

PUCRS

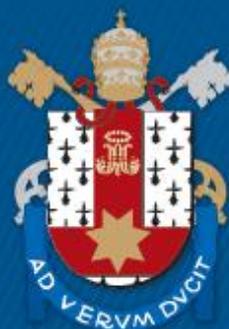
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - MESTRADO EM DIREITO

CAROLINA BORGES MOSMANN

A Fluid Recovery brasileira e o descompromisso com a tutela jurisdicional efetiva: em busca de alternativas

Porto Alegre
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - STRICTO SENSU



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - MESTRADO EM DIREITO

CAROLINA BORGES MOSMANN

***A Fluid Recovery* brasileira e o descompromisso com a tutela jurisdicional efetiva: em busca de alternativas**

Porto Alegre
2022

CAROLINA BORGES MOSMANN

A Fluid Recovery brasileira e o descompromisso com a tutela jurisdicional efetiva: em busca de alternativas

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Marco Felix Jobim
Coorientador: Prof. Dr. Gustavo Osna

Porto Alegre
2022

Ficha Catalográfica

M912f Mosmann, Carolina Borges

A Fluid Recovery brasileira e o descompromisso com a tutela jurisdicional efetiva : em busca de alternativas / Carolina Borges Mosmann. – 2022.

125.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Marco Felix Jobim.

Co-orientador: Prof. Dr. Gustavo Osna.

1. Ações coletivas. 2. Fluid recovery. 3. Direitos individuais homogêneos. 4. Execução coletiva. I. Jobim, Marco Felix. II. Osna, Gustavo. III. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

CAROLINA BORGES MOSMANN

A Fluid Recovery brasileira e o descompromisso com a tutela jurisdicional efetiva: em busca de alternativas

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Aprovado em:de.....de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Dr. Marco Felix Jobim - PPGD/PUCRS

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo Osna - PPGD/PUCRS

Membro Externo: Prof. Dr. Camilo Zufelato - FDRP-USP

Membro Externo: Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes - UFPA

Membro Externo: Prof. Dr. Handel Martins Dias – FMP

Porto Alegre

2022

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por me proteger, amparar e por guiar os meus passos até aqui.

À minha família:

Nada seria de mim sem vocês. Essa trajetória muitíssimo mais difícil seria sem o colo da minha mãe, sem as conversas com meu pai, sem o amor e companheirismo dos meus irmãos.

Foram muitos percalços e mudanças durante esses últimos 2 anos, mudanças de trabalho, de casa, de hábitos de vida e até de estados de saúde. Em todas elas eu podia olhar para o lado e ver vocês.

Aos meus amigos:

Eu nunca estive sozinha, e quando pensei estar, vocês fizeram questão de me mostrar quanto amor são capazes de dar.

Aos meus mestres:

Deixo-lhes meu muito obrigada e a minha frase clichê preferida de Isaac Newton: “Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”.

Por último, e não menos importante, aos funcionários da PUCRS, que sempre me atenderam com educação, seriedade e eficiência.

“Quem estudou latim se lembra que a palavra "feliz" é felix, que significa também "fértil". Felicidade é sinônimo de fertilidade. Fertilidade não é apenas gerar outras pessoas. Fertilidade é impedir que a vida cesse na sua múltipla condição. Fertilidade é dificultar a desertificação dos nossos sonhos. Fertilidade é fazer com que não haja a esterilização do nosso futuro. Ser feliz é sentir-se fértil.”

(Mario Sergio Cortella).

RESUMO

No que tange à tutela executiva de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a regra é a reparação integral *in natura*. Isso pois, em se tratando de direitos transindividuais, dotados de indivisibilidade e indisponibilidade, sua eventual lesão não permite valoração econômica *prima facie*. Em contrapartida, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a regra é a reparação do dano em pecúnia, haja vista que, conforme comando impresso no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), as sentenças procedentes prolatadas nestas ações devem ser genéricas. Assim, incumbe à vítima, seus sucessores ou demais legitimados em lei, promover a execução da sentença genérica, pela via do cumprimento de sentença. Ocorre que, seja por dificuldade de acesso ao judiciário, seja por desconhecimento do direito reconhecido em decisão judicial, o número de interessados habilitados para promoção da execução não raramente era ínfimo quando comparado à gravidade do dano cometido pelo réu coletivo. Assim, como uma válvula de escape às falhas inerentes a execução individual destas sentenças coletivas genéricas, o legislador pátrio passou a autorizar uma nova modalidade de execução dos direitos individuais homogêneos. Trata-se de execução residual, prevista no art. 100 do CDC, segundo o qual “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”. O presente trabalho se propôs, nesse norte, à análise crítica do funcionamento do instituto, tomando por base a necessidade de se conceder ao jurisdicionado a tutela efetiva de seus direitos, finalidade essa precípua da jurisdição do Estado Constitucional. Verificou-se, pela literatura estudada e pelos dados empíricos obtidos que a técnica posta no art. 100 do CDC, em verdade, tem pouca ou nenhuma semelhança à *fluid recovery* norte-americana, bem como é inadequada – quando analisada à luz da função precípua da jurisdição contemporânea – e inefetiva – quando considerados os resultados “reparadores” obtidos em prol dos direitos individuais homogêneos lesados. Diante de tais dados, foram anunciadas alternativas ao problema com amparo na legislação processual vigente e no direito comparado.

Palavras-chave: Ações coletivas. *Fluid recovery*. Direitos individuais homogêneos. Execução coletiva.

ABSTRACT

Regarding the enforcement of diffuse and collective rights, *stricto sensu*, the rule is full reparation in natura. That is because, in case of transindividual rights, as they are provided with indivisibility and unavailability, their eventual injury does not allow a prima facie economic valuation. On the other hand, when it comes to homogeneous individual rights, the rule is the pecuniary repair of the damage, considering that, according to the command under the Article 95 of the Consumer Defense Code, the judgement made in these lawsuits must be generic. Thus, it is duty of the victim, his/her successors or other lawful parties to promote the enforcement of the generic judgement. It occurs that, due to either the difficulty in accessing the judiciary or the lack of knowledge of the right recognized in a judicial decision, the number of interested parties qualified to promote the execution was frequently minimal when compared to the severity of the damage committed by the collective defendant. Thus, in order to avoid the inherent flaws in the individual enforcement of these generic collective sentences, the Brazilian legislator started authorizing a new type of enforcement of homogeneous individual rights. It is a residuary execution, located in the Article 100 of the Consumer Defense Code, according to which "after the period of one year has elapsed without the qualification of interested parties in a number compatible with the seriousness of the damage, the lawful parties of Article 82 may promote the liquidation and execution of the due indemnity. The present work proposed, in this sense, a critical analysis of how the institute works, aiming at the need to grant the effective protection of the rights of the party under jurisdiction, the main purpose of the jurisdiction of the Rule of Law. It has been observed, through the literature studied and empirical data gathered, that the technique in the Article 100 of the Consumer Defense Code has little or no similarity to the American fluid recovery as well as being inappropriate - when analyzed considering the primary function of contemporary jurisdiction - and ineffective - when considering the "reparatory" results obtained on behalf of aggrieved homogeneous individual rights. In view of such data, alternatives to the problem were brought forward based on the procedural legislation in force and on comparative law.

Key-words: Homogeneous Individual Rights. Class actions. Fluid recovery. Collective Enforcement.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Quadro comparativo de direitos coletivos <i>latu sensu</i>	33
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Condenações Judiciais FDD	68
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	13
1.1 Jurisdição e Processo	13
1.1.1 Estado liberal e jurisdição	14
1.1.2 Estado constitucional e jurisdição	19
1.2 Ações Coletivas no Direito Brasileiro	24
1.2.1 Origem e Regramento	25
1.2.2 Distinções Terminológicas: Direitos Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos	31
1.3 Relevância da Tutela Coletiva de Direitos Individuais	38
1.3.1 A tragédia dos comuns no Judiciário brasileiro	38
1.3.2 Frentes de atuação da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos..	44
2 EXECUÇÃO DA DECISÃO COLETIVA E FLUID RECOVERY	47
2.1 Execução Padrão das Decisões Coletivas	47
2.1.1 Execução padrão de direitos transindividuais	48
2.1.2 Execução padrão de direitos individuais homogêneos.....	54
2.2 A Técnica da Fluid Recovery Brasileira	59
2.2.1 Funcionamento e Promessas.....	59
2.2.2 O Fundo de Defesa de Direitos Difusos	64
3 O MODELO DAS CLASS ACTIONS E A FLUID RECOVERY	70
3.1 As Class Actions Norte-americanas	70
3.1.1 Origem e Regramento	71
3.1.2 O problema com a destinação das sobras	82
3.2 Mecanismos de distribuição das verbas condenatórias	83
3.2.1 Fluid Recovery	84
3.2.2 Cy-Pres	87
3.2.3 Críticas à fluid recovery e à cy pres norte-americanas.....	89
4 REPENSANDO A APLICAÇÃO DA FLUID RECOVERY NO BRASIL	91
4.1 Propostas de Lei em Curso	92
4.1.1 Projeto de lei 4778/2020	92
4.1.2 Projeto de lei 4441/2020	97
4.1.3 Projeto de Lei nº 1.641/2021	99

4.2	Alternativas ao funcionamento da <i>fluid recovery brasileira</i>.....	102
4.2.1	Rememorando o papel do juiz na efetivação do direito material: possibilidade de adequação da reparação fluida pelo Judiciário	103
4.2.2	A <i>crowdsourcing</i> como instrumento importante à adequada reparação fluida 105	
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	108

INTRODUÇÃO

A insatisfação social, não apenas evidenciada pela falta de eficiência do Poder Judiciário, mas também encontrada na falta de efetividade dos provimentos jurisdicionais, é fato notório, especialmente no que diz respeito à fase executiva da tutela judicial, conforme reiteradamente atesta o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A constatada inefetividade na tutela dos direitos individuais homogêneos, decorrente das falhas do procedimento adotado pelo legislador, tornou corriqueiro o debate acerca da necessidade de instituição de meios alternativos à execução padrão desses direitos, sobretudo para estimular as vítimas a promoverem a execução do julgado, evitando a impunidade do réu coletivo.

O legislador pátrio, em alusão à *fluid recovery* norte-americana, estipulou, no art. 100 do CDC, uma técnica de execução coletiva residual e subsidiária para os chamados direitos individuais homogêneos.

O produto destas execuções residuais é vertido para um fundo público, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. No entanto, a destinação das indenizações residuais dessas ações ao Fundo tem sido alvo de severas críticas pela doutrina processualista, sobretudo em razão da falta de transparência na prestação de contas e a da ausência de nexos entre a origem dos valores arrecadados e a sua aplicação prática.

Quanto à ausência do nexo necessário entre a origem dos valores arrecadados, refere o professor Gustavo Osna que a atuação do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) está longe de ser uma procura efetiva pela proteção da classe lesada. Para o referido autor, o valor decorrente da condenação coletiva sequer parece reter seu *pedigree* passando a servir de caixa extra para a estrutura governamental ou, no melhor dos casos, para efetivação de projetos que em nada dizem respeito aos indivíduos pretensamente protegidos.

Albano Francisco Schmidt, após levantamento das arrecadações do FDD, suscita a falta de transparência do Fundo, denunciando que cerca de 6,95% do total arrecadado pelo FDD é identificado com uma cifra genérica de outros direitos difusos e coletivos, em dissonância com o necessário dever de transparência.

De outro lado, há autores que defendem o emprego da técnica, sob justificativa de que a *fluid recovery* posta no art. 100 do CDC, teria o condão de evitar que a tutela dos direitos individuais homogêneos se tornasse ineficaz diante da inércia de seus

titulares em promover as liquidações individuais. Contudo, tal parcela da doutrina se limita a discorrer acerca do viés punitivo da técnica, nada discorrendo sobre a efetividade da tutela do direito material lesado.

Nesse norte, o presente estudo terá como objetivo principal: (i) investigar a efetividade da técnica de execução residual no âmbito da tutela de direitos individuais homogêneos, conforme previsão contida no art. 100 do CDC. Os objetivos específicos serão: (i.a) analisar o funcionamento da técnica da *fluid recovery* à brasileira; (i.b) verificar se o modelo norte-americano de *fluid recovery* corresponde ao modelo brasileiro instituído pelo CDC; (i.c) verificar as propostas legislativas em andamento; e, (i.d) propor medidas alternativas para que os direitos individuais homogêneos lesados sejam efetivamente reparados.

A hipótese inicialmente levantada, a ser confirmada ou refutada, é de que a *fluid recovery* brasileira vai de encontro à garantia da tutela jurisdicional efetiva, não servindo para reparar a classe lesada, pois não haveria correspondência, na prática, entre a origem dos valores arrecadados com a condenação do réu coletivo e a sua posterior destinação.

O presente estudo parte, em primeiro momento, de uma metodologia de abordagem dedutiva, por meio da análise de conceitos-chave, origem e teorias já elaboradas acerca do instituto da *fluid recovery*. Em segundo momento, se valerá da abordagem dialética, por intermédio da qual se busca verificar com maior rigor as contradições inerentes à aplicação da técnica de execução residual do art. 100 do CDC, à luz dos resultados práticos obtidos ao final do procedimento.

Os métodos de procedimento adotados são o histórico e o comparativo, na medida em que a pesquisa investiga a produção doutrinária sobre o tema, a legislação pertinente e o posicionamento dos Tribunais, confrontando-os em perspectiva comparativa, haja vista que a *fluid recovery* é oriunda do modelo norte-americano de *class actions*. Já, o método de interpretação foi o sistemático, a partir do qual se compreende o direito como um sistema ordenado e hierarquizado.

Os tipos de pesquisa foram o exploratório, o descritivo, o explicativo (coleta, organização e análise dos dados e de suas consequências e relações), o teórico (lastreado em uma revisão bibliográfica nacional e estrangeira sobre a matéria), o qualitativo (exame da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado) e o bibliográfico (desenvolvido a partir de livros e artigos científicos).

O trabalho será dividido em quatro seções principais. A primeira é destinada a investigar o fim a ser perseguido pela jurisdição no Estado Constitucional, com a verificação da origem e do regramento das ações coletivas, e a demonstrar a relevância da tutela coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos. A segunda, a analisar as fases de liquidação e execução das ações coletivas, com enfoque no funcionamento da execução residual disciplinada pelo art. 100 do CDC. A terceira, a apurar a origem e o regramento das *class actions* norte-americanas, bem como o funcionamento da *fluid recovery* em sua acepção original e as críticas a ela inerentes.

Por fim, a quarta e última parte, a analisar as propostas de alteração legislativa em curso, no que diz respeito ao microssistema da tutela coletiva, e a suscitar alternativas à aplicação da execução residual do art. 100 do CDC, com vistas à promoção de maior efetividade na tutela do direito material.

Finaliza-se esse breve introito, apontando que a presente pesquisa foi realizada com bolsa na modalidade taxas CAPES/PROEX e adere à área de concentração “Teoria Geral da Jurisdição e Processo” do programa de pós-graduação stricto sensu em direito, em nível de mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

1 AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Em primeiro momento, para que se possa adentrar no debate acerca dos problemas inerentes ao funcionamento da *fluid recovery* brasileira, faz-se imprescindível a compreensão de alguns aspectos introdutórios.

O primeiro deles diz respeito à finalidade da jurisdição no Estado Constitucional de Direito, que servirá para guiar o exame de adequação das técnicas de efetivação da decisão coletiva. O segundo, ao regramento das ações coletivas no direito brasileiro, necessário à compreensão do funcionamento e extensão do microsistema de processos coletivos¹. O terceiro, à relevância da tutela coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, sua imprescindibilidade no atual contexto em que se insere o Poder Judiciário e suas diferentes frentes de atuação.

Assim, as linhas que seguem se destinam à análise de tais aspectos, preparando o leitor para o posterior debate acerca das formas de execução da decisão coletiva.

1.1 Jurisdição e Processo

Conforme pontuado acima, para a adequada análise dos aspectos procedimentais da tutela coletiva, é necessário que sumariamente se compreenda o papel da jurisdição no Estado Constitucional. Isso pois, conforme alerta Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, “observar qualquer aspecto procedimental sem ter em mente as finalidades para as quais se pretende inclinar o exercício jurisdicional representa um caminho em constante flerte com a abstração”².

Contudo, explicitar os fins a que se presta o exercício jurisdicional não constitui tarefa simples, sendo esta a razão pela qual se abordará a temática em subcapítulo específico. Para tanto, serão recapituladas e historicamente contextualizadas algumas das teorias clássicas formuladas por parte da doutrina para dirimir o papel

¹ A ideia de microsistema é incorporada na obra de Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna (ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021), bem como pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª Turma. REsp 1.089.206/RS. Rel. Min. Luiz Fux. DJe 06.08.2009; STJ, REsp 890.552/MG, Rel. Min. José Delgado, DJU 22.03.2007; STJ, REsp 406.545/SP. Rel. Min. Luiz Fux. DJU 09.12.2002; STJ, 1ª Turma. REsp. 1.084.916, Rel. Min. Luiz Fux, voto-vista vencedor, j. 21.05.2009).”

² ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Capítulo 1. Seção 1.2. Parágrafo 2º. Livro Eletrônico. [n.p].

da jurisdição, as quais servirão de substrato para compreensão que se tem hoje sobre a atividade jurisdicional.

1.1.1 Estado liberal e jurisdição

O modelo de Estado Liberal foi instituído durante Revolução Francesa, no século XVIII, como oposição ao antigo regime absolutista, que era marcado pela centralização do poder e forte intervenção do Estado nas relações particulares³.

O liberalismo, que norteou o pensamento dos filósofos e juristas à época, preceituava que a ordem política deveria servir à garantia da liberdade individual e que a autoridade e a coerção somente poderiam ser usadas em proteção de tal ideário⁴. O objetivo a ser alcançado era a mínima intervenção do Estado, com a restrição de sua atuação à proteção da ordem, da segurança, das liberdades civis, da liberdade pessoal e da liberdade econômica dos indivíduos⁵.

Uma das formas encontradas à época para tanto foi erigir a lei à ato supremo, condicionando a Administração Pública e os juízes ao quanto ditado pelo legislador, no que se chamou de princípio da legalidade. Desse modo, “para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular”⁶, não bastaria uma ordenação do rei, como no regime absolutista deposto.

O princípio da legalidade, nesse cenário, figurou como critério de identificação do direito ou, nas palavras de Luigi Ferrajoli, “*como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes. Conforme a él, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción*”.⁷ Assim, o direito passou a ter sua validade atrelada a questões meramente formais, como a obediência ao procedimento legislativo próprio e a edição por autoridade

³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017. p. 46.

⁴ MISES, Ludwig Von. **Crítica ao Intervencionismo**: Estudo sobre a Política Econômica e as Ideologias Atuais. 3. ed. rev. amp. São Paulo: LVM, 2019. p. 165.

⁵ STRECK, LÊNIO; BONZAN DE MORAES; José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 62.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 52.

competente para tanto, pouco importando sua correspondência com ideais de justiça.⁸

Outro aspecto relevante decorrente do modelo de Estado Liberal diz respeito às características que se esperava da letra da lei. À época, havia a crença de que, para não violar a liberdade e igualdade formal dos cidadãos, a lei deveria ser dotada de generalidade e abstração e não poderia, portanto, levar em consideração a realidade de um determinado grupo de indivíduos ou determinada hipótese de incidência para sua edição – trata-se da máxima de que todos seriam iguais perante a lei.⁹

A generalidade e a abstração das leis supostamente fariam com que elas fossem capazes de abarcar as mais variadas situações concretas, dispensando a edição de novas leis e, com isso, atribuindo maior estabilidade e previsibilidade ao direito (certeza do direito). A generalidade era pensada para garantia da imparcialidade, enquanto a abstração para garantia da estabilidade do ordenamento (duração da lei no tempo).¹⁰

Além de genéricas e abstratas, pensava-se, à época, que as leis deveriam ser e eram (i) dotadas de plenitude e, portanto, suficientes para solução do conflito sem necessidade de recorrer a normas diversas; e (ii) claras, proporcionando uma única interpretação correta.¹¹ Assim, os juízes estariam impedidos de invocar direito ou razão pública diversa da lei¹², sendo ela própria a única fonte de direito possível.

Essa forma de pensar o direito e a jurisdição foi, ainda, amplamente difundida pelo positivismo jurídico clássico, doutrina também responsável pela simplificação das tarefas dos juízes. Para a doutrina positivista oitocentista¹³, a atividade dos juízes estaria restrita à aplicação da lei e norteada pela busca da vontade do legislador, o que culminou no brocardo em francês *buche de la loi* (boca da lei – juízes boca da

⁸ Explica-se que antes do Estado Liberal e da eleição do princípio da legalidade como ato supremo, o direito decorria da jurisprudência e das teses dos doutores, havendo uma grande pluralidade de fontes.

⁹ "[...] são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento". (CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte. n. 3. p. 478, mai. 1999).

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

¹¹ *Idem. Ibidem.* p. 35.

¹² A exemplo dos princípios gerais do direito, da doutrina, da jurisprudência e dos precedentes.

¹³ Sobre o positivismo jurídico, ver: Norberto Bobbio, positivismo jurídico; Hans Kelsen, teoria pura do direito; Herbert L. A. Hart, o conceito de direito;

lei).¹⁴

Os valores vigentes à época do Estado Liberal, sobretudo a legalidade e a liberdade - perpetuados e difundidos pela doutrina positivista até, pelo menos, o século XIX -, acabaram limitando o papel do julgador e da própria jurisdição à mera atividade repressiva.¹⁵ O exercício da jurisdição somente se justificaria diante da ocorrência de dano ao direito subjetivo particular, inexistindo previsão legal de tutela preventiva.

A impossibilidade de a jurisdição englobar a atividade preventiva era também reforçada pela noção que se tinha de separação dos poderes. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...] o princípio da separação dos poderes também serviu para negar à jurisdição o poder de dar tutela preventiva aos direitos, uma vez que, no quadro deste princípio, a função de prevenção diante da ameaça de não observância da lei era da Administração. Esse seria um poder exclusivo de “polícia administrativa”, evitando-se, desse modo, uma sobreposição de poderes: a Administração exerceria a prevenção e o Judiciário apenas a repressão.¹⁶

A própria eleição do princípio da legalidade como critério de identificação do direito ou metanorma¹⁷ reforçava a ideia de que a atuação do órgão jurisdicional somente seria permitida diante da violação à lei. Na ausência de violação ao texto legal, não haveria de se falar em atividade legítima da jurisdição, pois a atividade jurisdicional serviria meramente à atuação da vontade da lei.¹⁸

Aliado a isso, durante o século XIX, era vivenciada a fase metodológica do processo denominada de processualismo, marcada pela afirmação da autonomia científica do direito processual e sua separação do direito material¹⁹. O processo era visto como uma relação jurídica autônoma, distinta da relação jurídica material deduzida em juízo²⁰. Por afastar o processo do direito material, “este movimento também impactou de modo direto na leitura de suas finalidades e dos seus

¹⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 38-39.

¹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 39.

¹⁷ Nessa linha FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 52

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 41

¹⁹ JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escola e fases metodológicas do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 148-149.

²⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48

mecanismos – supondo-se que uma mera declaração judicial sempre bastaria”.²¹

O panorama até então posto condicionou o pensamento dos principais teóricos do tema²², a exemplo dos autores italianos Giuseppe Chiovenda²³ e Francesco Carnelutti²⁴.

Giuseppe Chiovenda, em sua teoria da jurisdição, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, atribuindo ao primeiro a função de criar o direito e ao segundo a de aplicar as normas gerais ao caso. A teoria Chiovendiana partia do pressuposto de que, mediante a simples aplicação da norma geral e abstrata, o julgador poderia solver todo e qualquer conflito, na medida em que a legislação seria completa e coerente. O conteúdo da norma geral seria supostamente claro e indiscutível, pendendo de mera declaração por parte do julgador.

Dada a coerência e a completude da legislação, “o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma – mediante interpretação da lei de acordo com a Constituição – para regular a situação litigiosa”²⁵, até porque, à época, não se pensava a lei como algo vinculado às garantias e princípios constitucionais, como hoje ocorre.

A jurisdição serviria à atuação da vontade concreta da lei e somente se justificaria pela vontade revelada do legislador²⁶. Nas palavras do autor, a jurisdição

Consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação as partes.²⁷

Está-se diante de uma teoria que “supõe que o império do direito poderia ser promovido com a simples declaração normas preexistentes pela jurisdição, que nesse caso exerceria um poder que se limitaria a declaração da norma geral”.²⁸

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *op cit.* Capítulo 1. Seção 1.2.1. Parágrafo 4º. Livro Eletrônico. [n.p].

²² Não se ignora o fato de as primeiras teorias clássicas acerca do papel da jurisdição terem surgido ainda no Direito Romano. Contudo, havendo necessidade de delimitação da discussão para a presente pesquisa, foram eleitas como principais aquelas teorias mais recorrentemente suscitadas pela doutrina processualista para tratar do tema contemporaneamente. Sobre o conceito de jurisdição no Direito Romano, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT. 2. ed, 1997.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal**. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922. p. 349.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. v.2. p. 5.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 100.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.* p. 349.

²⁷ *Idem. Ibidem.* p. 365.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 100.

Giuseppe Chiovenda também foi responsável pela ruptura com a escola exegetica, defendendo a autonomia do direito processual em relação ao direito material e a natureza publicista do processo²⁹. Contudo, vale ressaltar que, em que pese a quebra de paradigma em relação à natureza do processo, o autor manteve-se fiel aos valores atinentes ao liberalismo e ao positivismo, de modo a dar continuidade a ideologia de pensamento dos juristas do século XIX.

Francesco Carnelutti, por outro lado, defendia ser a finalidade precípua da jurisdição a justa composição da lide, conceituando lide como “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado”.³⁰ Para o autor, caberia ao julgador tornar a norma geral e abstrata em norma individual apta a regular o caso concreto, passando essa última a integrar o ordenamento jurídico após auferida.

Comparando as teorias de Carnelutti e Chiovenda, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero observam que:

Enquanto Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, Carnelutti via na especial razão pela qual as partes precisavam do juiz – no conflito de interesses – a característica que deveria conferir corpo à jurisdição. Carnelutti estava preocupado com a finalidade das partes; Chiovenda, com a atividade do juiz.³¹

Seguindo a linha comparativa, verifica-se que para Giuseppe Chiovenda a atividade jurisdicional se inclinava a tão somente declarar a vontade do legislador, enquanto para Francesco Carnelutti seria ainda necessário, para justa composição da lide, que o julgador criasse a norma jurídica individual a partir do disposto na norma geral.³²

Em outras palavras, para Giuseppe Chiovenda, “a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico”, enquanto para Carnelutti “a jurisdição, apesar de não deixar de declarar lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”.³³

Ressalvadas as divergências entre as classificações propostas pelos processualistas italianos, verifica-se que, ao fim ao cabo, ambas as teorias estão

²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32-33.

³⁰ *Idem. Ibidem.* p. 42.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 43.

³² *Idem. Ibidem.* p. 46.

³³ *Idem. Ibidem.* p. 46.

subordinadas aos valores do Estado Liberal e do Positivismo Jurídico, tais como: legalidade, igualdade formal, liberdade individual e não interferência do Estado.

Ambas acabam por resumir a atividade jurisdicional à mera declaração de direitos, seja por meio de norma geral, seja por meio de norma individual, não se preocupando com o grau de efetividade do provimento jurisdicional, se as alterações necessárias no mundo dos fatos se concretizariam ou não. A simples prolação da sentença seria, portanto, suficiente para satisfação do processo e encerramento da atividade adjudicatória.³⁴

1.1.2 Estado constitucional e jurisdição

As teorias clássicas de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, anteriormente expostas, bem como tantas outras desenvolvidas a partir do quadro teórico do positivismo clássico de oitocentos, tinham, em sua base, algumas concepções em comum, sejam elas: (i) direito era visto à ótica imperativista, como um conjunto de comandos e vedações; (ii) o direito seria um sistema ordenado e completo, necessariamente dotado de plenitude; (iii) a lei seria a única fonte de direito; (iv) a validade da norma estava vinculada tão somente a aspectos formais, como origem (autoridade competente) e forma (procedimento adequado de edição/aprovação); (v) a moral e os ideais de justiça não poderiam compor o discurso jurídico, devendo ser avalorativo ao passo que o direito era tido como ciência; (vi) o legislador não apenas produziria o texto, mas também a norma³⁵, de modo que a norma seria algo anterior a atividade interpretativa do julgador (cognitivismo interpretativo); e (vii) a interpretação conferida pelo julgador à norma, se cingia a mera declaração do único significado correto da lei – este intrínseco e já antevisto pelo legislado – em raciocínio puramente lógico-dedutivo e aplicação silogística³⁶ (logicismo interpretativo).

Ocorre que, o direito, como fenômeno cultural que o é³⁷, modificou-se na

³⁴ Não se pretende criticar as teorias clássicas, mas tão somente demonstrar sua insuficiência para definir, hoje, o papel da jurisdição. Os pensamentos dos autores são harmônicos com as peculiaridades do momento ideológico vivido.

³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 30.

