

MARISTELA DENISE MARQUES DE SOUZA



LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós –
Graduação - Mestrado em Direito Econômico
Social - do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Pontifícia Universidade Católica
do Paraná, como trabalho final à obtenção
do título de Mestre em Direito Econômico e
Social.

Orientador: Professor Doutor Luiz
Rodrigues Wambier.

CURITIBA

2003

FOLHA DE APROVAÇÃO

LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

por

MARISTELA DENISE MARQUES DE SOUZA

Dissertação aprovada como trabalho final para a obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:

Prof. Dr. LUIZ RODRIGUES WAMBIER

.....

Prof.

.....

Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus filhos Thais, Vinicius e Mauricio, que participaram comigo tanto dos sucessos quanto das dificuldades que enfrentei nessa jornada.

EPÍGRAFE

“Onde quer que o sol brilhe, onde quer que o vento sopra, onde quer que haja um ouvido que escute e uma mente que conceba; que ali se dê a conhecer os preceitos da vida, que as máximas da verdade sejam ali honradas e obedecidas”.

(Faraó Amenhotep IV – 1350 A.C.)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, refúgio de minha vida; a minha mãe e à memória de meu pai, professores da arte de ensinar a viver; ao meu marido Antonio, meu guia de luz; e a meu Orientador Luiz Rodrigues Wambier, mestre dos mais competentes.

SUMÁRIO

Introdução.....	12
1. Direitos e Interesses Metaindividuais	
1.1- Breve evolução histórica.....	15
1.2- Natureza – Interesse público e interesse privado.....	20
1.3- Categorias de interesses e direitos metaindividuais.....	23
1.3.1- Aspectos gerais.....	25
1.3.2- Interesses e direitos difusos.....	26
1.3.3- Interesses e os direitos coletivos.....	28
1.3.4- Interesses e os direitos individuais homogêneos.....	30
1.4- Situações conflituosas que revelam os interesses metaindividuais - Aspecto político social	33
2. A Tutela Jurisdicional dos Interesses Metaindividuais	
2.1- A tutela Coletiva no Direito brasileiro – Introdução.....	36
2.1.1- Ação Civil Pública.....	37
2.1.2- Ação Popular.....	39
2.1.3- Mandado de Segurança Coletivo.....	41
2.1.4- Mandado de Injunção.....	43
2.2 - Código de Defesa do Consumidor e a tutela coletiva.....	45
3. Questões Processuais na Tutela dos Direitos e Interesses Metaindividuais	
3.1- Condições da Ação.....	50
3.2- Interesse Processual e Legitimidade para agir.....	53
3.3- Legitimação ordinária e extraordinária – Legitimação Autônoma.....	58
3.4- Legitimação disjuntiva e concorrente.....	63
3.5- As diferentes formas de legitimação no direito processual coletivo.....	65

3.5.1-	Legitimação ativa do Ministério Público.....	66
3.5.2-	Legitimação ativa dos Sindicatos.....	69
3.5.3-	Legitimação ativa das Associações legalmente reconhecidas.....	71
3.5.4-	Legitimação ativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.....	74
3.6-	Legitimação “ad causam” nos interesses e direitos individuais homogêneos.....	75
4.	A Coisa Julgada no Processo Coletivo	
4.1-	Regime jurídico.....	79
4.1.1-	Coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	82
4.1.2-	Limites subjetivos da coisa julgada coletiva.....	86
4.2-	Coisa julgada nas ações em defesa de direitos difusos, de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos – Limites subjetivos.....	89
4.3-	Eficácia da sentença coletiva na Lei de Ação Civil Pública e Código Brasileiro de Defesa do Consumidor à luz da Lei 9.494/97 e Medida Provisória nº 1.798-1/99.....	92
5.	Liquidação da Sentença Coletiva	
5.1-	O processo de liquidação de sentença coletiva.....	96
5.2-	Legitimidade ativa para a liquidação.....	100
5.3-	Prazo para habilitação dos legitimados para a liquidação - Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública.....	104
5.4-	Competência para a liquidação coletiva.....	107
5.5-	Espécies e critérios de liquidação	
5.5.1-	Fixação do <i>quantum debeatur</i>	110

5.5.1.1-	Liquidação por artigos - Direitos individuais homogêneos.....	112
5.5.1.2-	Liquidação por arbitramento – Direitos coletivos <i>stricto sensu</i> e difusos.....	116
5.5.2-	Reparação fluída (<i>fluid recovery</i>) – Ressarcibilidade indireta.....	120
5.5.3-	Liquidação valor zero.....	125
5.6-	Liquidação individual e a liquidação coletiva – Concomitância de liquidações – litispendência.....	130
5.7-	Novas perspectivas da liquidação da sentença coletiva – efetividade do processo de execução da tutela coletiva.....	133
6.	Conclusões.....	139
7.	Referências Bibliográficas.....	151

RESUMO

A linha de estudo desenvolvida neste tema de Direito Processual Civil, objetiva a abordagem científica de notável relevância e aplicabilidade no contexto político-social, em razão de sua natureza processual coletiva, decisiva para a tutela coletiva dos direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição Federal.

Enfrentar questões suscitadas pelo tema da Liquidação da Sentença Coletiva, reclama um pensamento jurídico sólido e estudo aprofundado na doutrina processual pátria e comparada, e interpretação ajustada do entendimento jurisprudencial, sem nos afastarmos dos conceitos essenciais do direito processual civil e dos direitos e garantias coletivas, fundamentais ao Estado Democrático de Direito, tutelados através de instrumentos processuais em defesa da cidadania.

As alterações sociais ocorridas no final do século XIX e no decorrer do século XX, fez com que as relações jurídicas de caráter meramente individual passasse à uma relação massificada e despersonalizada. A concentração de direitos coletivos começa a se instaurar, associados ao antigo ideal de liberdade, razão pela qual evoluímos para a tutela coletiva dos interesses e direitos denominados coletivos.

Para a defesa de tais direitos e interesses o Estado põe à disposição da coletividade instrumentos processuais previstos na Constituição Federal e normas infra-constitucionais, sempre objetivando a efetiva tutela jurisdicional, em especial, elencando os legitimados ativos para propositura e defesa dos direitos coletivamente protegidos.

Em virtude da constante mutação social e da conseqüente alteração nas relações jurídicas, mister que o rol de legitimados ativos para a defesa dos direitos coletivos advindos dessas relações sociais, seja amplamente atribuído aos entes elencados pelo Código de Defesa do Consumidor como legitimados nas categorias dos interesses e direitos meta-individuais,.

A sistematização do processo coletivo está a merecer maior análise, de forma especial o que diz respeito à execução da sentença coletiva e sua efetividade, à perfeita eficácia dos direitos coletivos, sobretudo à necessidade de adequar os conflitos emergentes nascidos das novas relações sociais.

Inserido dentro do estudo da tutela dos direitos metaindividuais e de sua sentença, analisaremos especificamente o tema pertinente à liquidação desta mesma sentença, a quantificação da obrigação imposta visando precipuamente a efetiva entrega da tutela jurisdicional coletiva.

Cabe, ao pesquisarmos o tema, o exame do referencial bibliográfico a partir de princípios próprios do processo coletivo, diferenciados do processo individual, a partir da sentença genérica e sua abstração, sobretudo os meios concretos a facilitar a prestação jurisdicional, exigindo, desta forma, a renovação dos institutos processuais clássicos, necessários para a efetiva tutela dos interesses e direitos coletivamente tratados, sistematizados à luz das perspectivas constitucionais do processo.

RESUMO

A linha de estudo desenvolvida neste tema de Direito Processual Civil, objetiva a abordagem científica de notável relevância e aplicabilidade no contexto político-social, em razão de sua natureza processual coletiva, decisiva para a tutela coletiva dos direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição Federal.

Enfrentar questões suscitadas pelo tema da Liquidação da Sentença Coletiva, reclama um pensamento jurídico sólido e estudo aprofundado na doutrina processual pátria e comparada, e interpretação ajustada do entendimento jurisprudencial, sem nos afastarmos dos conceitos essenciais do direito processual civil e dos direitos e garantias coletivas, fundamentais ao Estado Democrático de Direito, tutelados através de instrumentos processuais em defesa da cidadania.

As alterações sociais ocorridas no final do século XIX e no decorrer do século XX, fez com que as relações jurídicas de caráter meramente individual passasse à uma relação massificada e despersonalizada. A concentração de direitos coletivos começa a se instaurar, associados ao antigo ideal de liberdade, razão pela qual evoluímos para a tutela coletiva dos interesses e direitos denominados coletivos.

Para a defesa de tais direitos e interesses o Estado põe à disposição da coletividade instrumentos processuais previstos na Constituição Federal e normas infra-constitucionais, sempre objetivando a efetiva tutela jurisdicional, em especial, elencando os legitimados ativos para propositura e defesa dos direitos coletivamente protegidos.

Em virtude da constante mutação social e da conseqüente alteração nas relações jurídicas, mister que o rol de legitimados ativos para a defesa dos direitos coletivos advindos dessas relações sociais, seja amplamente atribuído aos entes elencados pelo Código de Defesa do Consumidor como legitimados nas categorias dos interesses e direitos meta-individuais,.

A sistematização do processo coletivo está a merecer maior análise, de forma especial o que diz respeito à execução da sentença coletiva e sua efetividade, à perfeita eficácia dos direitos coletivos, sobretudo à necessidade de adequar os conflitos emergentes nascidos das novas relações sociais.

Inserido dentro do estudo da tutela dos direitos metaindividuais e de sua sentença, analisaremos especificamente o tema pertinente à liquidação desta mesma sentença, a quantificação da obrigação imposta visando precipuamente a efetiva entrega da tutela jurisdicional coletiva.

Cabe, ao pesquisarmos o tema, o exame do referencial bibliográfico a partir de princípios próprios do processo coletivo, diferenciados do processo individual, a partir da sentença genérica e sua abstração, sobretudo os meios concretos a facilitar a prestação jurisdicional, exigindo, desta forma, a renovação dos institutos processuais clássicos, necessários para a efetiva tutela dos interesses e direitos coletivamente tratados, sistematizados à luz das perspectivas constitucionais do processo.

Introdução

LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

Liquidação da sentença coletiva

Visa o presente trabalho de dissertação buscar dentro da legislação específica relativa aos direitos coletivos *lato sensu* e Código de Processo Civil o estudo específico da liquidação de sentença coletiva, vez que o tema requer a busca de soluções inerentes à efetividade da execução coletiva.

As alterações sociais ocorridas no final do século XIX e no decorrer do século XX, fizeram com que determinadas relações jurídicas de caráter meramente individual passassem a uma relação massificada e despersonalizada. A concentração de direitos coletivos na sociedade contemporânea, associados ao antigo ideal de liberdade, herança do liberalismo do século XIX, evoluiu para a tutela coletiva dos interesses e direitos denominados coletivos.

Eros Roberto GRAU, sustenta que *“o desafio jurídico é encontrar o caminho mais adequado, mais prudente e que atenda às necessidades da sociedade, a partir de critérios ditados pelo sistema”* ⁽¹⁾, desafio esse inserto nas normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais, da tutela coletiva de direitos dispersos na coletividade e identificados na realidade social, como os evidenciados nas relações de consumo, na proteção do meio ambiente, do patrimônio público e social e dos demais interesses difusos, coletivos e individuais

⁽¹⁾ GRAU, Eros Roberto. *In revista de direito do consumidor*, v.5, p.183 e ss.

homogêneos, categorias essas designadas como direitos e interesses metaindividuais.

Para a defesa de tais direitos e interesses, o Estado põe à disposição da coletividade instrumentos processuais previstos na Constituição Federal e normas infra-constitucionais, sempre objetivando sua efetiva tutela jurisdicional, elencando os legitimados ativos para propositura e defesa dos direitos coletivamente protegidos.

A ordem constitucional procura concretizar os direitos fundamentais individuais e coletivos, dentro do modelo do Estado Democrático de Direito, compondo os conflitos sociais, através da garantia constitucional do direito à ação, a partir da qual se pode afirmar a existência de um direito, na possibilidade de efetivá-los concretamente, pelos meios colocados pelo ordenamento jurídico à disposição da coletividade, no tratamento coletivo das demandas.

A evolução no estudo do processo civil levou a uma divisão dos instrumentos oferecidos pelo ordenamento jurídico, tendo de um lado a tutela dos direitos individuais e de outro a tutela dos direitos coletivos. Notadamente se constata que há um ramo do processo cuidando exclusivamente dos direitos metaindividuais, rompendo com os dogmas seculares do direito processual tradicional.

A sistematização do processo coletivo está a merecer maior análise, de forma especial o que diz respeito à execução da sentença coletiva e sua efetividade, à perfeita eficácia dos direitos coletivos, sobretudo à necessidade de adequar os conflitos emergentes nascidos das novas relações sociais.

Inserido dentro do estudo da tutela dos direitos metaindividuais e de sua sentença, analisaremos especificamente o tema pertinente à liquidação desta mesma sentença, a quantificação da obrigação imposta visando precipuamente a efetiva entrega da tutela jurisdicional coletiva.

Cabe, ao pesquisarmos o tema, o exame do referencial bibliográfico a partir de princípios próprios do processo coletivo, diferenciados do processo individual, a partir da sentença genérica e sua abstração, sobretudo os meios concretos a facilitar a prestação jurisdicional, exigindo, desta forma, a renovação dos institutos processuais clássicos, necessários para a efetiva tutela dos interesses e direitos coletivamente tratados, sistematizados à luz das perspectivas constitucionais do processo.

Examinaremos a evolução da tutela jurídica dos direitos metaindividuais dentro do ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina pátria, os institutos do processo coletivo como instrumentos determinantes ao acesso à justiça, adaptando sua estrutura aos interesses da sociedade contemporânea, especialmente no que tange à pretensão reparatória de cunho coletivo, à satisfação plena dos direitos transindividuais insertos na decisão genérica proferida pelo Judiciário.

CAPÍTULO 1

DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

1.1 Breve Evolução Histórica

Passamos, primeiramente, a um retrospecto histórico sobre como desenvolveu-se a denominada tutela dos direitos metaindividuais - coletivos, difusos e individuais homogêneos - dentro da legislação e doutrina.

O final do século XVIII e início do século XIX, foi marcado por alterações sociais relevantes, concentrando direitos coletivos, inseridos dentro da coletividade, mesmo que sob o império da proteção exclusiva de direitos individuais, passando à reivindicações coletivas não apreciadas pelo Estado nascido na era moderna, onde nenhum poder deveria ser exercido pelo cidadão em favor da coletividade. O poder era exercido pelo Estado, que garantia a realização dos direitos individuais exercido pelos indivíduos, proclamado pela Revolução Francesa.

Assim o Estado moderno foi organizado, prestador de serviços para a realização do pleno direito individual, surgindo desta forma o sistema jurídico fundado no sujeito de direitos e na existência de bens jurídicos. Todas as pessoas nascem iguais em direitos, e toda liberdade consiste em poder adquiri-los, cabendo ao Estado não permitir a sua violação. Tudo o que fugisse a esta regra básica tinha que ser excluído do Direito. ⁽²⁾

⁽²⁾ DE SOUZA, Carlos Frederico Marés Fº. *In: Os interesses difusos e o direito*, abril 1995, p.2.

O Estado e o Direito evoluíram, aquele passou a intervir na sociedade, no controle da economia, na distribuição das riquezas e nos benefícios sociais; no Direito novos conceitos e institutos jurídicos surgiram, mesmo que dentro da concepção da aquisição do direito com liberdade. Nasce o Estado Bem Estar, que intervêm nos direitos individuais de forma reordenada, impondo ao particular restrições ao seu direito de uso da propriedade, como exemplo, em prol da função social, surgindo desta forma interesses dispersos na coletividade, permitido pela democracia. Nascem os sindicatos, as associações e entidades não governamentais na defesa de direitos difusos, devido à sua titularidade ser difusa, dispersa, confrontando com os direitos meramente individuais, estes garantidos pelo Estado, aqueles promovidos pelo Estado, nas palavras de Mauro CAPPELETTI :

“Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não pode ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentos destes direitos e das expectativas por elas legitimadas”.⁽³⁾

Os novos direitos, denominados de terceira geração, nascidos após a Segunda Guerra Mundial e sob a perspectiva dos direitos humanos, passaram a ser tutelados pelo ordenamento jurídico de forma destacada, quando o processo passou a sistematizar a solução dos conflitos coletivizados, instrumento da

⁽³⁾ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores*, 1993, p. 41.

atividade jurisdicional estatal e de composição de conflito de interesses, objetivando a restauração da paz social, este denominado pelo jurista Cândido Rangel DINAMARCO, como *escopo social do processo*.

O *escopo social do processo*, pelo autor antes apontado, visa não só a tutela de interesses individuais, mas também os metaindividuais tutelados pelo poder-dever-função-atividade jurisdicional do Estado, pelo alcance da efetividade do processo, tutelando valores significativos da sociedade.⁽⁴⁾

O processo civil, criado e desenvolvido dentro de um rígido formalismo, capaz de resolver conflitos individuais tradicionais, com princípios coerentes, correspondendo a cada direito individual uma ação individual, adaptou-se, abriu exceções no sistema jurídico com o avanço dos direitos metaindividuais, até a criação de ações próprias, com mecanismos processuais e procedimentais adequados a tutelar tais direitos.

Dentro do sistema jurídico processual brasileiro, podemos fazer um apanhado geral do surgimento das legislações, mudanças que se acentuaram na medida que os direitos de terceira geração foram avançando, que se iniciou com a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio da Lei 7.347/ 85 – Lei de Ação Civil Pública, novos valores socioculturais passaram a ser tutelados perante a Justiça, outorgando legitimação processual a entes habilitados a patrociná-la em juízo.

⁽⁴⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: 1994, p.160.

Poder – dever- função- atividade jurisdicional pelo Estado, este detentor do poder que envolve suas três funções: elaborar as leis, executá-las e julgar os conflitos advindos do descumprimento dessas normas, esta denominada de função jurisdicional, imbuído a tutelar também os conflitos de massa, direcionado à promoção da paz social.

A Lei Ação Civil Pública constituiu o marco para os avanços que se sucederam, possibilitando se postular em juízo as demandas coletivas, influenciando decisivamente a Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, iniciou uma nova ordem jurídica, com modificações que proporcionaram o efetivo acesso à justiça, desde a assistência jurídica gratuita até a ampliação da *legitimatío ad causam*, cujo rol vale mencionar de forma sucinta: art. 5º, XXI -associações passam a representar seus associados judicialmente e extrajudicialmente, desde que expressamente autorizadas; art. 5º, XXXII - possibilidade de o Estado promover a defesa dos consumidores em juízo; art. 5º, LXX, *alínea a* – impetração de mandado de segurança coletivo pelos partidos políticos, com representação no Congresso Nacional; art. 5º, LXX, *alínea b* – impetração de mandado de segurança coletivo pelas organizações sindicais, entidades de classe ou associações para a defesa de interesses de seus membros , desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano; art. 8º III- defesa, pelos sindicatos, dos interesses coletivos ou individuais da categoria, administrativa e judicialmente; -art. 5º, LXXIII - aumento das hipóteses de cabimento da Ação Popular; legitimidade para o Ministério Público promover a Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e todos os demais interesses difusos e coletivos; a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas – artigos 127 a 130 da CF.

Novos e importantes diplomas legais, após a promulgação da Carta Suprema, surgiram com o objetivo de tutelar jurisdicionalmente os interesses e direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, em especial o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – sistematizou os conceitos

dos interesses e direitos metaindividuais (art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, ampliou a legitimação para agir para o aforamento das ações coletivas (art. 82 e incisos) e uma das preocupações mais marcantes do legislador, foi a efetividade da tutela jurídica processual (art. 83), sem dúvida um avanço processual, mas não exercível por falta de regulamentação e do formalismo exacerbado do Direito Processual pátrio. Na mesma razão deve o juiz ao julgar, ter grande sensibilidade social, pois não mais estará a julgar interesses intersubjetivos, mas estará a julgar e compor os direitos sociais – coletivos e difusos – sua atuação há que ser o tanto menos formalista e muito mais democrática.

Dada a abertura constitucional para que a tutela judicial se estendesse a “*outros interesses difusos e coletivos*” (art. 129, III, *in fine*), gradativamente, identificará e normatizará outros tantos valores sociais relevantes, à medida que irão emergindo da sociedade, como atualmente vigora certos interesses metaindividuais protegidos em textos legais em vigor, sucessivamente promulgados à Constituição Federal: Lei 7.853/89 (deficientes físicos); Lei 7.913/89 (investidores do mercado mobiliário); Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/90, mencionada anteriormente (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/92 (atos de improbidade administrativa); Lei 8.625/93 (defesa do patrimônio público – art. 25, IV e VIII); Lei 8.884/94 (defesa da ordem econômica), cogita-se, presentemente, proposta de lei de interesses difusos no âmbito trabalhista, certamente diplomas legais na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

Com efeito, nos próximos capítulos desta pesquisa, analisaremos questões pertinentes ao processo civil, trazendo à luz os mencionados diplomas legais e suas conseqüências práticas no ordenamento jurídico.

1.2 Natureza – Interesse Público e Interesse Privado

Quando se busca a identificação do que venha a ser interesse privado e interesse público, nos deparamos com os interesses inseridos no contexto coletivo, e como apregoa Hugo Nigro MAZZILLI⁽⁵⁾, que a tradicional divisão interesse público/privado não pode limitar-se à definição quanto aos seus titulares, pois a noção de interesse público é mais abrangente, alcançando também os interesses da coletividade como um todo, como os interesses individuais indisponíveis, os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos, que não se identificam com essas duas categorias.

O mesmo autor buscou distinguir didaticamente as diversas formas de interesse, iniciando seu estudo pelo interesse público, identificado com o conceito de bem geral, da coletividade como um todo, não coincidindo, necessariamente, com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, por vezes os interesses difusos se identificam com o interesse público, a exemplo do meio ambiente.

Uma das grandes contribuições de Renato ALESSI⁽⁶⁾ foi identificar a existência de interesse público primário e interesse público secundário, definidora

⁽⁵⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: 1995, p. 4

⁽⁶⁾ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Itália: 1960, pp. 197-198.

da titularidade exclusiva do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público e o interesse da coletividade como um todo.

Como já afirmado, o conceito de interesse público abrange tanto o interesse público primário, como o interesse público secundário, nem sempre coincidindo, pois o *interesse público primário* é o interesse *do bem geral*, o interesse da sociedade ou da coletividade, alcançando também os interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; como *interesse público secundário* qualifica como o interesse que é voltado para a consecução dos fins da pessoa de direito público relativo ao Estado, não havendo, muitas vezes, relação entre os interesses do Estado com o bem geral, com o efetivo interesse da coletividade.

Em contrapartida ao interesse público, temos a definir o interesse privado, no qual não encontramos dificuldade, pela definição de Péricles PRADE⁽⁷⁾, o interesse privado diz respeito ao indivíduo, submetido ao regime jurídico de direito privado, caracterizado, principalmente, por sua disponibilidade e pelo princípio da autonomia da vontade e da igualdade das partes na relação jurídica.

A dicotomia entre a divisão de público e privado remonta à concepção romana sobre direito, onde efetivamente havia o indivíduo e o Estado, não cogitava-se de “corpos intermediários”, assim denominado por Montesquieu, até nosso dias, com o crescimento do processo corporativo, onde o indivíduo foi agregado compulsoriamente ao sistema vigente, através de grupos sociais

⁽⁷⁾ PRADE, Péricles. *Apud: Celso Antonio Bandeira de Mello. In: Elementos de Direito Administrativo. 1988, p. 3 ss.*

organizados, evoluindo para a solução coletiva desses interesses, de forma mais eficaz.

Foi com Mauro CAPPELLETTI⁽⁸⁾, que a tradicional dicotomia entre os dois direitos sofreu as suas primeiras críticas, demonstrando a existência de uma categoria de interesses que pairam acima da dicotomia existente entre direito privado e direito público, hoje, como visto anteriormente, catalogados como interesses públicos primários, trazendo certa inquietação aos estudiosos do direito, em especial, como a tutela de tais direitos poderia ser concedida à luz do pensamento processualista vigente no atual Código de Processo Civil, através de sua formação exclusivamente individualista, um estreitamento das oportunidades de ajuizamento da demanda coletiva, no que transcrevemos oportunamente as palavras de Luiz Guilherme MARINONI⁽⁹⁾: *“Se determinados direitos pertencem a uma coletividade, ou à sociedade em geral, poderiam não pertencer individualmente a pessoa alguma. Esta colocação, marcada e influenciada pelo espírito individualista, fruto do liberalismo do século XIX, poderia fazer que muitos direitos deixassem de ser realizados”*.

Depreendemos do texto a preocupação dos processualistas de deixar à margem do processo civil a defesa dos direitos metaindividuais, afastados do controle jurisdicional do Estado, além da aferição da *legitimatio ad causam*, estudo que merece capítulo especial para abordagem.

