14), com consequências disfuncionais: o processo sobre conflito coletivo local terá que tramitar perante juízo longínquo; além de se inviabilizar a atuação dos órgãos jurisdicionais, nas capitais, com competência para a temática coletiva, pelo excesso de processos;
- Vedação da motivação da sentença exclusivamente com a prova produzida no inquérito civil (artigo 20), desconsiderando, v.g., hipóteses em que a prova dele constante é formada por documentos, o que torna indiferente o momento de sua obtenção (se no inquérito ou em juízo);
- Previsão expressa de que a ação coletiva não interrompe prescrição de pretensões individuais (artigo 26, §5º), contrariando doutrina e jurisprudência hoje existentes. Além disso, desestimula-se a adesão dos indivíduos ao processo coletivo ou, de outra forma, cria-se armadilha para aqueles que vierem a aguardar, se ao final a ação coletiva for improcedente;
- Aplicação geral do instituto da suspensão de liminar (artigo 27, §1º), convertendo-a em meio comum de impugnação, com possibilidade de recursos especial ou extraordinário contra decisão do presidente do tribunal (artigo 27, §3º), o que é de duvidosa constitucionalidade (por ser, o cabimento destes recursos, matéria de disciplina constitucional);
- Eliminação dos incentivos relacionados com o custo do processo, e imposição do sistema geral do CPC, dificultando as ações coletivas por parte de associações, trazendo, ainda, regra que pretende desestimular a atuação do Ministério Público e das Defensorias (artigo 35);

²²³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Ações Coletivas**: notas sobre competência, liquidação e execução. São Paulo: Repro, ano 31, 2013. p. 30.

²²⁴ Ibid., p. 31-51.

- Falta de disciplina apropriada das perícias, liquidação e execução, verdadeiros gargalos dos processos coletivos;
- Eliminação da disciplina hoje existente (ainda que incompleta) com relação ao inquérito civil.

Não diferentemente, Antonio Gidi²²⁵ tece com propriedade inúmeras críticas ao Projeto apresentado pelo CNJ, focando seus apontamentos em especial a três situações:

Neste artigo me limitarei a comentar apenas as três normas mais perversas: a não interrupção da prescrição individual na pendência da ação coletiva e as duas normas sobre despesas e sucumbência. A genialidade dessas normas é que elas são aparentemente neutras: o leitor desatento, aquele que desconhece a realidade dos conflitos de massa, não compreenderá como elas afetam o delicado equilíbrio das ações coletivas, prejudicando sistematicamente os grupos e beneficiando sistematicamente os réus.

Primeiro, o artigo 26, parágrafo 4º do Projeto do CNJ estipula que “*a propositura da ação coletiva não interrompe a prescrição para ações individuais*”, ou seja, caso o processo coletivo seja extinto sem o julgamento de mérito após o transcurso do prazo de prescrição, todos os membros do grupo de classe perderão o direito e, conseqüentemente, não poderão propor as demandas individuais. Tal posicionamento é, evidentemente, um retrocesso à efetividade dos direitos da coletividade e não condiz com o posicionamento consolidado pelo STJ sobre o tema.²²⁶

Afinal, se um dos propósitos de uma ação coletiva é justamente reduzir o número de demandas individuais por intermédio de decisões assertivas e efetivas, de aplicabilidade e efeitos *erga omnes*, a toda população, não faz sentido gerar insegurança jurídica que levará, como resultado do descrédito no resultado do processo coletivo, no aumento das ações individuais, mesmo diante da existência de ação coletiva em curso sobre o mesmo objeto.

Sobre a questão da interrupção do prazo prescricional das pretensões individuais, Antonio Gidi²²⁷ afirma que:

O Projeto CNJ deveria ter corrigido o erro do STJ e previsto expressamente que o prazo prescricional na ação coletiva é o mesmo do direito material pleiteado e que a propositura da ação coletiva interrompe o prazo prescricional das pretensões individuais. Claramente não houve interesse político para resolver essa questão da melhor forma para os cidadãos brasileiros.

²²⁵ GIDI, Antônio, 2020, s/p.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.878.630-SP**. Relator: Ministro Sérgio Kukina em 24/09/2020: "É firme nesta corte o entendimento segundo o qual o ajuizamento de ação coletiva interrompe a prescrição para fins de manejo de ação individual". Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1878630&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 15 de janeiro de 2022.

²²⁷ GIDI, Antônio, 2020, s/p.

Com relação a aplicação da reparação fluída, objeto deste trabalho, a questão da prescrição do direito material que é tutelado por uma ação coletiva merece atenção. Não há que se confundir o prazo anual, previsto no artigo 100 do CDC, como sendo prescricional. Ademais, mesmo após o início da execução coletiva – e até mesmo da conversão da indenização global ao fundo público – enquanto o prazo prescricional não se escoar, haverá a possibilidade de pleitear individualmente o benefício da sentença genérica. E assim, em uma interpretação amparada pela busca da proteção do consumidor, assume-se uma postura de efetividade da tutela jurisdicional em relação ao prazo prescricional.

Em um segundo momento, o autor volta-se a outros dois pontos de discórdia contidos no PL n. 4.778/20, precipuamente sobre as despesas e sucumbência para as associações. A razão da indignação reside no fato de que, ao contrário da principiologia sistêmica aplicável que visa, objetivamente, fomentar o acesso efetivo à Justiça, a proposta de alteração dos artigos 87 do CDC²²⁸ e 18 da LACP²²⁹, dispositivos legais essenciais na história de evolução do processo coletivo brasileiro.