³⁶ Explica-se: a norma constituiria premissa maior, o caso concreto a premissa menor, e como conclusão obtinha-se a solução jurídica verdadeira para a causa.

³⁷ “Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de

passagem dos séculos, sobretudo ante as transformações sociais vivenciadas nos séculos XIX e XX, fazendo com que a compreensão que se tinha acerca da atividade jurisdicional adquirisse novos contornos.

As concepções acima postas, muito embora coerentes ao pensamento da época, não mais retratavam o pensamento dos juristas pós o Estado Liberal e foram paulatinamente desconstruídas pela doutrina jurídica. Vejamos.

O dogma da plenitude, completude e coerência do ordenamento jurídico, que se destacou com a Escola da Exegese, não mais se sustenta nos tempos atuais, na medida em que evidenciada pela doutrina a existência de inúmeras lacunas³⁸ na legislação³⁹.

O direito, hoje, está longe de resumir-se a norma editada pelo legislador, havendo amplo uso pelos aplicadores do direito de fontes normativas diversas da lei, como os princípios gerais do direito, doutrinas, jurisprudência⁴⁰, súmulas⁴¹ e precedentes⁴². Fontes estas, inclusive, que constituem de substrato para decisão

especialistas e experts isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, constituída ou construída.” (CHASE, Oscar G. *Direito Cultura e Ritual: **Sistemas de Resolução de conflitos no contexto da cultura comparada***. 1. ed. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21).

³⁸ “Uma lacuna é uma incompletude contrária ao plano normativo (aferrível) no âmbito do direito positivo (isto é, da lei no âmbito do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário), mensurada pelo critério aferidor de todo o ordenamento jurídico vigente. Ou: constatamos uma lacuna quando a lei, nos limites do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário não contém uma regra, embora o ordenamento jurídico na sua totalidade a exija” (ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 439).

³⁹ A esse respeito, ver: ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbendian, 1983; GENY, François. **Methodé d'interpretation et sources en droit prive positif: essai critique**. v. 2. 2. ed. Paris: Lgdj, 1995; Bobbio, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

⁴⁰ Elucidando o conceito de jurisprudência, Jose Maria Tesheiner: “Das leis, normas gerais e abstratas, deduzem-se as normas jurídicas concretas, que se aplicam a cada caso. Em sentido inverso, das normas concretas, produzidas pelos tribunais, induzem-se normas gerais abstratas e eis, aí, o fenômeno da jurisprudência”. (TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 32).

⁴¹ “As chamadas ‘súmulas’ são a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos Tribunais em certo espaço de tempo. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas em determinado sentido pelos Tribunais.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. v. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 415). Também a esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni esclarece: “Em suma, o repertório de súmulas se transformou num mero ‘guia de interpretação’, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num ‘guia de interpretação estático’ e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 485).

⁴² “[...] os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes Da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 96).

judicial ante a presença de lacunas na lei⁴³, pois, memora-se, o magistrado deve sempre julgar, independentemente de haver lacunas ou não, em função do princípio da proibição do *non liquet*⁴⁴⁴⁵.

O texto não mais se confunde com a norma, reconhecendo-se que a lei é texto e tão somente alcançará o patamar de norma jurídica após a o exercício interpretativo do aplicador do direito⁴⁶. A norma jurídica, passa a ser o resultado da interpretação do julgador e não objeto, incumbindo ao juiz o papel de verdadeiramente reconstruir o ordenamento jurídico mediante outorga de significado aos textos legislativos⁴⁷.

Inclusive, nesse sentido, Humberto Ávila, em sua obra Teoria dos Princípios, no mesmo sentido leciona que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁴⁸ e, sendo assim, “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado”⁴⁹.

O resultado da aplicação das leis deixa de ser considerado unívoco e o direito, antes um sistema completo e pleno, tem suas falhas e ambiguidades reconhecidas. A doutrina demonstra que os textos são equívocos, admitindo uma pluralidade de significados igualmente válidos e racionais, bem como que as normas são vagas, não sendo possível antever, ao certo, para quais casos poderá ser aplicada⁵⁰. Nesse sentido, em sua obra Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen admite que o direito constitui “uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação” (equivocidade)⁵¹

⁴³ Não havendo lei ou sendo a lei insuficiente para solver a questão, o juiz deverá valer-se o art. 4º da LINDB dispões serem meios de integração: (i) analogia; (ii) costumes; e (iii) princípios gerais de direito. Essa é a taxatividade da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

⁴⁴ O princípio da indeclinabilidade, também conhecido como princípio da vedação ao *non liquet*, dispõe que o juiz não poderá se eximir de julgar, sob a alegação de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico, nos termos do art. 140 do Código de Processo Civil.

⁴⁵ A vedação ao *non liquet* é inclusive razão pela qual o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê métodos de integração normativa dos quais o julgador deve valer-se ante a ausência ou insuficiência de lei, vejamos: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, **Decreto lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 25/07/2021).

⁴⁶ Riccardo Guastini destaca a distinção entre texto e norma. Para o referido autor, norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo. (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-24).

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 108.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. 2015. *op. cit.* p. 50.

⁴⁹ *Idem. Ibidem.* 50.

⁵⁰ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2004. p. 39-46.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 390.

e Herbert Hart, em sua obra *The Concept of law*, refere a textura aberta das normas (*open texture*)⁵².

Outrossim, com o advento de Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a consentânea adoção de um modelo de Estado Constitucional, premissas diversas acerca do direito foram estabelecidas, dentre as quais estão:

a rigidez da Constituição, a plena eficácia jurídica de suas normas, a função unificadora da Constituição, a subordinação da lei as normas constitucionais, a imprescindibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de sua omissão, assim como a transformação do conceito de interpretação, do princípio da legalidade e da ciência do direito.⁵³

O modelo de Estado Constitucional fez com que os princípios constitucionais e direitos fundamentais constitucionalmente eleitos ocupassem papel central na atividade jurisdicional. A lei, antes considerada um ato supremo, passa a submeter-se às normas constitucionais “devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais”⁵⁴.

Em outras palavras, se antes os direitos deveriam conformar-se a lei, agora a lei é quem tem sua validade e interpretação condicionada ao respeito aos direitos fundamentais. Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero

Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislado, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, a constituição e dos direitos fundamentais⁵⁵.

Assim, a atividade jurisdicional no Estado Constitucional assume contornos bastante distintos daqueles vistos no Estado Liberal, não sendo mais a lei um produto perfeito e acabado, estando, ainda, subordinada aos valores constitucionais⁵⁶. E, diante desse novo paradigma, espera-se do julgador a “compreensão crítica da lei face a Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada” para o caso concreto.⁵⁷

⁵² HART, Herbert. **The Concept of law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 124.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 75.

⁵⁴ *Idem. Ibidem.* p. 104.

⁵⁵ *Idem. Ibidem.* p. 104.

⁵⁶ *Idem. Ibidem.* p. 103.

⁵⁷ *Idem. Ibidem.* p. 59.

O juiz deixa de ocupar o papel de mero agente declarador da vontade do legislador, para atuar como garantidor dos princípios constitucionais e direitos fundamentais⁵⁸. Sua atribuição “não é mais apenas revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e os direitos fundamentais”.⁵⁹

Não há mais como defender que a jurisdição serve a declaração da lei, pois caberá ao judiciário a compreensão e interpretação do texto a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais para criação da norma jurídica⁶⁰, exercendo, ainda, o controle de constitucionalidade das leis em modelo híbrido, ou seja, tanto pela forma difusa como concentrada.⁶¹

Acerca da demonstrada insuficiência das concepções clássicas de jurisdição frente ao modelo de Estado Constitucional, Luiz Guilherme Marinoni:

É preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como simples direito à sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo. Se o cidadão deve buscar o judiciário, e este possui a obrigação de lhe prestar a efetiva tutela de seu direito, é evidente que, por meio da ação, o direito deve encontrar o caminho para que, quando reconhecido, possa ser efetivamente tutelado.⁶²

A digressão feita pelo autor estabelece premissa de suma importância para correta compreensão do fenômeno processual atual, qual seja: a de que assiste ao jurisdicionado, não só a declaração do direito, mas também a prestação de uma tutela efetiva, capaz de proteger e assegurar a concretização do direito material reconhecido.

⁵⁸ Nesse exato sentido, Owen Fiss: “The function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values” (FISS, Owen. FISS, Owen M. The Supreme Court, Term. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**. Cambridge. v. 93. n. 1, 1978. p. 94.)

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 59.

⁶⁰ Vale diferenciar o que aqui se expõe do proposto por Canelutti quando defendida a criação de uma norma individual pelo juiz a partir da norma geral: na teoria de Canelutti a norma individual era criada a partir da norma geral e abstrata, enquanto, no Estado Constitucional, preconiza-se a criação da norma jurídica a partir da observância das particularidades do caso concreto e do controle de constitucionalidade da lei.

⁶¹ “O que importa é evidenciar que esse novo significado de criação da norma jurídica serve para explicar a conformação da lei e da legislação aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, assim como para evidenciar que a tarefa compreendida como a interpretação judicial não -é meramente cognitiva, declaratória de uma norma preexistente, nem tampouco uma atividade que implique propriamente sua criação judicial, mas é uma atividade que colabora com a própria conformação da norma, outorgando significado ao seu texto”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. 2015. *op. cit.* p. 108).

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 32

Compartilhando do mesmo entendimento, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna defendem que “se em um momento anterior bastava a mera declaração da lei via subsunção, as modificações da moldura e das funções estatais fizeram com que se passasse a inserir nesta função um verdadeiro trabalho de proteção do direito material.”⁶³

Do até aqui exposto, verifica-se que a jurisdição no Estado Constitucional exerce papel de maior relevância social e política que aquele antes exercido no Estado Liberal, o que se atribui, sobretudo, às transformações culturais vivenciadas nos séculos XIX e XX.

Atualmente, atribui-se à jurisdição não só a função meramente declaratória dos direitos, mas também as relevantes tarefas de conformar as previsões legais aos valores constitucionalmente eleitos e de garantir que a tutela jurisdicional seja prestada de forma adequada e efetiva, com vistas a concretização, no plano fático, dos direitos que são reconhecidos ao jurisdicionado.

1.2 Ações Coletivas no Direito Brasileiro

Abreviando o que foi dito até então, verifica-se que, ao longo do tempo, diversas foram as mudanças na compreensão da atividade jurisdicional. Se antes a atividade jurisdicional era satisfeita mediante mera declaração da lei, hoje, dadas as modificações sociais que permeiam a noção de Estado Constitucional, a jurisdição também deve ocupar-se em garantir a adequada e efetiva tutela do direito material, mediante a conformação da lei aos valores constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico.

Compreendida tal premissa basilar, torna-se possível, a partir de então, a análise da tutela jurisdicional coletiva que, vale frisar, será norteadada pela máxima da efetividade na tutela dos direitos.

Nas linhas que seguem, é realizado o apanhado histórico do surgimento e regramento das ações coletivas no Brasil, bem como exposta a diferenciação terminológica entre as ditas espécies de direitos coletivos⁶⁴, com vistas a viabilizar a

⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *op cit.* Capítulo 1. Seção 1.2.3. Parágrafo 2º. Livro Eletrônico. [n.p].

⁶⁴ A classificação tripartite dos direitos coletivos é bastante criticada pela doutrina processualista que, em parte, defenderá a inutilidade prática da categorização e a inexistente de “espécies” de direito coletivo. Maiores considerações serão trazidas mais adiante.

discussão posterior a respeito dos problemas na execução dos direitos individuais homogêneos.

1.2.1 Origem e Regramento

O regramento e aprimoramento das ações coletivas no Brasil têm por uma de suas causas diretas a constatada insuficiência do processo civil clássico, de natureza individualista, para tratamento adequado e isonômico dos conflitos oriundos da sociedade de massa⁶⁵, que se originou na segunda metade do Século XX, especificamente no período pós Segunda Guerra Mundial.

A sociedade de massa representou consequência direta da nova realidade socioeconômica da época, marcada pela crescente urbanização da vida social, o inchaço dos centros urbanos, o aumento do consumo e a homogeneização de hábitos e demandas. Neste modelo de sociedade, a grande maioria da população estava inserida em um processo de produção e consumo em larga escala, seja de bens ou serviços, de forma que os conflitos sociais passam a ser observados também em maior escala, atingindo, quase sempre, uma pluralidade de indivíduos⁶⁶.

As modificações sociais da época resultaram também na relativização da tradicional dicotomia interesses públicos/privados, evidenciando a existência de interesses que, muito embora não fossem considerados eminentemente públicos, ultrapassavam a esfera individual e não admitiam apropriação singular⁶⁷. São estes

⁶⁵ A esse respeito, ver: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

⁶⁶ A esse respeito, Rodolfo Camargo Mancuso confirma que “desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da *coletivização* dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5º, XXI; LXX, b; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; *torcedores* de modalidades desportivas etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializados, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Revista Interesse Público**. v. 12. n. 60. p. 379-380. mar./abr. 2010.

⁶⁷ A esse respeito, Pedro Lenza escreve que “a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do Século XVIII, proporcionou uma profunda e radical metamorfose da sociedade, assinalando o principal movimento responsável por colocar em evidência os direitos transindividuais, trazendo, consigo, os inevitáveis conflitos de massa” (LENZA, Pedro. Efetividade do processo

os chamados direitos metaindividuais ou transindividuais, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de titularidade plural e objeto indivisível, hoje positivado no art. 225⁶⁸ da Constituição da República Federativa do Brasil.

No mesmo sentido são as lições de Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna ao referirem que

[...] a visão do operador do direito foi alargada – compreendendo que há interesses cuja titularidade não pode ser individualmente expressa ou reduzida. Tais interesses pertenceriam a grupos ou a própria coletividade, e a sua salvaguarda não constituiria mecanismo de proteção de um único sujeito, mas de satisfação de anseios metaindividuais. Seriam esses, enfim, os interesses essencialmente coletivos.⁶⁹

Em que pese tais direitos há muito tempo existam no plano material⁷⁰, a eles não era dado o tratamento jurídico processual adequado, tornando necessária nova produção legislativa nesse sentido²³. Para Higo Nigro Mazzili, a tutela coletiva de direitos vem “especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada”.⁷¹

A Lei da Ação Popular (nº 4.717/65) é considerada o primeiro instrumento de tutela coletiva do direito brasileiro, ao permitir que interesses transindividuais relativos à coisa pública fossem tutelados pelo cidadão que, por sua vez, é autorizado a defender, em nome próprio e em prol da coletividade, interesses não

coletivo: PL nº 5.139/2009 – avanço em relação à ação revisional – coisa julgada secundum eventum probationis. In: **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo: Saraiva, 2010. p. 497).

⁶⁸ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05/11/2019.

⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *op cit*. Capítulo 2. Seção 2.1. Parágrafo 16º. Livro Eletrônico. [n.p].

⁷⁰ Hugo Nigro Mazzili confirma que “interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob o processo coletivo. A razão consiste em que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica.” (MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58).

⁷¹ *Idem. Ibidem*. p. 58.

passíveis de apropriação singular.⁷² Contudo, na Lei da Ação Popular nº 4.717/65, as hipóteses de tutela coletiva de direitos estavam adstritas aos pleitos de anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, sendo estes compreendidos como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1, §1)⁷³.

Foi a Lei de Ação Civil Pública a responsável pelos grandes avanços da matéria⁷⁴, ampliando as possibilidades de tutela de direitos coletivos. Nas palavras do Teori Albino Zavascki, “a Lei nº 7.347, de 24/07/85, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos”.⁷⁵

A partir da promulgação da Lei de Ação Civil Pública, a proteção coletiva foi estendida para defesa do meio ambiente (art. 1º, I), do consumidor (art. 1º, II), da ordem econômica (art. 1º, V), da ordem urbanística (art. 1, VI), da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 1º, VII). Cinco anos após sua entrada em vigência, por meio de alteração legislativa, a Lei passou a prever a proteção

⁷² Há quem repute a origem das ações coletivas à década de 30. José Afonso da Silva afirma que “[...] estudos históricos mais profundos revelaram a vinculação das acciones populares à constituição da sociedade gentílica.” (SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 12).

⁷³ “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. § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula ação popular. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 15/04/2021).

⁷⁴ Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco aponta ser a LACP o marco inicial da tendência moderna de coletivização da tutela jurisdicional no Brasil. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. v.2. p. 748)

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. Porto Alegre. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 27. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 06/03/2021.

jurisdicional coletiva de qualquer outro interesse reconhecido como difuso ou coletivo (art. 1º, IV)⁷⁶, tornando o rol disposto em seu art. 1º meramente exemplificativo.⁷⁷

Após, o constituinte de 1988, elegeu ao status de constitucional tanto a ação popular quanto a ação civil pública⁷⁸, contemplando-a, respectivamente, no inciso LXXIII, do art. 5º⁷⁹ e inciso III, do art. 129.⁸⁰

Em que pese os avanços legislativos proporcionados pela Lei de Ação Civil Pública e pela Constituição da República Federativa do Brasil, somente com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) que se completou a introdução da tutela coletiva no país, passando a prever a proteção coletiva também para os chamados direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III)⁸¹.

O Código de Defesa do Consumidor também tratou de distinguir e conceituar os interesses passíveis de serem objeto de processos coletivos, valendo-se, para

⁷⁶ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social.” (BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 20/05/2021).

⁷⁷ Alteração dada pela Lei nº 8.078 de 1990.

⁷⁸ DIAS, Handel Martins. **Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano**. São Paulo. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. p. 254. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03122015-091843/publico/Condicionamento_historico_do_processo_civil_brasileiro_INTEGRAL.pdf Acesso em: 15/01/2022.

⁷⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10/08/2021).

⁸⁰ “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”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10/08/2021).

⁸¹ Muito embora a Lei nº 7.913/89 tenha previsto a proteção dos interesses dos investidores do mercado de capitais, apenas com a entrada em vigor do CDC os chamados interesses individuais homogêneos foram conceituados e sistematizados no ordenamento jurídico.

tanto, das suas principais características jurisdicionais⁸². Trata-se das definições de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispostas, respectivamente, nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81⁸³.

No que diz respeito à legitimidade ativa para propositura da ação coletiva, a matéria é disciplinada tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82)⁸⁴, quanto pela Lei da Ação Civil Pública (art. 5º)⁸⁵. Nos referidos artigos, o legislador pátrio traz o rol de agentes habilitados para propositura da ação coletiva, são eles: (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; (iv) as associações; e, ainda; (v) a Defensoria Pública.

⁸² José Manoel Arruda Alvim Netto, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins asseveram que “esses três incisos definem as situações idealizadas pelo legislador para caracterizar as situações sociais e estruturais, que podem ser objeto de defesa a título coletivo” (ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Código do consumidor comentado e legislação correlata**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 364).

⁸³ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. (BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 10/05/2021).

⁸⁴ “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. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 10/05/2021).

⁸⁵ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). 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.” (BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 10/04/2021).

Assim, diferentemente do que ocorre no direito norte-americano, realidade que será mais adiante explorada, no direito brasileiro a legitimidade ativa é *ope legis*, ou seja, atribuída pelo próprio legislativo.⁸⁶

Atualmente, o material legislativo para disciplina do processo civil coletivo é formado por diversas leis esparsas no ordenamento jurídico⁸⁷, sendo as principais: a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), a Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/09), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei de Defesa do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), bem como a própria Constituição da República Federativa do Brasil.^{88 89}

Apesar do grande número de diplomas que regulam o processo coletivo, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe, ainda, de diploma legal sistematizado e específico para seu trato. Realidade que por muitas vezes foi desafiada por estudiosos do tema, havendo cinco anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo. Os primeiros quatro são:

1º) O primeiro anteprojeto publicado foi o Código de Processo Civil Coletivo, de autoria de Antonio Gidi, iniciado em 1993 e terminado em 2002 (Anteprojeto Original). 2º) O segundo, foi o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, iniciado em 2009 e aprovado em 2005, que tiveram como relatores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi (Código Modelo Ibero-Americano). 3º) O terceiro, foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, iniciado no fim de 2003 e terminado em 2006, liderado por Ada Pellegrini Grinover (Anteprojeto USP). 4º) O quarto, foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa, iniciado em 2005 e terminado no mesmo ano, liderado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (Anteprojeto UERJ/Unesa).⁹⁰

A quinta proposta publicada foi o Projeto de Lei 5.139/2009, que se propunha a revogar a Lei da Ação Civil Pública e alguns dispositivos do Código de Defesa do

⁸⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 230-231.

⁸⁷ JOBIM, Marco Felix. O processo coletivo como sistema processual autônomo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v. 1. p. 32-46, 2018.

⁸⁸ A respeito da codificação do processo coletivo brasileiro, relevante destacar as obras: ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁸⁹ Trata-se de rol exemplificativo, não taxativo. Há previsões de tutela coletiva em leis diversas no ordenamento jurídico, como na CLT a figura do dissídio coletivo. Nesse sentido: MANDELLI, Alexandre Grandi. **Processo civil coletivo: em busca de uma teoria geral**. Porto Alegre: Editora HS, 2013. p. 68.

⁹⁰ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-2.

Consumidor. Todavia, nenhum dos anteprojetos foi aprovado pelo Congresso Nacional.

Mais recentemente, nos anos de 2020 e 2021, foram propostos três Projetos de Lei (PL) que se propõe a disciplina das ações coletivas, são eles o PL nº 4778/2020, o PL nº 4.441/2020 e o PL nº 1.641/2021, todos eles em tramitação avançada no Congresso Nacional. Dada a relevância das propostas para a presente pesquisa, estas serão abordadas mais adiante, em subcapítulo específico.

1.2.2 Distinções Terminológicas: Direitos Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos

Os direitos tuteláveis pela via coletiva são categorizados pelo legislador pátrio em três espécies: (i) direitos difusos; (ii) direitos coletivos em sentido estrito; e (iii) direitos individuais homogêneos.

A diferenciação conceitual entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como já adiantado, é inaugurada no ordenamento jurídico por meio da promulgação da Lei nº 8.078/90, denominada de Código de Defesa do Consumidor.

A Lei classifica como direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, inciso I), como coletivos “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, parágrafo único, inciso II) e por individuais homogêneos aqueles cuja origem é comum (art. 81, parágrafo único, inciso III).⁹¹

Tanto os direitos difusos do inciso I, quanto os coletivos do inciso II do art. 81 do CDC, são chamados de propriamente coletivos, pois dotados de transindividualidade. A titularidade, em ambos, ultrapassa a esfera individual,

⁹¹ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15/02/2021).

tratando-se, ademais, de direitos materialmente indivisíveis. Por conta disso, fala-se que o direito coletivo em sentido amplo é gênero do qual os direitos difusos e coletivos em sentido estrito são espécies.⁹²

No entanto, há distinções entre esses direitos que merecem ser expostas.

Quando falamos de direitos difusos, a titularidade é plural, em decorrência de uma circunstância de fato e seus sujeitos são indetermináveis. Exemplos são: o direito de todos de não serem expostos à propaganda enganosa, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e o direito a integridade do erário.

A relação de fato que acaba por ligar essa coletividade de indivíduos surge apenas no momento da lesão, não havendo relação jurídica base pré-existente – como se verá que ocorre nos direitos coletivos em sentido estrito⁹³.

Quando tratamos de direitos coletivos *stricto sensu*, a titularidade é plural, em decorrência de uma relação jurídica base pré-existente e seus sujeitos são determináveis enquanto grupo, categoria ou classe.⁹⁴ Como exemplos, temos: direitos dos alunos de uma escola de não terem elevadas suas mensalidades, direitos coletivos dos trabalhadores de uma indústria, direitos de acionistas de uma empresa determinada e direitos ligados a atletas de um time determinado.

A relação jurídica base, que liga a coletividade determinável de indivíduos decorre, portanto, de momento anterior à lesão.

Diferenciando as espécies “direitos coletivos *stricto sensu*” e “direitos difusos”, Luiz Rodrigues Wambier explica que enquanto para estes “a titularidade se perde na indefinição subjetiva, naqueles há condições perfeitas de se identificarem os titulares, em razão do necessário vínculo associativo ou corporativo que os prende”.⁹⁵

⁹² “Direito coletivo é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. E denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje, indiscutível, da tradicional dicotômica entre interesse público e interesse privado.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Porto Alegre. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 27. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 10/03/2021).

⁹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Porto Alegre, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf) Acesso em: 07/02/2021.

⁹⁴ *Idem. Ibidem.*

⁹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil – Individual e Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed, 2010. p. 255.

Por outro lado, no que diz respeito aos chamados individuais homogêneos, adianta-se, sua conceituação não seguirá a lógica das categorias anteriores. Tais direitos não terão relação de paralelismo com as classificações anteriores, pois, ao contrário dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, estes direitos não são dotados de transindividualidade e indivisibilidade.

Em verdade, se tratam de direitos subjetivamente individuais que são relacionados entre si em razão de uma homogeneidade, característica essa supostamente marcada pela origem comum. Para Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, podem ser considerados de origem comum “os interesses ou direitos tanto decorrentes de um mesmo fato como de fatos apenas similares”, pois “o que se mostra indispensável é que os fatos, por sua simetria, determinem interesses em substância homogêneos”⁹⁶.

A titularidade plural é, assim, determinável individualmente e seu objeto material divisível, de modo que a tutela desses direitos homogêneos poderia ser decomposta em várias ações individuais, se preciso.⁹⁷ A exemplo, temos os direitos de pessoas que sofreram a mesma cobrança indevida e direitos dos consumidores que compraram o mesmo produto com vício.

Com efeito, imaginemos um grupo de consumidores que foi lesado por um defeito de fabricação de produto. Nesse caso, verifica-se que as pessoas atingidas fazem parte de um grupo determinável que detém direito a reparação cível do dano sofrido, estando todos ligados por uma circunstância de fato comum.

Em linhas comparativas, portanto, temos o seguinte panorama geral:

Quadro 1 – Quadro comparativo de direitos coletivos *latu sensu*

	Direitos Difusos	Direitos Coletivos em Sentido Estrito	Direitos Individuais Homogêneos
Tratamento coletivo	Decorrente de circunstância de fato	decorrente de relação jurídica comum	decorrente de origem comum
Titularidade	Titularidade indeterminável	Titularidade determinável	Titularidade determinável
Objeto material	Indivisível	Indivisível	Divisível
Natureza	Coletiva	Coletiva	Individual

⁹⁶ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: parte processual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 62.

⁹⁷ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

Veja-se, portanto, que os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos por essência, mas sim direitos individuais que, como estratégia para permitir maior efetividade a prestação da tutela jurisdicional⁹⁸, são tutelados de forma coletiva.

Para José Carlos Barbosa Moreira, os direitos individuais homogêneos são, em verdade, acidentalmente coletivos, pois somente aglutinados para fins de tutela, continuando em sua essência direitos individuais.⁹⁹

Na mesma linha, Teori Albino Zavascki, em sua tese de doutoramento, tratou de dividir a tutela coletiva em duas espécies. A primeira denominada de tutela coletiva de direitos, que diria respeito ao tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos. A segunda denominada de tutela de direitos coletivos, que diria respeito aos direitos propriamente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito). Para o autor, a substancial diferença entre as espécies residiria no direito material tutelado, porquanto o modo “coletivo” de tutela encontra-se presente em ambos os casos.¹⁰⁰

A teorização feita pelo ex-ministro acaba por simplificar a classificação legislativa proposta, comumente reputada pela doutrina como artificial e de pouca valia prática. Em crítica à artificialidade dos conceitos, Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna referem:

Ao que parece, ainda que essa definição legal – contemplando inicialmente um rol de direitos metaindividuais e, posteriormente, apresentando algumas características próprias a esses interesses – tenha cumprido relevante papel no passado, hoje se presta mais para impedir a proteção desses direitos do que para auxiliá-la. Não raras vezes, perde-se tempo imenso debatendo se um direito possui ou não esta ou aquela característica e, portanto, se pode ser enquadrado como difuso ou coletivo, deixando em segundo plano a verdadeira intenção da concepção desses interesses metaindividuais.¹⁰¹

Muito embora não seja o enfoque da presente pesquisa analisar o problema conceitual dos direitos coletivos, faz-se pertinente, além das doutrinas citadas,

⁹⁸ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 29.

⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**. v. 16. n. 61. p. 187 – 188. jan./mar., 1991.

¹⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. Porto Alegre. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 28. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 06/03/2021.

¹⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *op. cit.* Capítulo 2. Seção 2.4.2. Parágrafo 4º e ss. Livro Eletrônico. [n.p].

abordar o quanto proposto por Edilson Vitorelli no que diz respeito à classificação dos direitos tuteláveis pela via coletiva.