Para a defesa dos interesses e dos direitos que estivessem acima dos direitos privados e dos direitos públicos, rompendo com as barreiras de acesso à

⁽⁸⁾ CAPPELLETTI, Mauro. *La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*. Milão: 1976.

⁽⁹⁾ MARINONI, Luis Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: 1993, pp. 39 –40.

justiça, a doutrina pátria passou a estudar e conceituar os interesses metaindividuais, catalogados no rol de interesses individuais homogêneos, no rol dos interesses coletivos e no rol dos interesses difusos, tarefa que passamos a analisar a seguir.

1.3 Categorias de Interesses e Direitos Metaindividuais

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, elenca em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, os direitos e interesses metaindividuais, dentro da tendência de ampliar a tutela jurídica. Refere-se o Código não apenas em direitos, mas também em interesses, evidenciando que ambos são passíveis, de forma igualitária, à tutela jurisdicional, não havendo, portanto, relevância prático-jurídica o estudo aprofundado da diferença entre direito e interesse.

Não se pode aprofundar o estudo acerca do aspecto processual da liquidação da sentença coletiva, sem antes fazermos um apanhado do conceito, estrutura e caracterização desses direitos e interesses metaindividuais, que são inconfundíveis entre si, pelas suas características especiais, apresentando implicações, interferências e relações específicas no caso concreto, pois podem derivar de um mesmo fato, e desse mesmo fato acarretar lesão ou ameaça de lesão a diferentes bens, ensejando simultaneamente, a diversidade de pretensões, difusas, coletivas e individuais homogêneas. Para essa visão holística do fenômeno são consideráveis a posição de Nelson NERY JUNIOR.⁽¹⁰⁾

⁽¹⁰⁾ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: 1999, p. 873.

⁽¹¹⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro . *Op. Cit.* P.6.

Contudo, dentro da categoria intermediária do direito, foi possível estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria determinada de pessoas, e os que atingem um grupo indeterminável de indivíduos. Convencionou-se chamar estes **interesses de coletivos** (quando indivisíveis, fundados na mesma relação jurídica) ou **individuais homogêneos** (quando divisíveis, fundados na origem de fato comum).

Outros interesses existem, quando são comuns a toda uma categoria de pessoas, titulares indetermináveis, dispersos na coletividade, denominados de **difusos**, com interesses indivisíveis, porque não se pode quantificar ou determinar o prejuízo de cada lesado.

Desta forma, para o Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos originam-se de um fato comum. Por serem indivisíveis, os interesses difusos distinguem-se dos interesses individuais homogêneos, que são divisíveis, porque se originaram de uma situação de fato comum, não se confundem com os interesses coletivos, que compartilham da mesma relação jurídica básica – artigo 81.⁽¹¹⁾

A partir dessas considerações fundamentais, analisaremos o cabimento e a abrangência da tutela jurisdicional coletiva em face dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, passando rapidamente pelo estudo da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir do Ministério Público e demais legitimados apresentados pelo legislador ordinário e constitucional.

1.3.1 Aspectos gerais

A Constituição brasileira de 1988 reservou no Título II para o tratamento dos **Direitos e Garantias Fundamentais**. No Capítulo I, especificamente cuida dos **Direitos e Deveres Individuais e Coletivos**, ou seja, junto da alusão a direitos aparece a menção a deveres; de outra forma não adjetiva somente **direitos individuais**, acrescenta os **direitos coletivos**, revelando progresso não só ideológico, mas cultural, denominados em conjunto à respectiva tutela de tais direitos, quando violados, direitos insertos nos direitos humanos, internacionalmente consagrados.

A redescoberta dos direitos denominados coletivos pela Carta Constitucional determinou a efetividade de sua tutela, enfatizados pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, e por esse mesmo diploma legal a conceituação dos referidos direitos e interesses metaindividuais, definidos como difusos, coletivos e individuais homogêneos, no seu artigo 81, parágrafo único e incisos (I, II e III).

O legislador os definiu para evitar discussões doutrinárias que pudessem retardar a efetiva tutela dessas categorias jurídicas. Da mesma forma os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, sendo que os interesses foram amparados pelo direito, assumindo o status de direitos, não havendo praticidade para diferenciação ontológica entre eles.⁽¹²⁾

⁽¹²⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. Cit.*, p. 718.

Não podemos nos aprofundar nas questões processuais, concernentes às ações coletivas, sem antes refletirmos acerca da estrutura e caracterização dos direitos e interesses individuais homogêneos, que por sua origem têm tratamento coletivo, ao lado dos interesses e direitos coletivos e difusos, em sentido estrito.

1.3.2 Interesses e Direitos Difusos

Reza o artigo 81, inciso I, do CDC: *“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”*.

Os direitos difusos se caracterizam pela indivisibilidade de seu objeto – elemento objetivo - e pela indeterminabilidade de seus titulares – elemento subjetivo - que estão ligados entre si por circunstâncias de fato – elemento comum.

São interesses ou direitos em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, ligadas apenas por circunstâncias de fato, contingentes e variáveis, com interesses amplos. A exemplo da proteção do meio ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos.

Como na expressão de Hugo Nigro MAZZILLI⁽¹³⁾: *“Difusos são, pois, interesses indivisíveis, de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum”*.

⁽¹³⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. cit.* P. 7.

Barbosa MOREIRA observou que interesses difusos, no que tange ao sujeito, o interesse não pertence a pessoa determinada ou a grupo nitidamente delimitado, isto é de sublinhar, inexistiria necessariamente um vínculo jurídico entre estes componentes do grupo. Sob o aspecto do objeto o interesse refere-se a um bem individual de tal sorte que a satisfação de um elemento do grupo implicaria a satisfação dos demais. ⁽¹⁴⁾

O interesse é sempre uma relação entre uma pessoa e um bem, no caso de interesses difusos essa relação é metaindividual, isto é, se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito e um dado bem da vida “difuso”, como objeto. Pode suceder que esses interesses, num caso concreto, venham a ser veiculados, exteriorizados por um dos sujeitos ou uma entidade (na doutrina italiana denominado de *ente esponenziale*), mas isso não altera a essência dos interesses, que permanecem “difusos” pelo fato de se referirem a toda uma coletividade indistintamente. ⁽¹⁵⁾

Além dos elementos insertos nas definições impostas pela doutrina, cumpre mencionar, de forma conclusiva, que os interesses e direitos difusos apresentam determinadas características básicas, apontadas por Rodolfo de Camargo MANCUSO: “a) **indeterminação dos sujeitos**, disseminados em coletividades ou segmentos sociais mais ou menos vastos; b) **indivisibilidade do objeto**, que, apresentando-se num estado fluido na sociedade, não comporta atribuição diferenciada e exclusiva a indivíduos ou grupos pré-determinados; c) **intensa litigiosidade interna**, derivada da circunstância de que esses interesses não têm

⁽¹⁴⁾) BARBOSA, Moreira. J.C. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*. São Paulo: 1984, p. 183 – 184.

por parâmetro valores consolidados no sistema jurídico, mas, antes, exsurtem de “escolhas políticas”, mutáveis e de largo espectro social, o que enseja a sustentação das posições as mais diversas e antagônicas; d) tendência à **mutação no tempo e no espaço**, por isso que esses interesses derivam de situações de fato, mutáveis, ao sabor das contingências que vêm alterar o status quo vigente à época em que se manifestaram originariamente”.⁽¹⁶⁾

Portanto, os interesses difusos não são identificáveis de forma categórica na legislação, tampouco na doutrina, em decorrência da mutação da sociedade moderna e dos valores advindos dessas transformações sociais, indetermináveis os sujeitos, sem vínculo jurídico definido, mas com pontos em comum pelas circunstâncias de fato.

1.3.3 Interesses e Direitos Coletivos

Dispõe o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, inciso II: “II – interesses e direitos, 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”.

Ao contrário dos direitos difusos, os direitos e interesses coletivos *stricto sensu* caracterizam-se pela indivisibilidade de seu objeto – elemento objetivo – e pela determinabilidade de seus titulares – elemento subjetivo – que estão ligados

⁽¹⁵⁾ GUCCIONE, Vittorio. *La protezione degli interessi diffusi attraverso la funzione di controllo*. In: Atti del Governo, Milão: 1978, p. 136-137.

⁽¹⁶⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. São Paulo: 1998, p. 227.

entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – elemento comum.

Da definição legal depreendemos que a determinabilidade dos sujeitos ligados por uma mesma relação jurídica base, esta não confundida por meras circunstâncias fáticas, como ocorrida nos interesses difusos, não se concebendo o tratamento diferenciado entre membros de uma mesma categoria, em especial no que tange à essência dessa categoria, unidos por uma relação jurídica base ou pelas aspirações do grupo, facilitando dessa forma a individuação dos interessados.

A relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão, portanto não se confunde a relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão. Utilizando desse entendimento e do exemplo de Kazuo WATANABE, os interesses ou direitos dos contribuintes do imposto de renda, pois entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação base, de modo, que a adoção de uma medida ilegal ou abusiva por parte do fisco, permitirá a determinação das pessoas atingidas pela medida, distinta, portanto, a relação base, do interesse a ser tutelado que nasce em função dela.⁽¹⁷⁾

Tal como formulada, a definição legal amplia consideravelmente a abrangência dos direitos e interesses coletivos, que não se limitam às coletividades organizadas (partidos políticos, sindicatos, condomínio, as

⁽¹⁷⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. Cit.* P.722.

⁽¹⁸⁾ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *In: Direitos e interesses individuais homogêneos.* São Paulo: 1998.

sociedades e associações de pessoas em geral), com vínculo jurídico entre seus componentes. Alcançam também grupo, categoria ou classe de pessoas sem organização, servindo de elo a relação jurídica base com a parte contrária (a exemplo de contribuintes de tributos em geral, alunos de escolas particulares, mutuários de agentes do Sistema Financeiro de Habitação, entre outros).⁽¹⁸⁾

No plano processual, de fundamental importância, é a previsão legal de que os direitos indivisíveis pertencentes a um grupo, categoria ou classe de indivíduos, a tutela poderá alcançar, inclusive, pessoas que não façam parte da associação ou classe autora de ação coletiva, ou seja, a coisa julgada beneficiará não somente, por exemplo, os filiados do sindicato autor, mas os demais membros pertencentes à mesma categoria, não filiados a este sindicato.

Contudo, a característica da indivisibilidade do objeto é critério limitativo dos direitos e interesses coletivos, não sendo considerados os direitos individuais divisíveis de seus integrantes, mas de todo o grupo, o que, certamente, ocasiona freqüentes confusões entre direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos.

1.3.4 Interesses e Direitos Individuais Homogêneos

Os direitos e interesses individuais homogêneos são inconfundíveis tanto com os direitos e interesses difusos como quanto com os direitos e interesses coletivos, não podendo ser considerados subespécies desses últimos, pois são um feixe de direitos individuais, considerados homogêneos porque decorrem de uma origem comum, porém tutelados de forma coletiva.

Conceitua esta categoria de direito, o artigo 81, inciso III, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: *“interesses e direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”*. Dessa definição, gerou e ainda gera controvérsias do que venha a ser origem comum e a forma como tais direitos e interesses possam ter a efetiva tutela coletiva.

Os direitos e interesses individuais homogêneos caracterizam-se pela divisibilidade de seu objeto – elemento objetivo –, pela determinabilidade de seus titulares – elemento subjetivo –, decorrendo a homogeneidade da origem comum – elemento comum.

Como bem define Antonio GIDI ⁽¹⁹⁾, essa categoria de direitos consiste em *“um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato e de direito”*.

A confusão é inevitável ao confrontarmos os interesses e direitos metaindividuais, se considerarmos que os direitos e interesses individuais homogêneos surgem exatamente no âmbito de uma coletividade titular de direitos e interesses difusos ou coletivos. São direitos e interesses individuais (divisíveis) dos seus integrantes, oriundos dos danos ou ameaça de danos materiais ou morais por ele experimentados, e que decorrem dos mesmos fundamentos (origem comum), logo, não há um terceiro universo de pessoas distinto, eles são identificáveis entre os integrantes da coletividade titular de direitos difusos e coletivos.

⁽¹⁹⁾ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: 1995, p. 30.

Há que se destacar que, na hipótese de tais interesses necessitarem da tutela jurisdicional, não se estará diante de pluralidade de demandas, como ocorre no litisconsórcio ativo. Os interesses individuais homogêneos são passíveis de ser defendidos, numa única demanda, pelo substituto processual de seus titulares. A demanda sempre será coletiva, ainda que de conteúdo genérico a eventual condenação daquele que tenha infringido tal modalidade de interesse metaindividual (artigo 95, do CDC), assim opta o interessado, ou defende seu direito, ou aguarda a sentença coletiva com todas vantagens dela decorrente.

Convém citar o exemplo elucidativo de tais afirmações, apresentado por Hugo Nigro MAZZILLI: os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Tais compradores são passíveis de serem identificados e estão unidos a partir da situação fática de terem realizado a compra de bens com o mesmo defeito, o que possibilita, inclusive, a identificação do prejuízo de cada um.⁽²⁰⁾

Portanto, os interesses individuais homogêneos são individuais em sua essência (natureza jurídica), os titulares são detentores de direitos individuais, que sofrem uma lesão ou ameaça eminente em decorrência de um dano coletivamente causado (origem comum). Direitos individuais tão homogêneos que por sua origem comum, têm tratamento coletivo para fins de defesa em juízo (origem na *commow law*, por intermédio das *class actions* do sistema norte-americano).

⁽²⁰⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. Cit.* P. 10.

1.4 Situações Conflituosas que Revelam os Interesses Metaindividuais – Aspecto Político – Social

Após conceituação e caracterização dos direitos e interesses metaindividuais, anteriormente indicadas, nos deparamos com inúmeras situações sociais que revelam tais interesses, surgidos de situações de fato, concernentes a uma coletividade, sendo que muitas vezes derivado do fato que tais interesses envolvem escolhas de caráter político, permitindo posicionamentos divergentes.⁽²¹⁾

A tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais passou a ser objeto de estudo dos processualistas a partir da visão *instrumentalista do processo*, tão bem sistematizada por Cândido Rangel DINAMARCO, onde constatou que o processo, instrumento da atividade jurisdicional do Estado tem como objetivo a restauração da paz social, abalada pelo conflito de interesses, aqui um conflito de interesses metaindividuais, de forma coletivizada, denominado pelo autor como *escopo social do processo*. Ladeado a esse, temos as facetas do *escopo político do processo*, onde o Estado Democrático de Direito abraça três valores fundamentais, expressos no texto constitucional, como o *podêr*, capacidade estatal de decidir imperativamente; *a liberdade*, limitação e legitimação do poder, garantidores da dignidade dos subordinados a esse poder; e *a participação* dos cidadãos para que possam influir no destino da sociedade.⁽²²⁾

Portanto, o dever-poder do Estado deve estar apto a atender e tutelar também os direitos e interesses metaindividuais, através da função jurisdicional,

⁽²¹⁾ VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell' interesse diffuso. Milão, 1976.

⁽²²⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. Cit.* P. 168.

Na lição de Cândido Dinamarco, “ a finalidade jurídica de atuação do direito objetivo; a social de pacificar com Justiça; e a política, segundo os esquemas participativos”, novas soluções processuais aos conflitos sociais que abrangem toda uma coletividade. (Ada P. Grinover. O acesso à Justiça no ano 2000, *in* o Processo Civil contemporâneo. Curitiba:1994, pp. 34-35).

realizando a vontade concreta da lei, primando pela manutenção da ordem jurídica vigente.

A tutela dos interesses metaindividuais deve alcançar os novos conflitos de massa, notadamente na área social, não reivindicando apenas melhorias de condições, mas ao acesso dos direitos sociais básicos, elencados no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, tornando possível a efetividade aos postulados da cidadania e dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O acesso dos interesses metaindividuais à justiça enfrenta não só dificuldades de ordem técnico-jurídica, mas algumas barreiras de ordem política, apresentadas pelo autor Rodolfo de Camargo MANCUSO⁽²³⁾, quando trata dos interesse difusos, aplicáveis a todas as formas de direitos coletivizados: o temor ao enfraquecimento do Estado, não passando pelos órgãos administrativos ou pelo Poder Legislativo, apreciado diretamente pelo Judiciário; o acesso direto ao judiciário, conflitaria com as instituições colegiadas formadas por representantes do povo – Legislativo – com função de normatizar e atender as necessidades e anseios relevantes da população, mitigado também o poder de polícia, que detém a missão de promover a ordem e o bem-estar do povo; também pelo acesso direto ao judiciário, a esse ficaria atribuído funções que dizem respeito ao processo de escolha política dos valores sociais que devem prevalecer dentro da comunidade, restando abalado o princípio da independência e harmonia entre os poderes.

A tais objeções, podemos contrapor através do princípio de que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser privada do controle e apreciação pelo Poder

⁽²³⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. Cit.* P. 228.

Judiciário, vale dizer, que aos “interesses” políticos sobrepõem-se os interesses sociais, onde estão inseridos bens da vida que não podem passar alheios ao controle jurisdicional, sob pena de mitigarmos os interesses coletivos, aqui entendidos os dispersos dentro da coletividade, não há conseqüentemente violação a independência dos poderes estatais.

Extraíndo-se de todo o exposto, a nova perspectiva dos direitos inseridos no contexto social, os denominados direitos metaindividuais ou os de terceira geração, nascidos sob a nova ordem dos direitos humanos, passaram a merecer estudo não só de conceituação e terminologia jurídica, mas uma preocupação maior pelos processualistas em desenvolver mecanismos processuais para a efetiva tutela de tais direitos coletivizados. Acentuado pela instrumentalidade do processo, este como instrumento da atividade jurisdicional estatal e de composição de interesses, com o objetivo precípua de restaurar a paz social.

Com o advento da Lei de Ação Civil Pública, novos valores socioculturais se agregaram ao ordenamento jurídico pátrio, tutelando perante à justiça direitos antes relegados, possibilitando a postulação em juízo as demandas coletivas, no que influenciou sobremaneira a Carta Magna de 1988, inaugurando uma nova ordem jurídica, dando abertura para que a tutela judicial se estendesse a outros interesses e direitos difusos e coletivos, relevados com o advento do Código de Defesa do Consumidor, este vocacionado à reformulação da concepção de tutela jurisdicional, voltada ao que a doutrina menciona de “devido processo social”.

Capítulo 2

Tutela Jurisdicional dos Interesses Metaindividuais

2.1 A Tutela Coletiva no Direito Brasileiro – Introdução

A defesa dos direitos e garantias fundamentais, na ordem jurídica vigente, instituída pela Constituição Federal de 1988, ampliou o rol de direitos sociais, em respeito aos indivíduos coletivizados, e na mesma proporção ampliou os instrumentos para a efetiva defesa dos direitos coletivos, preocupação do constituinte e do legislador das leis que à Carta Magna seguiram, pela instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo.

Os direitos coletivos surgem da convivência da pessoa humana inserida na sociedade em que vive, constituindo relações jurídicas de caráter público ou privado, às quais o Estado, através de seu poder-dever, autolimita e impõe remédios processuais para tutelar os conflitos pertinentes a tais interesses metaindividuais.

Os instrumentos processuais postos à disposição, pela ampliada área de abrangência da proteção jurídica na esfera dos direitos coletivos, concretizou e fortaleceu a tutela jurisdicional, no sentido de que há um elenco expressivo de ações, dando tratamento coletivo às demandas.

Examinaremos a seguir os instrumentos processuais voltados à tutela dos direitos metaindividuais, amplamente estudado pelos doutrinadores brasileiros, que nos orientará para o tema principal desse trabalho.

2.1.1 Ação Civil Pública

A tutela civil coletiva possui vários instrumentos para sua efetivação, tais como, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Popular, Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública. Esta última consiste, contudo, no instrumento por excelência na tutela dos direitos metaindividuais, eis que foi concebida para este fim e conta com grande número de legitimados ativos, em especial o Ministério Público. Instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, proteção aos interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos (proteção ao menor e proteção aos trabalhadores).

Regula as regras da Ação Civil Pública a Lei 7.347/85, que prevê em seu artigo 1º, inciso IV, a possibilidade de responsabilidade por danos patrimoniais causados entre outros direitos, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, tendo como pólo ativo da relação jurídica o Ministério Público (art.5º), omite a lei quanto aos direitos individuais homogêneos. Todavia, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – artigo 81, incisos I, II e III – que complementa o texto legal da Ação Civil Pública, apresenta os contornos do que venha a ser interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em relação aos interesses dos consumidores.

Para a doutrina mais avançada acerca deste tema, a interpretação do Código de Defesa do Consumidor não deve ser restritiva, mas à luz da sistemática geral da matéria, mesmo que os direitos individuais homogêneos tenham sido abordados tão somente nesse diploma legal, a sua abrangência deve explorar as relações de consumo, alcançando relações jurídicas diversas da exposta pelo Código.

Vale dizer, que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, complementam-se reciprocamente, em matéria de defesa de direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, um é de aplicação subsidiária para o outro, conforme o disposto no artigo 117, do CDC.

Portanto, o objeto da Ação Civil Pública, abrange especificamente, o meio ambiente, os consumidores e o patrimônio cultural (*lato sensu*) e natural, inserida ao objeto dessa ação, por força do art. 110 da Lei 8.078/90, a tutela a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”⁽²⁴⁾. Mencionando, outrossim, que os interesses tutelados pela Lei 7.347/85, também podem ser protegidos pela ação popular (Lei 4.717/65), reconhecido pelo próprio legislador no art. 1º da LACP e pela doutrina.

Quanto a Lei 7.347/85, Rodolfo de Camargo MANCUSO⁽²⁵⁾, frisa que a mesma objetiva a tutela de interesses metaindividuais, inicialmente compreendidos os difusos e os coletivos em sentido estrito, agregados os interesses individuais homogêneos pelo texto legal do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. Afirma, o mesmo autor, que tal ação é tida como “pública”, não porque o Ministério Público pode promovê-la, pois a par deste há outros co-legitimados, e sim porque apresenta um largo espectro de atuação, permitindo o acesso metaindividuais, que de outra forma, permaneceriam num certo “limbo jurídico”.⁽²⁶⁾

2.1.2 Ação Popular

⁽²⁴⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: 1999, p. 22.

⁽²⁵⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. Cit.* P.21.

⁽²⁶⁾ VITA, Ana. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milão: 1976, p.383.

A Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, mantendo o conceito da Carta anterior, bem como a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que foi recepcionada pelas sucessivas ordens constitucionais, aumentou sua abrangência, para que o cidadão possa “*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*” (grifo nosso) – artigo 5º, LXXIII. Portanto, abrangendo também os atos praticados por entidades paraestatais, (sociedades de economia mista, empresas públicas, serviços sociais autônomos e entes de cooperação), além dos órgãos da Administração centralizada.

Segundo Luiz Rodrigues WAMBIER, associado a conceituados constitucionalistas:

“ação popular é o instrumento processual constitucional, destinado a proporcionar ao cidadão – pessoa natural detentora dos direitos inerentes ao exercício da cidadania – a oportunidade de promover a defesa do patrimônio social, incluídos os bens públicos, inclusive de entidades que tenham participação do Estado, da moralidade na administração dos negócios públicos, do meio ambiente e dos bens de valor histórico e cultural, mediante a anulação do ato que lhes tenha sido por algum modo lesivo”.⁽²⁷⁾

Desse conceito, abstraímos alguns elementos essenciais da ação popular. Quanto ao objeto, a presente ação visa o controle da legalidade e da moralidade, ou seja o ato ilegal e lesivo, praticado por agentes do poder público, contra o patrimônio público, bens de interesse social, tais como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Objeto esse, que se coincide com o objeto da ação civil pública, todavia, aquela será intentada por qualquer cidadão, na defesa de interesse difuso e público, enquanto essa legitima o

⁽²⁷⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela jurisdicional das liberdades públicas*. Curitiba: 1991, p. 120.

Ministério Público e demais legitimados a defender os o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Legitimado ativo para propor a ação popular, é o cidadão, que possua prerrogativas inerentes ao exercício da cidadania, seus direitos e deveres políticos, outorgados pela Constituição da República, que a promove em nome da coletividade.

A ação popular tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa ilegal e lesiva ao patrimônio público, visando os interesses da coletividade, quer antes da consumação do ato lesivo, quer na sua reparação quando os efeitos do ato lesivo já ocorreram.

Trata-se, enfim, de instrumento de defesa de interesses da coletividade, utilizável por qualquer cidadão, que não age em seu próprio nome, mas em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa constitucional, em face de atos da administração pública, administração centralizada ou descentralizada, que venha a causar prejuízo a bens coletivamente garantidos, pertencentes a toda comunidade.

2.1.3 Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança coletivo tem seu amparo legal no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988, norma essa de eficácia plena e auto aplicável, amplamente utilizado sem que haja regulamentação legislativa

específica, sob regime jurídico vinculado, pois não se distancia das bases constitucionais do mandado de segurança individual (Lei 1.533/51).

Instrumento processual constitucional, ação de rito sumário especial, tendo por escopo repelir ofensas a direito líquido e certo, tal qual o mandado de segurança singular, apenas tem ampliado o rol de legitimados ativos para sua impetração.