De acordo com o Projeto CNJ, ao prever em seu artigo 35 que "aplicam-se às ações coletivas as regras relativas às custas e à sucumbência do Código de Processo Civil", subverte a ordem, até então, natural das coisas, exigindo, caso venha a ser acatado, que as associações se vejam obrigadas a recolher custas de substancial monta para que seja possível a propositura de uma ação coletiva. Obviamente, em razão da natural grandeza dos direitos e relevância dos fatos abordados em demandas coletivas com grande apelo pecuniário/ressarcitório, tais custas podem ser significativas, desestimulando, por si só, a propositura de ações coletivas meritórias.²³⁰

Ainda, caso o malfadado artigo 35 do Projeto CNJ seja aprovado, caberá o pagamento de honorários sucumbenciais nos termos do CPC em caso de insucesso judicial pelas Associações, ou seja, a perda de uma simples ação poderá levá-las à falência. Cria-se, portanto, um sistema de custo elevado às partes, inclusive vedando a compensação em caso de sucumbência parcial.

²²⁸ Art. 87, CDC. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

²²⁹ Art. 18, LACP. Nas ações de que trata esta Lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.

²³⁰ GIDI, Antônio, 2020, s/p.

Já quanto a terceira norma trazida em evidência, Antônio Gidi²³¹ tece duras críticas ao parágrafo único do artigo 35, PL n. 4.778/20, pois representa em sua visão mais um retrocesso na busca de efetividade às ações coletivas. Tal artigo prevê que entidades como o Ministério Público e a Defensoria Pública serão responsáveis pelos ônus sucumbenciais, se a ação coletiva for "tida como manifestamente infundada, por decisão unânime".

O Agravo Interno em Recurso Especial no 1.358.439-RJ, de relatoria do Ministro Og Fernandes, debateu o cabimento de condenação do Requerido ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, em sede de Ação Civil Pública. A conclusão foi, em conformidade ao entendimento predominante e majoritário no STJ, de que tal condenação é inviável²³².

Cumprе salientar que, nas ações coletivas, há um regime especial de pagamento de custas e honorários advocatícios previsto no artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, caso a ação coletiva seja julgada improcedente, a LACP, em seu artigo 18, dispõe que não é cabível a condenação da associação autora em honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé.

Adriano Andrade, Landolfo Andrade e Cleber Masson²³³ apontam que eventual imposição do pagamento de honorários advocatícios ao autor que atue com má-fé, a rigor, não consiste em um ônus da sucumbência, mas sim sanção decorrente da litigância de má-fé, de tal sorte que é possível a hipótese de que o autor reste vencedor no processo – e, conseqüentemente, não sucumbente – e seja condenado a pagar aqueles valores caso tenha agido com má-fé.

O caso em questão cuida, na origem, de ACP ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, contra o Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro – DETRO/RJ – e outras 108 empresas permissionárias de transporte coletivo intermunicipal de passageiros por ônibus.

O ente ministerial pleiteia a declaração de nulidade de todos os instrumentos delegatários outorgados sem prévia licitação.

²³¹ Ibid., 2020, s/p.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.358.439-RJ**. Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, 10 de setembro de 2021, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202363606. Acesso em: 2 de fevereiro de 2022.

²³³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo, op. cit., p. 336.

Levando o caso à Corte Cidadã, o ente defende a possibilidade de condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios em ações civis públicas propostas pelo MP, aduzindo que é contraditório o STJ admitir o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, e não reconhecer a obrigação em favor do Fundo do Ministério Público.

Contudo, o entendimento predominante foi no sentido contrário, ao se consignar que descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em ação civil pública, quando inexistente má-fé, como ocorre com a parte autora.

Assim, por uma questão de aplicação do princípio da simetria, a previsão do art. 18 da LACP deve ser interpretada também em favor do requerido em ação civil pública, de modo que impossível a condenação do MP ou União em honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé, também os impede de serem beneficiados quando vencedores na ACP.

Chega a ser forçoso, se não fosse jocoso, imaginar que o CNJ se esqueceu dos princípios e regras que alicerçaram suas próprias formas no sentido de fomentar um ambiente de estabilidade e segurança.

Sendo desnecessário prolongar, o singular argumento constitucional que tais entidades, como os membros do Ministério Público, são dotados de independência funcional para propor ações dentro de seu âmbito de atribuição e as instituições não podem impedi-los, é suficiente para a demissão esperada da ideia trazida pelo PL do CNJ, pois, ao final, se tal situação de necessária interpretação subjetiva se concretizar, a conta será paga com recursos dos cofres públicos, uma verdadeira subversão da ordem.

Em caráter conclusivo, Antônio Gidi transversa o PL n. 4.778/20:

A prática e a doutrina das ações coletivas chegaram a um nível demasiadamente elevado para retroceder. Se o Projeto CNJ for promulgado, o Direito Processual Civil coletivo brasileiro retrocederá quatro décadas, e voltaremos para um estágio anterior à Lei da Ação Civil Pública, de 1985. Os juristas brasileiros do futuro olharão para trás sem entender o que aconteceu. Perderemos espaço na vanguarda e passaremos a ter vergonha: de motivo de inveja mundial, passaremos a ser objeto de desprezo. E ainda há o sério risco de que o Congresso transforme o Projeto CNJ em algo ainda pior: o Projeto CNJ é muito ruim, mas não tão ruim que não possa ser piorado.

[...]

O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública é uma traição aos princípios do processo coletivo e aos interesses dos brasileiros. Se levado adiante, será uma mácula no jovem Conselho Nacional de Justiça. Que tenha a recepção que mereça.

Diante de todas essas antinomias jurídicas, foi finalmente apresentado um novo Projeto, o PL n.1.641, de 29 de abril de 2021, denominado de “Projeto de lei Ada Pellegrini Grinover” em substituição aos PL n. 4.441/20 e PL n. 4.778/20.

O projeto propõe importantes avanços em relação à legislação vigente pela união dos benefícios obtidos na construção do sistema processual e material coletivo após a CF-88, compatibilizados com a construção jurisprudencial afeta aos direitos transindividuais.