Também criticando a artificialidade da distinção terminológica entre direito difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneo, positivada no parágrafo único do art. 81 do CDC, Edilson Vitorelli refere que para correta compreensão dos litígios coletivos deve ser esquecida a tripartição dos direitos coletivos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Para o autor, a classificação dos litígios coletivos deve ser pensada de maneira oposta ao observado no art. 81 do CDC “em vez de partir do abstrato, dos direitos, para depois tentar explicar a realidade, ela parte do concreto, dos casos que existem para, então, criar uma classificação”.¹⁰²

Assim, Edilson Vitorelli sistematiza os litígios coletivos em três grandes grupos, que variam de acordo com a natureza e extensão do conflito, são eles: (i) os litígios coletivos globais; (ii) os litígios coletivos locais; e (iii) os litígios coletivos irradiados.¹⁰³

Os litígios de difusão global são compreendidos como aqueles que atingem a sociedade como um todo e repercutem minimamente sobre os direitos das pessoas, quando individualmente pensadas. São reputados como litígios de baixa conflituosidade, na medida em que os indivíduos apresentariam pouco interesse em discutir o problema coletivo¹⁰⁴. À título de exemplo, tem-se

Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado de todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão.¹⁰⁵

Os litígios de difusão local, por sua vez, são aqueles que atingem de forma específica e grave pessoas determinadas que compartilham algum laço social entre si que as distingue enquanto grupo. É o caso das minorias étnicas e trabalhadores de determinada empresa. São lesões a grupos de dimensões reduzidas, com fortes laços

¹⁰² VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77. jul./set. 2020.

¹⁰³ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 85.

¹⁰⁴ *Idem. Ibidem.* p. 77.

¹⁰⁵ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77. jul./set. 2020.

de afinidade social, emocional ou territorial que, por conseguinte, detém alto grau de consenso interno¹⁰⁶.

Tais litígios são reputados como de conflituosidade moderada, pois, há, em grau considerável, interesse dos indivíduos de discutir o problema coletivo.

Já os litígios de difusão irradiada são aqueles dotados de elevada conflituosidade e atingem diversas pessoas ou grupos de formas distintas, de modo a não configurar identidade e prejuízos ou interesses. Em outras palavras, ao contrário do que ocorre nos litígios de difusão local, nos litígios irradiados a coletividade não se apresenta como verdadeira comunidade, os indivíduos não terão a mesma perspectiva social e serão atingidos de formas distintas o resultado do litígio.

Assim, suas visões acerca do resultado desejável do litígio serão divergentes ou até mesmo antagônicas¹⁰⁷. A exemplo, cita-se o conflito decorrente da instalação de uma usina hidrelétrica.

Por derradeiro, acerca da tutela coletiva do que o legislador chamou de direitos individuais homogêneos, Edilson Vitorelli destaca que a classificação de litígios proposta igualmente lhes é aplicável, diferenciando, no entanto, tais direitos dos direitos individuais que não demandariam tratamento coletivo por parte do legislador. Em suas palavras:

No primeiro caso, temos dez litígios individuais. Os contratos firmados com o alfaiate são estabelecidos individualmente e de forma específica para cada pessoa. Os erros só são iguais entre si por coincidência, mas são cometidos em circunstâncias distintas. Não existe, nesse caso, uma relação entre o alfaiate e o grupo de consumidores que leve o produtor a tomar decisões que os afetem coletivamente. O produtor lesa os consumidores individualmente. Por outro lado, o fabricante de leite condensado produz sem saber quem será o seu comprador. As decisões que toma acerca das precauções contra contaminantes em sua cadeia de produção afetam a todos os consumidores, sem levar em consideração quem é a pessoa que comprará o produto. Se existem dez consumidores que sofreram a mesma lesão, é provável que existam muitos mais por ela afetados, mas com pedaços de barata insuficientemente grandes para serem percebidos a olho nu. O produtor lesa os consumidores coletivamente.

Assim, o litígio coletivo é aquele em que a relação jurídica que se estabelece toma em conta o grupo como ente coletivo, sem levar em consideração as características dos indivíduos que o compõem, ou as relações jurídicas nas quais eles se envolvem, isoladamente consideradas. O que caracteriza um litígio coletivo é que o grupo se envolve no conflito como ente coletivo, não como um conjunto de indivíduos isoladamente considerados.¹⁰⁸

¹⁰⁶ VITORELLI, Edilson. 2016. *op. cit.* p. 80-81.

¹⁰⁷ VITORELLI, Edilson. 2016. *op. cit.* p. 85.

¹⁰⁸ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77. jul./set. 2020.

Em que pese a interessante proposta de classificação de Edison Vitorelli, se verá adiante que os Projetos de Lei hoje em trâmite no Congresso Nacional, mantêm a nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁹ e, por consequência, renovam-se as críticas doutrinárias nesse sentido.¹¹⁰

Ocorre que a complexidade que envolve os direitos coletivos transpassa a mera teorização artificial e abstrata de seus conceitos e, como se verá adiante, atinge também seus meios de tutela, especialmente da tutela executiva dos direitos individuais homogêneos e suas técnicas procedimentais.

¹⁰⁹ No PL nº 4.778/2020, a diferenciação aparece nos incisos I a III do art. 2º, que dispõe: “I – direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato; II – direitos coletivos no sentido estrito, assim entendidos, para efeitos desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e que apresentem caráter predominantemente homogêneo.” (BRASIL. **Projeto de Lei nº 4778 de 01 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q1nztz7mbxgo m14x6w7p0cpu30775551.node0?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020. Acesso em: 15/08/2021).

Redação semelhante verifica-se no PL nº 4.441/2020: “I - direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo composto por pessoas ligadas entre si por circunstâncias de fato; II – direitos coletivos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum e que tenham um núcleo de homogeneidade que justifique o tratamento conjunto.” (BRASIL. **Projeto de Lei nº 4441 de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020. Acesso em: 09/08/2021).

E a mesma nomenclatura também é verificada no último projeto de lei, PL nº 1.641/2021: “I - direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular a coletividade local, regional ou nacional, ou pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – direitos coletivos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, classe ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – direitos individuais homogêneos, assim considerados os direitos individuais que recomendem ou exijam proteção conjunta em razão de características tais como a predominância das questões comuns sobre as particulares, a necessidade de preservar a isonomia e a restituição integral, a facilitação de acesso à prova, a garantia de acesso à justiça, a melhor gestão do serviço judiciário ou a repercussão de cada pretensão individual sobre as demais”. (BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: . Acesso em 15/08/2021).

¹¹⁰ A esse respeito: GIDI, Antonio. 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*. **Civil Procedure Review**. V. 25. Jan. 2021; e Escola Superior do MPSP. **Debates dos projetos de lei sobre ação civil pública**, Dia I. Youtube, 27/05/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qwp3y3X6lt4&t=7140s>. Acesso em: 20/10/2021.

1.3 Relevância da Tutela Coletiva de Direitos Individuais

Feito o apanhado histórico acerca da origem e regramento das ações coletivas no Brasil e exposta a diferenciação terminológica adotada pelo legislador pátrio no que diz respeito as espécies de direitos coletivos, cumpre, neste momento, dirigir o foco da pesquisa aos chamados direitos individuais homogêneos, na medida em que o debate posterior a respeito da tutela executiva seguirá tal delimitação.

A tutela coletiva de direitos individuais servirá, em síntese, a três principais finalidades, são elas, à garantia da isonomia de tratamento, à racionalização da distribuição da prestação jurisdicional e à facilitação do acesso à justiça.

Tais finalidades serão exploradas no presente subcapítulo. No entanto, para melhor compreensão da finalidade segunda, será traçado, em caráter inicial, um panorama geral do Judiciário brasileiro, reflexão que também auxiliará na compreensão da gravidade do que adiante se evidenciará na tutela executiva dos direitos individuais homogêneos.

1.3.1 A tragédia dos comuns no Judiciário brasileiro

Há décadas cientistas sociais, a exemplo de Gordon¹¹¹ e Scott¹¹², se debruçam na árdua tarefa de demonstrar as devastas consequências de permitir que múltiplos agentes tenham acesso ilimitado a recursos comuns, dicotomia metaforizada por Garrett Hardin¹¹³ como “tragédia dos comuns”. Tais estudos denunciavam que “o fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados de explorar cardumes em determinadas regiões levava a uma exploração acima dos níveis sustentáveis”¹¹⁴, resultando na própria extinção dos cardumes, dada sua assertividade, a lógica vem sendo transposta para o estudo de inúmeros problemas modernos, como o aquecimento global, a poluição ambiental, o congestionamento nas estradas entre outros.

A semelhança entre o que fora investigado por Gordon, Scott e Garret com o que, hodiernamente é observado no Judiciário brasileiro, fez emergir na doutrina a

¹¹¹ GORDON, H. S. **The economic theory of a common-property resource: the fishery**. *Journal of Political Economic* 62: 124-142, 1954.

¹¹² SCOTT, James C. **The Moral Economy of the Peasant: Rebellion and Subsistence in Southeast Asia**. New Haven: Yale University Press, 1976.

¹¹³ HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. *Science*, vol. 162, No. 3859 (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.

¹¹⁴ *Idem. Ibidem.*

concepção de “tragédia do judiciário” ou “tragédia da justiça”¹¹⁵, por meio da qual busca-se demonstrar que, assim como os cardumes, os recursos judiciais são comuns e esgotáveis, devendo, portanto, ser racionalizados. A exemplo de obras envolvendo essa concepção, cita-se as teses de doutorado de Ivo Teixeira Gico Junior, defendida em 2012 na Universidade de Brasília¹¹⁶, e de Erik Navarro Wolkart, defendida em 2018 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.¹¹⁷

A exploração acima dos níveis sustentáveis do Judiciário é comprovada anualmente pelo Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. No último relatório publicado, ano de 2021¹¹⁸, podemos observar que, muito embora tenha-se anunciando a melhora no coeficiente de eficiência – cujo parâmetro é meramente quantitativo, não qualitativo¹¹⁹ –, ainda estamos diante de uma estrutura extremamente cara¹²⁰, cuja taxa de congestionamento¹²¹ na Justiça Estadual chega à casa dos 75%.¹²²

Ainda segundo a pesquisa, o Poder Judiciário finalizou o ano com 75,4 milhões de processos em tramitação, sendo 25,8 milhões de ações novas cadastradas ao

¹¹⁵ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

¹¹⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

¹¹⁷ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

¹¹⁸ Vale ressaltar, à luz da doutrina de Ivo Teixeira Gico Jr. que “a demora dos tribunais não é um privilégio brasileiro. Vários países, em maior ou menor grau, enfrentam esse problema”. (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 267. p. 163-198. set./dez. 2014.

¹¹⁹ A conta da eficiência é feita da seguinte forma: Eficiência Total = $(\sum \text{Baixado Real}) / (\sum \text{Baixado Ideal})$. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021. p. 330).

¹²⁰ Para o orçamento de 2020, as despesas totais do Poder Judiciário nacional foram de R\$ 100,06 bilhões de reais, o que corresponde a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 11% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em 2020, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 475,51 por habitante, R\$ 25,6 a menos, por pessoa, do que no último ano, conforme apresentado na Figura 2817. Se desconsiderados os gastos com servidores(as) inativos(as), nota-se uma certa estagnação nos gastos por habitante, com sutil diminuição na ordem de 2,07% de 2019 para 2020. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021. p. 77).

¹²¹ Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021. p. 78).

¹²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021. p. 52.

longo do ano.¹²³ Os números coligidos acompanham conclusões igualmente alarmantes, a exemplo da seguinte: “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque.”¹²⁴

Ou seja, o Poder Judiciário há anos recebe um número de processos que é incompatível com sua capacidade de julgamento e como corolário lógico temos um quadro deficitário que obstrui a Justiça, prejudica seu acesso e torna lentos os julgamentos.¹²⁵

O quadro posto é oriundo de diversas modificações sociais experimentadas, não sendo objeto do presente trabalho dirimi-las, sendo oportuno apenas pontuá-las para reflexão posterior do leitor. A exemplo: massificação das contratações, aumento da complexidade das relações sociais, o desajuste no mercado da advocacia¹²⁶, crise econômica que acarreta em maior número de demandas envolvendo o Estado (pensões e impostos); a concessão do benefício da gratuidade de justiça sem a adequada documentação da pobreza, que acaba por aumentar o índice de recorribilidade¹²⁷; a gratuidade irrestrita para litigar perante os Juizados Especiais Cíveis; a falta de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos¹²⁸ e até

¹²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de junho de 2020. p. 102-103.

¹²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de junho de 2020. p. 105.

¹²⁵ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

¹²⁶ “Por outro lado, há um absoluto desajuste no mercado da advocacia. A cada seis meses estão sendo jogados, no já esgotado mercado, milhares de novos advogados, e estes, de forma absolutamente legítima, na expectativa da manutenção e até mesmo da dignidade pessoal, vão em busca do ajuizamento de processos. Dessa forma, o litígio, hoje, já não é mais apenas resultado de um desajuste nas relações sociais e sim algo provocado, buscado, fomentado. O processo passou a ser um produto de mercado”. Disponível em: TJRS. **Agravo de Instrumento nº 70068119684**. Nona Câmara Cível. Relator: CARLOS EDUARDO RICHINITTI. In DJ 16/03/2016).

¹²⁷ Se o custo para manter um processo tramitando for zero, que é o caso da assistência judiciária gratuita, o índice de recorribilidade aumenta. No TJRJ, em varas cíveis da justiça comum, o índice de recorribilidade verificado foi de 65%. Nos casos em que as partes tinham direito à gratuidade, esse índice foi para 83%. Quando a parte era obrigada a pagar para recorrer, o percentual caía para 23%. “Se a Justiça é um sistema estatal de resolução de conflitos que externaliza grande parte dos seus custos (repassados para a sociedade) acaba sendo um incentivo à prática de judicializar disputas”. (PIMENTEL, Wilson. Custas Judiciais em debate. **Revista Consultor Jurídico**. 29 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-29/debate-baixo-custo-aponhado-estimulo-judicializacao>. Acesso em 06/06/2020).

¹²⁸ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In:

mesmo, na visão de Ivo Teixeira Junior, a ausência de incentivos para que juízes unifiquem (a interpretação das) leis.¹²⁹

Além das transformações sociais pontuadas acima, a realidade aqui trazida é fruto da compreensão individualista do processo, que tem raízes históricas no próprio Estado Liberal.

Por muito tempo a garantia de acesso ao Judiciário foi pensada como uma garantia de acesso individual e irrestrita ao Judiciário, de modo que o indivíduo pudesse exigir o processamento e julgamento singularizado de toda e qualquer questão judicializável. Concepção esta que parece ser insustentável considerando: (i) a utilização comum dos recursos disponíveis ao Judiciário que, como visto, são finitos; e (ii) a necessidade de não só garantir ao cidadão o acesso ao judiciário, mas também que lhe seja prestada uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Ademais, tem-se que ao permitir de forma irrestrita o ajuizamento e processamento de pretensões individuais no Judiciário, acaba-se, ao fim ao cabo comprometendo-se o ideal de acesso à justiça.¹³⁰¹³¹ Muito embora a frase pareça um tanto contraditória em primeiro momento, vale-se da lição de Mauro Cappelletti¹³² para elucidar que, contemporaneamente, o que se entende por o acesso à justiça não corresponde ao mero direito de demandar em juízo, mas sim na garantia do indivíduo de ter o direito material reclamado efetivamente tutelado.

Assim, é errado pensar na efetividade da prestação jurisdicional ou no seu

GRINOVER, Ada Pelegrini et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

¹²⁹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 267, p. 163-198. set./dez. 2014.

¹³⁰ À luz da doutrina de Luiz Alberto Reichelt, importa esclarecer que a inafastabilidade do controle jurisdicional constitui, na verdade, uma espécie do direito de acesso à justiça, na medida em que este último compreende o “acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios”, não somente o judiciário. (REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. **Revista de Processo**. v. 258. ago. 2016).

¹³¹ Também a respeito da diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece: “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29).

¹³² A compreensão de acesso à justiça e as possíveis soluções para suas dificuldades são trazidas pelo autor na obra: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

entrelaçamento com outras garantias apenas a partir de um caso singular, pois somente a dimensão do todo é capaz de dar acomodação dos diversos interesses e princípios constitucionais. Seguindo esse norte, os professores Sergio Arenhart e Gustavo Osna propõe a aplicação do princípio da proporcionalidade¹³³ como ferramenta de gestão processual e efetividade, alertando, no entanto, que não basta sua mera observância no plano endoprocessual, sendo necessária uma análise panprocessual. Em suas palavras:

O cânone da proporcionalidade panprocessual – que, como antes indicado, tem assento constitucional, sobretudo no princípio da eficiência, que norteia a atividade pública (art. 37, da Constituição) – impõe que as escolhas levem em conta a alocação de recursos (em sentido amplo) para os demais casos a serem tratados pelo Poder Judiciário. Se essa análise não é adequada e suficientemente procedida pelo legislador, deve ser feita pelo magistrado, e a escolha entre a tutela individual ou coletiva de certos interesses é, sem dúvida, expressão desse exercício.⁸⁰ O legislador permitiu que a proteção dos interesses individuais possa dar-se de várias formas: individualmente, em litisconsórcio, por meio de casos-piloto (a exemplo do incidente de uniformização de demandas repetitivas) ou por tutela coletiva. A ponderação do caminho a ser empregado deve, necessariamente, passar por uma análise de proporcionalidade panprocessual.¹³⁴

Segundo os autores, alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais. Desse modo, os princípios fundamentais processuais não deverão mais ser pensados somente em vista dos sujeitos processuais envolvidos, sendo sua melhor leitura por meio do todo social e, principalmente, dos limites estruturais e orçamentários do estado.

Acerca da noção de acesso à justiça e da aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação e aplicação das regras jurídicas, Gisele Santos Fernandes Góes explica que o princípio é motivado pelo trinômio: acesso à justiça, instrumentalidade e efetividade, de modo que a atividade jurisdicional somente estará em harmonia como o acesso à justiça, se as decisões judiciais estiverem pautadas na proporcionalidade.¹³⁵

Certo é que para que a garantia à inafastabilidade do controle jurisdicional

¹³³ Defendendo a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para solução GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *op. cit.* Capítulo 1. Seção 1.3.3. Livro Eletrônico. [n.p].

¹³⁵ GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115-116.

tenha preservada sua atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país, faz-se necessária sua releitura, sob pena de degradar-se em mera retórica.

Nesse diapasão, discussões retóricas acerca da inafastabilidade do controle jurisdicional têm sido deixadas em segundo plano pela doutrina, passando a preocupação central a ser a promoção da máxima da efetividade da tutela jurisdicional, que somente poderá ser alcançada quando pensada sob ótica panprocessual, haja vista depender de recursos comuns à sociedade e fintos.

Luiz Guilherme Marinoni, nesse sentido, defende que as legislações modernas

[...] devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo¹³⁶

Os problemas aqui expostos também constituem pano de fundo do anteprojeto do atual Código de Processo Civil, valendo aqui destacar o referido pelo Ministro Luiz Fux (Presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil) ao endereçar o projeto ao, à época presidente do Senado, José Sarney.

[...] É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?¹³⁷

Argumentos semelhantes ao acima destacado têm justificado à adoção de novas técnicas de julgamento pelo legislador. Alguns exemplos são: (i) a adoção da necessidade de repercussão geral para admissão dos recursos extraordinários; (ii) a técnica de julgamento de recursos repetitivos, disciplinada pela Lei nº 11.672/08; (iii)

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 99.

¹³⁷ BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 10/07/2021.

o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituído pelo Código de Processo Civil.

Embora tais medidas possam, em certo grau, servir para o desafogamento da máquina judiciária, não foram pensadas para racionalizar o volume de causas ajuizadas, o resultado prático, inclusive, poderá ser contrário. Conforme pontua Heitor Vitor Mendonça Sica

[...] se por um lado a fixação do entendimento sobre o descabimento de uma determinada pretensão individual repetitiva desestimulará novos litigantes a se aventurar em juízo para pedir a mesma tutela, por outro lado a cristalização do entendimento favorável a uma massa de sujeitos retroalimentará a enxurrada de demanda individuais.¹³⁸

Ou seja, assim como o IRDR os mecanismos processuais instituídos no CPC pressupõem que o interessado vá a juízo individualmente defender suas pretensões, não servindo a redução do número de ações, podendo algumas vezes, inclusive, contribuir para o agravamento da hiperlitigiosidade.

Destarte, do panorama exposto, parece inequívoco concluir ser necessária a racionalização da tutela jurisdicional, com o fito de evitar que, no lugar de acesso ao judiciário, tenhamos “um cenário de tragédia, causado pelo esgotamento dos recursos públicos alocados ineficazmente para a solução conflitos”.¹³⁹ Racionalização esta que, neste estudo, é defendida à ótica da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

1.3.2 Frentes de atuação da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

Conforme já exposto no presente estudo, a sociedade de massa, formada a partir da segunda metade do século XX, teve por principais características a homogeneização dos interesses e a massificação das contratações.

No âmbito jurisdicional, tais fatores corroboraram para o aumento do número de ações propostas perante o Judiciário, as quais, dada homogeneização de interesses, tratavam, muitas vezes, de situações jurídicas semelhantes. A exemplo,

¹³⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 236, out. 2014. p. 19.

¹³⁹ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

cita-se o caso de ações movidas face a empresa que vendeu determinado produto com vício de fabricação.

Diante desse prisma, defende-se o tratamento judicial coletivo desses direitos diante de três principais frentes: (i) conferir “tratamento uniforme das situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa”¹⁴⁰; (ii) racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional; (iii) facilitar o acesso ao Judiciário “de questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas”¹⁴¹

No que tange à primeira frente, parte-se da premissa que o ajuizamento de diversas demandas individuais representa um risco concreto e real de ofensa à isonomia, ao passo que contribui para o surgimento de decisões divergentes para casos essencialmente semelhantes.

Em havendo decisões conflitantes para casos análogos, haverá incerteza do direito que, por sua vez, acarreta, entre outras coisas, em estímulo ao ajuizamento de demandas temerárias com vistas a “tentar a sorte do seu direito” perante o judiciário.

Quanto à segunda frente, destacam Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, que racionalização da distribuição da prestação jurisdicional age:

(i) evitando a necessidade de manifestações judiciárias idênticas em casos dispersos; (ii) evitando o gasto de recursos judiciários para tratar de questões já resolvidas; (iii) otimizando o tempo da prestação de serviços públicos; e (iv) reduzindo o excesso de demandas a serem examinadas pelo Poder Judiciário.¹⁴²

Sergio Cruz Arenhart argumenta, no mesmo norte, que a economia processual esperada da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos

representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para os conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular¹⁴³

¹⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *op. cit.* Capítulo 3. Seção 3.1. Livro Eletrônico. [n.p].

¹⁴¹ *Idem. Ibidem.*

¹⁴² *Idem. Ibidem.*

¹⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 216.

Em outras palavras, a tutela coletiva destes direitos tem condão de promover, em um só tempo, a resolução de matéria litigiosa comum a uma coletividade de indivíduos. Mediante o emprego da técnica evitam-se manifestações judiciais idênticas em casos dispersos, gastos de recursos judiciais para tratar questões já resolvidas, bem como otimiza-se o tempo da prestação dos servidores públicos, reduzindo o excesso de demandas a serem examinadas.

No que diz respeito à terceira frente, qual seja, a facilitação do acesso ao Judiciário, leciona Sérgio Shimura que

[...] a potencialidade desse meio de proteção dos interesses supra individuais proporciona aos cidadãos cultural e economicamente mais fracos verdadeiro acesso aos tribunais. Transpõe-se, também, a barreira psicológica nas hipóteses em que nas hipóteses em que, mesmo tendo eclodido a lide, continua existindo uma relação de subordinação econômica ou outra entre as partes lesadas e a detentora do poder.¹⁴⁴

Dois exemplos típicos da coletivização total em que se pode observar a promoção do acesso equânime à justiça são: (a) causas de pequenas expressões econômicas, a exemplo da cobrança irregular em conta corrente, em que dificilmente o ressarcimento seria buscado individualmente pela totalidade dos atingidos; (b) lesões de difícil comprovação quando observadas singularmente, a exemplo do consumo de produtos estragados.

¹⁴⁴ SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 32.

2 EXECUÇÃO DA DECISÃO COLETIVA E *FLUID RECOVERY*

No capítulo primeiro estabeleceu-se a premissa norteadora da presente pesquisa, qual seja, o exercício jurisdicional deve ser pautado pelo cânone da efetividade na proteção do direito material. Analisou-se a origem e o regramento das ações coletivas no direito brasileiro. Por último, demonstrou-se a relevância da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Cabe, agora, adentrar na análise da efetivação da decisão coletiva, que se dará pela via do cumprimento de sentença e, em alguns casos, exigirá liquidação prévia, bem como da execução residual disposta no art. 100 do CDC, ponto nevrálgico da presente pesquisa.

2.1 Execução Padrão das Decisões Coletivas

O procedimento no processo coletivo que versa sobre direitos individuais homogêneos segue marcha semelhante daquele que tutela direitos transindividuais.

As significativas diferenças procedimentais surgem com a prolação da sentença que, a depender da natureza do direito tutelado, assumirá qualidades distintas. E, como corolário lógico, ter-se-ão formas distintas de efetivação do provimento jurisdicional.

No caso dos direitos individuais homogêneos a efetivação da decisão se dará, em regra, pela via da liquidação e cumprimento de sentença, dada a necessidade da sentença prolatada ser genérica (art. 95 do CDC), enquanto nos direitos transindividuais, o comum é que o cumprimento da sentença prescindia a liquidação. A liquidação previa do julgado constituirá regra nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos e exceção naquelas que disponham sobre direitos transindividuais.

As hipóteses em que a liquidação do julgado se fará necessária nas ações coletivas são: (i) uma decisão ilíquida que verse sobre direitos coletivos, para verificação do quantum devido a ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos; (ii) uma decisão ilíquida em direitos coletivos, para verificação do *quantum* devido ao eventual particular lesado em virtude da extensão *in utilibus* da eficácia do julgado; (iii) uma decisão ilíquida em direitos individuais homogêneos para averiguação do titular ou sucessor do direito, da existência do seu dano, do nexo de causalidade e do

quantum devido a ele; (iv) uma decisão ilíquida que verse sobre direitos individuais homogêneo em que tenha transcorrido o prazo de um ano sem a habilitação dos lesados, para verificação do quantum devido a título de dano global a ser revertido ao Fundo de Direitos Difusos.

Ainda, tem-se que somente haverá execução coletiva propriamente dita nos casos de tutela de direitos difusos e coletivos, uma vez que a transindividualidade se mantém inalterada do início ao fim do processo. Nos casos em que a tutela coletiva versar sobre direitos individuais homogêneos, o cumprimento do julgado se dará de forma individualizada – o que acarreta à promoção de uma multiplicidade de execuções individuais.

Cabe, neste momento, analisar as formas de execução padrão das decisões coletivas, especificando as peculiaridades de cada uma e exemplificando-as.

2.1.1 Execução padrão de direitos transindividuais

A regra para tutela executiva dos direitos transindividuais – direitos difusos e coletivos em sentido estrito – é dada por meio da reparação integral e *in natura do dano*¹⁴⁵ não podendo o jurisdicionado simplesmente optar pelo ressarcimento em pecúnia¹⁴⁶. Assim ocorre, pois, em se tratando de direitos transindividuais, dotados de indivisibilidade e indisponibilidade, sua eventual lesão não permite valoração econômica *prima facie*.¹⁴⁷ O que se busca, repisa-se, é a proteção de um bem fundamental – vida, saúde, meio ambiente, segurança e etc.

Após a prolação da sentença condenatória, caberá ao legitimado ativo responsável pelo ingresso da ação dar seguimento à fase de cumprimento da sentença em defesa coletiva do grupo, classe ou categoria de pessoas.¹⁴⁸ Caso este não o faça no prazo de 60 dias, deverá o Ministério Público fazê-lo, sendo facultada igual iniciativa aos demais legitimados, nos termos do art. 15 da Lei 7.347/85¹⁴⁹.

¹⁴⁵ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 326.

¹⁴⁷ VENTURI, Elton. *op. cit.* p. 94.

¹⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 576.

¹⁴⁹ "Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados." (BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação

Dado que a sentença nestes casos é, via de regra, condenatória em obrigação de fazer e não fazer, assumirão principal relevância as normas sobre tutela específica presentes no Código de Processo Civil, nos artigos 536 a 538¹⁵⁰, e no Código de Defesa do consumidor, no artigo 84¹⁵¹.

Também serão de suma importância as disposições do Código de Processo Civil quanto aos meios de efetivação do provimento jurisdicional. Assim como ocorre no processo individual, poderá o julgador valer-se de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias disponíveis para assegurar o cumprimento de ordem

civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 15/08/2021).

¹⁵⁰ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. § 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento. § 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência. § 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 2º O valor da multa será devido ao exequente. § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042. § 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 1º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, de forma discriminada e com atribuição, sempre que possível e justificadamente, do respectivo valor. § 2º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento. § 3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15/07/2021).

¹⁵¹ “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.” (BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10/05/2021).

judicial, conforme previsão do art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil¹⁵².