A legitimação para o mandado de segurança coletivo vem estabelecida no texto constitucional, no mencionado artigo ⁽²⁸⁾, alínea “a” do dispositivo refere-se a partido político com representação no Congresso Nacional, legitimação ampla e só pode sofrer restrições pelo próprio texto constitucional, ou seja, a falta de representação no Congresso Nacional.

A legitimidade de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano (alínea “b”), restrições exurgem da Constituição, que são a ausência de pré-constituição da associação há pelo menos um ano, e a falta de observância das condições legais para a sua constituição (assembleia e estatuto social), independentemente de autorização expressa de cada um dos titulares individuais, por ser matéria de defesa.

Dificuldade encontramos em delimitar o que venha a ser interesse coletivo, como objeto de defesa pela via mandamental, de forma mais acentuada em relação aos partidos políticos, que estão legitimados para agir em defesa de todo e qualquer direito de natureza eleitoral ou não. De natureza eleitoral, quando defende seus próprios interesses institucionais aos quais se constituiu (legitimação ordinária), e sem natureza eleitoral, estará atuando na defesa de interesses

coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas de seus filiados, posição de Ada Pellegrini GRINOVER.

Se, contudo, o partido político estiver a defender interesses como pessoa jurídica de direito público, a via processual é através do mandado de segurança individual. ⁽²⁹⁾

Os interesses defendidos pelas entidades mencionadas na alínea “b”, do artigo constitucional, à primeira vista é restritivo, no sentido de que esses interesses visados são apenas coletivos. Por outra interpretação, não tão convincente, inclui no objeto da tutela interesses difusos e coletivos, excluídos os direitos subjetivos homogêneos, destarte, podemos aderir a moderna tendência do direito e do processo, no sentido de que a tutela se volta para todas as categorias de interesses e direitos, mesmo porque à via de mandado de segurança coletivo não encontramos restrições, posição da autora anteriormente citada.

Por certo, os interesses individual e social devem se completar, pela aplicação extensiva do processo constitucional e as modernas exigências da efetiva tutela jurisdicional dos direitos e interesses da sociedade.

2.1.4 Mandado de Injunção

O mandado de injunção, juntamente com outros instrumentos processuais constitucional, vem previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Maior, oportuno ao exercício do direito de ação, que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade da omissão de norma regulamentadora quanto a preceito

⁽²⁸⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, nº 58, p. 76.

constitucional, no que inviabiliza o exercício regular de qualquer das liberdades constitucionalmente asseguradas, inclusive aquelas relativas à nacionalidade, soberania popular e cidadania. ⁽³⁰⁾

O impetrante do mandado de injunção visa não somente a declaração de inconstitucionalidade do ato omissivo do Poder, órgão, entidade ou autoridade que deveria regulamentar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, mas, também, como consequência periférica, dar suspensão de eventuais processos ou atos administrativos, que venham a pôr em risco os interesses do impetrante, em razão direta da falta de regulamentação do dispositivo constitucional.

Em matéria de legitimação ativa para impetração do mandado de injunção, segundo o texto constitucional, estará legitimada para agir, toda pessoa suscetível do gozo das liberdades constitucionais em geral, e como pólo passivo da relação processual, estará o órgão ou poder incumbido de elaborar norma, cuja omissão esteja impedindo o exercício das liberdades, no que suscita divergências doutrinárias.

Por outro lado, Régis Fernandes de OLIVEIRA⁽³¹⁾ admite a defesa dos direitos coletivos, sendo que os sindicatos e associações estariam legitimados à impetração do pedido de injunção, como também permissível às pessoas jurídicas, somando-se as universalidades de bens, às quais é deferida a capacidade de exercício dos direitos e, por essa razão, podem exercer plenamente o direito de ação previsto pelo mandado de injunção.

⁽²⁹⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. Cit.* P. 99.

⁽³⁰⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. Cit.* P. 105.

⁽³¹⁾ *Apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. Cit.* P.107.

A questão dos efeitos da injunção, torna polêmica a discussão sobre a matéria, acarretando posicionamentos contrários entre os doutrinadores.

Nos efeitos da injunção, contamos com uma primeira linha de pensamento, no sentido de que uma vez procedente o pedido de injunção declarada a omissão, pelo órgão judiciário, esse fixará prazo para que o organismo competente supra a omissão, através de norma regulamentadora. Por outro lado, admite-se, por alguns juristas, a possibilidade de o judiciário, além de declarar a omissão, editar a norma faltante, numa atividade substitutiva à do organismo omissor.

Coerente é a alternativa, segundo a qual o órgão judiciário declare a omissão em relação ao preceito constitucional, assinando prazo para as medidas supridoras da omissão, bem como a suspensão dos feitos administrativos, até que seja regulamentado o dispositivo constitucional, resolvendo, assim, o conflito de interesses formado.

Mas, há uma preocupação pela doutrina, no sentido de que a mera declaração da omissão estaria a desnaturar o instituto do mandado de injunção, confundindo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, contudo, tais institutos não se confundem, pois esse tem como efeito imediato a declaração da omissão e discute tão somente em tese a desconformação da omissão ao preceito constitucional. Ao passo que aquele pretende a declaração da omissão, associado ao provimento jurisdicional que poderá tutelar concretamente a exigência veiculada em juízo, qual seja a suspensão dos efeitos dos atos administrativos, cuja norma constitucional que os prevê prescinde de norma regulamentadora.

O estudo pertinente à matéria desenvolve-se entre os estudiosos do direito, de forma a estabelecer parâmetros na razão direta do uso desse instrumento

constitucional pela sociedade, na defesa dos direitos e liberdades constitucionais que necessitem de efetiva regulamentação, que na sua omissão torna inviável o seu pleno exercício.

2.2 O Código de Defesa do Consumidor e a tutela coletiva

A Lei de Ação Civil Pública permite em seu artigo 1º, inciso II, a proteção do consumidor, considerado de forma metaindividual, sendo que nesta matéria tanto a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicados concomitantemente, pois originariamente a ação civil pública foi formulada visando a defesa do patrimônio público, meio ambiente e consumidores, tendo seu objeto ampliado pelo CDC (art.117), principalmente no que diz respeito a legitimidade ativa para a sua propositura (art.82), no que resultou na interação entre esses dispositivos legais.

O CDC trouxe em seu bojo aspectos que sustentam a tutela dos direitos metaindividuais, quer de forma a identificar, como visto anteriormente, em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como também defesa coletiva quando tratar-se desses direitos.

Depreendemos do texto legal que o legislador contemplou tanto a tutela coletiva como a tutela individual dos direitos e interesses dos consumidores e das vítimas (“*caput*”, art. 81 CDC), esta com aplicação direta das regras contidas no Código de Processo Civil, àquelas objeto da tutela coletiva (parágrafo único do

art.81), portanto o CDC, faz referência às duas possibilidades de tutela judicial – individual e coletiva.

Quando o artigo 81 do CDC estabeleceu a tutela coletiva dos direitos e interesses coletivos dos consumidores, não impediu a proteção a título individual daquelas vítimas prejudicadas em seu direito do consumidor, porque *“tudo aquilo que é factível de ser feito isoladamente também se pode fazer coletivamente.”*⁽³²⁾

Visto se tratar de direitos e interesses metaindividuais, procurou o Código do Consumidor assegurar a legitimidade ativa para a defesa de referidos direitos, de modo assegurar o caráter público do objeto a que visa proteger e os seus representantes institucionais, nas palavras de Rodolfo de Camargo MANCUSO⁽³³⁾, *“representantes presumidos idôneos para portá-lo em juízo: foi o legislador buscá-los por mais de um critério, seja por sua vocação, institucional (o MP: art.129, III da CF), seja por seu poder-dever de bem gerir a coisa pública(...)”*.

O Código foi explícito a respeito da tutela dos direitos da coletividade de consumidores, mesmo que determináveis ou não, conforme expressam os artigos 2º, parágrafo único e 29 que trazem disposições-expressas, estabelecendo que se equipara a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenham intervindo nas relações de consumo ou estejam sujeitas às práticas comerciais previstas pelo Código em seu Capítulo V.

Desta forma os interesses e direitos conceituados no capítulo precedente, dentro de sua natureza coletiva, têm trazido evidentes contradições em suas interpretações, levando a questões processuais pouco estudadas pelos

⁽³²⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Defesa do consumidor - Reflexões acerca da eventual concomitância das ações coletivas e individuais*. RT, v. 676, p. 35.

⁽³³⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. Cit.* P.35.

aplicadores do direito, muitas vezes acarretando em julgados divergentes em várias demandas coletivas com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, fatores estes preponderantes para a determinação de qualquer ação, seja coletiva ou individual.⁽³⁴⁾

A visão individualista do processo tradicional não apresenta todo o alcance desejado para a propositura das ações coletivas, carecendo de diploma legal que regulamente as questões processuais acerca desta nova perspectiva processual, complexas em sua definição e resultado. Disto resulta a necessidade de mudanças consideráveis em nosso ordenamento jurídico, desde a determinação dos legitimados para a propositura destas ações, à ampliação dos poderes jurisdicionais concedidos ao juiz, à alteração de institutos processuais básicos, tais como a citação, a coisa julgada, a liquidação e a execução das sentenças coletivas. Embora as disposições legislativas antes apontadas, tenham iniciado um sistema de processo coletivo, especialmente pelo advento do Código Brasileiro do Consumidor consagrando uma série de princípios e normas de caráter processual objetivando a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais.

Citamos a expressão de Mauro CAPPELLETTI⁽³⁵⁾, no sentido de que:

“As inovações estruturais, nestes casos, ultrapassam o momento do ajuizamento da ação e da legitimação para agir, para afetar todo o desenvolvimento do processo, conferindo novo influxo às suas garantias, com o surgimento, por exemplo da idéia do

⁽³⁴⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *ob. cit.* P.36.

⁽³⁵⁾ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma de Processo Civil nas sociedades contemporâneas. in O Processo Civil Contemporâneo.*, coord. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: 1994, p.18.

'devido processo social ou de grupo', no qual o *right to be heard* (o direito de ser ouvido), referir-se-á, não a cada indivíduo membro da classe, mas ao 'legítimo ou adequado representante' de toda a categoria".

Salientamos que é de fundamental importância a forma como tais direitos são apresentados pelo autor da demanda, com que fundamento e os termos em que postula o pedido de tutela jurisdicional, pois,

"(...) qualquer que seja a colocação feita pelo autor, podemos estar diante de uma autêntica demanda coletiva para a tutela de interesses ou direitos 'difusos' ou 'coletivos', de natureza transindividual e indivisível, ou senão a hipótese poderá ser de tutela de interesses individuais, com a incorreta denominação de 'demanda coletiva' (eventualmente poderá tratar-se de tutela coletiva de interesses individuais homogêneos)".⁽³⁶⁾

Sendo assim, nas palavras de Patricia Miranda PIZZOL⁽³⁷⁾:

"a lesão ou ameaça de lesão a um determinado direito ou interesse pode gerar pretensão de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, conforme se verifique, no caso concreto, a presença dos elementos que identificam cada uma das hipóteses legais, ou seja, é a pretensão deduzida em juízo que irá indicar a categoria de direito ou interesse violado e, conseqüentemente, o procedimento a ser adotado em cada caso".

Em se tratando de interesses e direitos metaindividuais, a doutrina enseja inúmeras dúvidas em torno das questões processuais e mesmo materiais sobre esta matéria, como questiona Teresa Arruda Alvim WAMBIER⁽³⁸⁾, se os conceitos trazidos pelo Código do Consumidor, são de fato conceitos de direito material ou de direito processual, adotando de forma conclusiva de que se trata de um conceito misto:

"São direitos indivisíveis – e esta é uma característica do direito em si mesmo – e pertencem a mais de uma pessoa. Por isso só podem ser defendidos coletivamente, ou seja, por meio de ações que se tornam coletivas por causa do modo como se coloca,

⁽³⁶⁾ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: 1999, 4ª ed. P. 727.

⁽³⁷⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: 1998, p.93.

⁽³⁸⁾ *Apud*: PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob. Cit.* P. 29.

com relação a elas, a problemática da legitimidade. Estas duas últimas parecem ser, pelo menos predominantemente, processuais”.

Em que pese todas as argumentações doutrinárias, desenvolvidas de modo a esclarecer as questões processuais inerentes ao processo coletivo, há uma visível lacuna no ordenamento processual civil quanto aos institutos processuais adequados à tutela coletiva, da mesma sorte, que o início destas formulações iniciou com o Código de Defesa do Consumidor, que ilustremente colocou à disposição da sociedade, de forma substancial, a instrumentalidade e efetividade do processo, em se tratando de direitos metaindividuais, tornando explícito o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos por ele protegidos.

Capítulo 3

Questões Processuais

na Tutela de Direitos e Interesses Metaindividuais

3.1 Condições da Ação

O processo civil, como instrumento a serviço do direito subjetivo dos indivíduos em invocar a tutela jurisdicional para obter a solução de situações jurídicas controvertidas, disponibiliza aos titulares do direito material o exercício do

direito de ação⁽³⁹⁾, seja individual ou coletiva “*stricto sensu*”, direito constitucionalmente garantido.

A partir do momento que o direito de ação é exercido pelo autor da demanda, individual ou coletiva, está adstrito às regras processuais estabelecidas. No caso das demandas coletivas, o Código de Defesa do Consumidor inovou regras processuais, ampliando e especificando a tutela aos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, através das categorias dos interesses difusos e dos interesses coletivos (art. 81, I e II), criando uma nova ação, para tratamento coletivo da reparação de danos pessoalmente sofridos (art. 81, III e Capítulo II do Título III).⁽⁴⁰⁾

Destarte, cabe a análise das condições da ação, pois para que o autor da ação possa exigir o provimento jurisdicional, se sujeita à observância das condições da ação, para sua admissibilidade, se ausente qualquer delas, o juiz decretará a extinção do processo sem julgamento de mérito, por carência da ação (art. 267, VI, CPC).⁽⁴¹⁾

São condições da ação, o interesse processual (arts. 3º e 295, III, CPC), legitimidade das partes (arts. 3º e 295, II, CPC) e a possibilidade jurídica do pedido (art. 295, parágrafo único, III, CPC), estando presentes, permitem o exame

⁽³⁹⁾ Na concepção doutrinária de Ovídio A. Baptista da SILVA (*Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1996, vol. I, p.51), o conceito de ação processual “*assenta-se na premissa de existir, como um plus lógico, um direito subjetivo público que lhe precede, por meio do qual o Estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de invocar proteção jurisdicional*”. Sustenta ainda o autor de que a ação processual “*é dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional a que se obrigou e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido*”. Para o autor primeiramente nasce a ação de direito material, quando da exigência do cumprimento voluntário da obrigação, após a pretensão de requerer a tutela jurisdicional através

⁽⁴⁰⁾ Nas palavras de Kazuo WATANABE, *op.cit.*, p.705, “*Entre as inovações processuais mais relevantes do Código, inscreve-se a ação coletiva ressarcitória dos danos pessoalmente sofridos pelo consumidor ou pelas vítimas dos produtos ou serviços. Trata-se da introdução, em ordenamento de Direito romano-germânico, dos tort mass cases ou class actions for damages do sistema common law*”.

⁽⁴¹⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flavio Renato Correia de, TALAMINI Eduardo. *Curso avançado de direito processual civil*. Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 136.

do mérito pelo Poder Judiciário, ensejando a procedência ou improcedência do pedido do autor da demanda judicial, através da sentença de mérito.

O interesse processual se compõem de dois aspectos, a necessidade e a utilidade, a necessidade está presente sempre que a parte tenha a necessidade exercer o direito de ação, para alcançar determinado resultado à sua pretensão, de tal forma que o pedido formulado seja útil sob o aspecto prático.⁽⁴²⁾

Compreendendo a legitimidade das partes para a propositura da ação, como pressuposto de sua admissibilidade, o autor deve estar diretamente ligado ao objeto do direito pretendido em juízo e o réu deve apresentar uma relação de sujeição diante desta pretensão, sendo que, entre eles deve estabelecer-se uma situação jurídica, ainda que não se configure na sentença a relação jurídica afirmada pelo autor.

Quanto a possibilidade jurídica do pedido, a doutrina apresenta duas vertentes a respeito dessa condição da ação, aquela que afirma que se estará diante de pedido juridicamente possível, quando há norma expressa prevendo o direito do autor da demanda. Outra que sustenta que inexistindo ordem expressa proibindo àquilo que se está pedindo em juízo, torna o pedido juridicamente possível.

Algumas situações colocadas sob à apreciação do Poder Judiciário, fundamentadas nas normas de direito público (direito administrativo, direito tributário, direito previdenciário, etc...), onde apresenta como princípio basilar que

⁽⁴²⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. *Curso avançado...* Op. cit. pp. 136-137. O interesse processual, segundo o autor, "nasce da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, sob o ponto de vista processual. É importante esclarecer que a presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas viabiliza a apreciação do mérito, permitindo que o resultado seja útil, tanto nesses sentido quanto

somente será permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, não permite ao autor da ação que pleiteie em juízo direito de que não foi referido expressamente através de lei.

Consoante Teresa Arruda Alvim WAMBIER ⁽⁴³⁾, no que tange à esfera do direito privado, para a pretensão ser considerada juridicamente possível, necessita *“de agasalho do sistema jurídico, ainda que só implícito”*, tornando possível *“todo o pedido não expressamente vedado por lei ou todo pedido lastreado em ‘causa petendi’ não proscrita pelo sistema”*. Portanto, quando a pretensão estiver lastreada em direito público, esse princípio não será aplicado, *“deve atentar-se para o princípio inverso: só é permitido o que o for de forma expressa, sendo vedado aquilo em que a lei não toca”*.

Em se tratando de tutela coletiva, deparamos com o problema da admissibilidade das ações propriamente coletivas, cuja finalidade é um interesse social, público, para tanto passamos a analisar as duas primeiras condições acima mencionadas, em relação a tutela coletiva, pela concepção clássica.

3.2 Interesse Processual e Legitimidade para Agir

O interesse processual atualmente é configurado pelo trinômio necessidade – utilidade – adequação, o que para parte da doutrina, haveria a necessidade – utilidade, *“numa formulação hipotética com o seguinte sentido: se houve lesão, a única forma útil e necessária de repará-la é o lançar mão da atuação do Poder*

no sentido oposto, de improcedência. A utilidade do resultado se afere diante do tipo de providência requerida”.

Judiciário"⁽⁴⁴⁾, outra parte da doutrina substitui a idéia de utilidade pela de adequação⁽⁴⁵⁾, importando que sempre que estivermos diante de uma ação inadequada estaremos, também diante da inutilidade do pedido, não alcançando os fins colimados com a pretensão.⁽⁴⁶⁾

Para a parte exercer o direito de ação, deve estar presente o interesse processual, viabilizando a apreciação do mérito, para que a ação judicial não se torne um fim em si mesma, mas um meio para proteção de um direito subjetivo ameaçado ou violado.

Na tutela dos direitos metaindividuais, o direito protegido abrange uma gama de valores sociais agregados, atinentes à pessoa inserida dentro da coletividade, diferenciada da concepção clássica, onde a outorga da tutela jurisdicional é restrita aos valores individuais, que tem a proteção dos instrumentos processuais, de modo que para cada direito existe uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a efetiva e completa tutela desses direitos, princípio esse aplicável para a defesa dos interesses e direitos coletivos.⁽⁴⁷⁾

O tema vem evoluindo dentro da tutela dos direitos supraindividuais, tuteláveis por sua relevância social, concepção moderna de cunho social, não importando que seja indeterminado o seu titular. O essencial é o fato de que o interesse em questão é digno de proteção jurisdicional, prescindindo portanto de

⁽⁴³⁾ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 43.

⁽⁴⁴⁾ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *ob. cit.* p. 47, ao comentar o interesse de agir segundo o binômio utilidade –necessidade, no qual repousa o entendimento de José Carlos Barbosa MOREIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, Vol. V, p. 335)

⁽⁴⁵⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 141.

⁽⁴⁶⁾ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ob. cit.* p. 47.

⁽⁴⁷⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. cit.* p. 743. Aponta o autor que o princípio inserto no sistema processual pátrio e clássico, de que a todo direito há uma ação correspondente capaz de propiciar a tutela jurisdicional, também se aplica aos direitos coletivos *stricto sensu*, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, pelo seu

inovações legislativas que sistematizem o processo coletivo, um modelo processual com ênfase coletiva, descompromissado modelo do tradicional de cunho liberal-individualista.

Rodolfo de Camargo MANCUSO, expõe precisamente, que o interesse processual e titularidade do direito material, vem, paulatinamente, cedendo espaço a concepções modernas, alterando também o próprio conceito de jurisdição que, deixando de ser órgão substitutivo da querelas individuais, para ser *“instrumento de realização efetiva da ordem jurídica, nesta compreendido tudo o que seja justo, ético, legítimo, e não somente aquilo que é suscetível de apropriação individual”*.⁽⁴⁸⁾

Profere o mesmo autor, que os interesses difusos constituem situações diferenciadas, na medida que se apresentam como relevantes para toda uma coletividade ou ao menos para um segmento ou categoria desta, sendo que nada disso será alcançado, enquanto o interesse processual for concebido em função da afetação do direito subjetivo violado ou ameaçado ao seu titular.

Conclusivamente, a tutela dos interesses metaindividuais, será tanto eficaz à medida que se reconhecer o interesse processual como a partir da necessidade de tutela a interesses legítimos e socialmente relevantes, desde que se trate de ações com finalidade metaindividual.⁽⁴⁹⁾

A legitimidade para agir é uma categoria processual, e segundo alguns autores, a legitimação para agir corresponde ao interesse de agir, contudo tal afirmação pode se revelar controvertida, pois o legislador pode favorecer determinada pessoa para ser titular da ação, dentre vários interessados na tutela

artigo 83, que determina que *“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela”*.

⁽⁴⁸⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. Cit.* p. 144.

jurisdicional, a exemplo do representante que detém a legitimidade e o representado remanesce com o interesse de agir.

Efetivamente, a legitimação *ad causam* caracteriza-se pela correspondência ou não entre a pretensão do direito subjetivo material e a pessoa favorecida pela norma – autor, e réu, correspondência ou não entre o titular da resistência e a pessoa em situação de sujeição.

Nos conflitos intersubjetivos, as partes se apresentam em situações jurídicas individuais, facilitando a atuação do juiz, que analisará a posição de vantagem e desvantagem das partes determinadas pela norma. Em contrapartida, a *legitimatio ad causam* nos conflitos supraindividuais sofre limitações, em especial na defesa dos interesses difusos, que se caracterizam pela indeterminabilidade de seus titulares, indivisibilidade do objeto, que estão ligados entre si por circunstâncias de fato, não há, portanto, vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo.

Restam divergências na doutrina quais seriam as pessoas ou entidades que detêm o poder de legitimar em juízo a tutela dos interesses difusos, jamais poderão exercê-lo como se titulares da pretensão, por certo, a legitimação ideal seria também a difusa, posições doutrinárias a respeito serão abordadas em tópico seguinte.

Por sua vez, os direitos coletivos *stricto sensu*, por apresentarem características mais definidas, quais sejam, a indivisibilidade do objeto, a determinabilidade de seus titulares, que estão ligados entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, pelas aspirações do grupo, facilitando

⁽⁴⁹⁾ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Idem*. p. 144.

dessa forma a individuação do interessado, são representados em juízo através das entidades regularmente constituídas, desempenhando o que alguns chamam de função “quase pública”, como pelos sindicatos, partidos políticos, condomínios, as sociedades e associações de pessoas em geral.

Controvérsia exsurge, quanto à legitimidade ativa para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, que não definida pacificamente pela doutrina e jurisprudência, o que traz debates entre os juristas.

Esses direitos e interesses metaindividuais apresentam-se como um feixe de direitos individuais, considerados homogêneos porque decorrem de uma origem comum, porém tutelados de forma coletiva. ⁽⁵⁰⁾

Questão controvertida, no entanto, é a legitimidade ativa do Ministério Público e o interesse de agir na tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos, o que passaremos a analisar em tópico específico acerca da matéria.

Contudo, antecipamos algumas considerações. O interesse de agir do Ministério Público justifica-se quanto à tutela de direitos e interesses sociais relevantes envolvidos, tutela invocada em face da violação em massa da ordem jurídica, à tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana em face da lesão de massa, individualmente experimentada e aferível, do direito à habitação, ao transporte coletivo, educação e ensino, saúde, previdência e assistência sociais, direitos esses da maior efetividade da tutela jurisdicional, através do órgão

⁽⁵⁰⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. cit.* p.724. No ensinamento de Arruda ALVIM, a defesa coletiva compreende também os interesses e direitos individuais homogêneos, cujos danos são provocados em razão de origem comum (o mesmo fato ou os mesmos fatos que causaram a lesão) a cada uma das vítimas ou seus sucessores.

ministerial que tem como uma de suas funções institucionais, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF).⁽⁵¹⁾

Apesar disso, têm havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária, com base no artigo 129, III, da CF.⁽⁵²⁾

⁽⁵¹⁾ Consoante a este entendimento em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime em Recurso Extraordinário sob o nº 163231-3, cujo relator é o Ministro Maurício Corrêa, a propósito da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação coletiva em defesa dos direitos individuais de origem homogênea, em tema de mensalidades escolares, definidos no art. 81, inc. III, do parágrafo único da Lei 8.078/90, transcritos nos trechos que se seguem:

“19. Que se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente, dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa como integrante desse grupo. Vejo, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso agiu o Parquet em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (art. 81, incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) cujo artigo 25, inciso IV, letra a, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis homogêneos”.