Para manter-se a congruência com o tema do presente estudo, o enfoque será dado somente aos aspectos que mais interferem no resultado efetivo do processo coletivo contidos no Projeto de Lei n. 1.641/2021 em trâmite na Câmara dos Deputados Federal, ou seja, alterações legislativas que poderão interferir, positiva ou negativamente, na efetividade que se almeja às decisões judiciais em demandas coletivas.

De início, o Projeto de Lei n. 16.41/20 elenca os princípios e fundamentos que deverão conduzir o processo coletivo brasileiro, concluindo, neste contexto, com a clara conceituação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Outro elemento interessante consiste no disposto em seu artigo 4º, inciso II, ao prever a ampliação do rol de direitos que possam servir de objeto para a ação civil pública, ao contrário do previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85.

Art. 4º. Sem prejuízo de outras ações coletivas previstas em lei, a ação civil pública pode ter por objeto:

I – a prevenção, a preservação ou a reparação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição), ao meio ambiente laboral, ao consumidor, ao trabalhador, à saúde, à educação, ao patrimônio público, cultural e social, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos étnico-raciais e diversidades, incluída a proteção dos povos indígenas, quilombolas e tradicionais, e religiosos, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

II - a prevenção ou a reparação de qualquer outro direito difuso, coletivo ou individual homogêneo de qualquer natureza.

Desta forma, o instrumento processual deverá sempre voltar-se para a "prevenção ou a reparação de qualquer outro direito difuso, coletivo ou individual homogêneo de qualquer natureza", o que representa um avanço na concreção de direitos coletivos, estejam eles previstos ou não de maneira taxativa na lei.

Por seu turno, o PL n. 1.461/20 ao tratar dos legitimados das associações para propositura de ACP, descreve em seu artigo 7º que a atuação demandará antecipada autorização

estatutária e, mesmo na tentativa de se abrandar os critérios para que haja uma adequada representação, acaba relativizando os requisitos exigidos em caso de manifesto interesse social, qualificando e aperfeiçoando a defesa dos direitos transindividuais por estas entidades comumente ausentes.

Já em relação à interrupção da prescrição, o artigo 18 não apenas define que a ação civil pública interrompe a prescrição para pretensões coletivas e individuais relacionadas aos mesmos fatos, mas também apresenta detalhes de como a prescrição será computada e casos de imprescritibilidade:

Art. 18. A propositura da ação civil pública interrompe a prescrição das pretensões coletivas e individuais baseadas no mesmo conjunto de fatos.

Portanto, o legislador agiu acertadamente em demover qualquer resquício de involução que possa servir de desestímulo à efetividade dos direitos transindividuais, não só mudando o paradigma dos projetos anteriores como também definindo detalhes em casos de imprescritibilidade.

Quanto aos efeitos da coisa julgada, o PL n. 1.641/21 preconiza em seu artigo 32, que os efeitos são *erga omnes*, ultra partes e aplicáveis em todos território nacional, ainda que preservada a situação da coisa julgada em caso de improcedência por falta de prova. Verifica-se que a proposta buscou facilitar a propositura de uma nova ação com fundamento em prova não considerada em demanda precedente e que possa reverter a improcedência, não mais se exigindo a demonstração da impossibilidade de produção, conforme previam os PL 4.441/20 e 4.778/20.

Vale destacar, ainda sobre a coisa julgada na ação civil pública, que em caso de decisão favorável à coletividade, o processo individual, antes suspenso, converte-se automaticamente em processo de liquidação e execução (art. 32, §5º).

Art. 32. A sentença de mérito de procedência ou improcedência da demanda faz coisa julgada erga omnes em todo o território nacional.

[...]

§ 5º. A superveniência da coisa julgada coletiva favorável converte o correspondente processo individual em processo de liquidação e execução.

Outro ponto quanto ao PL 1.641/21 é o estímulo dado à autocomposição, como se verifica nos artigos 14,II, 15, 22, §4º, bem como no capítulo "Da Autocomposição Coletiva" que, nos artigos 37 a 43, apresentam os princípios que devem nortear as partes e o julgador,

assim como os mecanismos para o melhor atendimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, todos passíveis de atingir uma solução consensual, e, quando tratar-se de direitos indisponíveis, obrigatória a homologação pelo juiz e intervenção do Ministério Público.

Por fim, o capítulo VI do PL n. 1.641/21 intitulado "Da conversão da Ação Individual em Ação Coletiva", consubstancia-se em uma nova tentativa de reviver aquilo que restou vetado do novel CPC, que pretendia a conversão de ações individuais em coletivas, quando houvesse relevância social e dificuldade de formação de litisconsórcio, em razão do risco de falta de critérios sem, contudo, deixar de considerar a sua importância semântica ao indicar que o instrumento adequado para tais previsões é propriamente a LACP.

Os avanços propostos no Projeto de Lei n. 1.641/21 são relevantes e aguardados pela sociedade, pois são um importante reforço à defesa dos direitos transindividuais e buscam aprimorar o tratamento conferido “simbioticamente” pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

No contexto das propostas legislativas que visam trazer novas perspectivas em termos de efetividade no cumprimento das decisões coletivas, evidencia-se que o instituto da *fluid recovery* possui posição de destaque nos anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo apresentados pela doutrina brasileira. É estreme de dúvidas que a ideia do legislador foi fomentar a sistemática da reparação fluída nas ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos da forma prevista no art. 100 do CDC.

No anteprojeto de Antonio Gidi²³⁴, o instituto é denominado “indenização individual global” e se encontra no art. 27. No Código Modelo para Ibero-América, a influência é sentida no art. 24. O anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP²³⁵ denomina a técnica de “liquidação e execução pelos danos globalmente causados” no art. 36.