A respeito da aplicabilidade das regras do Código de Processo Civil também no processo coletivo, são as lições de Sergio Arenhart e Gustavo Osna

As regras apresentadas na Lei da Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor não afastam a incidência das novas regras sobre efetivação das decisões judiciais presentes no CPC. Convivem com essas regras de modo harmônico. Eventuais desvantagens eventualmente presentes nas legislações específicas (quando comparadas ao CPC) devem ceder lugar às novas regras da lei processual geral. Por outro lado, as disposições específicas presentes na LACP e no CDC merecem incidir quando ainda subsistir alguma peculiaridade (decorrente dos direitos sob proteção) que aponte a maior adequação do regime específico, se comparado ao regime geral.¹⁵³

Ademais, dada a complexidade que envolve os direitos transindividuais, sobretudo no que diz respeito a sua efetiva reparação em juízo, neste tipo de demanda comumente se observa a prolação de decisões prospectivas pelos julgadores, mediante determinação de diligências futuras. No mesmo norte, há casos em que necessária até mesmo a delegação de tarefas pelo julgador aos órgãos auxiliares ou grupos técnicos de assessoramento.¹⁵⁴

Clássico exemplo de tutela coletiva de direitos transindividuais é a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, de Criciúma/SC, conhecida popularmente como “ACP do Carvão”, movida em 1993 pelo Ministério Público em face de diversas carboníferas do Estado de Santa Catarina, seus sócios e a União.

A ACP do carvão contemplou os problemas decorrentes da atividade mineradora na região dos municípios de Criciúma, Forquilha, Lauro Müller, Urussanga, Siderópolis, Içara e Orleans e assoreamento e contaminação das bacias hidrográficas e lagoas da região, sobretudo durante os anos 1972 a 1989¹⁵⁵.

¹⁵² “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15/07/2021).

¹⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. Capítulo 7. Seção 7.7.4. Parágrafo 3º. Livro Eletrônico. [n.p].

¹⁵⁴ CARVALHO DE FARIA, Ana Maria Damasceno. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marcos Félix. **Processo estruturais**. 2. Edição. Editora: Juspodivm, 2019. p. 167.

¹⁵⁵ “a ausência de requisitos legais ambientais, no controle e fiscalização, aplicáveis às atividades produtivas, nas diversas áreas da economia, resultou na visão utilitária e econômica da exploração mineral até o início da década de 90. As atividades econômicas minerárias anteriores a este período,

Almejava-se, com ela, a recuperação ambiental da região e a indenização pelos danos causados à coletividade.

O caso teve repercussão elevada recebendo atenção especial da mídia e de estudiosos da área ambiental e jurídica, dada a abrangência e gravidade do dano causado. Entre os impactos ambientais ocasionados pela atividade mineradora irregular estão: (i) contaminação hídrica com metais pesados; (ii) geração de gases tóxicos; (iii) contaminação do solo, inviabilizando o uso agrícola de mais de 4.700 hectares de terra; (iv) acidificação do solo; (v) chuvas ácidas; (vi) prejuízo no abastecimento de água; (vii) comprometimento dos estuários dos rios.¹⁵⁶

Após extensa instrução, os pedidos vertidos na ação civil pública foram julgados procedentes, sendo determinado que os réus apresentassem, no prazo de 6 meses, projeto de recuperação da região e o executassem no prazo de 3 anos, no que se refere aos danos ao solo, subsolo e vegetação e de 10 anos para os danos às bacias hidrográficas e lagoas. Os projetos deveriam prever, dentre outras medidas, a recuperação de áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água.

Em 2000, deu-se início ao cumprimento provisório da sentença (autos nº 2000.72.04.002543-9) e entre 2000 e 2004 foram apresentados e iniciados os primeiros projetos de recuperação – que mais tarde foram reputados como insuficientes e incompletos pelo órgão ministerial.

A complexidade da matéria e da efetivação do comando sentencial fizeram com que fosse necessário o desdobramento da execução em várias fases, que merecem ser aqui expostas.

A primeira, de 2000 e 2004, na qual “ainda não se tinha a precisa definição daquilo que seria necessário de modo exato para o cumprimento dessa imposição,

provocaram danos ambientais que resultaram em grandes áreas degradadas ao final da exploração, haja vista que, o rejeito do minério extraído, pouco utilizado para comercialização, era depositado em locais a céu aberto. Assim, a fiscalização insuficiente e as diferentes interpretações pelos legisladores e os órgãos de controle na relação do Direito Minerário e Direito Ambiental, com relação a extração minerária acarretou em grandes passivos ambientais. Como consequência deste cenário socioambiental, ocorreu à intervenção em ACP decorrente do processo 93.8000533-4” (ZANETTE, Eduardo Netto; CAMILO, Silvio Parodi Oliveira. **A recuperação ambiental a partir da ação civil pública no contexto da exploração do carvão mineral no sul de Santa Catarina**. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/view/4682/4280>. Acesso em 16/09/2021)

¹⁵⁶ ALEXANDRE, Nadja Zim. Diagnóstico ambiental da região carbonífera de Santa Catarina: degradação dos recursos naturais. In: **Revista de tec. e ambiente. Criciúma**. v. 5. n. 2. p. 35-50. Jul./dez. 1999.

nem o perfeito delineamento da extensão da área a ser reparada”¹⁵⁷. A segunda, de 2004 a 2005, que “tem como ponto culminante a consolidação pelo Ministério Público Federal de uma estratégia para o enfrentamento do problema”. A terceira, de 2006 a 2009, na qual “os réus foram efetivamente obrigados a apresentar os projetos segundo a padronização indicada pelo Ministério Público Federal” o que permitiu o controle preciso dos atos que estavam sendo adotados e das medidas ainda necessárias para recuperação ambiental.

Na mesma fase foi instituído pelas partes o Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença, cuja finalidade seria “maximizar os entendimentos no nível técnico e, em consequência, minimizar os conflitos que devam ser decididos pelo Juízo”¹⁵⁸. O GTA, atuante até os dias de hoje, é composto por representantes técnicos das partes e funciona da seguinte forma:

O grupo se reúne para discussão dos relatórios de monitoramento quando convocado pelo Juiz, pelo MPF ou pelos seus membros. São lavradas atas de todas as reuniões e nas decisões é buscado o consenso. Caso não seja possível a obtenção do consenso sobre um determinado tema, cabe ao Juiz responsável pela sentença decidir.¹⁵⁹

Suas atribuições principais, vale destacar, são:

Integrar os dados de indicadores ambientais coletados pelo SIECESC, pela CPRM e pelas empresas carboníferas; elaborar relatórios técnicos periódicos, destinados ao Juízo e sujeitos a ampla divulgação, avaliando a evolução dos indicadores ambientais; propor ações tendentes à plena recuperação ambiental, nos termos previstos na sentença; propor sequência de prioridades na execução de ações de recuperação; propor alterações nos indicadores ambientais, e plano de monitoramento, quando entendê-las necessárias; responder eventuais questionamentos do Juízo.¹⁶⁰

Também na terceira fase da execução do julgado, foi elaborada pelo Ministério Público Federal uma proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento para as áreas degradadas pela mineração de carvão no Estado de Santa Catarina, que permitiu “acompanhar de modo mais próximo e preciso a situação da poluição da região (causada pela exploração do carvão)”¹⁶¹, bem como “serviu de base para a

¹⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**. v. 1. n. 2. p. 211-229. jul./dez. 2015.

¹⁵⁸ **ACP do Carvão**. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em 14/11/2021.

¹⁵⁹ **ACP do Carvão**. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em 14/11/2021.

¹⁶⁰ **ACP do Carvão**. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em 14/11/2021.

¹⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**. v. 1. n. 2. p. 211-229. jul./dez. 2015.

ulterior elaboração de relatórios técnicos, por parte do GTA, que monitoravam as consequências da implementação das medidas de redução da poluição”.¹⁶²

A quarta fase, com início de 2010 e vigente até o momento, é caracterizada pela busca na efetiva implementação dos cronogramas e projetos de recuperação ambiental e pautada por uma atuação “que privilegia o contato direto com as partes, com os técnicos e com as áreas objeto da recuperação ambiental”, bem como “pela construção de soluções consensuais, tenta-se objetivar o mais possível as medidas que devem ser adotadas para a solução da questão”.¹⁶³

O caso da ACP do carvão conta, ainda com página na internet que permite o acompanhamento das medidas que foram e estão sendo adotadas, a verificação dos critérios técnicos de recuperação, dos relatórios elaborados pelo GTA, entre outras informações.¹⁶⁴

Com efeito, o exemplo ora abordado bem elucida a complexidade das questões envolvendo direitos transindividuais e a dificuldade da reparação integral e *in natura* do dano. Não é necessário grande esforço argumentativo para defender-se que, no caso examinado, inadequado, e até mesmo ineficaz, seria a prolação de uma sentença condenatória em pecúnia. O mesmo serve para uma sentença condenatória *in natura* desacompanhada da necessária fiscalização e visão prospectiva que demanda essa espécie de conflito.

Não obstante a necessária preconização da tutela específica destes direitos em detrimento da condenação pecuniária, é certo que haverá casos em que isso será impossível. Para tais casos, o legislador resguarda a possibilidade de conversão da obrigação específica em perdas e danos.¹⁶⁵

Seria este o exemplo de uma ação civil pública com pedido de tutela inibitória de dano ambiental, caso a lesão se concretize e seja irrecuperável, a tutela deverá ser convertida em perdas em danos.

Havendo condenação ao pagamento de quantia em ação fundada em direito transindividual, a indenização pelo dano causado reverterá ao FDD, mesmo fundo que adiante será analisado à ótica da execução residual do art. 100 do CDC – aplicável a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

¹⁶² *Idem. Ibidem.*

¹⁶³ *Idem. Ibidem.*

¹⁶⁴ **ACP do Carvão.** Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em 14/11/2021.

¹⁶⁵ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96.

Outrossim, não se pode esquecer que a sentença que tenha reconhecido a existência de lesão de direitos transindividuais também pode beneficiar as vítimas do evento de modo individual. Nesse sentir, explica Luiz Rodrigues Wambier que:

A lide, nestes casos, sempre será coletiva lato sensu. Mas o resultado da ação coletiva pode ser aproveitado pelos titulares de direitos individuais que pretendam obter ressarcimento por danos sofridos em razão da mesma conduta lesiva.¹⁶⁶

Trata-se do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, disposto no art. 103, §3 do CDC¹⁶⁷, que aproveita para as demandas individuais a declaração do nexo de responsabilidade constante na sentença. Nessa sistemática, haverá o ajuizamento de liquidações individuais pelos beneficiados e o procedimento que terão de comprovar a titularidade do direito *sub judice*.

2.1.2 Execução padrão de direitos individuais homogêneos

Em se tratando de tutela executiva de direitos individuais, enfoque da presente pesquisa, diferentemente do que ocorre nos direitos transindividuais, a regra é a reparação em pecúnia, sendo rara, mas não inexistente, a reparação do dano *in natura* – a exemplo do *recall*¹⁶⁸.

Assim ocorre, pois, conforme comando impresso no art. 95 do CDC,¹⁶⁹ as sentenças procedentes prolatadas nestas ações devem ser genéricas, meramente reconhecendo a ilicitude da conduta do réu coletivo. Ou seja, a sentença condenatória

¹⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (coord.). **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 204.

¹⁶⁷ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.” (BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10/05/2021).

¹⁶⁸ Quanto ao *recall*, obrigatória a menção de artigo de autoria do professor Marco Felix Jobim: JOBIM, Marco Félix. Os recalls como tentativa de inibição de ações coletivas para o ressarcimento de danos ao consumidor. **Revista eletrônica de direito processual**. v. 1. p. 481-493. 2011.

¹⁶⁹ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. (BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10/05/2021).

relativa à tutela de direitos individuais homogêneos não estabelece quem são os lesados (*cui debeat*), nem a correspondente reparação de cada um (*quantum debeat*), providências que serão objeto da sua liquidação.

Incumbirá à vítima ou seus sucessores a promoção da posterior liquidação e execução da sentença, demonstrando que “sua situação fática particular se encontra inserida na abrangência do que foi decidido coletivamente”¹⁷⁰. Haverá “uma verdadeira habilitação das vítimas e sucessores, capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados do art. 95 em indenizações pelos danos individualmente sofridos”.¹⁷¹

Nesse sentir, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, ressaltam não se tratar meramente de uma liquidação para apuração do *quantum debeat* e lecionam que:

Nesta liquidação, serão apurados: a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) a titularidade individual do direito. Em importante julgado do STF decidiu, em *obiter dictum*, ser essa matéria referente à margem de heterogeneidade dos processos para tutela dos direitos individuais homogêneos (RE 631.111/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, em primoroso voto, de recomendável leitura). Ou seja, é justamente essa a diferença entre a ação individual e a ação coletiva para a condenação genérica: nesta fase se apresentam em juízo as particularidades dos titulares dos direitos individuais.¹⁷²

Em que pese a sentença condenatória genérica relativa à tutela de direitos individuais homogêneos seja, de regra, ilíquida, havendo necessidade de posterior liquidação do julgado, ressaltam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior que:

O mais correto é pensar que isso é apenas uma regra: existem casos em que o juiz pode determinar um valor mínimo de indenização. Não havendo de regra liquidação se a parte se conformar; existem casos em que o juiz poderá especificar uma fórmula a ser aplicada para determinar o valor devido; existem casos em que se tratando de obrigação de fazer ou não fazer, estas já venham determinadas na sentença para todos. Em todos os casos a sentença será genérica, mas apta a execução.¹⁷³

¹⁷⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 3. ed. São Paulo: SRS Editora, 2013. p. 361.

¹⁷¹ WATANABE, Kazuo; BENJAMIN, A H V; FINK, D R; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. [S.l: s.n.], 1991. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/000825030>. Acesso em 03/06/2021.

¹⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Rev. ampl. atual. Salvador: Editora Podivm, 2017. v. 4. p. 461-462

¹⁷³ *Idem. Ibidem*. p. 461.

A proteção coletiva dos direitos individuais, portanto, será dada mediante um procedimento bifásico, que apresenta duas naturezas. A primeira delas coletiva, verificada na fase de conhecimento, na qual os legitimados do art. 82 do CDC postularão, em prol dos indivíduos lesados, a reparação em pecúnia do direito individual lesado. A segunda individual, na qual os indivíduos lesados buscarão, individualmente, a liquidação ou cumprimento da sentença genérica coletiva.¹⁷⁴

Ainda, não obstante a redação do art. 98 do CDC¹⁷⁵ autorize a promoção da liquidação/cumprimento também por parte dos legitimados coletivos mencionados no art. 82 do Diploma, a doutrina tem assentado o entendimento de não ser possível, em primeiro momento, que o substituto processual assim proceda em nome do indivíduo lesado. Desta forma, os agentes legitimados apenas poderiam atuar em favor dos indivíduos nas liquidações e execuções quando expressamente por eles autorizado, ou, conforme se verá adiante, diante das circunstâncias mencionados no art. 100 do CDC.¹⁷⁶¹⁷⁷

¹⁷⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**. v. 38. n. 222. p. 41-64. ago. 2013.

¹⁷⁵ “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.” (BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10/11/2021).

¹⁷⁶ No sentido da impossibilidade de substituição processual nesta hipótese: ZAVASCKI, Teori Albino. 2005. *op. cit.* p. 184/185; LEONEL, Ricardo de Barros. *op. cit.* p. 420/421; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.* p. 157/158; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil – Individual e Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed, 2010. p. 312/313.

¹⁷⁷ Excepcionam-se desta regra os Sindicados em favor de empregados no processo trabalhista, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ilustra-se:
 “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 8º, III, DA CF/88. AMPLA LEGITIMIDADE. COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. “O artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos” (RE 210.029, Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 17.08.07). No mesmo sentido: RE 193.503, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24.8.07. 2. Legitimidade do sindicato para representar em juízo os integrantes da categoria funcional que representa, independente da comprovação de filiação ao sindicato na fase de conhecimento. Precedentes: AI 760.327- AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 03.09.10 e ADI 1.076MC, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 07.12.00). 3. A controvérsia dos autos é distinta daquela cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário desta Corte nos autos do recurso extraordinário apontado como paradigma pela agravante. O tema objeto daquele recurso refere-se

Verifica-se, portanto, que na fase de liquidação e cumprimento da sentença dos direitos individuais homogêneos “se abre em leque, formando-se autos apartados para cada uma das liquidações individuais, mas todas elas sendo tratadas como continuação do processo em que aquela sentença houver sido proferida”.¹⁷⁸

Elucidando o até então narrado, cita-se o exemplo de um grupo de consumidores lesados pela cobrança de tarifa abusiva em cartão de crédito de determinado banco. Trata-se de direitos individuais que, em razão de um dano comum (cobrança abusiva de banco x), poderão ser tutelados pela via coletiva. Após a prolação da sentença condenatória genérica, haverá o manejo das liquidações individuais pelos lesados, resultando no ajuizamento de diversas demandas individuais acerca do mesmo evento.

Outro exemplo, agora na seara trabalhista, é a ação coletiva que postula a anotação da CTPS de trabalhadores que prestam serviços pessoais e subordinados à determinada empresa na condição de falsos cooperados. A dissonância entre o regime de contratação e a forma de trabalho acarretará violação a diversos direitos individuais destes trabalhadores, como a percepção de 13º salário, férias.

O tratamento coletivo de tais direitos será facultado em razão de sua origem comum e, na hipótese de prolação de sentença genérica e ilíquida, reconhecendo a ilicitude do réu coletivo, serão ajuizadas as liquidações individuais para verificação do nexo de causalidade entre a conduta do réu coletivo os danos alegados pela vítima, bem como para quantificação do respectivo prejuízo sofrido.¹⁷⁹

A pulverização de demandas na fase de execução dos direitos individuais

ao momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação, nos termos do artigo 5º XXI da CF/88. Todavia, in casu, discute-se o momento oportuno para a comprovação de filiação a entidade sindical para fins de execução proferida em ação coletiva ajuizada por sindicato, com respaldo no artigo 8º, inciso III, da CF/88. 4. O acórdão originalmente recorrido assentou: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DO CICLO DE GESTÃO. CGC. DECISÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. AFILIADOS ÀS ENTIDADES IMPETRANTES APÓS A DATA DA IMPETRAÇÃO. DIREITO GARANTIDO DA CATEGORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS NOVOS NÃO FORAM CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 696845 AgR**. Relator(a): Min. LUIZ FUX. 1ª Turma. Julgado em: 16/10/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3622424>. Acesso em: 12/07/2021).

¹⁷⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v.4. p. 736.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a Fluid Recovery do art. 100 do CDC. **Revista de Processo**. v. 29. n. 116, jul./ago. 2004. p. 327.

homogêneos é alvo de incontáveis críticas pela doutrina processualista, que argumenta que o desmembramento da ação inicialmente coletiva em várias execuções individuais acaba por retirar do processo coletivo a força e eficiência que dele se espera.¹⁸⁰ Tais críticas se mostram acertadas quando lembrado que uma das razões de ser desta forma de tutela é justamente evitar o ajuizamento de inúmeras demandas idênticas. Conforme já visto anteriormente, o tratamento coletivo de pretensões individuais homogêneas visa, entre outras coisas, promover a saúde de máquina pública e isonomia de tratamento¹⁸¹.

Criticando o procedimento bifásico da tutela coletiva de direito individuais, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna referem:

Desde logo, pode-se recordar o transtorno representado pela multiplicidade de demandas (execuções) ajuizadas por conta de uma só sentença condenatória. Especialmente em se tratando de caso que possa envolver parte significativa da sociedade brasileira, é normal que o Judiciário fique abarrotado com execuções derivadas da ação de conhecimento, gerando intermináveis custos que oneram outras ações em trâmite.¹⁸²

Os mesmos autores atentam também para o fato de as liquidações individuais acabarem, ao fim ao cabo, reabrindo grande parte da discussão já vencida na ação de conhecimento coletiva, eis necessária a demonstração pelo autor do dano, nexo de causalidade e valor da indenização devida. Em suas palavras, “Isso, obviamente, permitirá ao réu, já condenado, trazer muito do debate ocorrido na ação de conhecimento, de forma a atrasar ainda mais a entrega dos valores”.¹⁸³

Elucidados os aspectos gerais da execução coletiva padrão dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, passa-se à análise da execução residual posta no art. 100 do CDC.

¹⁸⁰ A esse respeito: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sergio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**. v. 222. p. 41-46, 2013; VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise e propostas**. 1. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

¹⁸¹ GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**. v. 953. p. 223-257, 2015. p. 224.

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. Capítulo 7. Seção 7.7.4. Parágrafo 19º. Livro Eletrônico. [n.p].

¹⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. Capítulo 7. Seção 7.7.4. Parágrafo 20º. Livro Eletrônico. [n.p].

2.2 A Técnica da *Fluid Recovery* Brasileira

Com inspiração nas *class actions* e calçada na promessa de corroborar com a máxima efetividade da tutela jurisdicional, o legislador pátrio estipulou, no art. 100 do CDC, o modelo de execução residual de sentenças condenatórias atinentes a direitos individuais homogêneos, ao qual deu-se o nome de *fluid recovery*.¹⁸⁴

Nas linhas que seguem, será analisado o funcionamento da *fluid recovery*, tal como incorporada ao direito brasileiro, bem como os problemas que vêm sendo denunciados pela doutrina processualista, decorrentes da aplicação desta modalidade de execução.

2.2.1 Funcionamento e Promessas

Dispõe o art. 100 que “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”.¹⁸⁵ O produto obtido com a execução residual será, por sua vez, revertido para o FDD, criado pela Lei nº 7.347/85.

A redação do artigo conta com dois conceitos vagos, quais sejam: “gravidade do dano” e “número suficiente de habilitados”, de modo que a verificação do cabimento da execução residual deverá ser aferida caso a caso pelo julgador.¹⁸⁶ Nesse sentido,

¹⁸⁴ A primeira menção ao termo no Brasil foi feita ainda em 1977, na Revista de Processo, em tradução à estudo realizado pelo autor italiano Mauro Cappelletti sobre a tutela coletiva. Na oportunidade, o autor examinava institutos de direito comparado, sugerindo abordagens possíveis aos problemas inerentes à tutela coletiva. (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Traduzido por Nelson Campos. **Revista de processo**. São Paulo. n. 05, p. 128-159, 1977. p. 153-154)

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 10/05/2021.

¹⁸⁶ Esclarece Paulo Braga Neder que “Esta atividade judicial, evidentemente, não é feita ao talante do julgador. A verificação do equilíbrio anteriormente referido ocorre com a observância dos elementos concretos existentes nos autos, na medida da possibilidade de sua aferição, seja de forma precisa, seja de forma estimada. Nesse sentido, caso seja possível apurar de forma precisa a “gravidade do dano”, com exatidão em todos os seus elementos que irão integrar este conceito no caso concreto¹⁶⁹ - por exemplo, o número exato de lesados (numa situação envolvendo correntistas de determinada instituição bancária, por exemplo), bem como a extensão precisa do prejuízo individualmente sofrido e, dentro do universo de lesados, quantos buscaram a reparação através da propositura de demandas individuais (valendo-se da legitimação ordinária) - estes dados devem balizar a imposição da indenização residual, podendo inclusive limitar valor indenizatório imposto em decorrência desta”. (NEDER, Paulo Braga. **A execução residual na tutela dos interesses**

Luiz Wambier assevera que “a expressão utilizada – ‘em número compatível com a gravidade do dano’ efetivamente se consubstancia naquilo que a doutrina chama de conceito vago (ou indeterminado)”¹⁸⁷. Para o autor, a intenção do legislador no emprego de conceitos vagos foi de resguardar que

[...] ainda que tenha havido certa movimentação em torno da sentença de procedência, se não se considerar restabelecido o equilíbrio que se havia rompido pela perpetração do ilícito, a legitimidade é, por assim dizer, ‘devolvida’ aos entes coletivos de que fala o art. 82 do CDC, para que se faça justiça, com objetivo de suprir a inatividade dos prejudicados, que não pode resultar na liberação do causador do dano.¹⁸⁸

No mesmo sentido, Paulo Braga Neder, observa que a lei não vinculou a verificação dos pressupostos para a execução residual à precisão matemática justamente em razão de “em grande parte das condenações, mormente naquelas que envolvem direitos do consumidor, é difícil – quando não impossível - apurar ao certo o número de sujeitos lesados e dano individual advindo da conduta”¹⁸⁹. Desta feita, a aplicação da *fluid recovery* seria viável mesmo nos casos em que “por exemplo, não seja possível a apuração precisa do número de indivíduos lesados que deixaram de promover a execução da sentença e o do prejuízo efetivamente sofrido por estes”.¹⁹⁰

Ademais, verifica-se também pela redação da lei que a *fluid recovery* é hipótese subsidiária de liquidação e execução do julgado, condicionada à falta de habilitações em número compatível com a gravidade do dano. Partindo dessa compreensão, Marcelo Abelha explica os aspectos que deverão estar presentes para que a de possa promover tal modalidade de execução:

O primeiro, cuida da necessidade de que a situação originária seja a de tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, ensejador de uma sentença condenatória genérica transitada em julgado, que obrigue o demandado a pagar quantia, que ainda será apurada em liquidação de

individuais homogêneos. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 84. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16052016-161219/pt-br.php>. Acesso em 20/09/2021).

¹⁸⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil individual e coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed, 2010. p. 320-323.

¹⁸⁸ *Idem. Ibidem.*

¹⁸⁹ NEDER, Paulo Braga. **A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos.** São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 85. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16052016-161219/pt-br.php>. Acesso em 20/09/2021).

¹⁹⁰ *Idem. Ibidem.*

sentença nos termos do artigo 97 e ss. do CDC (apuração de quantum e identificação do titular – vítima ou sucessor). Posteriormente a segunda condição é que tenha escorrido o prazo de um ano contado a partir do trânsito em julgado da sentença do art. 95 do CDC. A terceira condição é que – depois de superadas as condições anteriores – exista uma situação tal, que indique uma vantagem patrimonial (financeira ou não) em favor do demandado. (...). Existindo compatibilidade entre o número de habilitações (liquidações) com a gravidade do dano, será descartado qualquer tipo de reparação fluida.¹⁹¹

Sendo verificado pelo julgador o cabimento da reparação fluida, “não haverá execução coletiva dos danos individualmente sofridos, mas sim liquidação e execução coletiva dos danos globalmente considerados, por estimativa, para posterior reversão destes valores ao Fundo de Direitos Difusos”.¹⁹² Para tanto, poderá o juízo valer-se de perícia judicial, ou demais provas que julgue pertinentes produzir para quantificação do dano e dos atingidos.

Relevante destacar ainda que poderá haver concomitância entre a liquidação individual e a coletiva da *fluid recovery*, na medida em que o prazo prescricional para propositura da execução pelos particulares será superior ao prazo de 1 ano para o manejo da execução residual pelos legitimados. Nesse caso deve suspender-se o processamento da liquidação coletiva, porque o valor a ser apurado na liquidação individual deverá ser compensado.

Em crítica à legislação, que permite a simultaneidade destas execuções, Marcelo Abelha refere:

Melhor teria feito o legislado se tivesse fixado o prazo de início da ação de reparação fluida para o fim do prazo prescricional de exercício judicial do direito reconhecido como existente na sentença condenatória genérica. Nesse caso, seria possível obter alguma segurança não os em relação às indenizações já pagar, mas também em relação as que estivessem em curso, tendo em vista a existência de certeza que daí pra frente não poderia surgir nenhuma ação nova.

Ainda acerca da concomitância entre o tramite da liquidação residual e individual, explicam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior que, diante de tal hipótese, incumbirá ao réu coletivo apontar a existência de liquidações individuais em andamento e o eventual pagamento já realizado a alguns indivíduos, para que o magistrado possa identificar mais justamente o valor da indenização fluida, na medida

¹⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. **Revista de Processo**. v. 29. n. 116. p. 325-330. jun. 2004.

¹⁹² LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 427.

em que idealmente, a *fluid recovery* teria por objetivo apurar *quantum* residualmente devido.¹⁹³

A *fluid recovery* do art. 100 do CDC funcionária, em tese, como uma válvula de escape às falhas inerentes a execução individual¹⁹⁴ das sentenças condenatórias genéricas.¹⁹⁵ Isso pois constatado que, não raramente, o número de execuções individuais manejadas era incompatível com a gravidade do dano gerado à classe, acarretando na impunidade dos causadores do dano.¹⁹⁶

Nesse prisma, há autores que defendem o emprego da técnica, sob justificativa de que a *fluid recovery* brasileira teria o condão de evitar que a tutela dos direitos individuais se tornasse ineficaz diante da inércia de seus titulares em promover as liquidações individuais.¹⁹⁷

A exemplo, Antônio Herman Benjamin, que defende ser a técnica de execução residual

[...] extremamente representativa do espírito do CDC, e introduz entre nós o que o direito norte-americano se conhece como *fluid recovery*, ou reparação fluida, pela qual, ao mesmo tempo em que se privilegia a tutela coletiva como instrumento de 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 lesados¹⁹⁸

Há quem defenda, ainda, que embora a *fluid recovery* constitua espécie de execução de direitos individuais, “esta demanda não possui a finalidade precípua de tutelar tal espécie de direitos coletivos”, fundamentando, para tanto, ser possível aferir da redação do art. 100 do CDC que o direito por ela tutelado seria tipicamente difuso,

¹⁹³ DIDIER JUNIOR. Fredie, ZANETI JUNIOR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Rev. ampl. atual. Salvador: Editora Podivm, 2017. v. 4. p. 462.