“28. Ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a “outros interesses difusos e coletivos”, outorgou-se-lhe prerrogativa para agir na defesa do grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com o aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com a s despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais estava o parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quando mais se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos”. (RE 163231-3/SP, in Informativo STF, nº 64, Brasília, 17 a 28 de março de 1997).

Em matéria de proteção aos adquirentes de unidades em conjunto habitacional, aludindo à defesa de direitos disponíveis, de interesse social, assentando a linha de que a legitimação do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos depende da existência de interesse social, não afastada pelo caso concreto (TJSP, AI 261.450-1/1 – Leme, julgado em 23.04.96).

⁽⁵²⁾ Contra a legitimação ativa do Ministério Público à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, por razões constitucionais, Acórdão proferido em Recurso Especial pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sob o nº 35.644-0, juiz relator Ministro Garcia Vieira, em matéria de Ação Civil Pública, tendo como recorrente o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, onde pleiteia a modificação do julgado a quo determinando a legitimidade ativa do *parquet* para a tutela de interesses individuais homogêneos (mensalidades escolares), recurso este que foi negado provimento. Pelo voto do relator Exmo. Ministro Garcia Vieira, *“a consagração da legitimidade ativa “ad causam” do Ministério Público para propor ação civil pública na hipótese de interesses individuais homogêneos me parece extremamente perigosa, pois tal legitimidade*

3.3 Legitimação Ordinária – Extraordinária – Autônoma

Com a revolução ocorrida no processo civil diante dos novos direitos, assim denominado os direitos metaindividuais, a doutrina se esmera em construir um novo modelo de legitimação, distinto do modelo tradicional posto no Código de Processo Civil.

Nas palavras de Arruda ALVIM⁽⁵³⁾, a legitimação para a causa (*legitimatio ad causam*) constitui-se na própria titularidade subjetiva (ativa) do direito de ação, no sentido de ser movida a ação por aquele a quem a lei outorgue tal poder, figurando como réu a quem a mesma lei submeta os efeitos da sentença proferida no processo (legitimação passiva para a causa). Aqui bem entendido, a concepção processual clássica da legitimação para agir.

Como adverte Ada Pellegrini GRINOVER, a *“legitimação para a causa foi tradicionalmente comprimida, pela processualística clássica, nos limites da coincidência entre titularidade do direito material e a titularidade da ação”*⁽⁵⁴⁾.

Sob o ponto de vista dos direitos transindividuais, que derivam de uma nova modalidade de direitos inseridos no contexto social, a tradicional processualística não consegue limitar seus dos titulares e por essa razão definir os legitimados ativos para a ação coletiva.

Em razão da aplicação deficiente do processo clássico à legitimação para agir em matéria de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, a doutrina vem tentando estabelecer uma nova conceituação ou mesmo uma

pode suprimir, inclusive, o direito subjetivo público do indivíduo para propor determinadas ações de seu interesse”.

⁽⁵³⁾ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: 1991, p.18

⁽⁵⁴⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O acesso à justiça no ano 2000*. In: *Processo civil contemporâneo*, p.35.

adaptação às regras vigentes no Código de Processo, através de soluções criativas.

Iniciamos o estudo do que venha a ser *legitimação ordinária* para o processo clássico, e da possibilidade de inserção ao “processo coletivo”. Sobre esse conceito relembramos as palavras de Thereza ALVIM⁽⁵⁵⁾, no sentido de que a legitimação ordinária, é aquela em que o próprio titular da pretensão pode promover a defesa em juízo, pois detém a capacidade de estar em juízo e, ao mesmo tempo, da legitimidade processual diante de um dado fato em que a defesa de seu direito se faça necessária.

Vale lembrar a moderna tendência doutrinária que vê, na legitimação de entidades (sindicatos, associações, entidades de classe e partidos políticos) que agem na defesa de interesses institucionais, uma verdadeira legitimação ordinária, como os doutrinadores Vincenzo VIGORITI, José Carlos BARBOSA MOREIRA, Kazuo WATANABE e Ada Pellegrini GRINOVER. De modo que, caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao meio ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo, a legitimação será ordinária; ou se atua no interesse de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais, neste caso haveria uma verdadeira substituição processual.

⁽⁵⁵⁾ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: 1996, p. 83.

A substituição processual é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia, espécie do gênero legitimação extraordinária.

Voltando à questão inicialmente posta, quanto à legitimidade ordinária, há situações especiais no sistema normativo que nem sempre exige a coincidência entre a titularidade da pretensão e a possibilidade de levá-la a juízo para promover a sua defesa, portanto, embora determinado titular de um certo direito subjetivo, com capacidade de estar em juízo, pode não tê-la especificamente diante de determinada hipótese, em razão da norma excepcionalmente e expressamente ter outorgado esse agir processual a outrem. Destarte, é uma situação excepcionalíssima, pois depende de expressa autorização legal, para que aquele que não é o titular do direito material discutido em juízo tenha legitimidade para estar no processo como parte.

Neste ponto específico, é que a doutrina mais moderna assenta seus conceitos, em matéria de legitimados para as ações coletivas em geral, indagando se efetivamente se está diante da *legitimação extraordinária*, e se seriam aplicáveis seus princípios às demandas coletivas.

Sob este aspecto, quanto à legitimação nas ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, Ada Pellegrini GRINOVER⁽⁵⁶⁾ sustenta ao comentar o artigo 91 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que se trata de legitimação extraordinária por meio de substituição processual, sendo que os legitimados do artigo 82 do mesmo diploma legal, poderão promover a ação

⁽⁵⁶⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 770.

coletiva em nome próprio e no interesse das vítimas e seus sucessores, através da ação coletiva. Posição diferenciada adota, como anteriormente citado, na defesa dos interesses institucionais dos legitimados do artigo 5º, XXI; 8º, III; 129, III e IX da CF⁽⁵⁷⁾, que diz tratar-se de legitimação ordinária, quando haja a defesa dos interesses institucionais, portanto, trataria-se da substituição processual somente quando estiverem atuando no interesse de seus filiados, associados ou membros, fora de seus objetivos institucionais.

Posição divergente adota Luiz Rodrigues WAMBIER:

“Em que pese a indiscutível coerência e autoridade com que se defendem esses pontos de vista, parece que essas não são as melhores soluções que se podem oferecer a esse problema, porque efetivamente não se está, na generalidade dos casos, diante de situação que se possa encartar dentre aquelas em que ocorre a defesa de direito alheio em nome próprio”.⁽⁵⁸⁾

Porém, em análise ao artigo 82 do CDC, que elenca o rol de legitimados para agirem como autores das ações coletivas previstas no Código do Consumidor, em determinados casos estaremos diante da legitimação extraordinária, contrariamente reage Thereza ALVIM, dizendo que nas ações coletivas (genuinamente coletivas) não se trata de hipótese de defesa de direito próprio (legitimação ordinária) e nem mesmo situação em que se possa buscar arrimo no instituto da legitimação extraordinária, em qualquer de suas espécies.

Concordamos com os referidos autores, que entendem que a disciplina processual para os “novos direitos”, também deve ter contornos próprios, com

⁽⁵⁷⁾ Artigo 5º, XXI, CF: - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Artigo 8º, III, CF: - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive as questões judiciais ou administrativas.

Artigo 129, CF: - 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.

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

uma legitimação especial, para a defesa apropriada e para efetividade da relação processual.

Thereza ALVIM⁽⁵⁹⁾ se refere à legitimação coletiva genérica e à *legitimação coletiva institucional*, esta última relativa à legitimidade do Ministério Público. Se posiciona nesse assunto o ilustre jurista Nelson NERY JÚNIOR⁽⁶⁰⁾, apoiado na doutrina alemã, de que os titulares dos direitos difusos são indetermináveis e dos direitos coletivos indeterminados (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II), sua defesa em juízo é realizada por meio de *legitimação autônoma* para a condução do processo, estando, portanto superada a dicotomia clássica entre legitimação ordinária e extraordinária.

Nesse mesmo sentido entendem Antonio GIDI⁽⁶¹⁾ e Luiz Rodrigues WAMBIER⁽⁶²⁾, que para a legitimidade *ad causam* para as demandas coletivas, não se pode buscar a apoio nos institutos do direito processual individual, pragmaticamente inconsistente, e rigorosamente há que se buscar um novo “modelo” de legitimação para as ações coletivas.

Conclusivamente, a legislação que trata da tutela dos direitos coletivos deixa em aberto questões polêmicas para a regularidade processual dessas demandas, em especial quanto à legitimação ativa para a causa, para que alcancem com a efetividade do processo coletivo a mesma tutela jurisdicional aplicada aos direitos subjetivos individuais postos à apreciação pelo Poder Judiciário.

⁽⁵⁸⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. Cit.*, p.210.

⁽⁵⁹⁾ ALVIM, Thereza. *Ob. Cit.*, p. 119.

⁽⁶⁰⁾ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria Andrade NERY. *Código de processo civil comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 389.

⁽⁶¹⁾ GIDI, Antonio. *Ob. Cit.*, p.42.

3.4 Legitimação Disjuntiva e Legitimação Concorrente

Na tutela jurisdicional dos interesses difusos há a existência de um contingente elevado de sujeitos, cujos interesses são difusos, dispersos na coletividade, impossibilitando o enquadramento na legitimidade tradicionalmente posta pelo processo civil, tendendo à marginalidade do processo jurídico. O ideal é de que a legitimação fosse difusa, aberta a todos os interessados.

Existe hodiernamente a revalorização da ação popular como instrumento da tutela dos interesses difusos, recaindo a legitimidade sobre os cidadãos, uma vez que as pessoas jurídicas não podem figurar no pólo ativo da relação processual desse tipo de ação, o autor popular age como substituto processual segundo a doutrina.

Constitucionalistas como José Afonso da SILVA⁽⁶³⁾ mostraram que o autor da ação popular age por legitimação ordinária, visto que ele exerce o direito primário decorrente da soberania popular, de que ele é titular, como qualquer outro cidadão.

José Carlos BARBOSA MOREIRA⁽⁶⁴⁾, em relação à *legitimação difusa* afirma que é *concorrente e disjuntiva*, porque os cidadãos, isolada e concorrentemente, podem ajuizar a ação popular, uma vez ajuizada em grupo haveria a possibilidade de litisconsórcio necessário, pois concernentes à pluralidade de indivíduos. O que no direito norte americano denominam-se de

⁽⁶²⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. Cit.*, p. 212.

⁽⁶³⁾ SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: 1978, p.195.

⁽⁶⁴⁾ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular no direito brasileiro, como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. São Paulo: 1977, p.2.

“legitimação por categoria”, dado pela *class actions*⁽⁶⁵⁾, onde há a adequação da representação, permitindo que uma pessoa apresente-se como “representante ideológico” ou “adequadamente representado” de toda uma categoria social, desde que demonstre que tal representação é adequada.⁽⁶⁶⁾

Propõe Vincenzo VIGORETTI⁽⁶⁷⁾, que através da adequada representação do grupo de interessados em buscar a composição de seus direitos lesados, conciliando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, dentro das técnicas próprias das ações coletivas, consubstanciará a legitimidade dos direitos metaindividuais, atendendo a nova ordem social.

A lei 7.347/85 trouxe, portanto, a melhor solução: reforçando sua posição processual, deu ao Ministério Público legitimidade concorrente e disjuntiva, pois cada um dos co-legitimados pode propor a ação, liticonsorciando-se com os outros ou o fazendo isoladamente, independentemente da atuação do *parquet*, também esse está par a par com as diversas pessoas jurídicas, para a defesa de interesses difusos, por isso se tornou maior e eficaz, norma essa recepcionada pela Constituição.

3.5As Diferentes Formas de Legitimação Ativa no Direito Processual Coletivo

⁽⁶⁵⁾ ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 348. No sistema norte-americano da *commow law*, a representação adequada é analisada caso a caso pelo juiz, onde é possível que uma classe seja passivamente acionada, representada por membro que a integre, desde que preenchidos algumas diretrizes gerais, tais como o interesse comum, que seja definível uma classe de autores, que esta seja tão numerosa que inviabilize o litisconsórcio e que existam questões comuns, de direito e de fato.

⁽⁶⁶⁾ GRINOVER, Ada Peligrini. *Ob.cit.* p.2

⁽⁶⁷⁾ VIGORITI, Vincenzo. *Ob. Cit.*, p. 255.

A Constituição Federal ampliou o campo de iniciativa na proteção dos interesses metaindividuais, além da norma de extensão conferida ao próprio Ministério Público (art. 129, III, CF), há outros dispositivos que possibilitam ao cidadão, às associações, aos sindicatos, às comunidades indígenas ou entidades diversas, requerer a proteção judicial de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

No campo da defesa do meio ambiente, na proteção ao patrimônio público, histórico e cultural, no zelo da moralidade administrativa, a Constituição confere ao cidadão iniciativa popular, através da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF).

Na mesma esteira de ampliação, o texto constitucional, possibilitou que as associações e sindicatos possam propor ações coletivas (art. 5º, XXI e LXX, 8º, III da CF); como também os índios, suas comunidades e organizações passaram a ser partes legítimas para ingressar em juízo na defesa de seus interesses (art.232 da CF).

Na esteira da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85, surgiram outras leis que ampliaram consideravelmente o rol de legitimados às ações coletivas, como as Leis 7.853/89 – defesa das pessoas portadoras de deficiência, 7.913/89 – defesa dos investidores no mercado de valores mobiliários, Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, enfatizando que essa não ampliou a legitimação somente para ensejar o acesso às demandas essencialmente coletivas (art. 81, parágrafo único, incisos I e II), como também para permitir a tutela coletiva dos interesses e direitos individuais ligados entre si pelo vínculo da homogeneidade.

3.5.1 A Legitimação Ativa do Ministério Público

O artigo 129, III, da Constituição Federal, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público, “promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inciso III, do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Mesmo com o preceito legal contido nessa norma, tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento a legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão operada pela lei ordinária.

Todavia, o inciso IX do artigo 129 da CF, estende as funções do *parquet* a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com a sua finalidade. Opondo-se a essa argumentação, nos termos do artigo 127 da CF, que o Ministério Público está incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sob a alegação de que os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis.

Não é, contudo, o Ministério Público uma pessoa jurídica que se mova por objetivos próprios; é antes uma instituição votada a um fim externo a realizar, imposto na Constituição e nas leis: a defesa da coletividade. Se o legislador entende que há conveniência ou necessidade de que a essa instituição sejam conferidas atribuições para acionar ou intervir em determinados tipos de situações,

é porque já está partindo do pressuposto de que existe interesse social na atuação do Ministério Público nesses casos.⁽⁶⁸⁾

O magistério de Kazuo WATANABE⁽⁶⁹⁾ dá uma dimensão no sentido de que há sempre a necessidade de perquirir a harmonização entre o interesse coletivo ou individual homogêneo considerado a destinação institucional do Ministério Público, para se concluir com a legitimação deste, por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, fazendo uso das ações coletivas com a intenção de promoção ou de incorreta interpretação dos interesses eminentemente privados, sem qualquer relevância social.

Ressalta-se que somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis. O que algumas vezes reconhecida pela jurisprudência, a exemplo do direito à educação, que é um direito fundamental, legitimando assim o Ministério Público para a sua defesa coletiva.⁽⁷⁰⁾

Didaticamente, José Marcelo Menezes VIGLIAR, resumiu o quadro da legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses supraindividuais:

está sempre legitimado para defesa de quaisquer interesses difusos, inclusive o patrimônio público e a moralidade administrativa; para a caracterização de sua legitimidade na defesa, em juízo, dos interesses coletivos e individuais homogêneos, há

⁽⁶⁸⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. Cit.*, p. 287.

⁽⁶⁹⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. Cit.*, p. 515.

⁽⁷⁰⁾ RE 163231-3/SP, *in* Informativo STF, nº 64, Brasília, 17 a 28 de março de 1997. Trata a questão de pretensão material e de tutela jurisdicional de direito e interesse coletivo (em sentido estrito), formuladas em defesa e em benefício do grupo, constituído pelos pais de alunos e pelos próprios alunos atingidos. O reajuste sem observância das normas pertinentes lesa em bloco o grupo, assim como cessação do reajuste ilegal o beneficia como um todo. A ação ajuizada objetiva um provimento jurisdicional comum a todos, tutelando de forma uniforme o interesse ou direito indivisível de todos os pais e alunos. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art., 205), está o Ministério Público investido de capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere no conteúdo social, recomendando-se o trato coletivo à sua tutela.

que se analisar a harmonia entre esses interesses considerados no caso concreto e a destinação que vem expressa no artigo 127 da Constituição Federal; estará sempre legitimado para a defesa dos interesses individuais indisponíveis, embora não o faça mediante ação coletiva, ainda que a Lei 8.069/90 veicule previsão nesse sentido.⁽⁷¹⁾

Acrescentaríamos a essa conclusão, que a legitimidade ativa e o interesse de agir do Ministério Público nas ações coletivas, devem ser aferidos em face das múltiplas funções institucionais, em especial a defesa da ordem jurídica vigente, dentro do Estado Democrático de Direito.

3.5.2 Legitimação Ativa dos Sindicatos

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os sindicatos receberam legitimação para a defesa, inclusive, em juízo, dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (artigo 8º, III, CF), podendo, também impetrar mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, b, CF), agindo como substituto processual da categoria, através da legitimação extraordinária que a norma lhe confere. Nesse sentido, Nelson NERY JÚNIOR⁽⁷²⁾, pondera que além da legitimidade ativa para a defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais da categoria, dada pela CF, podem ajuizar ação na defesa de direitos e interesses difusos, porque têm personalidade jurídica de Direito Privado, caracterizando-se como associação civil. Nessa qualidade, os sindicatos são co-legitimados para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses protegidos pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de

⁽⁷¹⁾ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: 1998, p.75.

⁽⁷²⁾ NERY JÚNIOR, Nelson. "MP: interesses coletivos e a nova ordem constitucional". In: o Estado de São Paulo, de 23.04.89, p.50.

Defesa do Consumidor, guardados os demais requisitos legais para o reconhecimento dessa legitimidade.

Pondera o mesmo autor, que a legitimação dos sindicatos para a defesa, em juízo, dos interesses e direitos difusos e coletivos, identificada como sendo hipótese de substituição processual, é dada apenas quando essas entidades preenchem os requisitos da lei para tanto. Diferentemente do sistema norte-americano, onde a representatividade é adequada e verificada pelo juiz, no sistema brasileiro os parâmetros da legitimidade para agir em defesa dos direitos metaindividuais cabe à lei.

A exigência da lei, portanto, é de que o sindicato esteja constituído há pelo menos um ano, nos termos da Lei 7.347/85, artigo 5º, I, e que inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, mesmo artigo, inciso II, uma vez enquadrados dentro desses parâmetros, estarão os sindicatos legitimados para estarem em juízo.

Considerando as regras referentes à ação coletiva, tanto a Lei 7.347/85 como a Lei 8.069/90, diplomas legais aplicáveis à defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos, podemos concluir sumariamente que o sindicato em matéria de interesses difusos e coletivos, está legitimado extraordinariamente (substituição processual), pela Constituição, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código do Consumidor à defesa coletiva da categoria (sindicalizados ou não), como também legitimado extraordinariamente à defesa judicial de interesse individuais homogêneos dos integrantes da categoria (sindicalizados ou não). Eventual

procedência a todos beneficiará, mas a improcedência só prejudicará aqueles que tiverem intervindo como litisconsortes.⁽⁷³⁾

Desde que presente o legítimo interesse, aferível caso a caso, não há que se afastar a possibilidade de o sindicato defender interesses metaindividuais por meio da ação civil pública, da ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor, do mandado de segurança coletivo, sendo que sua iniciativa pode ocorrer nas diversas matérias inerentes à categoria ao qual representa, instituída no estatuto social.

3.5.3 Legitimação Ativa das Associações legalmente reconhecidas

As associações regularmente constituídas e legalmente reconhecidas, passaram a ter legitimidade *ad causam* pela só autorização estatutária decorrente da enunciação de seus fins institucionais – artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor – dispensada a autorização pela assembléia.

O texto constitucional, nos incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, do artigo 5º⁽⁷⁴⁾ estimula a criação de associações para a formação de uma sociedade mais solidária e mais justa, como instrumento da democracia participativa, apoiando e

⁽⁷³⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. Cit.*, pp – 236-237.

⁽⁷⁴⁾ CF/88 - Artigo 5º Todos são iguais (...):

(...)
XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou Ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
XX - ninguém será compelido a associar-se ou a permanecer associado;
XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicialmente ou extrajudicialmente;
(...)

estimulando o cooperativismo e outra forma de associativismo (art. 174, § 2º CF), desde que os requisitos preestabelecidos na lei sejam devidamente preenchidos.

A própria lei reconhece à associação o poder de representar certa massa de interesses, e outras vezes o legislador prefere indicar os requisitos a preencher para se beneficiar daquele poder.

Quando a tutela dos interesses superindividuais é feita através de grupos legalmente constituídos, a legitimação também é ordinária, na medida em que sustentam, em nome próprio, certas massas de interesses (ex. a dos consumidores), para o que a lei os considerou idôneos.⁽⁷⁵⁾

A legitimação para agir das associações, constituídas há um ano, para os fins de defesa dos interesses e direitos metaindividuais está ínsita na própria razão de ser dessas associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, que estão permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo em nome de seus associados, desde que seja esse o seu fim institucional.

Na corrente legalista, impõe-se no sentido de que para haver o efetivo provimento de ações objetivando a tutela de interesses metaindividuais, devem os grupos estar previamente constituídos em pessoas jurídicas e reconhecidas pelo Estado, sob pena de não alcançar a tutela pretendida em benefício do grupo. Segundo o artigo 82, inciso IV do CDC, são legitimadas para as demandas coletivas de que trata o código, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, sendo que desde que constituídas para a defesa dos interesses e

⁽⁷⁵⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. Cit.*, p. 174.

direitos do consumidor e devidamente registrado em seus atos constitutivos, dispensa a autorização da assembléia geral.

Porém o requisito de pré – constituição da associação há pelo menos um ano, pode ser dispensado pelo juiz, *“quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou relevância do bem jurídico a ser protegido”* (art. 82, § 1º), o interesse transcende o individual para alcançar o social, aferido pelo juiz somente na análise do caso concreto.⁽⁷⁶⁾

Outra questão surge, no sentido de que em se tratando de grupos portadores de interesses difusos, não é relevante a questão da personalidade jurídica, recaindo a legitimidade para a importância social do interesse e na representatividade do grupo, legitimando-os para agir, e nesse caso a legitimação seria ordinária, visto que a ação do grupo e os interesses coletivos nela veiculados não se dissociam, podendo afirmar que o grupo age em nome próprio, por direito próprio. Nesse sentido lembramos as palavras de Kazuo WATANABE⁽⁷⁷⁾:

“Os interesses e objetivos dos associados são os mesmos da associação e a presença desta em juízo, tal como ocorre nos casos em que o sistema jurídico se vale da técnica da veiculação dos direitos e interesses por meio de entes não - personificados, equivale à presença de todos os seus membros, e até de outros co-titulares dos direitos e interesses indivisíveis”.

⁽⁷⁶⁾ NERY JR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 891. Exemplo citado pelo autor ao comentar o artigo 113, a suposta criação de uma Associação das Vítimas do Acidente do Bateau Mouche IV, ocorrido em 1988, com a finalidade de buscar reparação dos direitos individuais homogêneos, que porventura tivessem direito as vítimas ou seus sucessores, podendo, para esse fim, ser dispensada a exigência de pré-constituição da associação, admitindo-a como parte legítima para a demanda, mesmo que tenha sido constituída a menos de um ano, respeitado requisito da relevância do bem jurídico a ser protegido e as características do dano.

⁽⁷⁷⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. Cit.*, p. 95-96. O autor cita como exemplos de entes não- personificados as entidades da administração pública direta e indireta, mesmo sem personalidade jurídica, possam ter acesso à justiça desde que especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. *Ob.cit.* p. 709.

Pondera Nelson NERY JÚNIOR⁽⁷⁸⁾, que a legitimação das associações de classe, como também dos sindicatos, para a defesa dos interesses e direitos coletivos e difusos em juízo, é identificada como sendo hipótese de substituição processual, apenas quando essas entidades preenchem os requisitos legais de constituição, portanto a aferição dessa qualidade é feita *ope legis*, de tal forma que cabe à lei fixar os parâmetros de representação em juízo, para a defesa dos direitos metaindividuais.