²³⁴ GIDI, Antônio. **Código de Processo Civil Coletivo**. Um Modelo Para Países de Direito Escrito. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

²³⁵ A comissão de Juristas nomeada pelo IBDP para elaboração do Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover possuía a seguinte composição: Presidente - Paulo Henrique dos Santos Lucon; Coordenador - Kazuo Watanabe; Integrantes - Camilo Zufelato, Carlos Alberto de Salles, Daniel Mitidiero, Dierle Nunes, Edilson Vitorelli, Elton Venturi, Felipe Bragantini de Lima, Fredie Didier Jr., Gisele Fernandes Góes, Gustavo Osna, Hermes Zaneti Jr, José Herval Sampaio Jr, Júlio Camargo de Azevedo, Luana Pedrosa de Figueiredo Cru, Luiz Henrique Volpe Camargo, Marcelo Sodré, Marco Félix Jobim, Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, Ricardo de Barros Leonel, Sérgio Cruz Arenhart, Susana Henriques da Costa e Trícia Navarro.

O § 2º do art. 40 do anteprojeto da UERJ/UNESA também prevê a adoção do instituto nos mesmos moldes. E, segundo Tício Spínola Gomes²³⁶:

Fica patente a existência de certa inércia doutrinária sobre o instituto, estando evidenciada a necessidade de pesquisa aprofundada para melhor compreensão da técnica, contribuindo para as desejadas respostas do judiciário às demandas de massa.

Portanto, dentre outras propostas de aprimoramento do arcabouço legislativo aplicável às ações coletivas, vê-se nitidamente a preocupação com o aprimoramento de mecanismos que conferem mais efetividade e, conseqüentemente, o atingimento do resultado prático esperado pela coletividade.

Da justificção que acompanha o Projeto de Lei n. 1.641/21²³⁷, é possível identificar diversos traços evolutivos que, não obstante a demora na solidificação de alguns em detrimento de outros, o critério maior da efetividade continua sendo a estrela-guia de todo o microssistema, a saber:

De um modo geral, almejou-se, com o atual substitutivo, melhor harmonizar as disposições já dedicadas tanto ao processo coletivo, como também à tutela coletiva extrajudicial, por legislações esparsas. Buscou-se aperfeiçoar e unificar o atual microssistema processual composto fundamentalmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicando-lhe, ainda, algumas das técnicas e procedimentos recentemente previstos pelo Código de Processo Civil, pela Lei de Mediação e por Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

[...]

Nesse mesmo objetivo, o substitutivo procurou ainda incorporar a jurisprudência consolidada pelos tribunais superiores, notoriamente pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, relacionada ao processo coletivo. A questão, também aqui, dedica-se a conferir integridade e coerência ao sistema – aproveitando-se a rica construção realizada nas Cortes Superiores que contribuiu para o avanço do tema em todo o território nacional. Ainda de um modo amplo, a atual proposta voltou-se a suprir lacunas ou obscuridades antes existentes. Como exemplo, temas fundamentais para a concretização da tutela coletiva, tais como os relacionados ao financiamento das ações coletivas e ao cabimento e procedimentos de solução consensual dos conflitos coletivos como meios adequados para sua resolução, tanto em âmbito judicial quanto fora dele, passam a receber disciplina expressa.

Também se buscou aperfeiçoar o regime do inquérito civil ampliando a participação em contraditório para a formação da convicção do investigador e intentando, também aqui, fomentar a solução pacífica das controvérsias, um dos mais caros e importantes objetivos do Estado brasileiro contra a judicialização excessiva.

²³⁶ GOMES, Tício Spínola, op. cit., p. 105.

²³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.641, de 24 de abril de 2021 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Disciplina a Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806>. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

Assim, o PL n. 1.641/21, criado em substituição aos PL 4441/2020 e PL 4778/2020, propõe algumas importantes alterações visando maximizar a eficácia, eficiência e, especialmente, a legitimidade de nosso sistema de tutela coletiva. São substanciais avanços de ordem material e processual, dentre os quais, dada a pertinência temática ao presente trabalho, destacam-se os seguintes pontos:

Inclusão de artigo específico sobre princípios que regem a tutela coletiva, trazendo à evidência as peculiaridades da matéria, com a criação de um ambiente axiológico favorável à sua aplicação e compreensão do instituto como um todo.

O PL n. 1.641/2021 define tratamento específico e especializado para os direitos individuais homogêneos. Com maior extensão, a proposta pretende disciplinar as hipóteses em que se faz adequada a tutela coletiva de outras situações, em que se busca uma tutela puramente declaratória. Evidencia-se, portanto, a tendência de aprimorar o tratamento dos direitos individuais homogêneos e as figuras que o acompanham, como, por exemplo, a reparação fluída.

Almeja-se, igualmente, a atuação ativa e responsável da sociedade civil com a ampliação do rol de legitimados para se garantir o ajuizamento da ação coletiva também aos partidos políticos, aos sindicatos e à OAB, como forma de reconhecimento do protagonismo que desempenham na sociedade. Neste sentido, são suprimidas as menções restritivas à legitimação das associações.

Disciplina-se expressamente a possibilidade de cumulação de pedidos de forma ampla e para a permissão de adequação do objeto até que se atinja a maturidade do processo e, assim, chegar-se ao julgamento justo e correto da demanda sem desrespeitar as peculiaridades de cada caso concreto que, por sua vez, serão mais bem analisadas na instrução do processo.

Altera-se a regra de definição de competência jurisdicional para as ações coletivas, firmando como competente o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação, omissão, dano ou ilícito. Observa-se, portanto, a adoção de um moderno critério de competência adequada para a resolução de conflitos envolvendo situações de conflito positivo.