¹⁹⁴ Ainda há quem defenda, a exemplo de Rodrigues, que embora a *fluid recovery* constitua espécie de execução de direitos individuais, “esta demanda não possui a finalidade precípua de tutelar tal espécie de direitos coletivos”, fundamentando, para tanto, ser possível aferir da redação do art. 100 do CDC que o direito por ela tutelado seria tipicamente difuso, porquanto destinado ao FDD”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**. v. 29. n. 116, p. 325-330. jul. 2004).

¹⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e a Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édís (coord). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. p. 85-96.

¹⁹⁶ *Idem. Ibidem.*

¹⁹⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.159.

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1459.

porquanto destinado ao Fundo de Direitos Difusos.¹⁹⁹

Já a doutrina crítica ao instituto, embora não negue a eficácia punitiva da medida, aponta para uma preocupante dissonância entre o disposto no parágrafo único do art. 100 do CDC²⁰⁰ e a função precípua da jurisdição, argumentando, inclusive, inexistir uma reparação do direito lesado mediante o emprego da técnica.

A exemplo, Gustavo Osna refere a inexistência de qualquer nexo de causalidade entre o valor indenizatório arrecadado ao fundo e sua posterior utilização pelo Estado. Nas palavras do autor:

[...] conforme já apurado, a atuação do Fundo de Defesa de Direitos Difusos está longe de uma procura efetiva pela proteção da classe lesada. Mais que isso, uma vez internalizado em seus cofres, o valor decorrente da condenação coletiva sequer parece reter seu *pedigree*: passa a simplesmente integrar um numerário comum, podendo se voltar à própria estrutura do Ministério da Justiça ou, no menor dos casos, à efetivação de projetos que em nada dizem respeito aos indivíduos pretensamente protegidos. Para eles, a ação de classe de nada terá servido — criando-se uma lógica cujo único benefício é a dissuasão do réu coletivo à reiteração do ilícito.²⁰¹

No mesmo sentir, Fernanda Lissa Fujiwara Homma argumenta que não raramente as verbas recebidas pelo Fundo são empregadas em prol da “modernização administrativa e na aquisição e aprimoramento dos equipamentos dos órgãos responsáveis pela execução das atividades meio e fim na defesa dos direitos difusos e coletivos”.²⁰² Os valores destinados ao FDD acabariam servindo como caixa extra para a estrutura governamental ou, no melhor dos casos, “à efetivação de projetos que em nada dizem respeito aos indivíduos pretensamente protegidos”.²⁰³

A parcela da doutrina crítica ao funcionamento da execução residual aponta também para a relevante e preocupante dissonância entre o disposto no parágrafo

¹⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**. v. 29. n. 116, p. 325-330. jul. 2004. p. 326.

²⁰⁰ [...] o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985” (BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10/05/2021).

²⁰¹ OSNA, Gustavo. **O Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a execução de decisões coletivas**. Conjur, 20018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/gustavo-osna-direitos-difusos-execucao-decisoes-coletivas>. Acesso em 23/07/2021.

²⁰² HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 96.

²⁰³ OSNA, Gustavo. **O Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a execução de decisões coletivas**. Conjur, 20018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/gustavo-osna-direitos-difusos-execucao-decisoes-coletivas>. Acesso em 23/07/2021.

único do art. 100 do CDC²⁰⁴ e a função precípua da jurisdição que, como visto, traduz-se na tutela efetiva do direito material.

Ressalvadas as divergências doutrinárias, parece inequívoco defender-se desde já que a ausência de correspondência entre a origem do montante arrecadado e sua destinação posterior é suficiente para concluir pela ausência de eficácia reparadora da medida e sua incapacidade de conferir tutela efetiva aos direitos individuais homogêneos.

Destarte, visto que as técnicas procedimentais devem ser orientadas de acordo com sua finalidade precípua, tem-se que por mais acertada que possa parecer uma regra processual, sua aplicação pelo julgador não só pode, mas deve ser afastada quando em evidente contradição com o objetivo da jurisdição contemporânea.

2.2.2 O Fundo de Defesa de Direitos Difusos

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e à Secretaria Nacional do Consumidor, foi instituído pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e, posteriormente, regulamentado pela Lei n.º 9.008/95. Sua criação teve por finalidade precípua a defesa e a recomposição de danos causados a direitos difusos e coletivos nela elencados. Ou, segundo a redação conferida ao parágrafo único do art. 1º da pela Lei n.º 9.008/95,

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, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.²⁰⁵

As receitas que o compõe são oriundas de processos – administrativos ou judiciais – que envolvam lesão a direito difuso ou coletivo e, segundo consta na página da web do próprio fundo,

²⁰⁴ [...] o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985” (BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10/05/2021).

²⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm. Acesso em 22/10/2021.

[...] devem ser empregadas em projetos que previnam ou recomponham danos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico, ao consumidor, à ordem econômica, ao trabalhador, às pessoas idosas ou portadoras de deficiências e ao patrimônio público e social, de acordo com o rol constante do art. 1º da Lei n.º 7.347/85²⁰⁶.

As verbas que integram o FDD também são relacionadas pela já referida Lei nº 9.008 em seu artigo 1º, § 2º²⁰⁷. Em suma, as verbas que podem integrar os recursos do FDD são: (i) condenações judiciais oriundas de ações que buscam tutelar o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, outros interesses difusos ou coletivos, o mercado mobiliário; (ii) multas e indenizações da tutela das pessoas portadoras de deficiência; (iii) multas contra infração à ordem econômica além de outros tipos de receita; (iv) rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; e (v) doações de pessoas físicas ou jurídicas. Vale informar que a principal fonte de receita do FDD provém de infrações administrativas apuradas por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), não de condenações judiciais em ações coletivas.

Ademais, embora relacionado a atividade jurisdicional, o FDD tem natureza administrativa, sendo sua gerência feita pelo poder Executivo. Ricardo de Barros Leonel informa, a esse respeito que:

[...] a partir do momento em que o valor é recolhido ao Fundo, deixa de sujeitar-se à ingerência judicial. Seu emprego será determinado pelo órgão encarregado da sua gestão. A má ou equivocada destinação pode ser impugnada administrativamente ou judicialmente, em demanda autônoma

²⁰⁶ Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>. Acesso em 23/09/2021.

²⁰⁷ “§ 2º Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação: I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985; II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; (Revogado pela Lei nº 13.146, de 2015); III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989; V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo; VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.” (BRASIL. Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19008.htm. Acesso em: 15/02/2021).

que não guarda relação alguma com a ação coletiva originária onde houve a condenação.²⁰⁸

Esse aspecto, inclusive, distancia a alegada similitude entre os modelos brasileiro e norte-americano de reparação fluida, conforme será posteriormente explicado.

Na realidade brasileira, a liberação dos recursos, ocorrerá mediante “celebração de de convênios ou contratos de repasse com órgãos públicos, seja a nível federal, estadual ou municipal e entidades civis sem fins lucrativos”.²⁰⁹ Tais colaborações “são reguladas por meio de portarias e resoluções que estabeleçamos diretrizes gerais para celebração desses contratos e a sua forma de execução, fiscalização e prestação de contas”.²¹⁰

O FDD lança, periodicamente, editais para a seleção de projetos, nos quais são informados os entes que podem participar, valores dos projetos e sua duração. Após publicado o edital e recebidas as propostas, o FDD seleciona os projetos de acordo com os critérios do próprio edital e direciona sua estrutura administrativa para acompanhar a execução.

No mesmo sentido, Fernanda Lissa Fujiwara Homma esclarece o caminho a ser percorrido até efetiva implementação dos recursos:

Os interessados devem apresentar ao CFDD projetos, na forma de "carta-consulta", segundo os critérios e requisitos previstos pelo órgão.

Nessa deverão constar os dados básicos a respeito do proponente e do projeto que os fundos irão contemplar, pelo menos: (i) a descrição do objeto a ser executado a justificativa contendo a caracterização dos interesses recíprocos, a relação entre a proposta apresentada e os objetivos e diretrizes do programa e a indicação do público-alvo, do problema a ser resolvido e dos resultados esperados; (ii) estimativa dos recursos financeiros, discriminando o repasse a ser realizado pelo concedente e a contrapartida prevista para o proponente; (iii) previsão de prazo para execução; (iv) e informações relativas à capacidade técnica gerencial do proponente para execução do objeto.

Tais requisitos estão dispostos no art. 19 da Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011 do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD) e visam a melhor instruir a escolha dos projetos que serão contemplados com recursos do FDD.

Os projetos selecionados são submetidos a um julgamento pela CFDD, que irá analisar tanto a adequação aos requisitos legais, como aspectos de

²⁰⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 431.

²⁰⁹ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 90.

²¹⁰ *Idem. Ibidem.*

mérito, em sessão pública, da qual o proponente poderá participar.³⁰² Ressalte-se que, o teto máximo de recursos do FDD a serem aplicados em um mesmo projeto, as prioridades em cada área de proteção dos direitos difusos e coletivos individuais homogêneos, também são definidas pelo Conselho Gestor, por meio de resolução.²¹¹

No site do FDD é possível verificar os projetos em andamento, os valores arrecadados, os eixos temáticos possíveis, as atas das reuniões do Conselho de Administração, as seleções anteriores, entre outras informações.²¹²

O ponto nevrálgico da discussão reside no fato de atualmente inexistir relatórios públicos que detalhem a atuação do FDD, sendo impossível verificar pelo material disponível no site se o destino das arrecadações guarda nexos com sua origem, o que afigura eminente lesão à *accountability* que dele se espera.

Faz-se forçoso citar o estudo realizado por Albano Francisco Schmidt, ainda em 2014²¹³, no qual o autor demonstra que, nos relatórios disponibilizados pelo FDD, cerca de “9,83% do total arrecadado nos últimos dez anos, representando quase cinquenta milhões de reais, estão sob a legenda outros interesses coletivos e difusos”²¹⁴. Fato inalterado até os dias atuais, conforme é possível verificar no relatório dos anos de 2020 e 2021.²¹⁵

²¹¹ *Idem. Ibidem.* 90-91.

²¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Institucional**. Governo Federal, 2021. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>. Acesso em 20/09/2021.

²¹³ SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. **Argumentum Revista de Direito**, n. 15, p. 201-226, 2014.

²¹⁴ *Idem. Ibidem.*

²¹⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Arrecadação. Relatórios de Arrecadação**. Governo Federal, 2021. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/arrecadacao-1>. Acesso em 15/01/2022.

Tabela 1 - Condenações Judiciais FDD

DATA	RECOLHEDOR	FINALIDADE	VALOR
05/01/2021	299.961.637-68	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	784,11
06/01/2021	Nugo Smart 4u Serviços Operacionais Ltda	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	3.000,00
07/01/2021	175.986.558-39	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	100,00
11/01/2021	Ministério da Justiça e Segurança Pública	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	93.621,69
08/01/2021	Industria e Comércio de Móveis Europa Ltda	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	2.971,15
11/01/2021	051.782.905-34	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	1.798,00
11/01/2021	Condomínio Geral do Bracuhy	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	4.351,94
12/01/2021	350.383.038-38	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	1.428,57
15/01/2021	189.416.726-00	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	100,00
15/01/2021	480.747.640-87	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	46.643,87
19/01/2021	047.209.806-35	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	220,86
19/01/2021	054.484.318-52	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	8.423,75
20/01/2021	180.174.879-91	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	350,60
20/01/2021	822.642.953-68	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	404,00
20/01/2021	822.642.953-68	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	404,00
20/01/2021	822.642.953-68	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	404,00
20/01/2021	822.642.953-68	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	404,00
21/01/2021	027.082.704-86	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	495,36
21/01/2021	Refeições Naturas Ltda	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	10.000,00
25/01/2021	Editora e Distribuidora Educacional S/A	Qualquer outro interesse difuso ou coletivo	15.185,26

FONTE: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Arrecadação. Relatórios de Arrecadação.** Governo Federal, 2021. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/arrecadacao-1>. Acesso em 15/01/2022.

Além da ausência relatórios detalhados sobre a destinação dos recursos, há dificuldades diversas que perpassam a atuação do FDD e obstaculizam a efetividade da reparação fluida a ser por ele promovida, dentre as quais merece destaque à submissão da liberação dos valores à Lei Orçamentária Anual. A Lei é responsável pela restrição de valores das despesas estatais, bem como pelo controle das ações pretendidas pelos governantes. O orçamento da União, por sua vez, “é um

planejamento que indica quanto e onde gastar o dinheiro público federal no período de um ano, com base no valor total arrecadado pelos impostos”.²¹⁶

Arthur Badin, a esse respeito, verificou que entre os anos de 2000 a 2007 os créditos orçamentários foram significativamente inferiores aos valores arrecadado, de modo que, naqueles anos, o montante arrecadado pelo FDD com as condenações oriundas das ações coletivas naqueles não pode ser investido na integralidade em prol da suposta reparação dos grupos lesados.²¹⁷ Em acertada crítica, Fernanda Lissa Fujiwara Homma defende que “a opção lógica seria a possibilidade de aproveitamento integral do que foi arrecadado em um ano, para o próximo exercício financeiro, vez que se trate de um montante com destinação específica”.²¹⁸

Dado o panorama acerca do funcionamento do FDD e dos problemas inerentes à destinação de valores oriundos de condenações de ações coletivas, se passará, nas linhas que seguem, à elucidação do funcionamento da *fluid recovery* norte-americana.

Serão também traçadas as semelhanças e diferenças entre a *fluid recovery* brasileira e norte-americana e, diante de casos práticos e estudo de técnicas de direito comparado, pensados meios diversos de execução residual capazes de tutelar adequada e efetivamente os direitos individuais homogêneos violados.

²¹⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei orçamentária anual (LOA)**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/lei-orcamentaria-anual-loa>. Acesso em: 12/12/2021.

²¹⁷ BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008. p. 85.

²¹⁸ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 93-94.

3 O MODELO DAS *CLASS ACTIONS* E A *FLUID RECOVERY*

Nos capítulos anteriores verificou-se o estado atual da arte nas ações coletivas brasileiras, com enfoque, sobretudo, nas fases de liquidação e execução.

Viu-se, ainda, o funcionamento do que chamou o legislador pátrio de *fluid recovery* e os problemas que resultam de sua aplicação.

No presente capítulo, passa-se à análise do estado atual da arte das *class actions* norte-americanas e das formas de tutela executiva disponíveis neste ordenamento jurídico, haja vista que, conforme já adiantado, a *fluid recovery* norte-americana serviu de modelo à versão brasileira.

Pretende-se, assim, viabilizar o debate posterior acerca das alternativas possíveis à aplicação da *fluid recovery* e, por conseguinte, contribuir para a promoção de uma tutela jurisdicional coletiva efetiva, compromissada com a reparação da classe lesada.

3.1 As *Class Actions* Norte-americanas

O modelo das *class actions* norte-americanas é, hoje, a principal referência em termos de tutela coletiva de direitos, sendo comumente utilizado como parâmetro de sucesso pela doutrina²¹⁹. Tal fato que se deve mais a fatores culturais do que propriamente a condições legislativas, na medida em que, como se verá adiante, o regramento destas ações não se apresenta tão exaustivo e detalhado quanto o brasileiro.

Nada obstante, em termos práticos, as *class actions*, há bastante tempo, trazem consigo resultados efetivamente transformadores da realidade social norte-americana, o que se pode asserir com base em exemplos como: o caso *Brown vs*

²¹⁹ Alguns exemplos: BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 82. p. 92-151, 1996; GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; TUCCI, José Rogério Cruz e. **'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990; HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. Pecuniary judicial executions on class actions: between the fluid recovery, the cy pres and the funds. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 18, p. 192, 2017; TARUFFO, Michele. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparados. In: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: Ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

*Board of Education I*²²⁰ e *II*,²²¹ por meio do qual a Suprema Corte estadunidense declarou como inconstitucional a doutrina do *Separate but equal*, que desde 1896, reforçada em seu próprio julgamento no caso *Plessy vs. Ferguson*, que legitimava a criação de leis (*acts*) de cunho segregatório pelos estados membros²²².

Não é por acaso que, para atualização das normas que regem o microsistema de processo coletivo, o legislador pátrio se valha das *class actions* como fonte de inspiração. Assim ocorre também no que diz respeito às técnicas para efetivação do julgado, como é o exemplo da *fluid recovery*.

Contudo, toda atenção é necessária quando da importação de técnicas de direito comparado ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo quando a fonte de inspiração provém de um sistema de origem anglo-saxônica, haja vista as inevitáveis diferenças culturais.²²³

Por meio da análise da origem e funcionamento das *class actions* e da verificação do que consiste a *fluid recovery* norte-americana, se demonstrará que ela em pouco se assemelha à *fluid recovery* brasileira disciplinada no art. 100 do CDC. Em verdade, o que se tem é uma técnica *sui generis*, cujo insucesso pode ser inclusive ser atribuído à sua transposição parcial e equivocada.

Ademais, a análise do problema das Cortes norte-americanas com de destinação das sobras contribuirá com a busca por uma solução efetiva para a destinação de eventuais montantes residuais apurados nas ações coletivas brasileiras.

3.1.1 Origem e Regramento

As *class actions* norte-americanas têm sua inspiração no ordenamento jurídico inglês. Conforme narra a doutrina norte-americana²²⁴, o início do que se pode chamar

²²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brown I**, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Acesso em: 04/05/2021.

²²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brown II**, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/349us294>. Acesso em: 04/05/2021.

²²² A esse respeito, ver: JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

²²³ As tradições jurídicas da common law e da civil law, por aspectos políticos, econômicos, filosóficos e sociais, tomaram rumos em muito distintos naquilo que tange à aplicação do direito. A esse respeito, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

²²⁴ FRIEDENTHAL, Jack Harlan., COUND, John James., MILLER, Arthur Raphael. e SEXTON, John Edward. **Civil Procedure - Cases and Materials**, St. Paul, West Publishing Co. 5. ed. 1989. p. 656.

de processo coletivo na *common law*, deu-se na Inglaterra, no século XVII, com a criação da prática da *bill of peace*²²⁵.

Para compreensão do que foi a *bill of peace*, cabe lembrar que, à época, a Inglaterra experimentava um sistema dual de justiça, dividido entre *law jurisdiction* (sistema de *common law*) e *equity jurisdiction* (sistemas de *equity*). O primeiro sistema detinha jurisdição para julgar pretensões de natureza pecuniária e indenizatória (*damages*), conhecido por sua extrema rigidez formal e burocracia, enquanto o segundo detinha jurisdição para tratar sobre as pretensões declaratórias e injuntivas ou mandamentais (*injuctions*).²²⁶

A *equity jurisdiction* funcionava como uma espécie de sistema complementar à *common law*. Os Tribunais de equidade eram encarregados de julgar situações em que o direito não estaria regulado de forma adequada, suprimindo as lacunas do direito comum.²²⁷

Dentre as diferenças dos sistemas de *equity* e *common law* estava a impossibilidade de, no segundo, formar-se litisconsórcio voluntário fundado meramente na existência de questões comuns. Era permitida tão somente a formação de litisconsórcio necessário e exigida, ainda, a intervenção compulsória de terceiros quando “houvesse ligação direta e imediata entre o direito do terceiro e o julgamento da lide”²²⁸.

Em contrapartida, no primeiro sistema, o da *equity law*, os Tribunais procediam de forma oposta, permitindo a formação de litisconsórcio voluntário, fundado na existência de questões comuns. Para tanto, exigiam a intervenção compulsória de todos os interessados no processo, inclusive aqueles interessados somente de fato, sob pena de extinção do mesmo.

A regra ficou conhecida como *compulsory joinder rule* ou *necessary parties rule* e era embasada na noção de que “um juiz deve fazer uma justiça completa ou abster-se de fazê-la”.²²⁹

²²⁵ “*Bill of peace was an English court practice used in the 17th and 18th centuries for legal disputes involving multiple parties that shared common aspects. A bill filed to procure repose from repeated litigation is termed bill of peace. It is one of the earliest instances in which chancery courts entertained jurisdiction on the ground of preventing a multiplicity of suits*”. (BILL OF PEACE. **Dicionário online US Legal**. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/b/bill-of-peace/>. Acesso em 17/04/2021).

²²⁶ DAMASKA, Mirjan. **The faces of Justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 42.

²²⁷ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

²²⁸ *Idem Ibidem*. 41

²²⁹ *Idem Ibidem*. 41.

Em meados do século XVII percebeu-se, contudo, que a *compulsory joinder rule* era, por vezes, inconveniente e até mesmo injusta, na medida em que, não raramente, o número de pessoas envolvidas na lide mostrava-se expressivo e sua habilitação dificultava o andamento do processo e a tomada de uma decisão tempestiva. Sob tal prisma, refere Antonio Gidi que

[...] a menos que todas as pessoas interessadas intervissem voluntariamente no processo, nenhuma delas poderia obter a proteção *judicia*. Assim, uma parte relutante em comparecer em juízo, fora da jurisdição do tribunal ou simplesmente indisponível no momento da decisão, poderia impedir que os demais interessados obtivessem a prestação jurisdicional²³⁰.

A *bill of peace*, surge, então, nos Tribunais de equidade como uma exceção à *compulsory joinder rule*.

Com o advento da *bill of peace*, tornou-se possível tutelar-se direitos comuns mediante representação de partes, originando as *representative actions*. Desta forma, um indivíduo ou um grupo de indivíduos poderia postular direito alheio em nome próprio, mediante representação nos autos dos integrantes ausentes da classe²³¹.

No entanto, vale frisar, esta exceção estava condicionada à impossibilidade ou impraticabilidade do litisconsórcio, bem como à constatação pelo juízo de que os direitos postulados eram comuns às partes.²³² A coisa julgada produzia efeitos *erga omnes*, vinculando todos os membros do grupo representados em juízo.²³³

No direito inglês, o procedimento da *bill of peace* era praticado tão somente pelas *Courts of Equity*, sendo considerado incompatível com os Tribunais de *common law*. Contudo, em que pese não ser praticada nos Tribunais de *law*, fazia-se possível propor uma *bill of peace* nos tribunais de *equity* em tutela de um direito fundado no sistema de *law*, na medida em que “a simples multiplicidade de pessoas envolvidas em uma controvérsia em torno de uma questão comum era suficiente para se pode invocar a jurisdição dos tribunais de *equity*”.²³⁴

Retornando ao contexto norte-americano, verifica-se que, muito embora houvesse esse duplo sistema (*equity e law*) durante o período colonial, ambas as

²³⁰ *Idem Ibidem*. 41.

²³¹ *Idem Ibidem*. 42.

²³² SILVA DINAMARCO, Pedro da. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.

²³³ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

²³⁴ *Idem. Ibidem*. p. 43-44.

jurisdições eram delegadas ao mesmo Tribunal. A *bill of peace* era, também no direito americano, aplicável tão somente àquelas demandas atreladas a *equity*, ou seja, às pretensões injuntivas e declaratórias. E além das hipóteses de necessidade e conveniência, era justificável quando a justiça fosse obstaculizada pela não utilização da tutela coletiva – noção que se estendeu posteriormente ao direito inglês. Esta última hipótese, conforme explica Antonio Gidi, ocorreria “sempre que as pretensões individuais fossem tão reduzidas que não justificassem as despesas com um litígio judicial.”²³⁵

As ações representativas, que permitiam a exceção à regra do litisconsórcio necessário foram inicialmente codificadas no direito norte-americano por meio da *Federal Equity Rule 48* de 1842²³⁶.

A *Equity Rule 48* permitia o processamento de um litígio por meio de representação, dispensando a necessidade da presença individual de todos os interessados no processo. Ao mesmo tempo, a regra deixou transparente que a decisão proferida nestes casos não poderia prejudicar o direito daqueles que não compareceram ao processo ao consignar em sua redação que “*in such cases, the decree shall be without prejudice to their rights and claims of all the absent parties*”²³⁷.

Ou seja, até então era adotada posição restritiva pelas Cortes no que diz respeito à extensão subjetiva da coisa julgada, não permitindo que as pessoas interessadas no processo fossem atingidas pelos efeitos da *res judicata* quando esta os prejudicasse.

²³⁵ *Idem. Ibidem.* p. 44.

²³⁶ “*Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties*”. (*Idem. Ibidem.* p. 501).

²³⁷ Confira-se o texto da *Equity Rule 48*: “*Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all absent parties*”. Tradução livre da autora: “Onde as partes forem numerosas em ambos os lados, e não puderem, sem a manifesta inconveniência e opressivas demoras na demanda, figurar como parte, a corte, discricionariamente, pode dispensar a participação de todos e prosseguir com o processo, se houver pessoas suficientes para representar adequadamente os interesses dos autores e dos réus. Mas, nestes casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões dos ausentes”. (*Idem. Ibidem.* p. 501).

Somente em 1853, com julgamento do caso *Smith v. Swormstedt*²³⁸, que a Suprema Corte norte-americana superou o óbice da parte final da *Equity Rule 48*.²³⁹

A decisão da Suprema Corte acabou por eclodir na revisão e revogação da *Equity Rule 48*, que foi substituída, em 1912, pela *Equity Rule 38* que passou a vigorar com a seguinte redação:

*When the questions is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.*²⁴⁰

A matéria foi revisitada no ano de 1938, quando aprovadas nos Estados Unidos as *Federal Rules of Civil Procedure*.

Por meio de referido diploma legal, mais especificamente da *Federal Rule 23*, os sistemas de *equity* e *common law* foram unificados, fazendo com que as *class actions* deixassem de estar intrinsecamente ligadas às pretensões injuntivas e mandamentais reconhecidas pela *equity*, para também tutelar direitos da *common law*, como pretensões indenizatórias, por exemplo²⁴¹.

²³⁸ *"In all cases where exceptions to the general rule are allowed, and a few are permitted to sue and defend on behalf of the many, by representation, care must be taken that persons are brought on the record fairly representing the interest or right involved, so that it may be fully and honestly tried. Where the parties interested in the suit are numerous, their rights and liabilities are so subject to change and fluctuation by death or otherwise, that it would not be possible, without very great inconvenience, to make all of them parties, and would oftentimes prevent the prosecution of the suit to a hearing. For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court. The legal and equitable rights and liabilities of all being before the court by representation, and especially where the subject-matter of the suit is common to all, there can be very little danger but that the interest of all will be properly protected and maintained."* (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Smith v. Swormstedt**, 57 U.S. 288 (1853). Washington, D.C., 1853. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/57/288/>. Acesso em 21/06/2021).

²³⁹ Conforme Michele Taruffo, "la Rule 48, delle Equity Rules de 1942 affermava che la sentenza non avrebbe potuto pregiudicare 'the rights and claims off all the absent parties', ma essa fu disapplicata nella sentenza sula caso *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. (16 How.) 288 (1853), che costituiti il leading case in materia di class actions, ed estese l'efficacia vincolante del giudicato a 1500 soggetti rappresentati da 6 attori e a 3.800 soggetti rappresentati da 3 convenuti" (Taruffo, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale**. n. 24, p. 619, 1969).

²⁴⁰ Tradução livre feita pela autora: "Quando a questão versar sobre um interesse comum ou geral de muitas pessoas, que constituem uma classe tão numerosa que torna impraticável trazer todas as pessoas para o processo, uma ou mais pessoas podem processar ou ser processados por todos".

²⁴¹ "Devido à autorização legal do Congresso em 1934, a Corte Suprema adaptou em 1938 as 'Regras Federais de Processo Civil', unificando o direito comum e a equidade, realizando o mais avançado e moderno sistema de prática em Códigos de Processo. O Código, conforme seu imediato sucesso, é ainda hoje o modelo de formas processuais" (...) "... o sistema codificado foi adotado por 32 Estados, bem como estão em vigor nas cortes federais as mencionadas regras federais de processo. Os Estados remanescentes foram classificados como tendo inclinações para o sistema codificado, ou, simplesmente, como continuando com o processo de direito comum" (KUBINSZKY,

A *Rule 23*, em sua redação original, estava subdividida em três principais partes (alíneas “a”, “b” e “c”) e tinha por preocupação central disciplinar as hipóteses de cabimento das *class actions*, o que não havia sido feito pelas normas anteriores.

Na alínea “a”, cujo título era *representation*, eram elencados os requisitos necessários para formação da *class action* e suas hipóteses de cabimento, subdividindo-as em três principais espécies, as quais variavam em acordo com a natureza da afirmação do direito (*character of the right*). Abaixo, merece ser destacada *ipsis litteris* a referida previsão normativa para posterior comparação com sua redação atual.

(a) representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, When the character of the right sought to be enforced for or Against the class is

(1) joint, or common, or secundary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that the right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;

(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims wich do or my affect specific property involved in the action; or

(3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief if sought.²⁴²

As categorias listadas nos itens “1”, “2” e “3” da alínea “a” foram denominadas pela doutrina e jurisprudência de *true class actions*, *hybrid class actions* e *spurious class actions*, respectivamente²⁴³. Jack Harlan Friedenthal, John James Cound, Arthur Raphael Miller e John Edward Sexton, a esse respeito, elucidam:

A so-called 'true' class action was involved when the class members possessed joint and common interests in the subject matter of the action; a 'hybrid' class action was present when several claims to the same property were being litigated; and what was described as a 'spurious' class action

Luiz. A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress). **Revista de Processo**. v. 26. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1982. p. 153/154.