Destarte, desde que a associação inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo, bens protegidos pela Lei de Ação Civil Pública, terão legitimidade para estarem em juízo, de acordo com o dispositivo 111, do CDC.⁽⁷⁹⁾

3.5.4 Legitimação Ativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios

A ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses e direitos transindividuais (União, Estado, Municípios, Distrito Federal entes da Administração Pública, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), se deu pela Constituição Federal e pela adoção das regras do Código do Consumidor em defesa dos interesses e direitos dos consumidores, pois incumbe ao Estado promover a defesa do consumidor,

⁽⁷⁸⁾ NERY JR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado... ob. cit.* p.882. “Diferentemente do que ocorre no sistema norte-americano da class actions, onde a representatividade da entidade de classe para a defesa em juízo daqueles interesses metaindividuais é verificada *ope judicis* (...)”

⁽⁷⁹⁾ O artigo 111 do CDC, deu nova redação ao inciso II, do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, incluindo “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, às demais finalidades institucionais das associações.

sendo a defesa em juízo através das entidades estatais, uma das formas mais importantes do exercício dessa atribuição.

Justifica-se a legitimação das entidades estatais, pelo interesse público a que se destinam, sejam regionais pelo Estado membro, locais pelo município, ou nacionais pela União, e por extensão seus respectivos órgãos da administração direta e indireta, e por certo, a repercussão jurídica do fato ocorrido sob à responsabilidade de cada uma dessas entidades.

O interesse de agir das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas deve ser demonstrado em concreto, ou seja o interesse de agir deve estar relacionado aos fins a que se destinam, exemplificando uma autarquia destinada à defesa da fauna e flora, não teria interesse processual para intervir em uma ação civil pública para impedir propaganda enganosa, portanto, há a necessidade para propor ou contestar ação, ter interesse e legitimidade, previstos na lei que a criou.

A legitimação será concorrente e disjuntiva sempre que todos os entes públicos tenham, pelas características da lide, seja pela natureza do bem jurídico lesado ou ameaçado, seja pela amplitude da ameaça ou lesão, seja ainda pela quantidade e localização dos titulares dos interesses ameaçados ou lesados, a atribuição de promover a defesa dos consumidores no caso concreto, em razão do vínculo que possuam com esses consumidores, portanto deve haver um nexo, para que a *legitimatío ad causam* se propugne a um dos entes estatais.⁽⁸⁰⁾

⁽⁸⁰⁾ WATANABE, Kazuo. *Ob. Cit.*, p. 736 –737.

Questão interessante, aponta Kazuo WATANABE⁽⁸¹⁾ ao comentar o artigo 82, inciso III, do CDC, onde o legislador ampliou a legitimação para agir, atribuindo legitimação *ad causam* a entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, ampliação esta necessária para que órgãos públicos, como o PROCON, especializado na defesa do consumidor, pudesse agir em juízo.

3.6 Legitimação “*ad causam*” nos Interesses e Direitos Individuais Homogêneos

O inciso III, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, conceitua os interesses ou direitos “individuais homogêneos” como “os decorrentes de origem comum”, permitindo a tutela deles a título coletivo, sem descartar a possibilidade de ações individuais.

Essa modalidade de ação coletiva constitui, uma novidade no sistema jurídico brasileiro e representa a incorporação semelhante às *class actions*, do direito norte-americano, das ações civis de responsabilidade por danos sofridos por uma coletividade de indivíduos.⁽⁸²⁾

Objetivam tais ações a reparação, por processos coletivos, dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, numa adaptação dos esquemas da *class actions*, de idêntica destinação, às categorias do Direito Processual romano-

⁽⁸¹⁾ WATANABE, Kazuo. *ob. cit.* p.737.

⁽⁸²⁾ ALVIM, Arruda. *Ob. cit.* p. 350. Comenta o autor quanto a *class actions* do direito norte – americano, onde qualquer um do grupo pode ser, em princípio, o representante dos demais, evidenciando uma grande diferença com o direito brasileiro, pois a norma indica taxativamente os legitimados para representar o interesse em juízo do grupo a que representa.

germânico, com particular atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.⁽⁸³⁾

A legitimação ativa, concorrente e disjuntiva, é atribuída pelo artigo 91 do CDC, aos entes e pessoas indicados no artigo 82 do mesmo diploma legal. Verdadeiramente estamos diante da legitimação extraordinária, a título de substituição processual, não somente pela expressão deste artigo ao se referir “*em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores*”, como também os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como ocorre nas ações de interesses coletivos e difusos, mas em relação a violação de direitos individuais, mas coletivamente tutelados.

Foi portanto, a relevância social da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos, que levou o legislador ordinário a legitimar o Ministério Público e outros entes públicos para agir nessa nova modalidade de demanda, mesmo se tratando de direitos disponíveis, que, como expresso pela Constituição, permite a atribuição de outras funções ao *parquet*, desde que compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, CF), outrossim, a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-se na tutela dos interesses sociais referidos na Constituição no artigo 127.

⁽⁸³⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. Cit.*, p. 768. Observa sobre esta matéria, Arruda Alvim (*ob. cit.* p. 350) que “a origem da *class actions* vem do direito inglês, e era exercida no campo da *equity*, e tinha, justamente, por objetivo evitar a multiplicidade de litígios, versantes essas sobre questões de direito e de fato comuns, o que, por meio destas, reduzir-se-iam a um litígio apenas”.

Ademais, no plano processual, a relevância social dos interesses em jogo a legitimizar a atuação do órgão ministerial decorre das vantagens e conveniência da utilização de uma só ação (coletiva) para a defesa de uma série de direitos e interesses individuais, sem o risco de decisões conflitantes sobre a mesma matéria, atendendo aos propósitos de ampliação do acesso ao judiciário, com sua agilização e desafogamento, para a garantia da maior efetividade da tutela jurisdicional.⁽⁸⁴⁾

Lembrando que caberá à iniciativa de cada beneficiário habilitar-se à liquidação da sentença e provar a existência do dano pessoal, pois a sentença somente reconhece o dano genérico, não impondo aos beneficiários da sentença em matéria de direitos individuais homogêneos, exercer um direito que talvez não queiram exercer.

Diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, qualquer que seja a forma de legitimação ativa, o acesso à justiça deve ser primordialmente preservado, para a busca da efetividade da entrega da tutela jurisdicional, de modo a exigir tratamento processual especializado para os novos direitos, desprovidos de defesa nas normas consagradas pelo sistema do Código de Processo Civil.

⁽⁸⁴⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob.cit.* p.768.

Capítulo 4

A Coisa Julgada no Processo Coletivo

4.1. Regime Jurídico

Antes de iniciarmos o estudo da coisa julgada nas ações coletivas, faremos uma breve incursão à coisa julgada no processo tradicional, de forma genérica sem nos atermos à profundidade que o tema merece.

Para que a solução dos conflitos pelo Poder Judiciário tenha a eficácia pretendida de pacificação social dos conflitos interpessoais, faz-se necessário que suas decisões tenham validade absoluta, sem o que haveria perpetuação das lides.

Para tanto, é necessária a atribuição às sentenças das qualidades de imutabilidade e indiscutibilidade, atribuídas com o trânsito em julgado das decisões não mais sujeitas à recurso.⁽⁸⁵⁾

Para Liebman ⁽⁸⁶⁾, “coisa julgada é apenas a imutabilidade desses efeitos, ou seja, uma qualidade que esses efeitos adquirem com o trânsito em julgado da sentença, por meio da qual se impede que as partes discutam a mesma causa novamente”. Vale dizer que, que a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se agrega à eficácia da parte dispositiva da sentença, não se confundindo, no entender do autor, com sua imutabilidade, pois o comando contido na sentença, mesmo que eficaz, pode ser passível de reforma.

Por outro lado, CHIOVENDA⁽⁸⁷⁾ enfatiza que “a coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda (...) destinada a agir no futuro, com relação a processos futuros”, supondo o autor um pronunciamento definitivo à demanda proposta sob o fundamento de que o Estado ao entregar a tutela jurisdicional, não permite que um mesmo bem tutelado pelo direito, e pelo Estado reconhecido, sofra uma diminuição ou prejuízo por uma nova decisão.

Segundo LIEBMAN, uma determinada sentença produz regularmente seus efeitos antes mesmo do trânsito em julgado, sendo irrelevante o aspecto da

⁽⁸⁵⁾ Afirma Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*. vol.1, 22ª ed., Rio de Janeiro:1997, p. 525, “*res judicata* é a qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela, representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos”. Continua o autor “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (art.472). Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. ‘Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervêm, a sentença existe e vale com respeito a todos’”.

⁽⁸⁶⁾ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: 1945, p.50.

⁽⁸⁷⁾ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. , trad. Guimarães Menegale, 2º vol., São Paulo:1943, pp.374-375. *Apud* Thereza Alvim. *Questões prévias e limites da coisa julgada*. São Paulo: 1977 p.89.

definitividade. De forma oposta alude BARBOSA MOREIRA⁽⁸⁸⁾, afirmando que a coisa julgada não se confunde nem com a eficácia – efeitos -, nem com a qualidade desta eficácia – autoridade de coisa julgada -, tampouco com a própria sentença.

A imutabilidade da sentença é um fenômeno que decorre da conveniência do legislador, da necessidade de segurança extrínseca às relações jurídicas, a certeza do provimento jurisdicional. Inerente a este provimento é a produção de efeitos, *declarando a existência ou inexistência de relações jurídicas ou provocando transformações nas relações intersubjetivas envolvidas no processo.*⁽⁸⁹⁾

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, a imutabilidade dos efeitos da decisão atingem somente as partes entre as quais foi proferida, não atingindo terceira pessoa que não haja participado da relação jurídica processual. Porém há hipóteses em que o terceiro pode vir a ser atingido pela imutabilidade destes mesmos efeitos, ou seja, ocorre quando os efeitos civis da sentença poderão provocar modificações da realidade jurídica do terceiro, não permitindo a este a recomposição do estado “*quo ante*” à coisa julgada.

A qualidade de coisa julgada material impossibilita, também a rediscussão quanto à justiça ou injustiça da decisão proferida transitado em julgado, de tal

⁽⁸⁸⁾ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: RePro nº 34/273, pp.281-282. *Apud* Patricia Miranda PIZZOL. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: 1998, p. 223. Registramos que para o mesmo autor : “*Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’*”.

⁽⁸⁹⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de Sentença*. São Paulo: 2000, 2ª ed., p.267. Para este autor, “*a coisa julgada é a eficácia que se agrega ao decisum da sentença de mérito, de modo que seu conteúdo (do decisum) se torne imutável, ou, pelo menos, razoavelmente estável. Porque existe, ao menos teoricamente, a possibilidade de rescisão da decisão (sentença ou acórdão) que já tenha transitado em julgado*”.

forma a impossibilitar a propositura de outra ação que tenha o mesmo objeto da lide já julgada no processo extinto.⁽⁹⁰⁾

Em nossa legislação somente o dispositivo da sentença transita em julgado, solucionando o mérito da lide, não olvidando a lição de LIEBMAN, onde apenas o comando da sentença adquire autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável. Assim sendo a coisa julgada somente se restringe ao dispositivo da sentença, consubstanciada no *decisium* da sentença ou do acórdão, ou seja a coisa julgada não se estende além do que foi pedido.⁽⁹¹⁾

Diante das ações coletivas ou da ação civil pública, surgem questões relevantes quanto à sentença coletiva proferida e o trânsito em julgado, diferindo substancialmente da coisa julgada no sistema processual tradicional.

4.1.1 – Coisa Julgada *secundum eventum litis*

O regime da coisa julgada coletiva vem expresso nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Estes dispositivos preceituam que nas ações coletivas, conforme a espécie de interesse tutelado e sua relação com os direitos individuais dos sujeitos abrangidos na tutela coletiva, a sentença fará coisa julgada

⁽⁹⁰⁾ NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: 1997, 3ª ed., p.676. Os autores sustentam que a coisa julgada material “é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (...) nem à remessa necessária do CPC 475. (...) Somente a lide (pedido) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável ou indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro.” Os mesmos autores, quanto a coisa julgada formal, sustentam ser “a impugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não está mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, quer porque dela não se recorreu; quer porque se decorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo. Para a coisa julgada formal leva-se em conta, principalmente, a impugnabilidade da sentença, vale dizer, o momento em que se forma a coisa julgada. A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina, Trata-se, na verdade, de preclusão, e não de coisa julgada”.

⁽⁹¹⁾ ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: 1990, 2ª ed., p.462.

erga omnes ou *ultra partes*, o provimento final de procedência ou de improcedência da ação.

Referidos artigos se aplicam os efeitos da coisa julgada extensivamente à ação coletiva e ação civil pública, de modo que os prejudicados poderão valer-se dos efeitos da sentença para a reparação de danos que tenham sofrido, sem que haja a proposição de nova demanda em processo de conhecimento. Porém, sempre que a improcedência da ação ocorrer por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, com idêntico fundamento, apoiando-se em novos elementos de prova. Excepcionalmente, quando o objeto da ação for interesses individuais homogêneos, somente ocorrem os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, previstos em lei, no caso de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e sucessores (art. 103, inc. III do CDC c/c art. 21 da Lei 7.347/85; sendo improcedente só produz efeitos de coisa julgada entre as partes do contraditório (art. 103, § 2º, da Lei 7.347/85).

A esta sistemática relativa à coisa julgada, adotada pelo Código do Consumidor, diferentemente daquela consagrada pelo sistema processual ortodoxo, se estende a terceiros que não fizeram parte no processo, desde que haja benefício a esses terceiros. ⁽⁹²⁾ ⁽⁹³⁾

⁽⁹²⁾ A esse respeito critica VITORIO DENTI, *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In: Participação e processo. São Paulo: 1988, p.21. Considera o autor que a extensão a terceiros da eficácia da coisa julgada apenas naquilo que os beneficia uma solução a ser analisada com muita cautela, especialmente no que diz respeito à tutela dos interesses supraindividuais, principalmente porque evitaria ferir direitos de defesa garantidos pela Constituição Federal.

⁽⁹³⁾ *Ob.cit*, p. 60. ANTONIO GIDI, por outro lado afirma: “ (...) se às ações coletivas não se autorizasse a extensão de imutabilidade do seu julgado a terceiros, multiplicar-se-iam desnecessariamente ações semelhantes, com o mesmo objetivo, diferindo apenas nas partes, mas com idêntica causa de pedir e pedido. Isso emperraria, ainda mais o Judiciário e inviabilizaria mesmo a efetiva prevenção ou reparação do dano, direito básico do consumidor (CDC, art. 6º, VI), sem falar nas decisões contraditórias por todo o País, o que compromete fundamentalmente o já desgastado prestígio do Poder Judiciário”.

Essa é, portanto, a principal característica da coisa julgada nas ações coletivas, pois enquanto na coisa julgada da ação individual, que não alcança e nem prejudica terceiros, a extensão dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu* é também em relação a terceiros, apenas no caso de procedência do pedido.

Nos moldes previstos no Código do Consumidor, especialmente nos incisos II e III, do artigo 103, a formação da *res judicata* se opera *secundum eventum litis*, fenômeno este que vigorou por décadas na experiência jurídica da *class actions* norte-americanas, que sofreu muitas críticas por parte da doutrina quanto a sua adoção na proteção dos direitos individuais, sendo amplamente adotado em nosso ordenamento jurídico a partir dos processos coletivos, como de início à ação popular. Embora muitos autores não aceitem e imputam inconstitucionalidade à sistemática da coisa julgada coletiva.⁽⁹⁴⁾

A coisa julgada concebida *secundum eventum litis*, isto é, de acordo com o resultado da resposta jurisdicional à pretensão deduzida em juízo pelo legitimado ativo, quando a imutabilidade do julgado for estendida a terceiros apenas nos casos de procedência do pedido, é defendida por parcela considerável da doutrina especialmente Ada Pellegrini GRINOVER⁽⁹⁵⁾, que rebateu de forma coerente às

⁽⁹⁴⁾ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*. In Revista do Advogado, nº 33, p.81, 1990. Aduz o autor de forma contrária à coisa julgada *secundum eventum litis*, sob o argumento de que qualquer pessoa que se apresente como vítima poderá submeter a causa novamente à apreciação do Poder Judiciário, com dispêndio de recursos e atividades que já representaram custos no processo anterior.

Com esta mesma opinião, assevera CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Código do Consumidor e processo civil – Aspectos polêmicos*. In Revista dos Tribunais, vol. 671, set/1991, p. 36., vislumbrando este autor a inconstitucionalidade desse tratamento da coisa julgada nas ações coletivas, como sendo afrontoso ao princípio da isonomia processual, não justificando a instituição da coisa julgada *secundum eventum litis* no Código de Defesa do Consumidor. No direito comparado corroboram com esta crítica países como Itália com Mauro Cappelletti e Alemanha.

⁽⁹⁵⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor –comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: 1999, pp.807-808.

críticas formuladas pela doutrina, que se apresentaram contrárias ao fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Segundo a autora acima citada, diante da grandeza da lide coletiva o demandado não é prejudicado pela técnica do julgado *secundum eventum*, uma vez que integrou a relação processual coletiva, e nela utilizou todos os meios de defesa, não sacrificando desta forma o contraditório, enfatizando que o réu da ação coletiva participa do processo sabendo que se ganhar, ganhará em relação ao autor coletivo, se perder, obviamente, perderá em face de todos, cabendo em fase de liquidação de sentença o réu defender-se tanto do *quantum debeatur*, como do nexó etiológico entre o prejuízo globalmente causado e o dano individual, da própria existência deste, portanto o contraditório se dará amplamente.

Quanto aos riscos de coisas julgadas contraditórias, afirma Ada Pellegrini GRINOVER⁽⁹⁶⁾, que a solução do Código evita esses inconvenientes, apontando que mesmo em caso de derrota do autor coletivo, terá a possibilidade de ingressar com nova demanda em caráter individual, não podendo ser repetida a título coletivo. Ademais, o artigo 104 resolve o eventual conflito de coisas julgadas que se formam entre a decisão favorável da demanda coletiva e a desfavorável, no processo individual, excluindo o demandante individual que não requereu a suspensão de seu processo, da coisa julgada coletiva, no prazo estabelecido neste artigo.

Em virtude da possibilidade de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o Código de Defesa do Consumidor protegeu o

⁽⁹⁶⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.* p. 809.

regime da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, a terceiros que não foram parte no processo, com a intenção de beneficiá-los, como acontece no caso da coisa julgada, *ultra partes* ou *erga omnes*, em caso de procedência da demanda, mantida a faculdade de os interessados, ajuizarem ação individual, no caso de sentença improcedente ao autor coletivo, não esquecendo da inexistência de coisa julgada, em caso de improcedência da demanda por insuficiência de provas.

Oposição à coisa julgada *secundum eventum litis*, é apontada por Antonio GIDI ⁽⁹⁷⁾, segundo o qual a coisa julgada sempre se formará, independentemente da procedência ou improcedência do resultado da demanda, afirmando que a coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. Enfim, para o autor “o que é *secundum eventum litis*, não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão ‘*erga omnes*’ ou ‘*ultra partes*’ à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada)”.

Podemos depreender do breve relato dos parágrafos precedentes, que o Código de Defesa do Consumidor, harmonizou o instituto da coisa julgada nas ações coletivas e a extensão a terceiros que não participaram diretamente do processo, respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não obstante a possibilidade de utilização dos demais institutos processuais para a efetividade da tutela jurisdicional.

⁽⁹⁷⁾ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo:1995, p. 73.

A importância do fenômeno da coisa julgada coletiva para beneficiar terceiros, vem a refletir diretamente na liquidação dessa sentença favorável coletiva e sua conseqüente execução com relação aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas, na forma a ser apresentada no decorrer deste trabalho de pesquisa.

Merece item especial as considerações acerca da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva, *erga omnes* e *ultra partes*.

4.1.2 – Limites subjetivos da coisa julgada coletiva

A disciplina do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor prevê, de forma bastante elaborada uma determinada eficácia para cada uma das modalidades de direitos e interesses metaindividuais, modificando profundamente àquela disciplinada pelo artigo 16 da Lei 7.347/85 que previa a imutabilidade dos efeitos da sentença não ficando adstrita às partes da relação processual, a eficácia seria *erga omnes*, salvo se a demanda fosse julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas (tal qual na Ação Popular), sendo a demanda novamente ajuizada, por qualquer dos legitimados com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Com efeito os dois instrumentos legais devem ser analisados reciprocamente, apontando a forma estabelecida pela Lei 8.078/90 como atual, abandonando a única expressão que identificava os limites subjetivos – *erga omnes*.

Expressa o Código de Proteção e Defesa do Consumidor em seu artigo 103, que nas ações coletivas, dependendo do caso, a sentença fará coisa julgada

erga omnes ou *ultra partes*, não prejudicando os direitos e interesses individuais da coletividade, do grupo, da categoria ou classe (art.103, § 2º).

Em caso de procedência, o consumidor não mais poderá propor nova demanda com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, podendo o interessado individual se valer da sentença coletiva, buscando sua efetivação e reparação através da liquidação individual. Se, porém, a decisão for de improcedência da demanda coletiva, não se opera o efeito vinculativo da coisa julgada, não prejudicando os direitos individuais considerados em si mesmos, facultando a estes a propositura de ação individual. Da mesma sorte, não será atingido pela coisa julgada coletiva em caso de falta ou insuficiência de provas, tanto individualmente como coletivamente, hipótese em que qualquer legitimado (individual ou os elencados no art. 82 CDC) poderá propor nova ação com o mesmo fundamento, valendo-se de novas provas (art. 103, inciso I).⁽⁹⁸⁾

A corrente da doutrina dominante leciona que, quando a Lei 8.078/90 define os efeitos da coisa julgada *erga omnes ou ultra partes*, está tratando de estender os efeitos da coisa julgada também a terceiros que não participaram diretamente

⁽⁹⁸⁾ Segundo Antonio GIDI (*Ob. Cit.* pp. 73-74) são três as hipóteses a distinguir sobre a extensão subjetiva da coisa julgada coletiva: "i) Em caso de improcedência após instrução suficiente, a sentença coletiva fará coisa julgada '*ultra partes*' para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 repropõe a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Ações individuais, em defesa de direitos individuais (homogêneos ou não), entretanto continuam podendo ser propostas. ii) Em caso de improcedência após a instrução insuficiente (por falta de prova), a sentença coletiva não fará coisa julgada material. iii) Em caso de procedência do pedido, a sentença coletiva fará coisa julgada '*erga omnes*' ou '*ultra partes*' para tutelar o bem coletivo, atingindo a comunidade ou coletividade titular do direito superindividual, e atingindo, para beneficiar, também a esfera individual de todos os componentes da comunidade ou da coletividade que sejam titulares de correspondente direito individual homogêneo". Para o autor somente ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada coletiva *erga omnes, ultra partes e secundum eventum litis*, quando há a sentença de procedência do pedido coletivo, beneficiando desta forma "a esfera jurídica individual dos consumidores interessados", como também se opera a coisa julgada *ultra partes* em caso de improcedência do pedido coletivo, atingindo a coletividade titular do direito metaindividual ou individual homogêneo em litígio.

da relação jurídica processual, mas que também são titulares dos direitos e interesses indivisíveis postos à decisão judicial.

A expressão *erga omnes*, significa que a autoridade da coisa julgada material atinge toda a coletividade titular do direito lesado e aos titulares de direitos individuais homogêneos em caso de procedência (art. 103, inciso I do CDC) e com esta mesma expressão (art. 103, inciso III), também exprime que a coisa julgada atinge todas as vítimas e seus sucessores, e tão somente estes.⁽⁹⁹⁾

Já o inciso II do artigo 103, emprega a expressão *ultra partes* discriminando que a coisa julgada se estende aos membros da coletividade (grupo, categoria ou classe) titular do direito violado e aos titulares dos direitos individuais homogêneos correspondentes, portanto não o utiliza a todos indiscriminadamente.

Procura-se entender a diferenciação ontológica entre o regime jurídico da coisa julgada *erga omnes* e o da coisa julgada *ultra partes*, que nos parece pouco relevante para a finalidade contida na norma do consumidor, quando expressa o contexto da coisa julgada, dando sentido às expressões latinas.⁽¹⁰⁰⁾

Como o já observou-se no capítulo precedente a fórmula norte-americana da *representação adequada* pelo portador em juízo dos interesses e direitos metaindividuais ou dos direitos subjetivos coletivamente tratados ⁽¹⁰¹⁾, analisada caso a caso pelo juiz, possibilita a exclusão do processo de quem não deseje

⁽⁹⁹⁾ GIDI, Antonio. *Op. cit.* pp. 108 –109.