Quanto a prescrição no caso dos direitos coletivos e difusos, o projeto remete à disciplina geral do Código Civil, sempre que não houver legislação específica prevendo prazos diversos, sendo contada a partir da ciência pública e inequívoca da ameaça, da lesão ou da sua cessação, ou do conhecimento de seus efeitos nocivos. Ainda, o substitutivo prevê a

imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário e fundadas na prática de ato de improbidade doloso e a imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental, nos termos da jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a novel tendência constante no CPC-2015, passa-se a adotar, como regra, a audiência de saneamento compartilhado, fomentando a composição, antes, durante e depois que o juiz determinar a realização de audiências específicas para autocomposição dos conflitos coletivos. A realização de audiências é de extrema valia, pois, além de fornecerem informações concretas que auxiliarão sobremaneira na justa solução judicial justa (?) do conflito, buscam atingir o espírito do legislador, fornecerão por meio da composição, uma melhor resposta consensual e adequada (art. 22).

A preocupação do legislador com a autocomposição coletiva se torna ainda mais evidente, pois consolida o gênero como comum aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e, assim, as peculiaridades de cada situação concreta sejam efetivamente respeitadas. Destaca-se o artigo 37, com a inclusão de princípios afetos ao tema, permitindo expressamente a autocomposição coletiva por adesão dos titulares de direitos individuais.

As regras de execução e cumprimento de decisões foram aprimoradas com a ampliação das hipóteses de delegação de atividades aos fundos ou entidades específicas, permitindo que o conceito de tutela estrutural sirva como instrumento de adequação aos parâmetros legais ou constitucionais aplicáveis.

Seguindo a tendência em doutrina consolidada pelo CPC-2015, as hipóteses de dispensa de remessa necessária, previstas no aludido diploma, também se aplicam à tutela coletiva.

Quanto à coisa julgada, optou-se por aplicar o regime de sua formação independentemente do resultado do processo, disciplinando as regras aplicáveis aos efeitos da decisão coletiva, que passam a constar expressamente que a coisa julgada tem eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* em todo o território nacional.

Em relação aos procedimentos investigatórios e ao inquérito civil, é dado um novo tratamento, respeitando-se, ainda, as peculiaridades afetas a cada matéria de acordo com o que foi disciplinado em detalhes pelos órgãos colegitimados e, no caso do inquérito civil, pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Ainda em relação aos procedimentos administrativos, uma vez identificada conexão entre investigações existentes no mesmo órgão legitimado, é permitida a reunião de atos conjuntos ou concertados entre diversos legitimados e a estipulação de princípios do procedimento investigatório, com destaque para a participação do investigado no contraditório, regulada no art. 34, cumprindo-se o devido processo legal no sentido amplo.

Almeja-se, ainda, com a incorporação de convenções processuais antes e durante o processo, inclusive na fase de execução e de cumprimento da sentença, atacar a litigiosidade repetitiva, com a possibilidade da adoção de protocolos processuais coletivos em situações envolvendo litigantes habituais.

A possibilidade de conversão de ações individuais em coletivas é aprimorada, determinando que deverá ser requerida por legitimado e permitindo sua efetivação ao conjunto de fatos que resulte em tutela difusa, coletiva ou individual homogênea.

Neste ponto, conquanto o evidente papel de destaque ocupado pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no tratamento das questões de massa, há pontos de atenção exclusivos às discussões coletivas que não são enfrentados de maneira efetiva por meio do IRDR, pois sua instauração somente ocorre após a propositura de uma quantidade enorme de demandas individuais repetitivas, que afetam a segurança jurídica e o tratamento isonômico dos jurisdicionados. De acordo com a proposta, a ideia é que ambos os institutos atuem em complemento e integração, voltados à resolução de um dos mais graves problemas do judiciário brasileiro (excesso de demandas individuais e litigância repetitiva).

Por outro lado, o PL n. 1.641/2021 prevê com destaque a suspensão dos litígios individuais pendentes de resolução quando versarem sobre o mesmo conjunto de fatos. Isso se dá pela perspectiva vanguardista do projeto, a partir do enfoque de que se deve ter: prevalência à solução do processo coletivo em relação ao processo individual, inclusive quando da conversão das ações individuais em coletivas, seja porque tem a solução coletiva aptidão de resolver os casos individuais, com o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, seja porque, do ponto de vista da eficiência (art. 8º, CPC-2015) e da análise econômica do direito, faz todo o sentido alocar recursos e esforços para se alcançar a solução no processo coletivo.

Por fim, e não menos importante para a proteção das minorias vulneráveis, o projeto passa a prever, ao lado da ação civil pública para tutela coletiva das comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais, uma ação por representação na qual esses grupos podem proteger autonomamente seus interesses.

Diante disso, fica evidente a preocupação do legislador em traçar as diretrizes basilares do projeto substitutivo com o propósito de harmonizar e aprimorar a proteção coletiva no direito brasileiro, mediante a adoção de técnicas e procedimentos que possam efetivamente garantir a concretização da tutela coletiva não somente dos direitos individuais, mas, especialmente, dos direitos transindividuais.

Verifica-se, pois, que a recente proposta de alteração substancial da legislação relativa ao universo do direito processual coletivo no Brasil traz elementos que remetem, mesmo que a passos lentos, a horizontes mais favoráveis à sociedade em termos de efetividade ao cumprimento das decisões coletivas.

6. CONCLUSÃO

De acordo com os objetivos traçados no início do presente trabalho, a perspectiva adotada centrou-se na análise do processo coletivo, especialmente a tutela jurisdicional voltada à proteção dos interesses individuais homogêneos nas relações de consumo.

Buscou-se investigar e apresentar a aplicação do mecanismo da reparação fluída (*fluid recovery*), na posição de meio singular de liquidação e execução da tutela de direitos individuais homogêneos, com recorte à proteção do direito material dos consumidores em coletividade, permitindo-se, desta forma, a eficaz reparação coletiva de danos individuais que, muitas vezes, padecem de efetividade na concreção da reversão dos direitos garantidos em lei no plano da realidade.