²⁴² *(a) representação. Se as pessoas que constituem uma classe são tão numerosas a ponto de tornar-se impraticável trazê-las todas perante o tribunal, esta poderá ser representada em juízo por uma ou mais pessoas, desde que esta representatividade seja adequada e quando o caráter do direito buscado ser executado a favor ou contra a classe for: (1) conjunto, ou comum, ou secundário no sentido de que o titular de um direito primário se recusa a fazer valer esse direito e um membro da classe passa a ter o direito de fazê-lo; (2) de várias pessoas, e o objeto da ação é a adjudicação de reivindicações que afetam ou afetam propriedade específica envolvida na ação; ou; (3) de várias pessoas, e há uma questão comum de direito ou fato que afeta os vários direitos e um remédio comum, se solicitado.*

²⁴³ A denominação foi dada pela doutrina. A lei deixa de denominar as espécies de *class actions*, muito embora diferencie suas diferentes hipóteses de cabimento na alínea “a”.

*existed when persons possessing independent interests joined together in the suit.*²⁴⁴

A distinção entre os tipos de *class actions*, fez-se relevante até posterior reforma da *Rule 23*, em 1966, na medida em que tanto o procedimento quanto à extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) se diferenciavam.²⁴⁵ Elucidando as particularidades no regime da coisa julgada, leciona José Rogério Cruz:

na denominada *true class action* - quando o direito da categoria era *joint* ou *common* - a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia: *'bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit'*. Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme -, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: *'bound only the parties before the court.'*²⁴⁶

Em 1966, a *Rule 23* foi reescrita, passando a vigorar com nova redação, menos abstrata e mais simples.

Antonio Gidi, em crítica à antiga redação da lei, argumenta que

A *Rule 23*, em sua versão original de 1938, nasceu destinada ao insucesso. A sua redação era confusa, complexa e demasiadamente abstrata, em total dissintonia com a realidade prática e a cultura jurídica americana moderna, principalmente no que se refere às hipóteses de cabimento. Ademais, a norma era incompleta, pois não previa medidas procedimentais que assegurassem os direitos dos membros ausentes e o respeito ao devido processo legal.²⁴⁷

O autor, no mesmo norte, alerta para a problemática de ter-se um tratamento procedimental diferenciado a cada uma das espécies de *class action* sem autorização

²⁴⁴ FRIEDENTHAL, Jack Harlan., COUND, John James., MILLER, Arthur Raphael. e SEXTON, John Edward. **Civil Procedure - Cases and Materials**. St. Paul, West Publishing Co. 5. ed. 1989. p. 657.

²⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 26

²⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 26

²⁴⁷ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 55.

legal para tanto. O tratamento diferenciado, sobretudo no que diz respeito a notificação (alínea “c”) e ao regime da coisa julgada, seria desarrazoado e injustificável.²⁴⁸ Ressalta, ainda, que a prática teria demonstrado que “a *spurious class action*, ao exigir a intervenção dos interessados (*opt in*), não era um instrumento adequado à tutela das pretensões coletivas indenizatórias” - *economic wrongs to a group* -, de modo que estas careciam de adequada tutela jurisdicional.

Especificamente quanto à classificação tripartite das *class actions*, anteriormente exposta, Jack Harlan Friedenthal, John James Cound, Arthur Raphael Miller e John Edward Sexton afirmam:

*First, we find instances of the courts classifying actions as 'true' or intimating that the judgments would be decisive for the class where these results seemed appropriate but where reached by dint of depriving the word 'several' of coherent meaning. Second, we find cases classified by the courts as 'spurious' in which, on a realistic view, it would seem fitting for the judgments to extend class.*²⁴⁹

Com efeito, os termos *joint*, *common* e *several* sequer eram compreendidos pela doutrina e jurisprudência, em que pese as diversas tentativas de defini-los ao longo dos mais de 30 anos de aplicação da *Rule 23* de 1938²⁵⁰.

As dificuldades com a aplicação da classificação tripartite e a sua inutilidade prática foram sendo, aos poucos, evidenciadas na prática jurídica, dando azo, junto aos demais motivos anteriormente expostos, à profunda revisão da *Rule 23*.

Assim, disciplina das *class actions* é, atualmente, dada pela *Rule 23* com sua redação de 1966 e algumas alterações posteriores não substanciais e apresenta a seguinte subdivisão: Alínea “a”- Requisitos de admissibilidade; Alínea “b”- Hipóteses de cabimento (tipos de ação); Alínea “c”- Certificação, nomeação do advogado, notificação e participação na ação, sentença e grupos múltiplos e subgrupos; Alínea “d”- Poderes do juiz; Alínea “e”- Acordo e extinção do processo; Alínea “f”- Agravo contra negativa de certificação. Seis títulos, portanto.

Os requisitos de admissibilidade das *class actions*, alínea “a” da *Rule 23*, vale aqui elencar, são quatro:

²⁴⁸ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

²⁴⁹ FRIEDENTHAL, Jack Harlan., COUND, John James., MILLER, Arthur Raphael. e SEXTON, John Edward. **Civil Procedure Supplement**. St. Paul, West Publishing Co. 1990. pp. 70/71

²⁵⁰ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

1) número de pessoas envolvidas: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros; 2) questões comuns: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe; 3) teses jurídicas típicas: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder (devem “ser típicos”) aos interesses de toda a classe; 4) representatividade adequada: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe.²⁵¹

Quanto ao número de pessoas envolvidas - item 1 –, não há previsão expressa na *Rule 23* que o indique. Para verificação do quesito, a Corte necessita levar em conta aspectos fáticos, como, por exemplo, a viabilidade econômica de ajuizamentos de ações individuais e dificuldade de identificação dos membros do grupo.

No que diz respeito à representatividade – item 4 –, esta poderá ser exercida por qualquer um dos membros da classe, não havendo no direito norte-americano um rol de legitimados para tanto, como ocorre no direito brasileiro por força do art. 82 do CDC.²⁵²

A verificação da adequação da representação, vale aclarar, partirá da análise do julgador diante do caso concreto e das evidências que lhe são apresentadas nesse sentido. Em sendo inadequada a representação, ausente será o *binding effect* da decisão prolatada, por violação à garantia do devido processo legal, conforme estabelecido no precedente *Hansberry v. Lee de 1940*²⁵³.

As hipóteses de cabimento das *class actions*, tratadas na alínea “b” passam a ser disciplinadas de forma mais simples e objetiva, reduzindo o alto grau de abstração da redação anterior, merecendo aqui, para fins comparativos, também ser destacada *ipssis litteris*.

(b) *Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:*

(1) *prosecuting separate actions by or against individual class members*

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Revista de Processo**. v. 30, n. 130. p. 131–153. dez. 2005.

²⁵² Deixa-se, por ora de adentrar aos demais itens elencados na alínea “a” da *Rule 23* por não ser objetivo da presente pesquisa analisá-los à exaustão.

²⁵³ “It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation *43 may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties, *Plumb v. Goodnow's Administrator*, 123 U.S. 560; *Confectioners' Machinery Co. v. Racine Engine & Mach. Co.*, 163 F. 914; 170 F. 1021; *Bryant Electric Co. v. Marshall*, 169 F. 426, or where the interest of the members of the class, some of whom are present as parties, is joint, or where for any other reason the relationship between the parties present and those who are absent is such as legally to entitle the former to stand in judgment for the latter. *Smith v. Swarmstedt*, supra; cf. *Christopher v. Brusselback*, supra, 503, 504, and cases cited.” (UNITED STATES. **Hansberry v. Lee**, 311 U.S. 32. 1940. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/103379/hansberry-v-lee/>. Acesso em: 08/09/2021)

would create a risk of:

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

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

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

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

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

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

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

(D) the likely difficulties in managing a class action.²⁵⁴

Em suma, verifica-se, pela redação acima, ser cabível a *class action*: (i) quando a propositura de demandas individuais ensejar o risco de decisões inconsistentes que estabeleceriam padrões incompatíveis de conduta para o réu coletivo (1.A); (ii) quando a propositura da demanda individual afetar de forma determinante os interesses dos outros membros da classe ou puder prejudicar ou impedir a capacidade dos outros membros de proteger seus interesses (1.B); (iii) quando o réu coletivo tenha atuado ou tenha se recusado a atuar de acordo com padrões geralmente aplicáveis para toda a classe (2); (iv) quando o tribunal considerar que as questões de fato ou de direito comuns aos membros predominam sobre as questões individualmente

²⁵⁴ (b) Tipos de ações coletivas. Uma ação coletiva pode ser mantida se a Regra 23 (a) for satisfeita e se: (1) processar ações separadas por ou contra membros individuais da classe criaria um risco de: (A) adjudicações inconsistentes ou variáveis com respeito a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões incompatíveis de conduta para a parte que se opõe à classe; ou (B) adjudicações com relação a membros individuais da classe que, na prática, seriam determinantes dos interesses dos outros membros não partes nas adjudicações individuais ou prejudicariam ou impediriam substancialmente sua capacidade de proteger seus interesses; (2) a parte que se opõe à classe agiu ou se recusou a agir com base em motivos que se aplicam geralmente à classe, de modo que a medida cautelar final ou a tutela declaratória correspondente é apropriada em relação à classe como um todo; ou (3) o tribunal considera que as questões de direito ou fato comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetem apenas os membros individualmente, e que uma ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para julgar a controvérsia de maneira justa e eficiente. Os assuntos pertinentes a essas descobertas incluem: (A) os interesses dos membros da classe em controlar individualmente a acusação ou defesa de ações separadas; (A) a extensão e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada por ou contra os membros da classe (B) a conveniência ou indesejabilidade de concentrar o litígio das reivindicações no foro específico; e as prováveis dificuldades em administrar uma ação coletiva.

deduzidas e que uma ação coletiva seria o método mais justo e eficiente de solver a controvérsia (3).²⁵⁵

A certificação referida na alínea “c” da *Rule 23* pode ser compreendida como o ato pelo qual o julgador, após requerido o ingresso da *class action*, verificará se a ação atende as hipóteses de cabimento e requisitos de admissibilidade analisados supra. Realizado este exame e constatado o atendimento às exigências das alíneas “a” e “b”, o julgador concederá a certificação de coletiva à ação (*motion for certification*). Caso as exigências não sejam atendidas, denegará a certificação e a ação convertida em ação individual. A certificação poderá, ainda, ser concedida de forma parcial, ocasião em que apenas uma parte da demanda seguirá de modo coletivo.²⁵⁶

Quanto ao tema da certificação, Antonio Gidi explica que o pedido “pode ser feito seja em uma ação proposta originalmente na forma coletiva, seja em uma ação individual”²⁵⁷, por qualquer das partes envolvidas, seja autor ou réu da ação, e poderá ser revogada a qualquer tempo pelo julgado, desde que demonstrado o decaimento de um dos requisitos essenciais das *class actions* (*Rule 23 (c)(1)(C)*).²⁵⁸

A respeito do momento da certificação, asseveram Jack Harlan Friedenthal, John James Cound, Arthur Raphael Miller e John Edward Sexton:

*Although Rule 23 expressly gives courts power to issue certification orders sua sponte, they normally are issued in response to a motion made by the litigant who ultimately will be class representative. Frequently, that litigant's initial complaint contains both individual and class allegations, and the motion for certification is filled concurrently with initial complaint; it is not uncommon, however, for a litigant to move for class certification substantially after the initial filing, following an ammendment of the complaint to include class allegations.*²⁵⁹

Após a certificação, o julgador passará à notificação dos interessados, o que

²⁵⁵ Exemplo práticos de cada uma das hipóteses de cabimento são trazidos por Cassio Scarpinella Bueno em: BUENO, Cássio Scarpinella Bueno, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 82. p. 92-151, 1996. p. 5-9

²⁵⁶ A respeito da certificação coletiva, importante destacar recente obra de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. Salvador: JusPodivm, 2020.

²⁵⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 192-193.

²⁵⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 192-193.

²⁵⁹ FRIEDENTHAL, Jack Harlan., COUND, John James., MILLER, Arthur Raphael. e SEXTON, John Edward. **Civil Procedure - Cases and Materials**. St. Paul, West Publishing Co. 5. ed., 1989. p. 662.

ocorrerá às expensas do réu coletivo e, sempre que possível, de forma individualizada. A notificação servirá para dar ciência a coletividade do ajuizamento e certificação da ação coletiva, bem como para viabilizar o direito de autoexclusão dos interessados, de modo a não se submeterem aos efeitos da respectiva sentença (*right to opt out*)²⁶⁰.

O *right to opt out* é exercido mediante peticionamento nos autos e assume importante papel nas *class actions* dado que, como já referido, a sentença coletiva vinculará todos os membros da classe envolvida, independentemente de seu resultado ser benéfico ou prejudicial – diferentemente do que ocorre, hoje, no direito brasileiro. Em outras palavras, haverá o impacto da coisa julgada, favorável ou desfavorável, sobre os direitos individuais daqueles interessados que, regularmente notificados, não requereram sua exclusão da lide.

3.1.2 O problema com a destinação das sobras

Diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, no direito norte-americano a regra é que, nas *class actions*, sejam realizados acordos entre as partes e o réu coletivo acabe por cumprir voluntariamente o quanto estipulado.

Há causas, contudo, em que o acordo não é firmado por desinteresse das partes ou impossibilidade de tomada de consenso. Nestes casos, caberá ao julgador determinar a reparação da classe lesada, o que demandará, em certas hipóteses, a quantificação global e *in pecunia* do dano sofrido pela classe. É mais comum que assim ocorra nas *class actions* disciplinadas no item (b) (3) da *Rule 23*, também conhecidas por *class actions for damages*.

Impõem-se ao réu o dever de destinar o valor global apurado para a formação de um fundo criado pelo juízo, que terá como finalidade a recomposição do dano causado e a reparação dos indivíduos lesados. Após a formação do fundo, são deduzidas as despesas com honorários advocatícios e processuais, com posterior distribuição do valor aos membros lesados, de forma condizente com o prejuízo por eles suportado.²⁶¹

²⁶⁰ NAGAREDA, Richard A. **The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation**. Eagan: Foundation Press, 2009. p. 79

²⁶¹ Sobre a prática jurisprudencial norte-americana de formação de Fundos para pagamento das indenizações aos indivíduos prejudicados, sua utilização para pagamento de honorários

Ato contínuo, prossegue-se com a notificação dos interessados para que se habilitem no processo e exigem o valor que lhes é correspondente.

Ocorre que, assim como verificado nas ações coletivas do direito pátrio, haverá nas *class actions* hipóteses em que a identificação da coletividade para distribuição dos valores da condenação será impossível ao julgador²⁶². Como, por exemplo

[...] compradores de CD ou mesmo usuários de ônibus ou taxi. Ainda que a Corte deva buscar o melhor meio de divulgação possível, como anúncios em jornais, revistas, internet ou transmissões na televisão ou rádio, há sempre o risco de os integrantes da classe desconhecerem eventuais acordos e não entrarem com ações.²⁶³

Ainda, há hipóteses em que, mesmo conhecidos os membros da coletividade o valor a ser pago, quando individualmente considerado é inferior às despesas judiciais com notificação ou incapaz de acarretar benefício econômico quando individualmente considerado.²⁶⁴ É o exemplo de “uma indenização que seja de 3 centavos para cada membro da classe não justificará os gastos com a notificação ou mesmo trará algum tipo de benefício individual”.²⁶⁵

É dentro deste contexto - da moderna *class action* e suas dificuldades - que emerge a necessidade de utilização de técnicas de execução como a *fluid recovery* ou da *cy pres*, as quais serão adiante explicadas.

3.2 Mecanismos de distribuição das verbas condenatórias

Analisada a origem e regramento das *class actions*, passa-se a expor o funcionamento do instituto da *fluid recovery*, em sua acepção original, bem como da

advocáticos e a necessidade de sua distribuição em caso de acordo: GIDI, Antônio. 2007. *op. cit.* p. 339-364; SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 310/311.

²⁶² “In the context of mass litigation, identifying and compensating every class member is difficult and often impossible. In such cases, many courts, including those in California, have employed “fluid recovery” to distribute unclaimed funds or sometime even the entire fund”. *Fluid recovery, often called cy pres distribution*” (KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection litigation: Kraus v Trinity Management Services. **California Law Review**. Berkeley. v. 90, 2002. p. 961).

²⁶³ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 32.

²⁶⁴ WASSERMAN, Rhonda. *Cy pres on class action settlements*. **Southern California Law Review**. n. 88. p 97-164. 2014. p. 103.

²⁶⁵ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 32.

cy pres, técnica da qual também se valem as Cortes para absorção e destino dos valores arrecadados com a condenação do réu coletivo.

Também serão expostas as principais críticas aos institutos.

3.2.1 *Fluid Recovery*

A *fluid recovery*, como já adiantado, tem seu berço no direito norte-americano, sendo pensada como um remédio ao problema da distribuição do dinheiro nas ações coletivas ou, em outras palavras, como uma técnica de reparação indireta da coletividade lesada, sendo utilizada, sobretudo, nos casos em que a reparação direta se mostra impossível ou inapropriada²⁶⁶. Tradicionalmente, “em uma *fluid recovery* também chamada de *fluid classrecovery* a Corte calcula o total de danos e ordena que o réu desembolse o dinheiro de maneira prescrita”.²⁶⁷

O instituto é fruto da criatividade judicial, aparecendo pela primeira vez, ainda na primeira metade do século XX, no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*,²⁶⁸ que tratava de cobranças indevidas procedidas por uma instituição financeira a um grupo pequeno de investidores no período de 1962 a 1966. Na oportunidade, o julgador, descreveu o instituto de forma genérica e insuficiente, referindo apenas trata-se de uma alternativa ao modelo inflexível de reparação individual. Há Estados, no entanto, que cuidaram de disciplinar pela via legislativa a aplicação do instituto nas ações coletivas, como no

²⁶⁶ “*In cases where individual damages are too small for individual compensation to be economically feasible, the court should be able to order prospective recovery directed to the class as a whole rather than to the particular individuals who were harmed in the past*”. (ALEXANDER, Janet Cooper. **An Introduction to Class Action Procedure in the United States**: Remarks at Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective. s/ed. 2000. p. 25. Disponível em <http://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>. Acesso em: 15/10/2021).

²⁶⁷ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil**: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os *fundos*. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 43.

²⁶⁸ “[...] of damages, the mechanics of administering this suit as a class action, and the distribution of any eventual recovery. The last-named problem had most troubled the Court of Appeals, prompting its remark that, if “class members are not likely ever to share in an eventual judgment, we would probably not permit the class action to continue.” 391 F.2d at 567. The District Court attempted to resolve this difficulty by embracing the idea of a “fluid class” recovery, whereby damages would be distributed to future odd-lot traders, rather than to the specific class members who were actually injured. The court suggested that “a fund equivalent to the amount of unclaimed damages might be established and the odd-lot differential reduced in an amount determined reasonable by the court until such time as the fund is depleted.” 52 F.R.D. at 265. The need to resort to this expedient of recovery by the “next best class” arose from the prohibitively high cost of computing and awarding multitudinous small damages claims on an individual basis”. (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Eisen v. Carlisle & Jacquelin**, 417 U.S. 156 (1974). Washington, D.C 1974. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/156/>. Acesso em 19/09/2021).

caso do Canadá.²⁶⁹

Stan Karas conceitua o instituto da seguinte forma

*Fluid recovery is a method of distributing the unclaimed or residue funds that remain after all class members have claimed their share of damages award. Most frequently, under fluid recovery procedures, the portion of the damages award that cannot be distributed directly to individual class members is distributed in such a way as to put the residue to its "next best" use and to benefit as many class members as possible.*²⁷⁰

Leciona, ainda, que a *fluid recovery* contempla mecanismos distintos de reparação, são eles *"price rollback, escheat, and the establishment of a consumer fund"*²⁷¹. Por *price rollback* compreende-se a técnica de redução de preços nos produtos ou serviços do réu coletivo até que seja abatido o valor correspondente ao dano gerado à coletividade ou ao dano residual. Por *escheat* entende-se a reversão do montante em prol de um fundo governamental. E o *establishment of a consumer fund*, compreenderia, com o perdão da redundância, trata-se da criação de um fundo específico, destinado a financiar fins conexos ao objeto do processo. Nas palavras do autor:

*[...] specific fluid recovery procedures include price rollback, escheat, and the establishment of a consumer fund. Under the price rollback concept, an amount equal to the unclaimed funds portion of the award is distributed by ordering a reduction of the price of the defendant's product until all of the ill-gotten gains are distributed back to the general consumer. Governmental escheat requires deposit of the residue into the state government's general fund. a consumer trust fund, also known as earmarked escheat, directs awarded funds to specific organizations that are in a position to use the funds for lawsuits, lobbying, or other projects aimed at benefiting class members and those similarly situated. this method of fluid recovery can take the form of either awarding a grant to an existing consumer protection organization or establishing a new organization.*²⁷²

Conforme classificação apresentada por Anna Durand, os mecanismos de *fluid recovery* podem se classificar como mecanismos de preço (*price mechanism*) e mecanismos de não-preço (*non price mechanism*). Enquanto o *non price mechanisms*

²⁶⁹ KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services. **California Law Review**. Berkeley. v. 90, 2002. p. 961 - 962.

²⁷⁰ KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services. **California Law Review**. Berkeley. v. 90, 2002. p. 970.

²⁷¹ KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services. **California Law Review**. Berkeley. v. 90, 2002. p. 970-971.

²⁷² KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services. **California Law Review**. Berkeley. v. 90, 2002. p. 970.

abrange: (1) direct rebate, (2) *claimant fund-sharing*, (3) escheat e (4) *consumer trust fund*, os *price mechanisms* são, sobretudo, os *price rollbacks*.²⁷³

Quanto aos benefícios obtidos pela aplicação do instituto, Stan Karas refere que “*the goal of fluid recovery is to make certain othat the defandant disgorge all of its ill-gotten gains*”.²⁷⁴

Discorrendo sobre a amplitude da *fluid recovery* norte-americana, Edilson Vitorelli destaca que a “o *fluid recovery*, em sua formulação original, significa a reparação à classe lesada, mediante uma providência futura, não necessariamente o recolhimento do valor da lesão a um fundo”.²⁷⁵

O caso considerado referência em termos de fluid recovery é a *Daar v. Yellow Cab Co.*, referente a cobrança de sobretaxas de usuários de taxi. Na hipótese, a tarifa cobrada abusivamente foi a mesma para todos os usuários e a recuperação individual mostrou-se irrisória, não superando os custos da notificação dos indivíduos sequer. Desse modo, a Corte entendeu que a utilização da *fluid recovery* seria a solução utilizada para trazer benefício em prol da classe lesada e ordenou a redução temporária de preços no serviço para compensação do dano.²⁷⁶

Outrossim, importante informar que, muito embora o mais comum seja a aplicação da *fluid recovery* no que tange aos recursos não reclamados na ação coletiva, ao residual, há casos em que a técnica é aplicada sobre o todo devido a coletividade. Nestas hipóteses, ficam impedidos os interessados de promover execuções individuais para perseguição de seus valores individuais (reparação direta), salvo nas hipóteses de exercício do *right to opt out*.

Clássico exemplo da utilização da *fluid recovery* sobre o todo, é o caso da Microsoft em 2002, no qual a empresa foi condenada por violação à legislação antitruste. Na ocasião, o julgador impôs a *fluid recovery* sobre o todo, justificando a medida no fato de as reparações individuais não eram relevantes aos interessados quando individualmente consideradas as quantias, de modo que a aplicação da

²⁷³ DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. *Stanford Law Review*. v. 34. p. 173-201. 1981. p. 176-181.).

²⁷⁴ KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services. *California Law Review*. Berkeley. v. 90, 2002. p. 970.

²⁷⁵ VITORELLI, Edilson. **A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro**. Belo Horizonte, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 177.

²⁷⁶ MACCALL, James. STURDEVARD, Patricia. KAPLAN, Laura. HILLEBRAND, Gail. Greater Representation for California Consumers- Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions, *Hastings Law Journal*, vol.46, p. 797-851, 1995. p. 800.

técnica serviria a proporcionar um uso relevante da quantia global em prol da sociedade.²⁷⁷

3.2.2 *Cy-Pres*

O instituto da *cy pres* é comumente confundido ao da *fluid recovery*, o que ocorre também por parte da doutrina estrangeira. Muitas vezes, as técnicas são equiparadas e referidas indistintamente, estando longe a doutrina norte-americana da tomada de um consenso quanto ao ponto.

Para Stan Karas, os conceitos de *fluid recovery* e *cy pres* podem ser equiparáveis, na medida em que ambos se referem a formas de distribuição da quantia não reclamada pelos interessados em prol da classe. Trata-se de um meio de aplicação de recursos que segue a lógica do melhor uso aproximado possível (*next best use*).²⁷⁸

Em sentido diverso, Rachel Mulheron alerta para a confusão conceitual cometida nos Estados Unidos no que diz respeito aos conceitos de *fluid recovery* e *cy pres*. Para a autora, os termos, embora recorrentemente utilizados como sinônimos, têm, em verdade, significados distintos. Explica, a esse respeito, que o instituto da *cy pres* é mais amplo que o que se compreende por *fluid recovery*, sendo utilizado não só em ações coletivas, mas, sobretudo, em relação ao direito dos *trusts*, nas hipóteses em que a destinação definida pelo instituidor se torna impossível e a Corte passa a ser autorizada a interpretar a vontade do instituidor para aplicação dos valores em local diverso.²⁷⁹

No mesmo sentir, Fernanda Lissa Fujiwara argumenta que

²⁷⁷ UNITED STATES. **In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation**. 274. U.S 747. 2003. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/274/747/2493516/>. Acesso em: 12/05/2021.

²⁷⁸ *Fluid recovery, often called cy pres distribution, is a means of putting unclaimed class funds to their "next best use". This next best use usually takes the form of a consumer trust fund or a across-the-board price reduction for defendant's product until the ill-gotten gains are disgorged*" (KARAS, Stan. *The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services*. **California Law Review**. Berkeley. v. 90. 2002. p. 961 – 962).

²⁷⁹ "traditionally, and stated in its simplest of terms, the cy-près doctrine is the vehicle by which the intentions of a donor (settlor or testator) may be given effect 'as nearly as possible' in circumstances where literal compliance with the donor's stated intentions cannot be effectuated. Accordingly, in the law of charitable trusts, the cy-près doctrine states that where a donor has directed a gift of money or property to a charitable object (purpose), but has expressed a general charitable intention that is impossible or impractical to effect, the courts will allow the intention to be carried out in an approximate fashion." (MULHERON, Rachel P. **The modern cy-pres doctrine: applications & implications**, London: UCL Press, 2006. p. 1).

[...] a *fluid recovery* representa esforço mais disciplinado para compensar indiretamente as vítimas, ainda que por meio de aproximações futuras de quais formas e quais formas e quais seriam as possíveis vítimas, do que a *cy pres* que apenas exige um link genérico entre a instituição de caridade que irá receber os fundos”.²⁸⁰

A confusão entre os termos *cy pres* e *fluid recovery* é algo até hoje presente na doutrina estrangeira, havendo casos em que, inclusive, a *fluid recovery* é referida como uma espécie de *cy pres*, específica para a redução de preços (*price-rolls*).²⁸¹

De toda sorte, ambos os intuitos se referem a medidas adotadas para solucionar o problema da destinação da sobra dos fundos. Enquanto o termo *cy pres* é referido sobretudo nas hipóteses em que os fundos são destinados a instituições de caridade que guardem relação com o objeto da ação coletiva, o termo *fluid recovery* é mais comumente encontrado nas hipóteses em que se tenta, de algum modo, direcionar os valores aos integrantes que serão afetados pelo réu no futuro, como é o caso da redução de preços.

Um exemplo de aplicação da *cy pres*, inclusive semelhante ao caso *Daar v. Yellow Cab Co.*, é o *Brewer v. Southern Union Co.* Na hipótese, foi constatada a cobrança de sobretaxas por uma companhia de gás aos seus consumidores. A quantia era pequena demais para ser distribuída, tendo a Corte decidido pela distribuição do valor global, apurado para compensação do dano, a programas de acesso à energia administrados pela Departamento de Energia e Minério do Estado de New Mexico.²⁸²

Destarte, traçados os conceitos e explicitado o funcionamento dos institutos da *fluid recovery* e *cy pres*, as linhas que seguem se prestam a verificação das principais críticas que lhe são dirigidas pela doutrina estrangeira a esses institutos.

²⁸⁰ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil**: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 96.

²⁸¹ MULHERON, Rachel P. **The modern cy-pres doctrine**: applications & implications, London: UCL Press, 2006. p. 217.

²⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brewer v. Southern Union Co.** 607. U.S. 1511. 1984. Disponível em: <https://cite.case.law/f-supp/607/1511/>. Acesso em: 14/10/2021.