⁽¹⁰⁰⁾ *Op. cit.* p. 110. Fazemos um adendo às considerações da diferenciação das expressões latinas definidoras da extensão da coisa julgada coletiva, cujo estudo foi mais aprofundado por ANTONIO GIDI, que em seu entender afirma que tais expressões inseridas na norma se não estivessem acompanhadas do complemento, não haveria qualquer diferenciação da coisa julgada *ultra partes e erga omnes*, citando ARRUDA ALVIM, ao afirmar que a coisa julgada *erga omnes* atinge “*todos aqueles que se encontrem em situação subsumível ao resultado favorável*”. Corroboramos na assertiva de ADA PELLEGRINI GRINOVER e ARRUDA ALVIM (*apud op. cit.* p.110), que o sentido de *ultra partes* é menos extenso que o de *erga omnes*. Muito embora a expressão *erga omnes* tenha sido utilizada por LIEBMAN (*op.cit.*p.123) como “*eficácia natural da sentença*”, o que nos leva a considerar que a eficácia da sentença coletiva não se estende a todos infinitamente, mas àqueles todos lesados e seus sucessores, definida ou indefinidamente.

submeter-se à coisa julgada, enquanto que a fórmula brasileira aderiu à legitimação das associações e dos entes previstos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, pelo critério da existência legal e pré-constituição dos mesmos.⁽¹⁰²⁾

A abrangência da coisa julgada coletiva deve ser analisada conforme seja a ação fundada em direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, se sua extensão será *erga omnes ou ultra partes*.

4.2 - Coisa julgada nas ações em defesa de direitos difusos, de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos – Limites subjetivos

Em matéria de direitos difusos o Código do Consumidor - artigo 103, inciso I – afirma que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, se a ação for julgada procedente, a coisa julgada se opera em favor de toda a comunidade, não sendo possível a sua rediscussão em novo processo, somente abre a possibilidade de liquidar os danos individualmente sofridos ou através dos legitimados do artigo 82 (ou por mais de um através de litisconsórcio). Porém, se julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, com o mesmo fundamento, valendo-se, contudo, de nova prova, não operando-se nesse caso a coisa julgada. Se o pedido é julgado improcedente pelo mérito, e os efeitos são extensivos a todos os entes e pessoas legitimados pelo art.82. impede o ajuizamento de nova ação coletiva pelo mesmo fundamento, salvo a via às ações

⁽¹⁰¹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 805.

⁽¹⁰²⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ob. cit.* pp. 21-22. (...) *tem-se presente que a pretensão é afetada a uma coletividade (classe, categoria), visto não ser possível obter consenso absoluto dessa coletividade, nem tampouco a presença, no processo, de todos os seus integrantes,. Posto que tal pretensão coletiva é socialmente relevante e não pode ficar desprovida de tutela, a solução encontrada foi a de substituir o critério da titularidade da pretensão (viável nos conflitos individuais) pelo critério da 'adequacy of representation' "*

individuais que não ficará preclusa, com idêntico fundamento, proposta pelo titular individual daquele direito ou interesse antes difuso.

Se a ação para tutelar os direitos coletivos *stricto sensu* for julgada procedente, formar-se-á a coisa julgada *ultra partes*, extensiva aos interessados daquela mesma coletividade pertencentes ao grupo que detenham interesses convergentes, salvo se improcedente por insuficiência de provas, situação idêntica à hipótese anterior, onde qualquer legitimado poderá propor novo pedido, desde que apresente nova prova⁽¹⁰³⁾, como prevê o artigo 103, inciso II do Código do Consumidor. A sentença de improcedência por insuficiência ou falta de provas deve constar necessariamente da fundamentação, possibilitando desta feita a repositura da mesma ação com mesmo fundamento e nova prova, inclusive pelos mesmos legitimados da ação anterior ou pela via individual.

Conclusivamente, a autoridade da coisa julgada nas demandas coletivas julgadas improcedentes (não por insuficiência de provas), não prejudicará interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, que por certo poderão ingressar em juízo para pleitear a tutela de natureza individual, após a rejeição do pedido coletivo – artigo 103, § 1º, podendo ocorrer sentenças individuais favoráveis que alterem o resultado da demanda coletiva.

A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, que decorrem de origem comum, está prevista no art. 103, inciso III cumulada com o § 2º deste mesmo artigo, sendo que esse

⁽¹⁰³⁾ Sobre este aspecto mencionamos ARRUDA ALVIM, in *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo:1996, p.153, V.2: “*Mutatis mutandis, parece que não se deve emprestar ao conceito ‘nova prova’ a significação que se tributa a ‘documento novo’, e, por isto, não se há de aplicar inteiramente o mesmo regime jurídico, i.e., o do art. 485, inciso VII, do Código de Processo Civil. A idéia de ‘nova prova’ pode ser contemporânea ao fato probando e não provado, como, também, pode ser poterior*”.

artigo esclarece que “em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”. Destarte, havendo procedência do pedido, o tratamento dos efeitos da coisa julgada subjetiva é idêntico ao dos interesses e direitos difusos e coletivos, exceto a improcedência por falta ou insuficiência de prova, nesse caso há a inexistência de coisa julgada.⁽¹⁰⁴⁾

A sentença de procedência faz coisa julgada *erga omnes* em se tratando também de direitos individuais homogêneos (art. 81,III), onde as vítimas e seus sucessores serão beneficiados, podendo os mesmos proceder a liquidação individual no bojo do processo coletivo.⁽¹⁰⁵⁾ Impera a regra geral de que a coisa julgada não se opera para prejudicar, apenas para beneficiar as vítimas e seus sucessores, podendo esses, em caso de improcedência, intentar ações individuais desde que não tenham figurado como litisconsortes no pólo ativo da demanda coletiva.⁽¹⁰⁶⁾

4.3 - Eficácia da sentença coletiva na Lei de Ação Civil Pública e Código Brasileiro de Defesa do Consumidor à luz da Lei 9.494/97 e Medida Provisória nº 1.798-1/99

⁽¹⁰⁴⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. Cit.* p. 825. “a coisa julgada atua erga omnes, com o temperamento de só poder beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, sem prejudicar terceiros que não tenham intervindo no processo como litisconsortes”.

⁽¹⁰⁵⁾ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro:1991, p. 116.

⁽¹⁰⁶⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. Cit.* pp.275-276. Afirma o autor de que a coisa julgada sempre haverá, evitando o sistema proposto pela lei que se formulem novas demandas individuais a respeito do direito já tutelado pela demanda coletiva, de forma que os interessados poderão se servir da sentença condenatória prolatada no processo coletivo para a defesa de seus direitos individuais, sempre decorrentes do mesmo fenômeno coletivo, da mesma forma que não é atingido pela sentença de improcedência àquele que não participou do processo coletivo.

Com o advento da Lei 8.078/90 – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – houve uma profunda modificação na disciplina da coisa julgada nas demandas coletivas, prevista pelo art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, lembrando que esses dispositivos legais tornaram-se recíprocos, analisados de forma conjunta, alterando inquestionavelmente a Lei 7.347/85 quanto à coisa julgada.

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública previa que a imutabilidade dos efeitos da sentença não ficaria adstrita aos partícipes da relação processual, portanto a eficácia seria *erga omnes*, exceto se a demanda fosse julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas, a exemplo da forma contida na Ação Popular, podendo nesse caso propor-se nova demanda.⁽¹⁰⁷⁾

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 103 e incisos, disciplina de forma coerente a coisa julgada segundo o pedido inserto na ação coletiva, de acordo com cada uma das modalidades de direitos e interesses metaindividuais, diferentemente da forma versada na Lei de Ação Civil Pública.

Contudo, com a nova redação dada pela Lei 9.494/97⁽¹⁰⁸⁾, o artigo 16 da Lei 7.347/85, passa a ter a seguinte redação:

“A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas,

⁽¹⁰⁷⁾ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *A lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade*. Sobre a extensão da coisa julgada prevista no art. 16, expressa: “É o que se convencionou denominar de coisa julgada *secundum eventum litis* (a motivação da sentença de improcedência determina a ocorrência ou não da imutabilidade dos seus efeitos)”.

⁽¹⁰⁸⁾ Anteriormente a essa lei, a Medida Provisória nº 1.570/97, já limitara a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas, incentivando a pluralidade de demandas com o mesmo fundamento, contrariando por certo a finalidade e ideologia advinda do processo coletivo, além de respostas jurisdicionais conflitantes, texto mantido pela Lei 9.494/97. Nesse sentido entende ADA PELLEGRINI GRINOVER. Outros juristas contribuem para atacar a forma contida nessa Lei, afirmando que estamos diante de flagrante inconstitucionalidade por ferir princípios constitucionais tais como do direito de ação, da razoabilidade e da proporcionalidade, como bem e posicionam NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA ANDRADE NERY, *apud* LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *ob.cit.* p.278.

hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”,

dessa forma os efeitos da coisa julgada estão vinculados a um determinado território sobre o qual verifica-se a competência do órgão prolator da decisão.

Mas esse dispositivo deve ser analisado em conjunto com os incisos do artigo 103 do CDC, que em nada foi alterado, exceto em se tratando dos direitos e interesses individuais homogêneos, aplicando-se o artigo 16 com a nova redação tão somente aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, em razão da Lei 7.347/85 (art.1º, inc. IV) e pelo fato de a indenização pelo dano causado ser revertida ao Fundo de reconstituição dos bens indivisivelmente lesados, sendo que os direitos individuais homogêneos somente serão defendidos através da ação civil pública nos moldes do Código de Defesa do Consumidor (art. 21 do LACP), em nada alterou o regime da coisa julgada nas demandas desses direitos.⁽¹⁰⁹⁾

A Medida Provisória nº 1.798-1/1999, inseriu o artigo 2º-A, à Lei 9.494/97 que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo, aqui entendidos os

⁽¹⁰⁹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob.cit.* p.819. Atesta a autora que a redação dada ao art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, somente à coisa julgada nas ações em defesa de direitos difusos e coletivos, contudo o acréscimo ao dispositivo legal é inoperante, em virtude de que o próprio CDC em seu artigo 93, amplia os limites da competência territorial no âmbito nacional e regional, nos processos coletivos pelo método integrativo e pela interpretação extensiva (o art.93 está inserido no capítulo atinente às ações coletivas em defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos), concluindo que o fator que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência, portanto ineficaz o dispositivo em comento, pois nada mais é do que uma adequação entre o processo e o juiz.

A norma em exame (Lei 9.494/97), é oportuno o debate sob a questão da compatibilização sistemática dos limites territoriais impostos aos efeitos *erga omnes* reconhecidos à coisa julgada proferida em sede de Ação Civil Pública, possivelmente elaborada pelo legislador sem qualquer compromisso com a ordem jurídica e a segurança das relações jurídicas, que visam tutelar não só direitos subjetivos interpessoais, mas os metaindividuais (coletivos, difusos), direitos esses que não podem ser individualizados, uma vez que sobre eles não há o exercício da concepção individualista do século XIX, mas pertencente a toda coletividade, onde a extensão de atos lesivos podem ocorrer além das fronteiras definidas pela geografia, e por ser impossível de se evitar a propagação do dano. Imaginemos o acontecimento recente do derramamento de petróleo no Rio Iguaçu, onde a proporção do dano estendeu-se por quilômetros, atingindo mananciais e lençóis de água, pondo em risco a saúde da população ribeirinha, animais e plantações, danos que por imensuráveis não

direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, proposta por associação, na defesa dos direitos e interesses de seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do Juiz da causa.

Argumenta Ada Pellegrini GRINOVER⁽¹¹⁰⁾, que esse novo dispositivo não se aplica aos direitos difusos em virtude que os titulares são indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, não havendo como saber onde se encontram domiciliados, sob o fundamento de que o art. 81, parágrafo único, inciso I do CDC, que integra a Lei 7.347/85, “*é incompatível com a restrição e imune à incidência de nova norma*”.

À esse propósito se posiciona Luiz Rodrigues WAMBIER⁽¹¹¹⁾, afirmando que naturalmente surgirão problemas práticos em determinados casos, sendo superados pelo próprio sistema. Ademais afirma o autor que o sistema anteriormente previsto possibilitava poderes de cognição sumária ao juiz singular, com provimento jurisdicional de âmbito nacional, asseverando que a alteração foi positiva sob esse aspecto.

Ademais, o que ocorreu com as inovações apontadas pelos acréscimos à Lei da Ação Civil Pública, foi restringir a abrangência subjetiva dos efeitos da coisa julgada em função do critério territorial, no que certamente influencia no pedido, onde o dano, mesmo causado em âmbito nacional, será tutelado no limite territorial extraído da competência do juízo.

poderão ficar à margem da tutela efetiva sendo que a sentença não poderá ficar adstrita a base territorial do juízo julgador, mais especificamente no local do dano, propugnamos pela revogação da Lei 9.494/97.

⁽¹¹⁰⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob.cit.* p. 822.

⁽¹¹¹⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *ob. cit.* p. 282.

Conclusivamente, a nova redação ao artigo 16 da LACP, dada pela Lei 9.494/97, não se aplica, sequer por analogia, aos incisos I,II e III do artigo 103 do CDC, pelos fundamentos acima expressos e pelo respeitável ensinamento do Ministro Galvão, procedente na Reclamação 602-6, Proc. São Paulo, no 1º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo:

“(...) a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento”.

Capítulo 5

Liquidação da Sentença Coletiva

5.1- O processo de liquidação da sentença coletiva

Diante das repercussões jurídicas dos fenômenos coletivos, há necessidade de estudo específico acerca da liquidação da sentença condenatória de reparação dos danos coletivamente causados, tarefa que traz dificuldades, pois as poucas disposições processuais contidas no Código do Consumidor, tratando sobre esta matéria, são relativas aos direitos individuais homogêneos.

A obrigação de reparar o dano coletivamente causado decorre tanto da sentença condenatória em ação coletiva (título judicial) quanto do compromisso de ajustamento previsto pelo art. 5º, § 6º da LACP, v.g.(título executivo extrajudicial) –

obrigação em pagar quantia em dinheiro, não ao detentor do título, mas a um Fundo coletivo.⁽¹¹²⁾

Sendo a execução uma das formas de atividade jurisdicional, a propositura da ação executiva deverá estar embasada na existência de título líquido, certo e exigível, pressupostos insertos nos títulos extrajudiciais. No particular das sentenças condenatórias quando há obrigação de o réu prestar algo em prol do autor, nem sempre o valor da dívida a ser solvida será preciso, ou mesmo quanto as obrigações de dar, fazer ou não fazer, nem sempre há a discriminação do objeto a ser entregue ou realizado, carecendo de liquidação, através de processo próprio.⁽¹¹³⁾

Há, portanto para a perfeita entrega da tutela jurisdicional, a necessidade de se delimitar a eficácia do julgado, o que se faz através da liquidação fixando o objeto da condenação, determinando valor, quantidade e espécie de obrigação devida pela parte vencida, possibilitando que a execução forçada alcance sua efetividade, caso não ocorra o adimplemento espontâneo pelo réu.

Muito se discutiu na doutrina sobre a natureza jurídica da liquidação, se processo, procedimento complementar do processo de conhecimento ou incidente preparatório do processo de execução.

Em que pesem as argumentações apresentadas pela doutrina, adotamos a corrente que entende que a liquidação de sentença se dá através de verdadeiro

⁽¹¹²⁾ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: 2000, p. 97.

⁽¹¹³⁾ O pedido formulado pelo autor deve, o quanto possível, ser certo e determinado (art. 286 CPC), como regra geral, excetuando-se aquelas hipóteses previstas neste próprio artigo em seus incisos, quando se trata de pedido genérico, não sendo permitido ao juiz naquele caso proferir sentença ilíquida, uma vez que o pedido formulado pelo autor, na petição inicial, expresse o *na debeatur* e o *quantum debeatur* (art. 459, parágrafo único do CPC). Athos Gusmão CARNEIRO, *A sentença ilíquida e o art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil*, RePro, v.16, p.106, se pronuncia no sentido de que “a certeza do pedido está vinculada à idéia de que o objeto do pedido deva ser absolutamente identificado, isto é, determinado quanto ao ‘an debeatur’ e ao ‘quantum debeatur’”.

processo de conhecimento, sujeito aos prazos e recursos estabelecidos pelo CPC, respeitados os princípios processuais. Ressalvamos quanto à aplicabilidade das regras processuais em sua amplitude ao processo liquidatório, às exceções previstas no art. 286 do CPC, pois o pedido no processo de liquidação não poderá ser genérico ou ilícito, sendo o pedido necessariamente certo resultante de uma sentença anterior já revestida de generalidade, padecendo de liquidez, tornando assim, após o processo de liquidação, exigível a obrigação imposta pela sentença de condenação.^{(114) (115)}

Questão controvertida e que enseja discussões entre os doutrinadores, é sobre a natureza da sentença em processo de liquidação é constitutiva ou declaratória, tendo como consequência prática apenas os efeitos advindos da sentença que põe fim ao processo liquidatório, cabendo recurso de apelação conforme o disposto no art. 520,III do CPC. Nesse aspecto afirma Patricia Miranda PIZZOL⁽¹¹⁶⁾, que a sentença proferida no processo de liquidação não se trata de sentença constitutiva, mas sim declaratória.

No processo de liquidação essencialmente o que se pretende é tornar líquida é a obrigação (*an debeat*) imposta pela sentença condenatória do processo cognitivo, sendo que o processo de execução estará fundado na liquidez

⁽¹¹⁴⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *ob.cit.* p. 82. Pondera o autor que a exceção prevista no artigo 286 do CPC, não se aplica ao processo de liquidação, mesmo que a sua natureza jurídica seja de processo de conhecimento, porque o pedido inicial no processo de liquidação não poderá ser genérico, deve o pedido ser necessariamente certo, já que essa nova relação jurídica processual parte de uma sentença em que já se utilizou da faculdade prevista naquele dispositivo legal.

Artigo 286 CPC: "O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito porém formular pedido genérico:

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

II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do ato ilícito;

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

⁽¹¹⁵⁾ ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*. São Paulo: 1981, p.60-61. "Em suma, o processo de liquidação se destina a preparar, moldar, acabar o conteúdo da sentença condenatória, transmutando-a em título executivo judicial e este, uma vez formulado, é que se torna adequado (pleno de eficácia executiva) para a execução forçada".

⁽¹¹⁶⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: 1998, p. 47.

desta obrigação (*quantum debeatur*) pela sentença declaratória que extingue o processo de liquidação.⁽¹¹⁷⁾

Temos que, uma vez verificada a condenação genérica pela sentença cognitiva coletiva (art. 95 CDC), indispensável a propositura da ação de liquidação visando determinar o *quantum*, isto é, a pretensão deduzida pelas partes legitimadas, fator este essencial para tornar possível a execução.⁽¹¹⁸⁾

Pelo Código de Defesa do Consumido, na hipótese de a condenação ocorrer em sentença coletiva, a liquidação poderá ocorrer de forma individual, quando promovida pela própria vítima dos danos individualmente sofridos e seus sucessores, ou coletiva quando promovida pelos legitimados do artigo 82, do CDC, para reparação de interesses e direitos coletivos ou difusos.

Nos termos do artigo 95 do Código do Consumidor, a sentença de condenação será genérica, definindo a responsabilidade civil do réu e a respectiva obrigação de indenizar. Com efeito a condenação será genérica e a reparação do dano causado será tratado de forma coletiva e portanto indivisível, até que a extensão do dano seja apurada em processo de liquidação, inclusive quanto aos beneficiários do ressarcimento dos danos coletivamente causados, seja pela

⁽¹¹⁷⁾ *Idem, ob.cit.* p.48. Resume o assunto sobre a natureza da ação de liquidação Patricia Miranda PIZZOL, "Não se trata, portanto, de sentença constitutiva, uma vez que o 'quantum debeatur' não será criado pela sentença; será apenas declarado. A relação jurídica de direito material que se encontra consubstanciada no título é a obrigação e esta será objeto da liquidação e não aquele. Neste mesmo sentido citamos Humberto THEODORO JR, in *Processo de execução*, Rio de Janeiro:1996, p. 135, que entende tratar-se a ação declaratória, cuja função é realmente declarar o *quantum debeatur* da sentença que condenou o réu ao cumprimento da obrigação, *na debeatur*.

⁽¹¹⁸⁾ Nesse sentido, observa Flávio Luiz YARSHELL, *Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos*, in *Atualidade sobre liquidação de sentença*, coord. Teresa Arruda ALVIM WAMBIER. São Paulo: 1997, p.153, "Genericamente falando, a pretensão deduzida pelo autor da liquidação consiste no pedido (pretensão processual) de atribuição de valor à obrigação constante da condenação genérica, ou por outras, palavras, na declaração de que a obrigação tem tal ou qual valor".

liquidação individual ou pelos legitimados do artigo 82 do CDC, conforme veremos a seguir. ⁽¹¹⁹⁾

5.2 – Legitimidade ativa para a liquidação coletiva

A legitimação para a liquidação da sentença coletiva e mesmo sua execução requer a análise dos artigos 97 e 100 do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 97 do Código prevê que a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, legitimados ativamente destes para a liquidação da sentença, quer tenham participado como litisconsortes, quer não os tenham, neste caso estarão acobertados pela coisa julgada coletiva, cabendo demonstrar a qualidade de interessado, bem como a extensão e a dimensão pecuniária do dano sofrido e declarado na sentença condenatória coletiva. Da mesma forma o artigo citado, abre a possibilidade de liquidação e execução pelos legitimados do artigo 82, de forma diferenciada em relação à liquidação individualmente proposta pela vítima ou seus sucessores. ⁽¹²⁰⁾

Não trataremos neste trabalho da liquidação individual daqueles que tenham se beneficiado da sentença coletiva, no entanto a apuração do *quantum debeat* será pelo procedimento de liquidação por artigos, para determinar o valor

⁽¹¹⁹⁾ Afirma Ada Pellegrini GRINOVER, *apud* Moacyr Amaral Santos, Comentários ao CPC, Rio de Janeiro: 1976, pp.437-438, que “a certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la”. Continua a autora de que “essa certeza é respeitada, na medida que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação de sentença. A sentença genérica do art. 95 é, portanto, certa e ilíquida”. *ob. cit.*, p.784.

⁽¹²⁰⁾ Comentários ao artigo 97, *in* Código do Consumidor Comentado, p. 432, expressam Arruda ALVIM e Thereza ALVIM e outros, que a lei assim dispôs sobre a liquidação e a execução coletiva, diante da verdadeira impossibilidade prática de os legitimados do art. 82 saberem do *quantum* dos danos referente a

da condenação, provando a vítima o nexo de causalidade entre o fato danoso e os prejuízos patrimoniais dele advindos, vinculados à obrigação resultante da sentença coletiva, e estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários.⁽¹²¹⁾

A legitimidade individual das vítimas e seus sucessores é preferencial em relação à legitimação dos do art. 82, como se esta fosse subsidiária àquela, e a liquidação se daria pelos entes legitimados após o decurso do prazo previsto no artigo 100 do Código. Segundo Arruda ALVIM e Thereza ALVIM ⁽¹²²⁾:

“o que se quer dizer com a expressão ‘subsidiária’ é que os legitimados pelo art.82 procederão à liquidação e respectiva execução, na hipótese do artigo 100, ou seja, somente depois de um ano da sentença ou acórdão liquidando, (...) porque a razão ou título, em decorrência da qual os do art.82 procederão à liquidação e execução é diferente daquela quando realizadas pelas vítimas ou seus sucessores”.

Em decorrência do texto legal os legitimados relacionados no art. 82, poderão propor a liquidação da sentença coletiva no prazo de um ano sem que tenham as vítimas ou seus sucessores a iniciativa de liquidação da sentença, ou quando a quantidade de habilitações individuais é inexpressiva diante da gravidade do dano, e neste caso excepcionalmente o Ministério Público estaria legitimado em causas que versem direitos individuais homogêneos, em decorrência do resultado concreto da ação.⁽¹²³⁾

Assunto relevante consiste na legitimidade concorrente entre os legitimados do artigo 82 e as vítimas do ato danoso.

cada vítima ou sucessor, e essa impossibilidade real em conhecer os danos pelo legitimados do artigo 82, é que determinou a existência do art.97.

⁽¹²¹⁾ Com efeito a condenação genérica nos termos do artigo 95 do CDC, acarreta aos prejudicados individualmente alegar e provar fatos novos, comprovando a existência do dano individual, o nexo de causalidade entre o dano e a condenação coletiva genérica, necessariamente feita através de liquidação por artigos nos moldes dos artigos 608 e 609 do CPC.

⁽¹²²⁾ *ob.cit.* p. 435

Para Patrícia Miranda PIZZOL⁽¹²⁴⁾ não há legitimidade concorrente entre os legitimados do artigo 82 do CDC e os titulares dos direitos individuais homogêneos, podendo aqueles promoverem a liquidação, após um ano, nos termos do artigo 100 do CDC. Da mesma forma pensa Arruda ALVIM⁽¹²⁵⁾, no sentido de que após a sentença condenatória, como que a legitimação “falece”, e somente estará novamente presente após o decurso do prazo de um ano sem a iniciativa dos interessados.