Tal instituto, insculpido sob a ótica dos valores da efetividade, instrumentalidade das formas e economia processual – sendo estes constituintes do corolário lógico do acesso à Justiça – corresponde a uma resposta da massificação das relações, sobretudo comerciais, nas quais se entabula as de natureza consumerista. Nesse contexto é que se permite a ocorrência de um fenômeno que contrapõe a efetiva reparação das lesões aos direitos individuais homogêneos. Não raro, as vítimas de lesões de baixo ou quase insignificante grau se sentem desestimuladas a propor demandas de liquidação de sentença coletiva para realizar a quantificação e receber os valores indenizatórios que lhe são devidos.

Denota-se que, na *fluid recovery*, ou reparação fluída, há uma liquidação do prejuízo globalmente causado pelo fornecedor, em uma execução coletiva dos direitos individuais homogêneos promovida pelo próprio legitimado ativo do processo, no qual o produto desta execução é, então, revertido para um fundo público e destinado a finalidades correlatas com o dano reconhecido na sentença condenatória genérica.

Em seção introdutória desta pesquisa, fez-se uma recapitulação histórica da evolução do processo coletivo, para se entender o patamar em que essas ações se encontram atualmente, sobretudo no contexto brasileiro. Observou-se que os interesses difusos e coletivos obtiveram efetiva representatividade na transição do Estado Liberal para o Social, em que há uma ampliação do entendimento de processo. Se antes visava essencialmente à proteção individual e, basicamente, patrimonial, passa então a ser visto como um instrumento de concreção de direitos e interesses metaindividuais.

Com o término da 2ª Guerra Mundial, urge o consenso quanto à necessidade, reconhecimento e a afirmação de uma nova ordem de interesses de fraternidade e solidariedade, advindos da comunhão dos direitos de terceira dimensão, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Pela promulgação da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, o Brasil passou a fazer parte dos países que adentraram à segunda onda renovatória de acesso à Justiça, justamente pela preocupação em sua essência positivista de proteção aos direitos coletivos. Viu-se, assim, que o processo coletivo brasileiro, como conhecido, foi orientado pela determinação abstrata de tais interesses, constituindo-se, na forma do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Em outro ponto, explorou-se, ainda em considerações conceituais, a condição de vulnerável que é atribuída, por lei, ao consumidor, advindo a ideia de que o fornecedor detém, para si, o monopólio da capacidade administrativa e, propriamente, técnica de desenvolver e distribuir determinado serviço ou produto. E, assim, o Código previu, processualmente, a tutela coletiva dos direitos do consumidor (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), o que se dá no contexto da sociedade de consumo de massa, sob uma nova perspectiva da relação comercial com o fornecedor, não só sob o escopo individual, mas também pelo olhar de toda a comunidade que consome aquele determinado produto ou serviço, oferecido ou prestado.

A tutela jurisdicional coletiva dos direitos do consumidor persegue a ideia de que a previsão de novos instrumentos e a determinação de um papel mais ativo do juiz têm o intuito de alocar a parte vulnerável em condições de paridade com a parte mais capacitada, com o fito final de reequilibrar uma relação processual desigual.

A flexibilização havida no instituto processual da legitimidade, ao tratar de direito processual coletivo, em que se observa a figura da legitimação extraordinária, é prevista na parte final do artigo 18 do CPC. E, portanto, trata-se de situação em que um terceiro defende um interesse alheio em juízo em nome próprio, o que ocorre a partir da figura da substituição processual. Em um duelo da natureza processual da flexibilização analisada, a referida substituição processual trata, de fato, de uma legitimação extraordinária, prevista em Lei.

Sob reflexão dos institutos processuais, na seara coletiva, a única sentença que vincula os indivíduos à sua coisa julgada material é a que se classifica como *secundum eventum*

litis in utilibus, porque de procedência, podendo o indivíduo se valer dela, liquidá-la e executá-la em seu foro de domicílio.

Já no contexto da liquidação e execução da sentença genérica, a sua ocorrência pode se dar individual ou coletivamente. No segundo caso é que se insere a *fluid recovery*. A partir do artigo 100 do CDC, decorrido o prazo anual para habilitação dos interessados, fica autorizado aos legitimados do artigo 82 do mesmo código, se o número de vítimas habilitadas for incompatível com a gravidade do dano, a procederem com a liquidação e execução da sentença genérica coletiva.

Trata-se de extensão da legitimação coletiva que permite uma reparação fluída (*fluid recovery*), cuja finalidade está em não permitir, diante da ausência de titulares de direitos individuais, que o autor do ilícito deixe de responder patrimonialmente pelos danos que causou.

O instituto remonta ao longo histórico de *class actions* dos Estados Unidos da América, em que há, na execução, uma maior liberalidade no modo como ela se dá, com fundamento na sua Regra 23. Como resultado, houve a confecção da reparação fluída a partir dos precedentes, no contexto de processos coletivos no direito norte-americano em que há um número significativo de membros da coletividade ausentes, em virtude da impossibilidade de identificação ou impossibilidade de se realizar uma intimação individual a cada um deles.

Possui marcadamente caráter residual e eventual, pois o instituto só se aplica no caso em que a regra geral – a execução individual da sentença genérica - falhar ou não constituir, na realidade, uma efetiva implementação do comando judicial.

Em diálogo a essa característica, o prazo anual estabelecido no artigo 100 do CDC é autorizativo para o surgimento da legitimidade das entidades autorizadas para proceder com a liquidação e execução coletiva da sentença. É a partir dele que surge a necessidade de averiguação do grau em que foi possível, individualmente, converter a sentença para a coletividade.