3.2.3 Críticas à *fluid recovery* e à *cy pres* norte-americanas

Assim como no direito brasileiro, a doutrina norte-americana irá criticar a aplicação da *fluid recovery* quando envolver a destinação dos valores residuais a instituições de caridade (*cy pres*), na medida em que não possuem tratamento capaz de garantir a imparcialidade da decisão.

Nas palavras de Chris Chasin:

*Cy pres awards lack the procedural and adversarial protections needed to ensure their fairness and accuracy. Courts, even when trying to apply cy pres for the benefit of the member class, are poorly suited to decide how best to benefit the class. And, unfortunately, cy pres awards are all too often diverted to general charity or directed to charitable projects of interest to the judge or lawyers involved in the case. These outcomes deprive class members of the benefits of their suit and cast a pallor of impropriety on the class action mechanism.*²⁸³

Os Tribunais muitas vezes não estão na melhor posição para escolher uma organização de caridade que melhor se aproxime dos interesses dos membros da classe não remunerados. Os membros da classe, como um grupo, geralmente têm interesses ou preferências únicas relacionados com os critérios que os vinculam como classe.

Juízes, como estranhos à classe por vezes sequer os compreendem suficientemente, de modo que, dificilmente terão condições de, por si só, apurar o qual a destinação ao montante residual que melhor beneficiaria os indivíduos ausentes.²⁸⁴ E mesmo os advogados dos queixosos, que geralmente falam pela classe, não podem ser totalmente confiáveis para fazê-lo, pois, conforme Chris Chasin, “*their compensation is connected to the size - not the success - of any cy pres awards distributed*”.²⁸⁵

Em outras palavras, tanto os advogados da classe quanto os Tribunais usaram *cy pres* para se beneficiar, suas famílias e suas causas de caridade preferidas.

Ainda, embora se espere tanto dos juízes quanto os advogados, algum nível de conhecimento a respeito das instituições de caridade dentro de suas jurisdições, deles não pode se esperar conhecimento das instituições de caridade em todas as

²⁸³ CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163. p. 1463-1495, 2015.

²⁸⁴ *Idem Ibidem*.

²⁸⁵ A esse respeito, ver: WASSERMAN, Rhonda. Cy pres on clas action settlements. **Southern California Law Review**. n. 88, p 97-164, 2014.

jurisdições, de modo que, tendo a ação coletiva alcance nacional, parece inafastável a opinião dos membros da classe a respeito da destinação dos valores.²⁸⁶

A participação dos membros da classe na tomada de decisão a respeito da instituição a ser beneficiada com a *cy pres* é, em verdade, reputada como necessária em diversos estudos doutrinários.²⁸⁷

Comumente é defendida pela doutrina relevância da criação de comitês independentes compostos por interessados com realidade, econômica, social e de interesses diversos entre si e pelos advogados tanto do autor quanto do réu, tem o condão de promover uma reparação fluida mais adequada e livre de preconceitos.²⁸⁸ Deste ideal participativa surge a ideia de *crowdsourcing*, que será posteriormente analisada no presente estudo.

Outra alternativa comumente observada na doutrina para os relatados problemas da *fluid recovery* é a destinação da importância residual não reclamada, para as vítimas habilitadas. Todavia, o rateio dos valores entre as vítimas (*plaintiff found-sharing*) acarreta evidente *bis in idem*.

O magistrado estaria beneficiando duplamente os individuais habilitados e deixando de beneficiar os ausentes. Parece acertado pensar que se deve buscar a reversão dos valores residuais em prol dos ausentes ainda que de forma indireta, o acaba impossibilitado pela aplicação da *plaintiff found-sharing*.²⁸⁹

Por derradeiro, vale referir a existência de críticas doutrinárias também no que diz respeito aos descontos que são procedidos nos fundos. Isso pois o montante auferido com a condenação não serve exclusivamente à compensação da classe lesada, mas também ao pagamento das provas produzidas no processo (a exemplo da prova pericial) e à remuneração dos advogados que patrocinam a causa.

Especificamente quanto à remuneração dos advogados, a doutrina estrangeira refere, ainda, ser esta, na grande maioria das vezes, superior ao benefício obtido em prol da classe lesada.²⁹⁰

²⁸⁶ CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163. p. 1463-1495. 2015.

²⁸⁷ CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163. p. 1463-1495. 2015.

²⁸⁸ YOSPE, Sam. Cy Pres Distributions in Class Action Settlements, 2009 **Columbia Business Law Review**. v. 2009, p. 1014-1064. 2009. p. 1055.

²⁸⁹ CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163. p. 1463-1495, 2015.

²⁹⁰ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 152.

4 REPENSANDO A APLICAÇÃO DA *FLUID RECOVERY* NO BRASIL

Conforme assinalado anteriormente, se diz que o legislador teria instituído um sistema de reparação fluida no Brasil, ante a previsão normativa de destinação de valores residuais de ações coletivas ao FDD, ao qual é incumbida a missão de aplicar tais valores em prol da reparação indireta dos grupos lesados. Tal reparação fluida estaria alicerçada no modelo das class actions norte-americanas, que conta com técnicas específicas para destinação das sobras das condenações judiciais, um deles denominado justamente de *fluid recovery*.

Constatou-se, no entanto, que a forma de execução residual prevista no art. 100 do CDC não guarda correspondência com a técnica da *fluid recovery* do sistema norte-americano, conforme observado por Edilson Vitorelli,

[...] o *fluid recovery* brasileiro foi adotado apenas parcialmente, ou seja, apenas para se permitir o recolhimento, a um fundo público, de eventual valor pecuniário da condenação, não para se permitir, como seria adequado, outras modalidades de reparação da classe, não diretamente relacionadas com o dano passado, mas voltada para o futuro, como exemplificado acima. Nesses casos haverá, sim, verdadeira reparação fluida, que beneficia não aos lesados, mas à classe como um todo.²⁹¹

Constatou-se, ademais, da literatura e dados empíricos analisados, a inefetividade da técnica brasileira quando pensada sob prisma da reparação da classe lesada, na medida, dada a ausência denexo de causalidade entre o valor indenizatório arrecadado ao fundo e sua posterior utilização pelo Estado.

O que se sustenta a partir de então é que a tutela executiva dos direitos individuais coletizáveis deva, necessariamente, priorizar o uso de técnicas que assegurem a reparação ou proteção dos interesses representados em juízo, ao invés de deixar os recursos oriundos da condenação judicial à encargo da discricionariedade do Conselhos Gestores do FDD.

Nas linhas que seguem serão buscadas alternativas ao problema da reparação fluida, tal como disciplinada hoje no direito brasileiro, bem como analisados os

²⁹¹ VITORELLI, Edilson. **A execução coletiva pecuniária**: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro. Belo Horizonte, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 178.

Projetos de Lei 4778/2020²⁹², 4441/2020²⁹³ e 1641/2021²⁹⁴ que, por laborarem na reforma da Lei de Ação Civil Pública, também trarão consigo aspectos relevantes acerca da tutela executiva coletiva.

4.1 Propostas de Lei em Curso

Há mais de duas décadas o aprimoramento do regramento dos processos coletivos no Brasil é objeto de propostas de alterações legislativas. Nesse universo, além de projetos do que seria um Código Brasileiro de Processos Coletivos (vide item 1.2.1), foram propostas alterações substanciais tanto no Código de Defesa do Consumidor, quanto na Lei de Ação Civil Pública.

Atualmente, há três principais Projetos de Lei em curso a respeito da matéria, quais sejam: (i) PL nº 4.778 de 2020; (ii) PL nº 4.441 de 2020; e (iii) PL nº 1.641 de 2021.

Cabe, neste momento, verificamos as principais características destes Projetos de Lei, com atenção especial aos dispositivos afetos ao tema da tutela executiva de direitos individuais homogêneos.

4.1.1 Projeto de lei 4778/2020

Por meio da Portaria nº152 do CNJ, de 30 de setembro de 2019, foi instituído, pelo Ministro Dias Toffoli, um grupo de trabalho perante o Conselho Nacional de Justiça. Este grupo foi responsável pela apresentação, em 02 de novembro de 2020, do primeiro projeto de lei, o de nº 4778, que tem por objetivo: “aperfeiçoar o marco legal e institucional que regula as ações coletivas (...), aprimorar a atuação do Poder

²⁹² BRASIL. **Projeto de Lei nº 4778 de 01 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q1nztz7mbxgom14x6w7p0cpu30775551.node0?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020. Acesso em: 20/12/2021.

²⁹³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4441 de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL+4444/2020. Acesso em: 20/12/2021.

²⁹⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021. Acesso em: 20/12/2021.

Judiciário (...) e corrigir anomalias e incoerências que geram falta de unidade do direito e potencial insegurança jurídica”.²⁹⁵

O Projeto de Lei avança em conceber prioridade como caso paradigma no processamento e afetação em incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 3º), possibilidade de ampliação de prazo para defesa (art. 12, *caput*), previsão de citação e notificação da agência reguladora cujo objeto da ação se refira à área por ela regulada (art. 12, §§1º e 2º), possibilidade de celebração de negócio jurídico processual, assim como já previsto no artigos 190 e seguintes do Código de Processo Civil (art. 13), impossibilidade da sentença se basear apenas nos fatos apurados em inquérito civil (art. 20), uso subsidiário de prova por amostragem ou estatística (artigo 23), eficácia da sentença e tutela provisória *erga omnes* e em todo território nacional (art. 27), preferência para as sentenças sejam líquidas (artigo 30) e remessa necessária independentemente do resultado (artigo 32).

Também regula a atuação de *amicus curiae* (art. 16) e conta com previsões de medidas coercitivas e indutivas (art. 10, § 11). Contudo era possível já identificar no microssistema de processos coletivos, mais especificamente no Código de Defesa do Consumidor tínhamos disposições semelhantes (art. 84, §5), havendo, ainda, no Código de processo Civil de 2015, regras expressas a respeito das matérias.

Contudo, as críticas dirigidas ao projeto são inúmeras, consistentes e, não obstante não serem afetadas diretamente à liquidação e execução coletiva, merecem ser aqui expostas para que se compreenda a gravidade de eventual aprovação da lei.

Antonio Gidi em artigo específico sobre os problemas na redação do projeto de lei, bem sintetiza o que parece ser a intenção do legislador com o projeto proposto e as reais consequências decorrentes da aplicação de suas regras. Refere que

O Projeto CNJ é um presente para os bancos, para os grandes interesses econômicos e para o Estado. Parece que só eles foram representados perante o CNJ: é como se os grandes litigantes repetitivos tivessem feito uma listinha com os seus mais recônditos desejos e algum estagiário do CNJ publicou essa lista por engano, em vez do projeto verdadeiro. Já o grupo

²⁹⁵ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4778 de 01 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q1nztz7mbxgo m14x6w7p0cpu30775551.node0?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020. Acesso em: 15/08/2021.

titular do direito foi um saco de pancadas do Projeto CNJ, e só perdeu espaço.²⁹⁶

O projeto é reputado pela maior parte da doutrina processualista como atécnico e meramente replicador do já estabelecido nas leis que integram o microsistema de processo coletivo, em especial o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública, nº 7.347/85.

Especificamente a respeito da replicação de dispositivos já existentes, esta é facilmente verificável pela leitura do projeto. O art. 10 do projeto reproduz desnecessariamente várias normas constantes nos arts. 497-501 e 536-537 do CPC. O art. 12 prevê desnecessariamente que “o réu tem 15 dias para contestar”, norma prevista no art. 335 do CPC, e, no mesmo dispositivo, autoriza a dilatação deste prazo pelo juiz, o que já era autorizado pelo art. 193, VI do CPC e art. 7º da Lei de Ação Popular. O art. 17, ao dispor que “poderão ser produzidas todas as provas admitidas pelo ordenamento jurídico, ainda que não especificamente previstas em lei, para demonstrar a veracidade dos fatos em que se apoiam o pedido e a defesa”, parafraseia o disposto no art. 369 do CPC. O art. 18, ao dispor que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo as inúteis ou meramente protelatórias”, reproduz, quase que literalmente, o disposto no art. 370 do CPC. O art. 19 do projeto replica o previsto no art. 371 do CPC, o art. 21 replica o contido no art. 373 do CPC, o art. 28 trata do já disposto nos artigos 54 a 63 do CPC, entre inúmeras outras previsões que apenas repetem, por vezes de forma piorada.

Há, ainda, o cometimento de uma série de retrocessos, dentre os quais merecem ser destacados²⁹⁷: (i) exigência de autorização em assembleia e capacidade econômica para ingresso de ação coletiva pelas associações, burocratizando e criando obstáculos à defesa dos direitos (art. 4º, III); (ii) exigência de desistência da

²⁹⁶ GIDI, Antonio. 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). **Civil Procedure Review**. v. 25. jan. 2021

²⁹⁷ A respeito de tais críticas, ver: GIDI, Antonio. **O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos**: a decadência das ações coletivas no Brasil. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/br/editions/o-projeto-cnj-de-lei-de-acao-civil-publica-avancos-inutilidades-imprecisoes-e-retrocessos-a-decadencia-das-acoes-letivas-no-brasil1-antonio-gidi>. Acesso do dia 20/10/2021. Ver também: Escola Superior do MPSP. **Debates dos projetos de lei sobre ação civil pública**, Dia I. Youtube, 27/05/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qwp3y3X6lt4&t=7140s>. Acesso em: 20/10/2021.

ação individual para que o interessado possa se valer do resultado da ação coletiva (art. 9º); (iii) vedação de concessão de tutela antecipada em ação proposta por Associação antes da verificação judicial de sua representatividade (art. 10, §4); (iv) prévia consulta ao cadastro nacional (art. 11 e 15); (v) competência exclusiva do foro da capital (art. 14); (vi) não interrupção da prescrição individual (art. 26, §4); (vii) não suspensão das ações individuais (art. 26, §5); (viii) suspensão da liminar de reforma geral (art. 27, §1); (ix) exigência de homologação judicial e audiência pública em TAC (29, §6); e (x) eliminação de incentivos/ encargos financeiros do Ministério Público e ria Pública (art. 35); (xi) a formação da coisa julgada mesmo quando a Ação for julgada improcedente por falta de provas (art. 26, §1º); (xii) possibilidade de os legitimados do art. 82 do CDC ingressarem na demanda judicial como autores da ação.²⁹⁸

Antonio Gidi alerta para os números dispositivos importantes ao sistema processual coletivo brasileiro que são revogados e não supridos pelo Projeto CNJ, listando-os conforme abaixo:

(i) a proibição do chamamento ao processo, do art. 88 do CDC; (ii) a condenação genérica, do art. 95 do CDC; (iii) o concurso de crédito, do art. 99 do CDC; (iv) a competência do domicílio do consumidor, do art. 101, I do CDC; (v) a regra compelindo o Poder Público, do art. 102 do CDC; (vi) a lista dos direitos protegidos pela ação coletiva, do art. 1º da LACP; (vii) a autorização aos órgãos públicos legitimados a fazer um TAC, do art. 5º, § 6º da LACP; (viii) a eficácia de título executivo extrajudicial do TAC, do art. 5º, § 6º da LACP; (ix) o inquérito civil, dos arts. 8º a 10 da LACP.²⁹⁹

A lei também prevê que as agências regulamentadoras sejam citadas na qualidade de litisconsortes sempre que a matéria discutida tocar sua área da atuação. Veja-se que, desta forma, toda vez que houver o ajuizamento de uma demanda coletiva sobre telefonia a ANATEL terá de ser citada, ainda que não haja pedidos dirigidos à Agência, o que, claramente, vai contra a noção de eficiência e economia que se espera do processo coletivo.

Há também problemas técnicos, confundindo negócios jurídicos processuais

²⁹⁸ Vale destacar que a previsão apresenta um contrassenso a eficiência e economia processual que se espera das ações coletivas, bem como demonstra uma postura que desconsidera a multipolaridade já atribuída a esse tipo de litígio, polarizando novamente o litígio entre autor e réu. Sabe-se, hoje, não ser adequado, no âmbito do processo coletivo, pensarmos em polos, mas sim em centros de interesses.

²⁹⁹ GIDI, Antonio. 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*. **Civil Procedure Review**. v. 25. Jan. 2021.

com negócios jurídicos de direito material. No art. 13³⁰⁰, enquanto o *caput* trata de negócios jurídicos processuais, o parágrafo único trata de acordo para destinação de valores que, notadamente, tem a ver com o direito material da coletividade. E como se sabe, tais negócios são submetidos a requisitos e condições de eficácia totalmente distintos.³⁰¹

Art. 13. As partes poderão celebrar negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, cabendo ao juiz o controle de sua validade.

Parágrafo único. Sempre que possível, em ações em que se pleiteiam direitos difusos ou coletivos, deverá haver acordo sobre a destinação dos valores pedidos ou acordados, para que sejam diretamente empregados na realização de obras para restaurar o dano ao meio ambiente, ao patrimônio cultural ou artístico, ou outras obras ou atividades com o objetivo de reparar o prejuízo.

Outrossim, no que tange à liquidação e execução coletiva, o projeto em nada colabora para o adequado tratamento. Ao contrário, as previsões normativas acarretam prejuízo e retrocesso à disciplina da tutela executiva.

Antonio Gidi refere que o projeto de lei fulmina a aplicação da execução residual do art. 100 do CDC. Isso porque, a leitura da redação do art. 25 do projeto daria conta que liquidação e a execução de direitos individuais homogêneos se fazem de forma individual pelas vítimas e seus sucessores, enquanto a liquidação e execução coletivas somente poderão ser promovidas no caso de valores destinados ao fundo ou obrigações de fazer.³⁰²

No lugar da reparação fluida disposta no art. 100 do CDC, o projeto prevê, no

³⁰⁰ “Art. 13. As partes poderão celebrar negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, cabendo ao juiz o controle de sua validade Parágrafo único. Sempre que possível, em ações em que se pleiteiam direitos difusos ou coletivos, deverá haver acordo sobre a destinação dos valores pedidos ou acordados, para que sejam diretamente empregados na realização de obras para restaurar o dano ao meio ambiente, ao patrimônio cultural ou artístico, ou outras obras ou atividades com o objetivo de reparar o prejuízo.” (BRASIL. **Projeto de Lei nº 4778 de 01 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q1nztz7mbxgo m14x6w7p0cpu30775551.node0?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020. Acesso em: 15/08/2021).

³⁰¹ A esse respeito, Antonio do Passo Cabral em: Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva. **Processo Coletivo: Análises dos PL's 4441/20 e 4778/20**. Youtube, 09/11/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-O3MNZ1Ld38>. Acesso em: 20/10/2021.

³⁰² GIDI, Antonio. 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*. **Civil Procedure Review**. v. 25. jan. 2021

art. 8º §3 que a condenação pecuniária referente a direitos individuais homogêneos poderá ser destinada diretamente ao fundo quando a execução individualizada for economicamente inviável. Assim, “reduz-se, assim, desnecessariamente o alcance de uma norma útil para a sociedade”³⁰³ e “quem ganha é o réu, que não responderá pela integralidade do dano causado à sociedade”.³⁰⁴

Por fim, Camilo Zufelato, destaca a existência de uma incoerência interna no próprio CNJ quando confrontados os dados empíricos levantados em pesquisa recente a respeito do processo coletivo e com as mudanças legislativas que propõem.³⁰⁵

Após analisar 52 mil ações coletivas envolvendo os mais diversos temas, o CNJ teria concluído que:

[...] o sistema de tutela coletiva nasceu e permaneceu sob a égide dos atores estatais, mais do que da sociedade civil a quem supostamente veio abrir caminho. Em segundo lugar, demonstramos a baixa utilização por partes de setores da sociedade civil das ações coletivas como estratégia e instrumento de defesa de seus interesses. Identificamos relativa ausência de setores da sociedade civil organizada como partes das decisões mapeadas.³⁰⁶

Em outras palavras, restou evidente haver um déficit de participação da sociedade civil. E, não obstante isso, da leitura da exposição de motivos do PL nº 4.778/2020, é possível verificar que as preocupações centrais são a eficiência a isonomia e a segurança jurídica, nada dispondo o PL sobre o acesso à justiça que, notadamente, deveria ser o alvo de preocupação.

Para Camilo Zufelato a incoerência é alarmante, sendo inadmissível que o mesmo órgão da administração da justiça ora conclua pelo déficit de participação da sociedade civil nas ações coletivas e outrora apresente um projeto de lei totalmente acesso à essa realidade.

4.1.2 Projeto de lei 4441/2020

³⁰³ *Idem. ibidem.*

³⁰⁴ *Idem. ibidem.*

³⁰⁵ Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva. **Processo Coletivo: Análises dos PL's 4441/20 e 4778/20.** Youtube, 09/11/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-O3MNZ1Ld38>. Acesso em: 20/10/2021.

³⁰⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa.** Direitos e Garantias Fundamentais. Sumário Executivo. Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/9b3ba34c3dd4f6b44893444f7c29b2be.pdf>. Acesso em: 14/05/2021.

O PL nº 4.441/2020, apresentado pelo deputado estadual Luiz Paulo Teixeira Ferreira, corrige algumas das questões problemáticas do projeto de lei 4778/2020, abordando, por exemplo: (i) regras adequadas de competência, possibilitando o controle de competência de ofício pelos juízes e escolha pela competência adequada do foro que puder conduzir o processo com maior efetividade (art. 7º); (ii) a interrupção da prescrição das ações individuais quando proposta a ação civil pública (art. 15); (iii) suspensão dos processos individuais, não exigindo a desistência dessas demandas, tão somente a suspensão (art. 16, §º); (iv) o regramento detalhado do inquérito civil (arts. 26); (v) regras claras no sistema de reparação fluida (art. 43), com a criação de fundos e sistema de controle (art. 45 e seguintes).

O PL nº 4.441/2020, além de também dispor sobre regulação de *amicus curiae*, previsão de medidas coercitivas e indutivas, previsão de audiência pública entre outros, dialogará com temas de extrema relevância para o desenvolvimento e compreensão das ações coletivas na atualidade, como, por exemplo, a noção de processo estrutural, competência adequada, cooperação judiciária, produção antecipada de provas.

A proposta buscou integrar o sistema das ações coletivas com o dos processos repetitivos em várias dimensões e disciplina também um ponto não disciplinado pelo projeto encabeçado pelo CNJ, que é o tema do inquérito civil. Também contempla, nos artigos 27 a 42, um capítulo bastante extenso e interessante sobre acordos em processos coletivos, tema bastante polêmico na prática judiciária.

Ocorre que o projeto de lei ora tratado também não ficou livre de críticas pela comunidade jurídica, valendo destacar seus pontos frágeis: (i) declinação da competência por conveniência (art. 7º); (ii) exigência de certidão de consulta para propositura (art. 11, II); (iii) emprego geral da suspensão de liminar (art. 21); (iv) conversão da ação individual em coletiva (art. 49).

O PL nº 4.441/2020 mantém a exigência de capacidade financeira das associações (art. 6, §2º, II). Impõe ainda este projeto a coisa julgada mesmo em casos de improcedência por insuficiência de provas e torna dificultosa a propositura de nova demanda contra os mesmos eventos danosos (art. 25, §1º).

Assim como o PL nº 4.778/2020, mantém a classificação tripartite entre direitos difusos, coletivos e individuais, tal como o legislador procedera no Código de Defesa do Consumidor. Classificação que, embora antes importante para disciplina e

compreensão das ações coletivas, hoje tem se mostrado bastante problemática.

A manutenção da classificação é criticada por Kazuo Watanabe, segundo quem uma nova lei que se proponha a regular seriamente a matéria coletiva deve revisitar a fundo a divisão tripartite entre direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.³⁰⁷

Ademais, a respeito da liquidação e execução das ações coletivas, o projeto avança em mecanismos executivos, passando a prever reparações fluidas, não só por fundos, mas mediante criação de entidades com estrutura específica, como por exemplo as fundações, instituídas com a finalidade específica de executar em parte ou no todo as decisões ou os acordos em tutela coletiva.

Contudo, para evitar-se tautologia desnecessária, os comentários acerca da disciplina da liquidação e execução coletiva deste PL serão postergados para o momento seguinte, onde será feita a análise dos dispositivos do PL nº 1.641/2021. Isso porque ambos os projetos foram apresentados pelo deputado Paulo Teixeira, tratando-se, em verdade o PL nº 1.641/2021 de uma consolidação dos aspectos positivos do PL nº 4.441/2020 e do PL nº 5.139/2009.

Outrossim, vale dizer que a precariedade dos dois projetos de lei até então examinados tem levado a doutrina processualista a questionar a verdadeira razão pela qual foram propostos e tramitam de forma avançada.

Camilo Zufelato, a respeito das propostas de alteração legislativa do regramento dos processos coletivos, memora que leis muitíssimo melhores elaboradas foram, de plano, arquivadas pelo Congresso, como o PL nº 5.139/2009. E argumenta que, desde então, a postura que se verifica do Legislativo reflete a ausência total de interesse no aprimoramento do processo coletivo brasileiro.³⁰⁸

E, nesse desiderato, sustenta a necessidade de rejeição de ambos os projetos.

4.1.3 Projeto de Lei nº 1.641/2021

O deputado Luiz Paulo Teixeira Ferreira, reunindo o Instituto Brasileiro de

³⁰⁷ Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva. Processo Coletivo: **Análises dos PL's 4441/20 e 4778/20**. Youtube, 09/11/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-O3MNZ1Ld38>. Acesso em: 20/10/2021.

³⁰⁸ Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva. Processo Coletivo: **Análises dos PL's 4441/20 e 4778/20**. Youtube, 09/11/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-O3MNZ1Ld38>. Acesso em: 20/10/2021.

Direito Processual – IBPD, sob presidência de Paulo Henrique dos Santos Lucon, apresentou o PL nº 1.641, de 29 de abril de 2021, chamado de Projeto de lei Ada Pellegrini Grinover e coordenado por Kazuo Watanabe.

O projeto Ada Pellegrini Grinover pode ser considerado uma alternativa aos problemáticos projetos anteriores e parece o melhor projeto de lei hoje em tramitação a respeito do aperfeiçoamento do processo coletivo.

Ao invés de revogar os benefícios obtidos na construção legislativa que surgiu após 1985 (em especial com o avanço promovido pelo Código de Defesa do Consumidor e pela própria Constituição da República Federativa do Brasil), como feito pelos projetos anteriores, o PL 1.641/2021 os mantém, mostrando-se preocupado com a manutenção dos avanços sociais já consolidados, bem como alinhado com a doutrina e jurisprudência contemporânea.

Como já adiantado, o PL nº 1.641/2021 representa uma consolidação dos aspectos positivos do PL nº 4.441 e do PL nº 5.139/2009.

Sem a pretensão de destrinchar todos os aspectos envolvidos, alguns pontos merecem destaque, são eles: (i) descrição dos princípios que regem a tutela coletiva (art. 2º); (ii) aprimoramento do conceito dos interesses (art. 3º); (iii) prioridade para tramitação (art. 6º); estabelecimento de parâmetros mais apropriados para aferição judicial da adequação da legitimação (art. 7º)³⁰⁹; (iv) regras claras de competência e adequação em casos de conflito (art. 8º); (v) flexibilização – ajustes do objeto (art. 13º); interrupção da prescrição individual (art. 18)³¹⁰; (vi) regras detalhadas sobre saneamento e organização do processo (art. 22); (vii) suspensão dos processos individuais após saneamento (art. 23); (viii) regras sobre encargos financeiros (art. 25), incluindo periciais (art. 25, §2); (ix) prescrições iniciais para o processo estrutural (art. 14, I e art. 26, §5); (x) melhor sistematização da coisa julgada (art. 32)³¹¹; (xi) regulação da investigação (artigos 33 a 36); e (xii) disciplina da consensualidade

³⁰⁹ Em seu artigo 7º, quando trata dos legitimados das associações para a propositura da ação civil pública, define que a atuação prescinde de prévia autorização estatutária e, mesmo quando esclarece os critérios para a adequação da representação desses entes (credibilidade, histórico, conduta, pertinência, tempo de representatividade e finalidade institucional), mas relativiza os requisitos em caso de manifesto interesse social, qualificando e aperfeiçoando a defesa dos direitos transindividuais por estas entidades, cuja participação ainda é acanhada.

³¹⁰ Com relação à interrupção da prescrição, o artigo 18 não apenas define que a ação civil pública interrompe a prescrição para pretensões coletivas e individuais relacionados aos mesmos fatos, mas também apresenta detalhes de como a prescrição será computada e casos de imprescritibilidade.

³¹¹ Vale destacar 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).

(artigos 37 a 43).

O projeto estimula fortemente a autocomposição, conforme possível verificar dos artigos 14, II, 15, 22, §4º, bem como no capítulo "Da Autocomposição Coletiva" que, nos artigos 37 a 43, onde são apresentados princípios que regem a atividade das partes e julgador na busca do consenso. E, ainda, possui capítulo próprio para disciplina da conversão da ação individual em ação coletiva, trazendo à tona disposições que haviam sido vetadas no Código de Processo Civil - conversão de ações individuais em coletivas quando houvesse relevância social e dificuldade de formação de litisconsórcio.