Parece mais razoável, sustentar que entre a legitimidade das vítimas e os legitimados do artigo 82 do CDC, não há legitimidade concorrente, mas apenas subsidiária, em se tratando de título executivo de índole individual, a ação é personalizada e divisível, onde aqueles somente poderão apurar, em situações especiais e após o decurso do prazo de um ano da condenação genérica, através da reparação fluída (*fluid recovery*). Arruda ALVIM⁽¹²⁶⁾ manifesta que haveria a necessidade de decisão judicial que concretizasse a regra do art. 100, *caput*, ou seja, ultrapassado um ano da sentença condenatória, caberia ao juiz admitir ou não a liquidação global e residual por algum dos legitimados do artigo 82. Contudo, uma vez esgotado o prazo de um ano, se dará a reparação do dano através dos legitimados do artigo 82, de forma fluída, muito embora haja a possibilidade de pretensões individuais posteriores, que terão preferência sobre a coletiva.

⁽¹²³⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. cit.* p. 284.

⁽¹²⁴⁾ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Ob. cit.* p.184.

⁽¹²⁵⁾ ALVIM, Arruda. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1991, p. 448.

⁽¹²⁶⁾ ALVIM, Arruda. *Ob. cit.* p. 449. A posição do autor quanto à legitimidade concorrente: “Pelo art. 97 verifica-se existir, no que diz respeito à execução, uma legitimação concorrente, entre vítimas e sucessores, de um lado, e, de outro, entre os legitimados do art. 82”. Frisamos que a legitimação concorrente somente ocorre após a liquidação da sentença, ou seja, na execução coletiva (art.98 do CDC).

Na liquidação da sentença coletiva, quando o direito tutelado é coletivo *stricto sensu* ou difuso, os legitimados do artigo 82 do CDC deverão apurar o *quantum debeat*, reservada para esses casos a legitimidade ativa do Ministério Público, somente subsidiariamente quando da hipótese de “coletivização” do resultado do processo, quando inexpressiva a quantidade de habilitações - art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.⁽¹²⁷⁾ ⁽¹²⁸⁾

Quanto à ilegitimidade do *parquet* para a liquidação de direitos individualmente liquidados, citamos o Acórdão sob o nº 92.04.22959-4, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Juiz Relator Teori Albino Zavascki, julgamento em 17.11.1994, o qual transcrevemos sua Ementa:

”EMENTA: Processo Civil. Ação Coletiva proposta pelo Ministério Público. Reajuste dos proventos previdenciários e ação individual proposta pelo próprio segurado. Questão de litispendência. (...) 3. O Ministério Público, na condição de substituto Processual, não tem legitimação para propor a ação de liquidação e execução da sentença genérica proferida na ação coletiva”.

Mesmo que o Ministério Público integre o rol de legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, não poderá representar ativamente em processo de liquidação enquanto não houver ocorrido o decurso do prazo de um ano (art. 100 CDC) sem a habilitação dos interessados e seus sucessores, após este prazo ou na ocorrência de incompatibilidade de número de habilitados inferior a extensão do ato danoso, entendemos que há a legitimidade do Ministério Público, uma vez que a Lei não o excluiu conforme os artigos supra mencionados,

⁽¹²⁷⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob.cit.* p. 284.

⁽¹²⁸⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini, *ob.cit.* p. 787. Pondera a autora “que parece faltar ao Ministério Público legitimação para a liquidação e execução individual, em que se trata da defesa de direitos individuais disponíveis, exclusivamente (art. 127 CF)”.

Abrimos um parêntese na legitimação dos entes do artigo 82 para a liquidação coletiva, para diferenciar que na propositura da ação coletiva que verse direitos individuais homogêneos, os legitimados do art. 82 estarão agindo no interesse alheio, mas em nome próprio e indeterminados os beneficiários da condenação, caracterizada, como já vimos, como legitimação extraordinária - art. 91 CDC. Enquanto que para a

em que pese entendimentos na doutrina de forma contrária, não poderá com certeza o ente ministerial representar o direito individual a liquidar decorrente da sentença genérica, apenas a legitimidade se dará de forma subsidiária àquela ordinária dos prejudicados individualmente e seus sucessores, conforme nos manifestamos nas anotações precedentes.

Quanto à sentença de procedência proferida na ação civil pública, as vítimas e seus sucessores beneficiados pela sua eficácia, poderão proceder à liquidação e posterior execução, nos termos do artigo 96 a 99 do Código de Defesa do Consumidor (art. 103, § 3º, CDC). As pessoas indeterminadas que aproveitarão os efeitos favoráveis da sentença em ação civil pública, liquidando-a e executando-a, deverão fazê-lo não no prazo de sessenta dias contados do trânsito em julgado da decisão de procedência na ação civil pública (art.15, da Lei 7.347/85), circunstância essa somente aplicável aos legitimados do art. 5º da Lei 7.347/85. De igual forma poderão ser beneficiados da sentença genérica em ação civil pública, as vítimas e seus sucessores, não lhes aplicando os prazos estabelecidos na Lei de Ação Civil Pública, nem à situação descrita no artigo 100, “caput” do Código do Consumidor. ⁽¹³⁰⁾

5.3 – Prazo para habilitação dos legitimados para a liquidação coletiva – Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública

legitimação da liquidação e execução pelos legitimados do art. 82, estamos diante da representação, agindo estes em nome das vítima e seus sucessores.

⁽¹³⁰⁾ Diferencia Arruda ALVIM, *in Ob.cit.* p.437, os legitimados para a liquidação coletiva na ação civil pública, quando aqueles cujos interesses resultam beneficiados pela procedência de sua sentença, mesmo que não tenham sido legitimados a atuarem na ação de conhecimento, poderão agir na ação de liquidação, sendo-lhes aplicável as regras estabelecidas no CDC que tratam da *defesa de interesses individuais homogêneos*, de forma que somente aplicar-se-ão as regras previstas na Lei 7.347/85 – art. 15, redação dada pelo art. 114 do CDC – somente aos legitimados do art. 5º deste mesmo diploma legal, senão como legitimados extraordinários. As vítimas e seus sucessores, beneficiados pela procedência da ação civil pública, deverão liquidar a sentença condenatória genérica nos moldes do art. 97, aplicável a esse procedimento de liquidação, e pelo disposto no art. 103, § 3º do CDC.

Conforme já apontado no item precedente, o prazo para a liquidação coletiva previsto no artigo 100, “*caput*” é de um ano, a contar do trânsito em julgado da sentença de procedência em ação coletiva, para a habilitação dos interessados. Caso não ocorra um número expressivo de habilitados à liquidação de acordo com a gravidade do dano, promoverão os legitimados do artigo 82 a liquidação e execução coletiva.

Discutível se a contagem do prazo para a liquidação expressa no *caput* do artigo 100 do CDC, se inicia do trânsito em julgado da sentença genérica ou do edital dando publicidade da decisão, uma vez que o legitimado que propôs a ação coletiva deve dar ampla divulgação da existência e dos termos da condenação a toda coletividade, ante o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, inc. LX e 94, IX). Como a ciência do completo teor da decisão não se dá de forma individuada e sim a partir do edital publicado, o prazo, por força do próprio princípio constitucional, poderá ser contado a partir da publicação do edital e não do efetivo trânsito em julgado da sentença.

Mesmo que após um ano não haja habilitação dos interessados individualmente, e já iniciada a liquidação coletiva, poderão ocorrer novas habilitações de vítimas que ainda poderão liquidar individualmente seus danos.

O art. 97 do CDC não estabelece prazo preclusivo para ajuizamento da liquidação, contudo entendemos que não possa ser inferior aos prazos legalmente previstos para a prescrição do direito ou pretensão material. Não podemos confundir com o prazo previsto no artigo 100 do CDC, prazo este de um ano, onde os legitimados do art. 82, do CDC, poderão propor a liquidação, uma vez que nenhum dos interessados o faça, ou o número de habilitados seja incompatível

com a gravidade do dano (insignificantes na individualidade, mas consideráveis em seu conjunto) – aplicação da reparação fluída do direito norte americano (“*fluid recovery*”) – destinando-se a indenização ao Fundo criado pela LACP ⁽¹³¹⁾.

Para Elton VENTURI ⁽¹³²⁾ :

“(…) não estabelece o artigo 100 do CDC um prazo prescricional (ou decadencial), como se poderia apressadamente concluir, em relação à pretensão de liquidação de danos individuais. Na verdade, o prazo de um ano serve como parâmetro a autorizar que os entes do art. 82 movam competente quantificação da indenização global e residual, diante da inércia ou do pequeno número de vítimas e seus sucessores que se habilitaram”.

Indiscutível a possibilidade de os prejudicados individualmente liquidar e executarem a sentença condenatória genérica, recebendo, se provado, total ou parcialmente a sua parte, do numerário mesmo que já recolhido ao Fundo da LACP, por determinação judicial ⁽¹³³⁾ – interpretação dada à luz do artigo 99 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - o interesse de reparação individual prevalecerá em qualquer circunstância, mesmo que o montante já esteja integralizado ao Fundo da LACP, porém referido artigo, susta a destinação coletiva, enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo se o patrimônio do devedor seja suficiente para responder pela integralidade da dívida.

De forma contrária pensa Elton VENTURI ⁽¹³⁴⁾, que em havendo a pendência de decisão no Tribunal de segundo grau em relação aos direitos individuais, não

⁽¹³¹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.* P. 793. Exemplo a ser mencionado pela autora diz respeito à relação de consumo, quando da venda de um produto cujo peso e quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado, onde visualizamos o dano globalmente causado é de valor considerável, se comparado a pouca ou nenhuma importância ao prejuízo sofrido por cada consumidor individualmente lesado.

⁽¹³²⁾ VENTURI, Elton. *ob.cit.* pp. 137.

⁽¹³³⁾ ARRUDA, Alvim. *ob.cit.* p.476.

⁽¹³⁴⁾ VENTURI, Elton. *Ob.cit.* pp.117-118.

há em verdade ainda “destinação” ao Fundo, ou melhor, não se o integralizou. Da mesma sorte pensa que uma vez integralizado o que se dá após as decisões dos Tribunais e o decurso do prazo de um ano (art. 100 CDC), não mais se poderá atacar o Fundo ainda que para beneficiar novos credores, que deverão atacar diretamente o patrimônio do executado. Esse pensar respalda-se, também na ausência de previsão legal no Código de Defesa do Consumidor sobre a regulamentação da gestão e numerário que integram o Fundo Federal de Direitos Difusos, se possível alguma reserva a atender às pretensões individuais.

Uma vez carecedor de regulamentação específica, o numerário que integra o Fundo não atenderia às demandas individuais de execução da sentença genérica, sendo que estas atingiriam diretamente o patrimônio do executado.

Diferentemente ocorre na liquidação de sentença condenatória proferida em ação civil pública, onde o prazo será de sessenta dias, conforme disposição expressa no artigo 15 da Lei 7.347/85, com redação dada pelo artigo 114 do Código de Defesa do Consumidor, contados da sentença de procedência transitado em julgado, inaplicável, portanto a regra do artigo 100, “*caput*” do CDC.⁽¹³⁵⁾

5.4 – Competência para a liquidação coletiva

Pelo ante- projeto do Código de Defesa do Consumidor o parágrafo único do artigo 9, a liquidação da sentença coletiva poderia ser promovida no foro do

⁽¹³⁵⁾ Remetemos ao comentário 110. Nesta mesma esteira sustenta LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *ob.cit.*p.287-288, que o art. 15 da Lei 7.347/85, dispõe que passados sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida na ação civil pública, não tiver sido promovida a execução, deverão fazê-lo o Ministério Público ou quaisquer dos legitimados do art. 5º, desta mesma lei, não exigindo para tanto, o mesmo prazo estabelecido pelo Código do Consumidor, nem para execução, tampouco para a liquidação que a antecede.

domicílio do liquidante, sofrendo este veto que visou, segundo a doutrina, *“impedir a ‘dissociação do foro do processo de conhecimento e de execução’, como sendo uma forma ‘arbitrária’, desta forma rompendo com o ‘princípio da vinculação’ adotado pelo art. 575 do CPC e defendido pela ‘melhor doutrina’ ”*.⁽¹³⁶⁾

O veto presidencial apostado ao artigo 97 do CDC, acarretou discussões na doutrina, em especial de que o veto se fundamentou na preservação da garantia constitucional da ampla defesa, dificultando o preenchimento das lacunas normativas deixadas.

Segundo Arruda ALVIM ⁽¹³⁷⁾, *“não há que se cogitar de a liquidação de sentença ter sido promovida no domicílio do liquidante, justamente em função do veto verificado”*, expressando-se desta forma quando comenta o art. 98, § 2º, incisos I e II do CDC, pois esta regra refere-se a determinação da competência para a execução, quer se trate de execução individual, quer de coletiva, *“o juízo competente é sempre aquele em que foi proferida a sentença condenatória”*. Mesmo que o texto legal, ora comentado trate da execução coletiva, o autor afirma que a liquidação se dará no mesmo juízo em que foi proferida a sentença condenatória.^{(138) (139)}

⁽¹³⁶⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob.cit.* p.788.

⁽¹³⁷⁾ ALVIM, Arruda. *Ob.cit.* p. 442. Segundo o autor, no caso de execução individual, a regra a ser aplicada será a do Código Civil Brasileiro, competente, portanto, o juízo que proferiu a sentença condenatória individual, onde deve ser também processada a liquidação de sentença. A competência aqui tratada é absoluta, de caráter funcional.

⁽¹³⁸⁾ Opõe-se Elton VENTURI, *ob.cit.* p.134, ao exposto acerca da matéria, de que não parece que *“se possa interpretar determinado dispositivo legal sistematicamente, sob às luzes dos vetos que lhe foram apostos, pois os mesmos não fazem parte efetivamente do sistema. Desta forma há que se encontrar a solução para a colmatação de eventuais lacunas normativas não se utilizando a ‘contrario sensu’ das razões dos vetos ao sistema, mas sim da inteligência do que o mesmo objetiva”*.

⁽¹³⁹⁾ Com a mesma oposição trazemos o questionamento colocado por Patricia Miranda PIZZOL, *ob. cit.* p.193, *“De que adiantariam tais garantias e outras conferidas ao consumidor se justamente no momento em que ele poderá fazer valer praticamente seus direitos, ele tiver de superar dificuldades como esta, de Ter que promover a liquidação perante o juízo que proferiu a sentença condenatória, muitas vezes intransponíveis?”*

Diante da necessidade em alcançar efetividade da tutela jurisdicional coletiva, várias vezes defendida neste trabalho, o consumidor, e não somente este, pois a tutela coletiva não diz respeito somente à relação de consumo, como também aos demais direitos tutelados coletivamente, adotamos o posicionamento de Ada Pellegrini GRINOVER ⁽¹⁴⁰⁾, ao comentar o § 2º, inciso I do art. 98 do CDC, no sentido de que o veto presidencial deveria ter incidido em todos os dispositivos que tratam da matéria, além de que o contido neste permissivo legal, prevê a possibilidade “*de o juízo competente poder, correlatamente, ser o da liquidação da sentença ou da ação condenatória*”, em outras palavras qualquer desses juízos será competente para a execução individual.

Flávio Luiz YARSHELL ⁽¹⁴¹⁾, afirma que se a liquidação houver que ser proposta no mesmo foro (regra de competência do art.93, I, do CDC), é competente o juízo perante o qual tramitou o processo de conhecimento condenatório – em regra de competência absoluta. De outro modo devem ser respeitadas regras que determinam a “*competência de jurisdição*”, de tal sorte que a faculdade da propositura no foro do liquidante não pode se sobrepor a tais restrições, ressalvada a competência prevista no “*caput*” do art. 93 do CDC.

Resumidamente, com as considerações acima, as liquidações individuais poderão ser propostas pelas vítimas e seus sucessores, tanto no juízo em que se processou a ação condenatória genérica à reparação do dano, tanto perante o

⁽¹⁴⁰⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *ob.cit.* p.791. “(...), a regra da propositura da ação individual no foro do domicílio do autor encontra plena aplicação à hipótese, sendo a única capaz de explicar e dar conteúdo ao remanescente § 2º, inc.I do art. 98 do Código”. YARSHELL P.164

⁽¹⁴¹⁾ YARSHELL, Flávio Luiz. *Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos. In: Atualidades sobre liquidação de sentença.* São Paulo: 1997, p. 164. O autor cogitou esta análise ao tratar do artigo 98, inc. I, § 2º, do CDC, contudo sustenta a questão de forma bastante razoável e adequada ao sistema do CDC, ao colocar o entendimento segundo o qual pode o liquidante promover sua demanda perante o foro de seu domicílio, mesmo que perante o mesmo não tenha tramitado o processo de que resultou a sentença condenatória genérica.

juízo do foro do domicílio do liquidante, uma vez que o veto ao parágrafo único do artigo 97, não alterou o comando legal do artigo 98, § 2º, inciso I do CDC.

Quando tratamos de liquidação coletiva, ou melhor, global e residual, prevista no art. 100, *in fine*, do CDC, propostas pelos entes do artigo 82 do mesmo diploma legal, será competente para processar e julgar o juízo do processo de conhecimento, conforme o artigo 98, § 2º, inciso II, não sendo válidas as proposições relativas às liquidações individuais, pelos fundamentos do parágrafo anterior.

5.5- Espécies e critérios de liquidação

5.5.1- Fixação do *quantum debeatur*

No tocante à liquidação tradicional prevista no Código de Processo Civil, tem-se que a mesma será proposta pelo credor ou pelo devedor (legitimação ativa), que figuraram como autor e réu, respectivamente, no processo de conhecimento, para que busquem através da ação de liquidação a determinação do *quantum debeatur* (valor da obrigação), do crédito que anteriormente foi objeto de processo que resultou em uma sentença condenatória já transitada em julgado, tornando-a líquida e certa.^{(142) (143)}

O Código de Processo Civil estruturou a liquidação da sentença, pelas alterações introduzidas pela Lei 8.898/94, nos artigos 603 a 611, que

⁽¹⁴²⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *As três figuras da liquidação de sentença*. In: Atualidades sobre liquidação de sentença. São Paulo:1997, p. 15. "A definição dos elementos identificadores da obrigação consiste em determinar aos sujeitos dest, o seu preciso objeto (requisito de certeza) e, quando se trata de obrigação por coisas quantificáveis, inclui-se também a declaração do 'quantum debeatur'".

⁽¹⁴³⁾ Acerca deste assunto muito bem colocado por Antonio Carlos Matteis de ARRUDA, *A nova disciplina da liquidação de sentença*, in: Atualidades sobre liquidação de sentença, p. 84, quando afirma "que os pedidos condenatórios genéricos (art.286, I, II e III do CPC e hipóteses redutíveis a tais incisos), geram as chamadas sentenças condenatórias genéricas ou ilíquidas, que necessitam de processo de liquidação para lhes dar os

anteriormente ao advento dessa norma se apresentavam por arbitramento, por artigos e por cálculos do contador, esta espécie eliminada com a reforma do Código de Processo em 1994.

A liquidação por artigos se dá sempre que houver a necessidade de se determinar o valor da condenação, alegando e provando fato novo (art. 608 CPC), submetida ao procedimento comum (art. 609 CPC), através de petição inicial que deverá conter os requisitos do art. 282 do CPC.⁽¹⁴⁴⁾ Quanto ao fato novo abordaremos em item posterior, sob o enfoque da liquidação coletiva.

A modalidade de liquidação por arbitramento é utilizada quando a apuração do *quantum debeatur* da condenação, depende de realização de perícia técnica específica, realizada por profissional habilitado e especializado na área do conhecimento em que se pretende determinar a obrigação constituída pela sentença condenatória ilíquida, através de laudo proferido pelo perito indicado pelo juízo (aplicados os arts. 420 a 439 do CPC – prova pericial).⁽¹⁴⁵⁾

A liquidação por arbitramento se dará segundo o disposto no artigo 607 do Código de Processo Civil, extinguindo-se mediante sentença, lembrando que terá como fundamento não a avaliação de determinado bem, mas a determinação

atributos de liquidez ou certeza, compondo, dessa forma, o título executivo judicial líquido e certo (art.586 do CPC), que irá embasar e ensejar a futura atuação 'in executivis'.

⁽¹⁴⁴⁾ Nesse sentido são as palavras de Cândido Rangel DINAMARCO, *Execução civil*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 543, “Na liquidação por artigos, sendo indispensável a demanda e também a citação, tem-se um processo inegavelmente autônomo e com todas as formas de procedimento ordinário (art. 609), no qual o efeito da revelia é configurável”. Ressalvamos nesse apontamento o que tange o art., 609 do CPC, que foi modificado pela Lei 8.898/94, não mais tratando de procedimento ordinário, mas sim de procedimento comum, que pode ser ordinário ou sumário.

⁽¹⁴⁵⁾ Sustenta José Carlos Barbosa MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 190, que (...) “Além dos casos expressos em lei, como o do art.18,§ 2º, fine (na redação da Lei 8.952), far-se-á por arbitramento liquidação quando assim o tiver determinado a sentença que julgou a lide, ou as próprias partes, antes ou depois do julgamento, o houveram convencioando (art.606, I); e também quando ‘o exigir a natureza do objeto de liquidação’ (art.606, II), isto é, quando a fixação do valor ou a individuação do objeto da condenação depender da aplicação de conhecimentos técnicos especializados, desde que, numa e noutra hipótese, não haja ‘necessidade de alegar e provar fato novo’ (art.608, a contrário sensu), contendo já os autos todos os elementos indispensáveis à liquidação”.

de um valor aos prejuízos decorrentes de determinado fato ou situação, a exemplo do ato ilícito.

Agregada às espécies liquidatórias do tradicional Código de Processo Civil, temos a liquidação para a tutela do consumidor, especialmente no que assenta a espécie liquidatória das sentenças genéricas proferidas nas ações coletivas, cujo objeto e finalidade apresentam alcance mais amplos que as apresentadas no molde tradicional.

Tomamos a configuração apresentada por Cândido Rangel DINAMARCO⁽¹⁴⁶⁾, quando considera como três as espécies liquidatórias, associadas ao Código de Processo Civil, considerando a “nova liquidação” para a tutela do consumidor, a saber:

(...) “liquidação por arbitramento, para determinação do valor de bens e serviços mediante avaliação (CPC, art. 606). Temos a liquidação por artigos, do CPC (art.608), de cognição ampla e profunda, para a descoberta do ‘*quantum debeatur*’ mediante o conhecimento de fatos constitutivos do direito do credor, não examinados no processo condenatório (fatos novos). E temos agora essa liquidação do Código de Defesa do Consumidor (também por artigos), com toda aquela amplitude de objeto e cognição (...)”.

A distinção das liquidações previstas no Código de Processo Civil foi tema abordado nos parágrafos anteriores, ambas visando a determinação e declaração do *quantum debeatur* para a efetividade da execução forçada. Passamos ao estudo específico da liquidação coletiva quando tratamos da tutela dos direitos metaindividuais.

⁽¹⁴⁶⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob.cit.* p. 38.

5.5.1.1- Liquidação por artigos – Direitos individuais homogêneos

Reiteradas vezes mencionamos no decorrer deste trabalho, que a sentença coletiva expressa o reconhecimento da obrigação genérica do réu, sem se ater às situações em concreto dos titulares dos interesses coletivos em estudo. De forma que, o autor individual deve provar substancialmente, na liquidação de sentença, a sua condição de lesado e a existência do dano sofrido, que em tese foi reconhecido pela sentença coletiva genérica.

Notadamente Cândido Rangel DINAMARCO⁽¹⁴⁷⁾, ressalta a diferença entre as liquidações do Código de Processo Civil e àquela instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente no objeto (pretensão deduzida) do “*novo processo liquidatório*” (grifo nosso), em que a sentença condenatória genérica é de conteúdo declaratório reduzido que as tradicionais, exigindo do demandante, para a constituição do título executivo, um processo liquidatório de maior amplitude, examinando a própria condição de lesado e também os fatos novos determinantes do valor possível para a indenização individual, no que certamente se dará por artigos.

Para que o prejudicado individual prove o nexo de causalidade e o valor devido, enseja o processo de liquidação por artigos, que se dará nos moldes dos artigos anteriormente apostados no Código de Processo Civil vigente, desde a pretensão deduzida na inicial (*an debeat e quantum debeat*) pelo sujeito legitimado, a citação do demandado, com a observância da ampla defesa e do contraditório, apresentação de provas e a recorribilidade da sentença de

⁽¹⁴⁷⁾ *Idem. ob. cit. p. 39.*

liquidação, contudo de forma, mais ampla se comparada ao processo tradicional da liquidação por artigos.⁽¹⁴⁸⁾

A estrutura posta pelo Código de Defesa do Consumidor, ao tutelar coletivamente os direitos metaindividuais, resultando em uma sentença condenatória genérica (art. 95 do CDC), trouxe uma forma diferenciada ao tratar de liquidação e execução, especialmente quanto às demandas relacionadas com os direitos individuais homogêneos, individuais, mas coletivamente tratados, pela sua dispersão na coletividade atingida.

A liquidação por artigos a ser proposta pelas vítimas ou seus sucessores individualmente, terá de comprovar a extensão dos danos individualmente sofridos e o *quantum* pretendido, de tal modo que sempre haverá de alegar e provar fato novo para alcançar a efetividade da sentença genérica. Esta se dará nos moldes do art. 608 do CPC, conforme apresentado anteriormente, seguindo o rito comum, não visa portanto a alteração do *decisium* já transitada em julgado.