E, nesse contexto, analisou-se também o seu segundo requisito de aplicação, isto é, a averiguação do número de liquidações, se compatível ou incompatível com a gravidade do dano. Na situação da reparação fluída, a quantificação do dano deve ser realizada a partir da análise de sua extensão verificada a partir da estimativa, considerando uniforme o direito tutelado. Já os danos individualmente diferenciados – não homogêneos – não podem ser levados

em consideração na *fluid recovery*, pois são baseados em situações excepcionais e pessoais que não podem ser presumidos.

Desse modo, a reparação fluída busca corrigir distorções, precipuamente nos casos em que o agente causador enseja pequenos danos a um universo substancial de pessoas, gerando um benefício global a ele, em consequência da impunidade garantida pelo fato de poucos reclamarem a reparação desse dano individual pouco representativo. A sua aplicação, portanto, é essencialmente guiada pela busca da efetividade na prestação jurisdicional.

Considera-se que o referido instituto processual carece de maior atenção pelos operadores do direito. Ao mesmo passo de crítica, sua aplicação pode servir como meio subsidiário e de finalidade difusa (direitos tipicamente difusos) para dar efetividade ao cumprimento das decisões coletivas em situações nas quais, por exemplo, o número de liquidações é conflitante com a gravidade do dano causado, dando ensejo de fato ao acesso à justiça.

Deste modo, apontadas as principais conclusões alcançadas com a pesquisa, é possível afirmar que a reparação fluída consiste em um instituto que busca trazer maior eficácia à tutela jurisdicional coletiva sobre direitos e interesses individuais homogêneos, muitos deles com origem nas relações de consumo. Tal perspectiva, mesmo que ainda de maneira tímida, fará com que tais demandas sejam dotadas de maior racionalidade, especialmente sobre o aspecto punitivo e pedagógico, evitando-se, desta forma, a proliferação de novas condutas ensejadoras de danos à tal coletividade.

Igualmente, a *fluid recovery* pode ser, de fato, considerado um importante instrumento do acesso efetivo à Justiça e a concretização do devido processo legal coletivo. Com efeito, a previsão normativa do instituto contida no artigo 100 do CDC, em que pese a necessidade de constante aprimoramento e de melhorias tal qual aquelas já existentes no direito comparado como, por exemplo, a criação de um conselho gestor do fundo criado especificamente para o caso ou por meio do incentivo de práticas de autocomposição.

Todas essas questões apontam para a relevância do debate sobre o instituto executivo coletivo indireto. A presente pesquisa buscou contribuir à discussão, mas sem a intenção de esgotar o tema, para compreender a melhor forma de extrair benefícios deste instrumento em prol da eficiente reparação de danos em litígios coletivos de natureza individual homogênea, cujo escopo individual não representa uma significância, mas em uma macro ótica se apresenta com um volume considerável.

Almeja-se que o instituto da *fluid recovery* no Brasil seja devidamente valorado pelo Judiciário de acordo com a sua importância para o microsistema da tutela coletiva e, com o aperfeiçoamento de suas características, principalmente, de suas finalidades, possa garantir efetividade, eficácia e eficiência às decisões coletivas, figurando como vetor de concreção da Justiça, com a ativa reparação às vítimas, ainda que de forma indireta, tendo em vista os benefícios decorrentes de políticas do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. São Paulo: Atlas, 2014.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. v.1: fundamentos de direito coletivo; ação civil pública; ação popular; mandado de segurança coletivo; direito do consumidor; improbidade administrativa. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: REDP, ano 11, v. 18, n. 1, janeiro/abril de 2017.

ASSIS, Araken de. Substituição processual. *In*: (Org.) DIDIER JR., Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

BARBOSA E SILVA, Érica. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BARROS LEONEL, Ricardo de. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

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

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *In*: Milaré, Édís (Coord.) **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.641, de 24 de abril de 2021 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Disciplina a Ação Civil Pública. Brasília: Câmara dos

Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806>. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263651>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.778, de 01 de outubro de 2020 (apensado ao PL n. 4.441/2020)**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263651>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.139, de 29 de abril de 2009 ((apensado ao PL n. 4.441/2020))**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17913.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995**. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá

outras providências, 1995. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19008.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código de Processo Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Conflito de Competência n. 113.523-RJ**. Relator Min. Ministro Castro Meira, de 23/02/2011. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=113523&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 22 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 510.150/MA**.

Relator: Min. Luiz Fux, de 17 de fevereiro de 2004, s/p. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300078957&dt_publicacao=29/03/2004. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Interno em Recurso Especial no 1.358.439-RJ**. Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, 10 de setembro de 2021,

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202363606. Acesso em: 2 de fevereiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **AgRg no Ag n. 1.391.935-SC**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques de 19.5.2011. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002292958&dt_publicacao=31/05/2011. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.030.569/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin de 03.12.2009. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800336810&dt_publicacao=23/04/2010. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial no 1.554.599-PR**. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 20 de fevereiro de 2019, Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501646179. Acesso em: 2 de fevereiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.872.048-RS**.

Relatora: Min. Nancy Andrichi, de 23/02/2021. RB, vol. 670, p. 196. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903012109&dt_publicacao=01/03/2021. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.741.681/RJ**.

Relatora: Min. Nancy Andrichi, de 23/10/2018. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1741681&b=ACOR&p=false&l=10&i=23&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.610.932/RJ**.

Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 27 de abril de 2017. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1610932&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.187.632/DF**.