Especialmente no que diz respeito à tutela executiva dos direitos individuais homogêneos, o PL avança ao estabelecer: (i) regras sobre sentença condenatória preferencialmente líquida – que já era determinada pelo PL nº 4.441/2020 -, valor mínimo ou com formula (matriz da danos) (art. 26); (ii) poderes judiciais de efetivação (art. 26, §2)³¹²; (iii) possibilidade de condenação do réu ao custeio direto da obra, projeto ou atividade a reparar lesão a direitos não só de natureza transindividual, mas também individual (art. 26, §3)³¹³; (iv) disciplina da reparação fluida (art. 44)³¹⁴; (v)

³¹² § 2º A sentença ou a decisão poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária." (BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021. Acesso em 15/08/2021).

³¹³ "§ 3º. Poderá haver condenação direta do réu a custear obra, projeto ou atividade destinada a reparar lesão a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo." (BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021. Acesso em 15/08/2021).

³¹⁴ "Art. 44. Nos casos em que a tutela específica dos deveres de fazer, de não-fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro for inviável, ou o benefício para os membros individuais do grupo nos direitos individuais homogêneos for desproporcional ao custo de execução, o juiz poderá determinar que o réu adote medidas de reparação fluida que beneficiem o grupo lesado. §1º As medidas de reparação fluida podem consistir, dentre outras, em: I - reparação ou incremento a bens distintos dos que foram lesados, preferencialmente da mesma natureza, quando a intervenção sobre o bem lesado for contraindicada; II – reparação ambiental em localidade distinta da lesada, quando dessa alteração resultar maior benefício; III – distribuição de bens ou valores ao grupo lesado; IV – adoção, temporária ou permanente, de comportamentos que beneficiem os integrantes do grupo lesado; V – redução de preço de produto ou serviço, por prazo determinado ou até a comercialização de determinado número de unidades. §2º As medidas previstas no §1º não podem resultar em benefício econômico para o causador do dano, devendo o seu custo ser, no mínimo, equivalente ao custo de obtenção da tutela específica, a ser apurado por prova técnica. §3º Os beneficiários das medidas de reparação fluida não precisam corresponder necessariamente às vítimas." (BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021. Acesso em 15/08/2021).

disciplina da criação de infraestrutura ou entidade de destinação específica (art. 47)³¹⁵; (v) disciplina dos fundos (artigos 48 e 49)³¹⁶.

Assim, tem-se que, dos projetos de lei em curso, o PL nº 1.641/2021 parece o mais adequado quando se trata da atualização do microsistema de processo coletivo, seja por sua melhor redação e tecnicidade, seja pela maior completude de regramento.

Por certo, muitos debates acerca dos dispositivos da proposta devem ainda ser traçados para que o sistema processual coletivo brasileiro se torne verdadeiramente efetivo, mais acessível e continue sendo referência para outros ordenamentos.

4.2 Alternativas ao funcionamento da *fluid recovery brasileira*

No início do presente estudo, verificou-se que a compreensão acerca da finalidade da jurisdição vem sofrendo profundas transformações ao longo da história, com equivalente mudança no estudo do direito processual civil, sendo compreendido, atualmente, como sendo, não só a declaração do direito mediante conformação da lei com os valores constitucionalmente eleitos, mas também a promoção de uma tutela adequada e, sobretudo, efetiva ao jurisdicionado, concretizando, no plano fático, o que lhe fora garantido no plano do direito. A máxima da efetividade na prestação da tutela

³¹⁵ “Art. 47. Se a complexidade da tutela do direito recomendar, poderá ser criada infraestrutura ou entidade de direito privado, a partir de dotação patrimonial afetada pelo réu, com o propósito específico de conduzir as atividades necessárias à implementação das medidas de reparação. §1º A criação da infraestrutura ou entidade não desonera o réu das responsabilidades que lhe forem impostas na sentença, respondendo subsidiariamente por todas as obrigações constantes do título executivo. §2º A entidade operará de acordo com as regras estabelecidas no instrumento de constituição e definidas no Código Civil.” BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021.** Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021. Acesso em 15/08/2021).

³¹⁶ “Art. 48. O fundo, legal, judicial ou negocial, poderá ser o destinatário de valores obtidos por acordo ou sanções administrativas. Art. 49. Em qualquer caso, devem ser observadas as seguintes regras: I – os valores destinados ao fundo devem ser diretamente empregados na realização de obras ou atividades para restaurar o dano causado e, prioritariamente, o grupo lesado; II – os membros do grupo lesado farão parte dos conselhos gestores dos fundos e comitês de fiscalização; III – as multas processuais eventualmente fixadas ao longo do processo devem ser destinadas a fundo legal, judicial ou negocial; IV – ao Ministério Público caberá a fiscalização de seu funcionamento. Parágrafo único. Na aplicação da multa por determinação judicial deve ser observado que: I - quando a multa é estabelecida por violação de algum direito da parte, é ela a beneficiária; II - quando a multa é instituída por razões de ordem pública ou interesse público, como atentado à dignidade da justiça, a multa deverá ser destinada ao fundo, nos termos do caput.” BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021.** Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021. Acesso em 15/08/2021).

jurisdicional constitui, portanto, norte para interpretação do ordenamento jurídico.

Após, viu-se que a *fluid recovery* brasileira é ferramenta inadequada a promoção desta efetividade, na medida em que a reparação indireta à classe lesada sequer ocorre, sendo os valores vertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos comumente utilizados em prol da modernização administrativa.

Ademais, foi constatado que o Fundo de Defesa de Direitos Difusos não apresenta a *accountability* que dele se espera, não sendo possível mapear com certeza a origem e destino dos valores movimentados.

Cabe, neste momento, ventilar algumas alternativas possíveis ao atual funcionamento da *fluid recovery brasileira*.

4.2.1 Rememorando o papel do juiz na efetivação do direito material: possibilidade de adequação da reparação fluida pelo Judiciário

No paradigma liberal a atuação do Estado possuía viés abstencionista. Com o passar do tempo, porém, esse discurso passou a ser visto como insuficiente, exigindo-se postura ativa pelos julgadores na busca pela efetiva tutela dos direitos.³¹⁷

A tônica da efetividade, como já discorrido neste estudo, passa a nortear a atividade jurisdicional que, por sua vez, será pensada para além da mera atividade declaratória, comportando também a realização prática do direito reconhecido.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva concentra, em seu conteúdo, outras garantias, dentre as quais destaca-se: a) direito à tempestividade da prestação da tutela jurisdicional, o que nos remete à duração razoável do processo; b) direito à adequação das técnicas disponíveis para promoção da efetiva proteção dos direitos materiais tutelados; por fim c) efetividade *estricto sensu*, o qual se refere às formas de tutela, ou seja, ao direito material deve ser colocadas às disposição não somente tutelas repressivas, mas também preventivas.³¹⁸

A lições acima dão conta que, o Estado Constitucional no qual estamos hoje inseridos não espera do julgador a mera compreensão e aplicação das técnicas disponíveis, mas sim que este assim o faça em duração razoável de tempo,

³¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Seção 2.1. Livro Eletrônico. [n.p].

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 3 ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

adaptando, sempre que necessário, a técnica processual às particularidades do caso concreto, com vistas a promover a efetiva proteção do direito material. Proteção jurisdicional esta que poderá ser concedida por meio de tutela repressiva ou preventiva.³¹⁹

Diante das alterações políticas e sociais, visualiza-se na figura do magistrado, enquanto representante do Estado-Juiz, um grande auxiliar na efetivação dos direitos coletivos por meio de sua atuação proativa no processo de execução. Tanto é assim, que o Código de Processo Civil outorgou ao magistrado, no art. 139, IV³²⁰, um poder geral executivo, por meio de uma cláusula geral que se aplica à todo o ordenamento, incluindo, como já visto, a tutela coletiva.³²¹

Sob tal prisma, tem-se como uma das alternativas ao atual funcionamento da *fluid recovery* brasileira, a destinação do eventual montante residual pelo próprio Judiciário, que assumiria o papel hoje destinado à uma estrutura administrativa de fundos específicos, na figura de seus conselheiros gestores politicamente nomeados.

Tal proceder permitiria que a concepção de reparação fluida no Brasil, hoje reduzida à mera destinação de recursos aos fundos específicos, fosse alargada, permitindo a adoção de mecanismos diversos pelo magistrado, a exemplo dos *non price mechanism* (*direct rebate, claimant fund-sharing, escheat, consumer trust fund*) e dos *price mechanisms* (*price rollbacks*).³²² Em outras palavras, em vez de ser direcionado aos fundos administrativos, esse montante poderia ser aplicado pelo próprio julgador, mediante seu papel criativo na efetivação da proteção dos direitos, autorizado tanto pelo disposto no art. 139, IV, quanto pela noção de adequação procedimental – inerente ao próprio conceito de efetividade.

Ademais, tem-se que para os casos em que possível a identificação dos

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2010. *op. cit.* p. 140.

³²⁰ “Art. 139 IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15/07/2021).

³²¹ No que diz respeito à aplicação subsidiária do CPC nos processos coletivos, cabe esclarecer que, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (*compatibilidade formal*) e nem impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (*compatibilidade substancial*). Ou seja, Se essa aplicabilidade subsidiária contrariar as regras previstas no microsistema de tutela jurisdicional coletiva (Livro III do CDC e LACP) ou colocar em risco a efetividade do respectivo direito coletivo tutelado, a aplicabilidade deverá ser rechaçada pelo operador do direito.

³²² DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. *Stanford Law Review*. I. 34. p. 173-201. 1981. p. 176-181).

indivíduos lesados e da quantia devida individualmente, deve o julgador lançar mão da destinação do montante ao fundo público para determinar que o réu coletivo proceda as restituições e forma individualizada, às suas próprias expensas. Seria o caso, por exemplo, de uma cobrança abusiva por parte de uma rede de telefonia à assinantes de determinados pacotes de serviços.

Por certo há como a companhia identificar os lesados pela prática, bem como providenciar o abatimento da cobrança abusiva nas contas posteriores ou mesmo a restituição em dinheiro ao contratante. Poderá, nesse norte, valer-se o magistrado das medidas coercitivas, indutivas e mandamentais disponíveis para compelir o réu coletivo a trazer aos autos as informações necessárias para assim determina-se.

Desta forma, evita-se o direcionamento de valores ao FDD e, de certa forma, a reparação que antes se daria de forma indireta à envolvidas no ilícito.

Por fim, tem-se que na eventualidade de faz-se necessário o emprego de fundos para angariar os resultados de demanda coletiva “impõe-se que esses fundos sejam dedicados a recuperar o prejuízo que efetivamente foi causado ou a prevenir que novas violações (àqueles mesmos direitos) possam acontecer”.³²³ O que poderia ser instituído mediante criação de fundos temporários e específicos para demanda coletiva em que se fizerem necessários.

4.2.2 A *crowdsourcing* como instrumento importante à adequada reparação fluida

Outra alternativa ao direcionamento dos valores residuais ao FDD pode ser pensada à luz do instituto da *crowdsourcing* norte-americana. Explica-se.

Compreende-se por *crowdsourcing* “the practice of obtaining information or services by soliciting input from a large number of people, typically via the Internet and often without offering compensation”.³²⁴ Em tradução livre, consiste na prática de obter informações ou serviços, solicitando informações de um grande número de pessoas, normalmente por meio da Internet e muitas vezes sem oferecer compensação.

A definição de *crowdsourcing* é também dada pelos autores Enrique Estellés-Arolas e Fernando Gonzáles-Ladrón-De-Guevara da seguinte forma:

³²³ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Capítulo 7. Seção 7.7.5. Livro Eletrônico. [n.p].

³²⁴ Crowdsourcing. In: **Oxford learner's Dictionaries**. UK. Oxford University Press, 2021. Disponível em: <http://www.oed.com/view/Entry/376403>. Acesso em 17/11/2021.

[...] a type of participative online activity in which an individual [or] an institution . . . proposes to a group of individuals of varying knowledge, heterogeneity, and number, via a flexible open call, the voluntary undertaking of a task. The undertaking of the task, of variable complexity and modularity, and in which the crowd should participate bringing their work, money, knowledge and/or experience, always entails mutual benefit. The user will receive the satisfaction of a given type of need, be it economic, social recognition, self-esteem, or the development of individual skills, while the crowdsourcer will obtain and utilize to their advantage what the user has brought to the venture, whose form will depend on the type of activity undertaken.³²⁵

Acerca de seu funcionamento, embora o *crowdsourcing* seja tradicionalmente realizado pela Internet, também pode ser conduzido por meio de correspondências em papel, solicitando destinatários propostos no momento da aula inicial enviando e fornecendo materiais de votação no momento da distribuição de danos.

O modelo de *crowdsourcing* tem propiciado, nas *class actions*, benefícios substanciais em relação ao atual sistema de distribuições *cy pres*, ao colocar na mão da classe lesada o apontamento ao magistrado das instituições capazes de satisfazer o esperado de uma reparação fluida, *best next use*³²⁶. Bem como vem minimizando a parcialidade dos magistrados na escolha da instituição beneficente.

A decisão final, contudo, segue nas mãos do julgador, que será o responsável por eleger a instituição a ser beneficiada, podendo rever a proposta distribuições e descartar qualquer que ela considerasse claramente inapropriada à luz dos propósitos de *cy pres*. Tal poder discricionário, no entanto, ficaria limitado às propostas apresentadas.

Ademais, para os casos em que os integrantes da classe não pudessem ser reconhecidos para serem chamados à composição do comitê, defende-se que o julgador poderia implementar um *crowdsourcing* ou processo de votação direta usando um subconjunto de “prováveis membros da classe”. A amostra captada de membros da classe provavelmente seria suficiente para alcançar um resultado de menor imparcialidade e maior equilíbrio e representatividade.

A técnica também serve para que os custos com a localização, intimação de interessados se mantivessem em patamar mais baixo, na medida em que ser trataria

³²⁵ ESTELLÉS-AROLAS, Enrique; e GONZÁLES-LADRÓN-DE-GUEVARA, Fernando. Towards an Integrated Crowdsourcing Definition. **Journal of Information Science**. v. 38. Issue. 2. p. 189-200. 2012.

³²⁶ Há exemplos no direito estrangeiro onde a técnica foi aplicada com sucesso. Ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Superior Beverage Co. v. Owen-Illinois**. 827. U.S. 477. 1993. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/827/477/1458693/>. Acesso em: 21/08/2021.

de um grupo menor de indivíduos que, se eventualmente não localizados, podem ser substituídos por uma nova amostra.³²⁷ Sua aplicação também é defendida por Chris Chasin. Para o autor, em que pese um conjunto de prováveis membros da classe não seja o ideal, mas sim a convocação dos verdadeiros integrantes, seria mais representativo e mais capaz de alcançar resultados precisos do que qualquer um dos mecanismos de designação existentes na *cy pres*.³²⁸

O *crowdsourcing*, quando pensado no ordenamento jurídico brasileiro, também parece capaz de proporcionar benefícios aos processos coletivos.

A aplicação da técnica funcionaria como uma forma de reparação indireta da classe lesada nas hipóteses em que impossível ou de difícil execução a reparação direta e contaria com a participação do grupo atingido na tomada de decisão a respeito do destino dos valores residuais. Garante-se, ao menos, um resultado mais democrático na escolha da forma de reparação, ao passo que o destino de tais valores será discutida e a decisão tomada em conjunto.

Por meio da utilização desta técnica, os membros da classe não só poderiam votar em possíveis destinatários, mas também propor ativamente novos destinatários. Em outras palavras, o *crowdsourcing* poderia contribuir para contornar os problemas da *fluid recovery* brasileira, haja vista que, com a escolha da instituição, evita-se, por exemplo, a conversão dos valores em prol da modernização do Estado.

Por último, vale frisar que, assim como todas as técnicas até então analisadas, o *crowdsourcing* também apresenta alguns pontos problemáticos. Especificamente nas *class actions* o *crowdsourcing* apresenta como principal falha a desigualdade na representação dos interesses da classe lesada que, sabe-se, podem ser bastante distintos entre si. O mesmo pode ocorrer no direito brasileiro, não se pretendendo com o presente trabalho chegar em uma técnica infalível para os problemas inerentes à *fluid recovery* – sequer seria possível.

³²⁷ Os custos com a intimação de toda a classe lesada, a depender do número e dificuldade de localização de seus membros, podem representar o dispêndio de valores consideráveis pelo Judiciário na realidade brasileira onde há isenções de custas à parcela dos legitimados ativos da ação coletiva.

³²⁸ “Although a body of “likely class members” would not be truly representative of the class, it would be more representative and better able to reach accurate results than any of the existing *cy pres* designation mechanisms.” (CHASIN, Chris. Modernizing Class Action *Cy Pres* Through Democratic Inputs: A Return to *Cy Près* Comme Possible. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163. p. 1463-1495, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da premissa basilar de que o exercício jurisdicional deve pautar-se pela máxima efetividade da tutela dos direitos materiais, o presente estudo analisou a origem e funcionamento da técnica de execução residual disciplinada pelo art. 100 do CDC e as críticas a ela inerentes.

Constatou-se, em primeiro momento, que a *fluid recovery* brasileira não se presta a tutela efetiva dos direitos materiais, bem como que, em verdade, não há, na maioria das vezes, a reparação sequer indireta da classe lesada, na medida em que a destinação dos valores arrecadados pelo Fundo não assume compromisso com a natureza do direito lesado que deu origem a condenação.

Ademais, a falta de transparência no funcionamento do FDD faz com que sequer seja possível a verificação do destino dos valores arrecadados, não havendo, até o presente momento, obrigação de prestação de contas nesse sentido.

Ao verificar-se o funcionamento da *fluid recovery* norte-americana, foi observado que seu conceito é mais amplo quando comparado ao brasileiro, contemplando formas diversas de reparação fluida além da destinação à fundos. Também servindo à diferenciação das *fluid recovery's*, verificou-se que enquanto na realidade brasileira o destino dos valores arrecadados é decidido por um conselho gestor, na realidade norte-americana o próprio Judiciário quem decide de que forma será revertido o saldo residual – ou total – em prol da população.

A principal crítica à *fluid recovery* norte-americana irá residir justamente na escolha do beneficiário dos valores, parecendo haver um jogo de interesses e troca de favores para que instituições ligadas ao judiciário, ao juiz ou, ainda, a algum patrono das partes, sejam escolhidas para receber os recursos.

A alternativa que se encontrou no direito norte-americano para tal problema foi o aumento da participação dos interessados na tomada da decisão quanto à instituição a ser beneficiada, falando-se na criação de comitês de votação. À essa técnica deu-se o nome de *crowdsourcing*.

Quando transferida a análise ao ordenamento jurídico pátrio, verificou-se que a aplicação do *crowdsourcing* poderia, assim como para as *class actions*, contribuir para contornar os problemas da *fluid recovery* brasileira, haja vista que, com a escolha da instituição, evita-se, por exemplo, a conversão dos valores em prol da modernização do Estado.

O cenário brasileiro de projetos de alterações legislativas também corrobora para o debate acerca do aprimoramento do instituto, havendo dispositivos no PL nº 1.647/2021 capazes tanto de melhor regular a reparação fluida quanto para dispensá-la em detrimento de outras medidas.

Por derradeiro, a compreensão acerca do papel do juiz no Estado de Direito, torna defensável a possibilidade de adaptação da técnica pelo julgador em prol da máxima da efetividade da tutela, de forma que poderá, ele, propor eventuais medidas que julgue mais acertadas para o caso no lugar da *fluid recovery*, como ocorre, por exemplo, com a redução de preços de produtos e serviços. A adaptação também parece autorizar o julgador a decidir sobre a destinação a ser dada pelo Fundo e obrigatoriedade de prestação de contas, sendo esta última corroborada pela aplicação subsidiária do disposto no art. 139 do CPC ao processo coletivo.

O retorno da reparação fluida ao Judiciário, sem a necessidade de direcionar tais valores aos fundos administrativos, parece, inclusive, a forma mais acertada de proceder ante os problemas narrados, sendo certo que, para tanto, será necessário que este se valha de terceiros que o auxiliarão na verificação do melhor destino, na implementação da medida e seu monitoramento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACESSO À JUSTIÇA E LITIGÂNCIA REPETITIVA. Processo Coletivo: **Análises dos PL's 4441/20 e 4778/20**. Youtube, 09/11/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-O3MNZ1Ld38>.

ACP DO CARVÃO. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>.

ALEXANDER, Janet Cooper. **An Introduction to Class Action Procedure in the United States**: Remarks at Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective. s/ed. 2000. p. 25. Disponível em <http://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>.

ALEXANDRE, Nadja Zim. Diagnóstico ambiental da região carbonífera de Santa Catarina: degradação dos recursos naturais. In: **Revista de tec. e ambiente. Criciúma**. v. 5. n. 2. p. 35-50. Jul./dez. 1999.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise e propostas**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Código do consumidor comentado e legislação correlata**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: parte processual**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**. v. 1. n. 2. p. 211-229. jul./dez. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da

Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords). **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT. 2. ed, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**. v. 16. n. 61. p. 187 – 188. jan./mar., 1991.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Revista de Processo**. v. 30, n. 130. p. 131–153. dez. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL, **Decreto lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula ação popular. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm.

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1641 de 29 de abril de 2021.** Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4441 de 02 de setembro de 2020.** Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4778 de 01 de outubro de 2020.** Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q1nztz7mbxgom14x6w7p0cpu30775551.node0?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 696845 AgR.** Relator(a): Min. LUIZ FUX. 1ª Turma. Julgado em: 16/10/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3622424>.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno, As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo.** São Paulo. n. 82. p. 92-151, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais.** v. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei orçamentária anual (LOA).** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/lei-orcamentaria-anual-loa>.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Traduzido por Nelson Campos. **Revista de processo,** São Paulo, n. 05, p. 128-159, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. v.2.

CARVALHO DE FARIA, Ana Maria Damasceno. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marcos Félix. **Processo estruturais**. 2. Edição. Editora: Juspodivm, 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte. n. 3. p. 478, mai. 1999.

CHASE, Oscar G. Direito Cultura e Ritual: **Sistemas de Resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. 1. ed. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163. p. 1463-1495, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal**. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa**. Direitos e Garantias Fundamentais. Sumário Executivo. Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/9b3ba34c3dd4f6b44893444f7c29b2be.pdf>

DAMASKA, Mirjan. **The faces of Justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

DIAS, Handel Martins. **Condicionamento histórico do processo civil brasileiro**: o legado do direito lusitano. São Paulo. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. p. 254. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03122015-091843/publico/Condicionamento_historico_do_processo_civil_brasileiro_INTEGRA L.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03122015-091843/publico/Condicionamento_historico_do_processo_civil_brasileiro_INTEGRA_L.pdf)

Dicionário online US Legal. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/b/bill-of-peace/>

DIDIER JUNIOR. Fredie, ZANETI JUNIOR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Rev. ampl. atual. Salvador: Editora Podivm, 2017. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed.

São Paulo: Malheiros. v.2.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v.4.

DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. **Stanford Law Review**. v. 34. p. 173-201. 1981.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbendian, 1983.

Escola Superior do MPSP. **Debates dos projetos de lei sobre ação civil pública**, Dia I. Youtube, 27/05/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qwp3y3X6lt4&t=7140s>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Brown I**. 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Brown II**. 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/349us294>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brewer v. Southern Union Co.** 607. U.S. 1511. 1984. Disponível em: <https://cite.case.law/f-supp/607/1511/>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Hansberry v. Lee**. 311 U.S. 32. 1940. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/103379/hansberry-v-lee/>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation**. 274. U.S. 747. 2003. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/274/747/2493516/>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Superior Beverage Co. v. Owen-Illinois**. 827. U.S. 477. 1993. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/827/477/1458693/>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Eisen v. Carlisle & Jacquelin**, 417 U.S. 156 (1974). Washington, D.C 1974. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/156/>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Smith v. Swormstedt**, 57 U.S. 288. 1853. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/57/288/>.

ESTELLÉS-AROLAS, Enrique; e GONZÁLES-LADRÓN-DE-GUEVARA, Fernando. Towards an Integrated Crowdsourcing Definition. **Journal of Information Science**. v. 38. Issue. 2. p. 189-200. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FISS, Owen. FISS, Owen M. The Supreme Court, Term. Foreword: The Forms of

Justice. **Harvard Law Review**. Cambridge. v. 93. n. 1, 1978.

FRIEDENTHAL, Jack Harlan., COUND, John James., MILLER, Arthur Raphael. e SEXTON, John Edward. **Civil Procedure - Cases and Materials**, St. Paul, West Publishing Co. 5. ed. 1989.

FRIEDENTHAL, Jack Harlan., COUND, John James., MILLER, Arthur Raphael. e SEXTON, John Edward. **Civil Procedure Supplement**. St. Paul, West Publishing Co. 1990.

GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**. v. 953. p. 223-257, 2015.

GENY, François. **Methodes d'interpretation et sources en droit prive positif: essai critique**. v. 2. 2. ed. Paris: Lgdj, 1995.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 267, p. 163-198. set./dez. 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. 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). **Civil Procedure Review**. v. 25. jan. 2021.

GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 3. ed. São Paulo: SRS Editora, 2013.

GORDON, H. S. **The economic theory of a common-property resource: the fishery**. Journal of Political Economic 62: 124-142, 1954.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2004.
- HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. *Science*, vol. 162, No. 3859 (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.
- HART, Herbert. **The Concept of law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. Curitiba, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.
- JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escola e fases metodológicas do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- JOBIM, Marco Felix. O processo coletivo como sistema processual autônomo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v. 1. p. 32-46, 2018.
- JOBIM, Marco Félix. Os recalls como tentativa de inibição de ações coletivas para o ressarcimento de danos ao consumidor. **Revista eletrônica de direito processual**. v. 1. p. 481-493. 2011.
- KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection Litigation: Kraus v Trinity Management Services. **California Law Review**. Berkeley. v. 90, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KUBINSZKY, Luiz. A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress). **Revista de Processo**. v. 26. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1982. p. 153/154.
- LENZA, Pedro. Efetividade do processo coletivo: PL nº 5.139/2009 – avanço em relação à ação revisional – coisa julgada secundum eventum probationis. In: **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover** (coords. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri), São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MACCALL, James. STURDEVARD, Patricia. KAPLAN, Laura. HILLEBRAND, Gail.

Greater Representation for California Consumers- Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions, **Hastings Law Journal**, vol.46, p. 797-851, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Revista Interesse Público**. v. 12. n. 60. p. 379-380. mar./abr. 2010.

MANDELLI, Alexandre Grandi. **Processo civil coletivo**: em busca de uma teoria geral. Porto Alegre: Editora HS, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 3 ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sergio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**. v. 222. p. 41-46, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Institucional**. Governo Federal, 2021. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>.

MISES, Ludwig Von. **Crítica ao Intervencionismo**: Estudo sobre a Política Econômica e as Ideologias Atuais. 3. ed. rev. amp. São Paulo: LVM, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes Da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MULHERON, Rachel P. **The modern cy-pres doctrine: applications & implications**, London: UCL Press, 2006.

NAGAREDA, Richard A. **The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation**. Eagan: Foundation Press, 2009.

NEDER, Paulo Braga. **A execução residual na tutela dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16052016-161219/pt-br.php>.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OSNA, Gustavo. **O Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a execução de decisões coletivas**. Conjur, 20018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/gustavo-osna-direitos-difusos-execucao-decisoes-coletivas>

Oxford learner's Dictionaries. UK. Oxford University Press, 2021. Disponível em: <http://www.oed.com/view/Entry/376403>.

PIMENTEL, Wilson. Custas Judiciais em debate. **Revista Consultor Jurídico**. 29 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-29/debate-baixo-custo-apontado-estimulo-judicializacao>.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. **Revista de Processo**. v. 258. ago. 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a Fluid Recovery do art. 100 do CDC. **Revista de Processo**. v. 29. n. 116, jul./ago. 2004. p. 327.

SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e a Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (coord). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

SALLES. Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. **Argumentum Revista de Direito**, n. 15, p. 201-226, 2014.

SCOTT, James C. **The Moral Economy of the Peasant: Rebellion and Subsistence in Southeast Asia**. New Haven: Yale University Press, 1976.

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

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 236, out. 2014.

SILVA DINAMARCO, Pedro da. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

STRECK, LÊNIO; BONZAN DE MORAES; José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale**. n. 24, p. 619, 1969.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. Salvador: JusPodivm, 2020.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VITORELLI, Edilson. **A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro**. Belo Horizonte, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77. jul./set. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (coord.). **Processo Coletivo: do surgimento à**

atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil – Individual e Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed, 2010.

WASSERMAN, Rhonda. Cy pres on clas action settlements. **Southern California Law Review**. n. 88, p 97-164, 2014.

WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

WATANABE, Kazuo; BENJAMIN, A H V; FINK, D R; *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. [S.l: s.n.], 1991. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/000825030>.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

YOSPE, Sam. Cy Pres Distributions in Class Action Settlements, 2009 **Columbia Business Law Review**. v. 2009, p. 1014-1064. 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Porto Alegre, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf)

ZANETTE, Eduardo Netto; CAMILO, Silvio Parodi Oliveira. **A recuperação ambiental a partir da ação civil pública no contexto da exploração do carvão mineral no sul de Santa Catarina**. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/view/4682/4280>.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. Porto Alegre. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 28. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br