Relator: Min. João Otávio Noronha, de 05/06/2012. RSTJ, vol. 240, p. 1044. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1187632&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.156.021/RS**. Rel. Min. Marco Buzzi. Julgamento: 06 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901717731&dt_publicacao=05/05/2014. Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Recurso Especial n. 1.878.630-SP**. Relator: Ministro Sérgio Kukina em 24/09/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1878630&b=ACOR&p=falae&l=10&i=4&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 15 de janeiro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 532 do STJ**. Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27532%27>. Acesso em: 12 de dezembro de 2021.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (9ª Vara Cível Federal de São Paulo). **Ação civil pública nº 5009507-78.2018.4.03.6100**. Julgamento: 18.03.2021. Disponível em: <https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2021/2021-03-24-microsoft.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (1ª Vara Cível da Capital). **Ação Civil Pública n. 0828920-36.2021.8.15.2001**. Distribuição: 23.07.2021. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2020/06/0834075-54.2020.8.15.2001.pdf>. Acesso em: 8 de dezembro de 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (15ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0013593-76.2016.8.19.0052**. Des. Milton Fernandes De Souza em 21/07/2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/881200172/apelacao-apl-135937620168190052>. Consulta em: 12 de dezembro de 2021.

Buschkin, Ilana T., **The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy -- Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts** (September 1, 2005). Cornell Law Review, Vol. 90, September 2005, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2084220>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade no direito comparado**. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, 1984.

CARMO, Isaias do; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVEIRA, Sebastião Sergio. A destinação das reparações e astreintes em ação civil pública e a solução da fluid recovery. **Revista Jurídica Cesumar**, DOI: 10.17765/2176-9184.2020v20n2p177-189, v. 20, n. 2, p. 177-189, maio/agosto 2020.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

CEDREIRA, Eduardo de Oliveira. A Execução/Cumprimento de Sentença no Processo Coletivo. **Revista LTr**. São Paulo: Ano 72, n. 12, dez. de 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Bruno. **Princípios do direito: processo agregado**. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume IV. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I**. 8. ed., rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana**. 1 d. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A Justiça de toga**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Raposa e o Porco-Espinho - Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

FERREIRA, Luiz Paulo Teixeira. **Webinar: Debates sobre os Projetos de Lei da Ação Civil Pública**. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP. Acesso em 9 de junho de 2021.

GIDI, Antônio. **Código de Processo Civil Coletivo**. Um Modelo Para Países de Direito Escrito. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Las acciones colectivas em Estados Unidos. *In*: GIDI, Antonio, MAC-GREGOR, Eduardo F. (Coord.). **Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales em uma perspectiva comparada**. México. DF: Editorial Porrúa, 2003.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil**: um modelo para países de derecho civil. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2004.

_____. **O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública**. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil ((The Proposed Class Action Statute by the Brazilian National Council of Justice (CNJ). Advances, Imprecisions, Setbacks, and the Dismantling of Class Actions in Brazil), em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3724081, 2020. Acesso: em 31 de janeiro de 2022.

GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Traduzido por Antônio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIUSSANI, Andrea. Azione coletiva. *In*: **Enciclopedia del Diritto**. Anale I, 2007, Milão, Giuffrè, n. 6.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. Suspensão ope judicis das ações individuais: comentário ao acórdão do REsp 1.353.801/RS. **Revista de Processo**. Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva. Vol. 246, agosto de 2015.

GOMES, Técio Spínola. **A aplicação adequada da *fluid recovery* na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos**. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. A problemática dos interesses difusos, *in*: **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11 ed. rev., atual. e reform., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERBELLA, Renato Tinti. **“Fluid recovery” como garantia do acesso à justiça e da proteção dos interesses individuais homogêneos**. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Direito Negocial, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. Execuções Judiciais Pecuniárias de processos coletivos. Entre a fluid recovery, a cy press e os fundos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 2. maio-ago. de 2017.

JAYME, Erick. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Revista dos Tribunais, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE, Paulo Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Monografia jurídica: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no Século XXI: De Volta para o Futuro? (parte 1). **Revista Consultor Jurídico**, 4 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>. Acesso em: 8 de janeiro de 2022.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Ações Coletivas: notas sobre competência, liquidação e execução**. São Paulo: Repro, ano 31, 2013.

_____. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRANGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e a sua reparação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.) **Processo Coletivo**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MILARÉ, Édís. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. rev., atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **RePro**, nº 61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1991.

MULHERON, Rachel P. **The modern cy-pres doctrine: applications and implications**. Routledge: Londres, 2016.

NAGEL, Thomas et al. **What does cy pres mean: and how did it originate?** Disponível em: <https://www.classaction.org/learn/cy-pres>. Acesso em: 20 set. 2021.

NEDER, Paulo Braga. **A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso: 12 de dezembro de 2021.

PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. *In*: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 9 de janeiro de 2022.

_____. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

_____. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RAGAZZI, José Luiz. A tutela coletiva / Ação civil pública e a efetivação dos direitos fundamentais. *In*: Rafaela Lazzarotto Simioni. (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. 1. ed. São Paulo: Max Limonade, 2017.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (org.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartin Latin, 2005.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução Judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SELIGMAN, Brad; LARKIN, Jocelyn. **Fluid Recovery and Cy Pres: A Funding Source for Legal Services**. Impact Fund (ORG), 2008.

SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

STATES, S. C. O. T. U. 17-961 Frank V. Gaos: Decision Below: 869 F.3d 737 - **Lower Court Case Number: 15-15858**. Disponível: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/17-961.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes. (Coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. **Boletim Científico ESMPU**. n. 44. Brasília: ESMPU, 2015.

VENTURI, Elton. Liquidação e execução coletiva da fluid recovery referente à “sobra” do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 111, p. 313-321, 2003.

_____. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

VITORELLI, Edilson. **Execução coletiva pecuniária**: uma análise da (não) reparação da coletividade no Brasil. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

_____. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. *In*: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. (Org.). **III Jornada de direito processual civil**. 1ed. Brasília: ESMAF, 2014, v.1, p. 85-107.

_____. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Tipologia dos litígios transindividuais II**: litígios globais, locais e irradiados. **Revista de Processo**, vol. 248/2015, outubro de 2015.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WASSERMAN, Rhonda. Cy pres in class action settlements. **Southern California Law Review**, n. 88, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Juizados especiais de pequenas causas**. Coord. WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1985.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.