Afirma Arruda ALVIM⁽¹⁴⁹⁾ que o rito da liquidação será por artigos, porquanto cada vítima ou sucessor terá de comprovar a dimensão individual dos danos sofridos, a extensão individual dos seus danos, que na ação coletiva julgada precedente, apenas reconheceu que houve o dano, ou a existência do dano, de tal

⁽¹⁴⁸⁾ Aponta Cândido Rangel DINAMARCO, *ob. cit.* p.41, que “onde menos se aproximou e deixou fatos sem esclarecer ou declarar, e deixou inclusive de identificar credores e definir crédito de cada um é preciso investigar e acrescer ao seu momento declaratório isso que lhe falta, em confronto com a condenação ordinária (trata-se da liquidação instituída no Código de Defesa do Consumidor)”. Afirma o autor, ainda, que na busca do caminho processual de das medidas processuais adequadas, estamos no campo do legítimo interesse processual que se resolve pela utilidade, na liquidação a utilidade que se presta a oferecer ao credor é a integração do título executivo diante da sentença genérica, desprovida da declaração do *quantum debeatur*, bem como deixa de incluir a identificação de cada credor a ser satisfeito, ficando apenas na afirmação “da potencialidade danosa da conduta do demandado”, ou seja, a responsabilidade do réu pelos danos causados – art.95 do CDC.

⁽¹⁴⁹⁾ ALVIM, Arruda.*ob.cit.* pp.435-436.

sorte, conforme melhor doutrina, haverá a necessidade de cada indivíduo provar o *an debeat*, uma vez que a sentença liquidando fixou o *an debeat* genérico.

De forma contrária se manifesta Patricia Miranda PIZZOL⁽¹⁵⁰⁾, afirmando:

"a comprovação da extensão individual do dano não está relacionada, no nosso sentir, com a fixação do '*an debeat*' específico, dizendo respeito, isto sim, à própria legitimidade do indivíduo para a propositura da liquidação e respectiva execução, ou seja, para que as vítimas possam ser beneficiadas pela sentença condenatória proferida na ação de conhecimento promovida, terão de demonstrar que elas foram atingidas pelo ato praticado pelo agente. Trata-se de questão prejudicial não ao mérito, como ocorre em regra, mas relativa a uma condição da ação, legitimidade '*ad causam*'".

Ada Pellegrini GRINOVER⁽¹⁵¹⁾ sustenta que o demandante da liquidação da sentença não mais perquire a respeito do *an debeat* já reconhecido pela sentença condenatória, mas tão somente sobre o *quantum debeat*, "onde cada liquidante deverá provar, em contraditório pleno e cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o '*an*'), além de quantificá-lo (ou seja, '*o quantum*')".

Em que pese todas as argumentações apresentadas, nos situamos na liquidação por artigos na esfera dos direitos individuais homogêneos, de que efetivamente o que se busca é provar o vínculo existente entre o dano inserto no *decisium* liquidando e a extensão desse dano na esfera individual do demandante, o prejuízo sofrido em seu "*patrimônio ideal*"⁽¹⁵²⁾, sempre necessitando nesses casos a prova de fato novo.⁽¹⁵³⁾

⁽¹⁵⁰⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *ob. cit.* p.195.

⁽¹⁵¹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.* p.786.

⁽¹⁵²⁾ Expressão empregada por Luiz Rodrigues WAMBIER, *ob. cit.* p.288.

⁽¹⁵³⁾ Cândido Rangel DINAMARCO, *ob. cit.* p. 31, conclui: "É óbvio que os fatos caracterizadores de cada liquidante como lesado são '*atos novos*' em relação ao conhecimento desenvolvido no processo gerador da sentença condenatória em exame – o que determina, segundo as regras do Código de Processo Civil e pela

A propósito do que venha a ser “prova de fato novo”, devemos abrir um breve parêntese, para tecermos algumas considerações.

O fato novo ocorre naquelas situações em que a liquidação não objetiva apenas apurar o valor do dano, mas a titularidade da obrigação imposta pela sentença condenatória, fenômeno este bastante freqüente nas demandas destinadas a tutelar direitos individuais homogêneos.⁽¹⁵⁴⁾

Transcrevemos o conceito de fato novo apresentado por Araken de ASSIS⁽¹⁵⁵⁾, “é aquele resultante da obrigação e de que não foi objeto de pretérita condenação, porque o autor deixou-o de fora do âmbito cognitivo, ou surgiu durante ou após a demanda condenatória, nada obstante se mostra essencial à apuração do ‘quantum debeatur’”.

Do ponto de vista de LUIZ RODRIGUES WAMBIER⁽¹⁵⁶⁾, o vocábulo *novo* na técnica processual “qualifica qualquer ocorrência que se tenha dado depois da propositura da ação e depois da realização de determinado ato processual”. Dessa maneira podemos depreender, que sempre que houver a necessidade de prova de fato ocorrido depois da sentença, e que tenha relação direta com a extensão da obrigação nela constituída, se configura essencial para apuração do *quantum debeatur*.⁽¹⁵⁷⁾

própria natureza das coisas, a indispensabilidade da liquidação por artigos”. Continua o mesmo autor de que fato novo é fato constitutivo não considerado na sentença genérica mas que integra o contexto gerador da obrigação, portano novo somente em relação à cognição judicial.

⁽¹⁵⁴⁾ ZAVASCKI, Albino Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil – do processo de execução*. São Paulo: 2000, V.8, p. 357. “O substituto processual, autor da ação, busca obter sentença condenatória que estabeleça a obrigação do réu de indenizar, cuja sentença de procedência certamente supõe prova cabal da existência do dano, relega-se à liquidação a apuração do quanto é devido e a favor de quem o pagamento deverá ser feito”.

⁽¹⁵⁵⁾ ASSIS, Araken. *Manual de processo de execução*. São Paulo: 2000, p. 302. Tal conceito foi formulado pelas assertivas de Antonio Carlos Matteis de ARRUDA e LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *apud*, Araken de Assis.

⁽¹⁵⁶⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *ob. cit.* p.140

⁽¹⁵⁷⁾ ASSIS, Araken. *Ob. cit.* p.273.

Alcides de Mendonça LIMA ⁽¹⁵⁸⁾, adverte que por fato novo se deve entender apenas aquele conjunto fático, que possa ter reflexo na determinação do *quantum* da obrigação, restando absolutamente fora desse âmbito de abrangência aqueles fatos que, apesar de vinculados à pretensão ressarcitória, não tenham sido objeto do pedido no processo de conhecimento.

Dessa maneira, concluímos pelo acima exposto, que o fato novo não está desvinculado do pedido inicial, objeto do processo de conhecimento, do qual resultou a sentença liquidanda, e sim, esse fato novo, corresponde à determinação do *quantum* fixado na sentença condenatória que realmente prescinde de nova cognição, buscando o montante e a extensão da obrigação, tornando possível a quantificação do dano e o nexos causal dele decorrente.

5.5.1.2 – Liquidação por arbitramento – Direitos coletivos *stricto sensu* e difusos

Anteriormente apontamos as principais características dos interesses e direitos coletivos que se destacam pela indivisibilidade de seu objeto e pela determinabilidade de seus titulares, que estão ligados entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Diferentemente dos direitos e interesses difusos que se destacam pela indivisibilidade de seu objeto e pela indeterminabilidade de seus titulares, que estão ligados entre si por circunstâncias de fato, portanto o fator preponderante entre esses direitos metaindividuais, consiste na determinabilidade ou não de seus titulares, no que incide diretamente

⁽¹⁵⁸⁾ Apud Luiz Rodrigues WAMBIER, *ob. cit.* p.142.

na forma de liquidar referidos direitos expressos na sentença condenatória genérica.

Ao tratarmos da liquidação da sentença condenatória relativa a direitos coletivos em sentido estrito e também aos direitos difusos, temos que havendo liquidações individuais deverão ser processadas nos moldes do Código de Processo Civil, onde o indivíduo deverá também provar o nexo de causalidade existente entre o dano sofrido e a conduta lesiva, declarada na sentença coletiva, podendo dessa forma, o resultado da ação coletiva ser aproveitado pelos titulares dos direitos individuais. ⁽¹⁵⁹⁾

Diferentemente do que se possa entender, nas demandas que envolvam direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, os pedidos serão genéricos buscando à prestação de obrigação específica, de fazer ou não fazer, e a sentença também dessa forma se apresentará através de um comando, porém, se nesse comando da sentença, houver a possibilidade de conversão dessa obrigação em indenização, a liquidação se impõem, se porventura os legitimados propuserem ação condenatória visando o pagamento em pecúnia. ⁽¹⁶⁰⁾

Na hipótese de o pedido inicial da ação coletiva objetivando direitos e interesses difusos, o valor da condenação a ser liquidado será em proporções maiores ao dano que atinja direito coletivo em sentido estrito, principalmente porque naqueles os titulares são indeterminados e os interesses são indivisíveis, dificultando a quantificação do *quantum debeatur* pelo magistrado. Tal liquidação deverá ser proposta pelo próprio autor da ação ou pelos legitimados do artigo 82

⁽¹⁵⁹⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. cit.* p. 289.

⁽¹⁶⁰⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob. cit.* pp. 196-197.

do Código de Defesa do Consumidor, revertendo o valor da indenização para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (Lei 9.008/95), conforme disposição expressa no artigo 100 do CDC, não prejudicando as liquidações individuais (art. 103, § 3º).

Afirma Patricia Miranda PIZZOL⁽¹⁶¹⁾, que na liquidação coletiva, a legitimidade para liquidação e execução da sentença é preferencialmente do próprio autor da ação condenatória, observado o prazo de 60 dias previsto no art. 15 da LACP, que trata da execução e no entendimento da doutrina mais autorizada, a norma disse menos do que deveria dizer, sendo que

“se a sentença contiver condenação genérica, haverá a necessidade de uma liquidação prévia, para que possa ser executada, e, nesse caso, o autor da ação, no prazo de 60 dias, ou os demais legitimados, após esse período, terão de promover liquidação e execução”.

A principal dificuldade surge em apurar a quantificação da indenização quando tratamos de direitos ou interesses difusos ou coletivos, pois não há qualquer disposição legal expressa que possa delimitar ou mesmo orientar o magistrado, mesmo que subsidiariamente, faltando-lhe critérios para delimitação do *quantum debeatur*. Em que pese a falta de decisões judiciais ou mesmo entendimentos doutrinários acerca desses critérios norteadores para apuração do valor a ser indenizado, apontamos por analogia, conforme lição de Patricia Miranda PIZZOL⁽¹⁶²⁾, a fixação do *quantum debeatur* da indenização relativa a

⁽¹⁶¹⁾ *Idem, ob. cit.* p.197. Enfatiza essa mesma autora de que não se exclui a legitimidade do Ministério Público, tampouco dos demais legitimados para ajuizamento da ação coletiva, evitando “um prejuízo social”, uma vez que um número indeterminado de pessoas é atingido pelo dano. Nesse mesmo sentido Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria ANDRADE NERY, *Código de Processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*, 3ª ed., São Paulo, p. 1043.

⁽¹⁶²⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob. cit.* p. 199.

danos morais. Segundo seu entendimento e citando Humberto THEODORO JÚNIOR ⁽¹⁶³⁾, que a solução apresenta fundamento no “*princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão*”, restando ao magistrado, condenar o causador do dano à reparação do mesmo, dosando a indenização em prol daquele que sofreu o dano, de forma eqüitativa através do poder discricionário conferido ao órgão julgante, apreciando de forma lógica e razoável, através de uma atividade jurisdicional condicionada às valorações positivas do ordenamento jurídico. ⁽¹⁶⁴⁾ Portanto, conclui Patricia Miranda PIZZOL, que diante da inexistência de previsão legal quanto aos critérios que devem ser adotados para a fixação do valor da indenização por dano a direitos e interesses coletivos e difusos, entende ser possível a aplicação subsidiária dos preceitos relativos à reparação do dano moral.

No que diz respeito à liquidação da sentença coletiva que tutela direitos ou interesses difusos, temos que tanto poderá ser adotada a modalidade de liquidação por artigos, em havendo a necessidade de provar-se fato novo, como poderá ser liquidada através da modalidade por arbitramento, quando o exigir o caso concreto, em especial quando prescindir da realização de perícia e avaliação técnica especializada para mensurar a extensão ou o valor do dano. ⁽¹⁶⁵⁾

⁽¹⁶³⁾ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o Direito Civil*. in Revista dos Tribunais, 66/7-9, dez/90, apud Patricia Miranda Pizzol, ob. cit. p.199.

⁽¹⁶⁴⁾ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: 1987, pp. 64-65. Apud Patricia Miranda PIZZOL, ob. cit. p.201. Cita essa autora que poderão se utilizados, por analogia, alguns critérios nas leis extravagantes para fixação do *quantum debeat*, tais como a Lei de Imprensa, a Lei que disciplina os acidentes de trabalho e como legislação alienígena, o Código Civil de Portugal (arts. 494 e 496)

⁽¹⁶⁵⁾ Cumpre citar a decisão proferida em Acórdão negando provimento à Apelação Civil 178.347-1, da 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 03.02.1993 – Rel. Des. José Osório,

Perfeitamente admissíveis os procedimentos liquidatórios por arbitramento e por artigos em se tratando de direitos e interesses coletivos em sentido estrito, optando o Juiz por um ou outro, desde que apropriado à situação concreta.

Diante da possibilidade de provar-se fatos novos e outros fatos circunstanciais à delimitação do *quantum debeatur* serão necessariamente produzidas provas pericial, documental, testemunhal, vistorias no local do dano, enfatizando que o ônus da prova nas ações coletivas é do réu, por força da interação dos textos legais do Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública.⁽¹⁶⁶⁾

5.5.2- Reparação fluída (*fluid recovery*) – Ressarcibilidade indireta

Abrimos um item específico para tratarmos da reparação fluída, fenômeno que dá autenticidade e qualificação à tutela coletiva, não se aplicando especificamente aos direitos e interesses individuais homogêneos.

A reparação fluída tem sua referência no direito norte americano, cuja denominação se apresenta com "*fluid recovery*" ou também, "*cypress recovery*", traduzido literalmente "tão perto quanto possível"⁽¹⁶⁷⁾, remédio eventualmente utilizado quando o réu é condenado a ressarcir milhares ou centenas de membros da *class*, dificultando a identificação das pessoas lesadas, bem como determinar o valor indenizatório, ou do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros

determinando que a liquidação se fizesse por arbitramento ao invés de por artigos, conforme decisão de primeiro grau, diante da dificuldade premente na apuração do valor econômico da indenização, relacionada a dano ambiental ocorrido na Baixada Santista provocado pela Petrobrás. O Tribunal optou pela liquidação por arbitramento, uma vez que determinou que fosse levado em conta a quantidade de óleo derramada, eventuais reincidências, medidas tomadas para diminuir o dano, capacidade econômica da ré, além de outras circunstâncias serem aferidas pelo critério do juiz da execução, certamente através de perícia técnica.

⁽¹⁶⁶⁾ Alude Patricia Miranda PIZZOL, *ob. cit.* p.208, que a inversão do ônus da prova se dá por obra do juiz, cabendo a ele se estão presentes os requisitos legais para a inversão.

⁽¹⁶⁷⁾ *Black's Law Dictionary*, St. Paul., Minn., 1979, 5º ed., p.349, *apud* ALVIM, Arruda, *ob. cit.* p. 451.

da coletividade. A jurisprudência norte americana criou a “*fluid recovery*” para que eventualmente fosse utilizada, não como regra, para fins diversos dos ressarcitórios, porém conexos com os direitos da coletividade, a exemplo dos direitos dos consumidores ou do meio ambiente. ⁽¹⁶⁸⁾

Cita Arruda ALVIM ⁽¹⁶⁹⁾, quando comenta as questões controvertidas e não solucionadas pela Corte norte americana, “*que torna-se inviável a ‘fluid recovery’ se os destinatários dos benefícios, ainda que não sejam os mesmos, não puderem ser identificados por uma classe, com os mesmos interesses, o que com a criação do Fundo, resta entre nós, obviado*”.

Diferentemente ocorre no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, genericamente o juiz quantifica a indenização pelos danos causados, pois o bem jurídico tutelado pela condenação ainda é indivisível, sendo o valor a serem apurados através de liquidação de sentença, movida pelas vítimas e seus sucessores, para posterior execução e reparação individual dos danos sofridos.

Todavia o artigo 100 do CDC, previu a hipótese de transcorrido o prazo de uma ano sem habilitação de liquidações individuais ou em número incompatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 do CDC, promover a liquidação e execução da indenização devida, sendo o produto dessa revertido para o Fundo de Direitos Difusos. ⁽¹⁷⁰⁾

⁽¹⁶⁸⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob.cit.* p. 793.

⁽¹⁶⁹⁾ FRIEDENTHAL, Jack H., KANE Mary Kay, MILLER Arthur R. *Civil Procedure*, cit. §16.5, p. 748, nota 33. Apud ARRUDA ALVIM, *ob. cit.* p.451. Acrescenta ainda ARRUDA ALVIM de que o Código de Processo de Nova Iorque, não determinou a validade e aplicação da “*fluid recovery*”, com a impossibilidade de ser identificado quais seriam os beneficiários, argumentando ainda os autores norte americanos (PETERFREUND, Herbert e Mlaughlin. *New York Practice – Cases and Other Materials*. New York: 1978, 4ª ed., p.522, nota 1.), de que o Tribunal ao julgar uma *class actions*, deve definir e incluir os membros da classe, no que compromete essencialmente o remédio processual.

⁽¹⁷⁰⁾ Exemplifica Ada Pellegrini GRINOVER, a hipótese de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado, situação essa que “o dano globalmente causado pode ser

Vale nesta oportunidade mencionarmos acerca do que venha a ser o Fundo de Direitos Difusos, criado pela Lei 9.008/21.03.95, que definiu suas finalidades e fontes de receita, também previsto no art. 13 da LACP, e art. 100, parágrafo único do CDC: “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 outros interesses difusos e coletivos” - (art.1º da Lei 9.008/95).

Devemos observar que a indenização destinada para o Fundo de Direitos Difusos (reparação fluída), que trata o art. 100 do CDC, é residual, pois somente poderá reverter ao fundo em caso de não haver habilitação em número compatível com a gravidade do dano e, promovidas indenizações individuais deve ser abatido do Fundo os valores a serem pagos às vítimas ou mesmo os já pagos, não se cogitando a ocorrência de dupla indenização pelos mesmos fatos.⁽¹⁷¹⁾

Atentamos que o produto da indenização prevista no art. 100 do CDC deverá reverter ao Fundo, ressalvadas as indenizações individuais, que buscarão a execução a título individual, que terão preferência de pagamento em caso de concurso de créditos (art.99 CDC). Esse direito, como antes apontado, não decai com o decurso do prazo de um ano, por essa razão tanto as execuções individuais em andamento, mesmo que em número reduzido, quanto aquelas que venham a

considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o *caput* do art. 100 previu a *fluid recovery*”. *Ob. cit.* p.793.

⁽¹⁷¹⁾ CAPPELLETI, Mauro. *Access to justice*. Milano: 1978, v.6. *apud* Ada Pellegrini GRINOVER, *ob. cit.* p.795. É possível, que ao mesmo tempo ocorram liquidações pelos danos pessoalmente sofridos, passando a *fluid recovery* a consistir em um verdadeiro “resíduo não reclamado”. Nesse caso o juiz deverá levar em consideração as indenizações pessoais apuradas, para efeito de compensação.

ser propostas posteriormente, não serão prejudicadas em benefício do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.⁽¹⁷²⁾

O pedido para que seja apurado o *quantum* a ser recolhido ao Fundo não poderá ser direto, censurável o seu acolhimento direto, para tanto o pedido de indenização pessoal precede ao pedido de reversão ao Fundo, “somente nas hipóteses de não haver número de habilitações individuais, ou em as havendo, a da reversão pelo eventual resíduo não reclamado”.⁽¹⁷³⁾

Questionamentos exsurge na doutrina quanto a expressão “interessados em número compatível com a gravidade do dano”, prevista no *caput* do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, apontada por Luiz Rodrigues WAMBIER⁽¹⁷⁴⁾, como conceito *vago* ou indeterminado, técnica legislativa que proporciona maior flexibilidade ao aplicador da lei e possibilita maior rendimento à norma jurídica.⁽¹⁷⁵⁾

Uma vez não definido pela norma essa expressão, caberá ao juiz como aplicador da lei, analisar o contexto, afim de alcançar as aspirações do caso concreto e seu real significado diante do interesse coletivamente tutelado,

⁽¹⁷²⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. cit.* pp. 296 –297. Referenciamos ARRUDA Alvim, *ob. cit.* p. 447, que enfatiza seu ponto de vista no sentido de que não se operou a prescrição ou a decadência de direito, podendo ocorrer a habilitação, mesmo que já iniciada a liquidação e a execução pelo ente coletivo, não podendo subtrair os direitos subjetivos individuais à reparação, ocorrendo essa haveria como que expropriação, independentemente de indenização. Divagamos um pouco, ao tratarmos da extensão do dano no caso de ato lesivo ao meio ambiente ou ao patrimônio genético quando for de caráter difuso ao ponto de não determinar-se a habilitação individual, entendemos que haverá a inversão da primazia do direito individual sobre o coletivo, uma vez que a abrangência do dano não nos permitiria determinar as vítimas, sendo os titulares indetermináveis e o objeto indivisível. A liquidação e a execução ocorrerão diretamente de forma coletiva, onde os valores apurados reverterão ao Fundo de Direitos Difusos (art. 1º da Lei 9.008/95).

⁽¹⁷³⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.* p.794. Cita também a autora Acórdão, Ap.191.866-1/5, proferido pela 5ª Câmara, do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 17.06.93, caso de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público em face de indústria alimentícia, pela comercialização de produto com peso inferior ao indicado na embalagem, além da condenação de obrigação de fazer, houve pedido e condenação do pagamento de indenização de valor equivalente ao peso correspondente ao percentual de erro médio consignado nos autos de infração, destinado ao Fundo, o Acórdão entendeu equivocadamente se tratar de direito difuso.

⁽¹⁷⁴⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. cit.* p.293.

⁽¹⁷⁵⁾ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: 1998, p. 291. Se refere a jurista, quando trata de conceitos vagos e indeterminados, ao tratar da noção de dano ou prejuízo de impossível ou difícil reparabilidade, como pressuposto para admissibilidade de mandando de segurança

possibilitando ao mesmo flexibilidade na interpretação, sendo impossível essa se porventura o legislador tivesse delimitado taxativamente a quantidade de interessados com a gravidade do dano.⁽¹⁷⁶⁾

O instituto da *fluid recovery*, mais que recompor o dano coletivamente causado, visa a prevenção de novos comportamentos ilícitos e com finalidade de enriquecimento ilícito, benefícios condenáveis ante o dano coletivamente causado. Nesse mesmo sentido citamos as palavras de Elton VENTURI, ao tratar da reparação fluída:

“(...)pelo microsistema de tutela dos direitos transindividuais, pretende-se que a ‘*fluid recovery*’, muito mais do que se prestar a uma questionável recomposição do dano provocado pelo ato irresponsável do agente condenado, sirva como forma de prevenção geral e especial à reiteração de comportamentos lesivos aos direitos supra – individuais, acarretados, no mais das vezes, em benefício de pessoas ou grupos interessados apenas em aumentar sua margem de lucro”.⁽¹⁷⁷⁾

O prejuízo globalmente causado, objeto da reparação fluída, deverá ser apurado através da liquidação por artigos, havendo a necessidade de da prova de fatos novos para a definição do *quantum* a ser reparado à toda coletividade, de tal sorte que o juiz procederá à avaliação e quantificação dos danos causados, não se atendo aos prejuízos individualmente sofridos, sendo que o cálculo da liquidação para apuração do *quantum* terá como base o lucro indevido ou ilícito do

contra ato do juiz : “Definir gera segurança, mas cria os inconvenientes limites do espaço negativo. Tem-se por outro lado, a certeza do que está incluído, mas o que está excluído pela definição não pode ser incluído”.

⁽¹⁷⁶⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. cit.* p. 295. “A idéia do legislador foi a seguinte: ainda que tenha havido certa movimentação em torno da sentença de procedência, se não se considerar ter sido restabelecido o equilíbrio que se havia rompido pela perpetração do ilícito, a legitimidade por assim dizer ‘devolvida’ aos entes coletivos de que fala o art. 82 do CDC, para que faça justiça, com o objetivo de supri a inatividade dos prejudicados que não pode resultar na liberação do causador do dano”.

⁽¹⁷⁷⁾ VENTURI, Elton. *Ob.cit.* p. 146.

causador do dano ⁽¹⁷⁸⁾. Não impede, porém, que a liquidação se processe por arbitramento, dependendo do caso concreto.

Acertadamente enfatiza Antonio Herman V. BEIJAMIN ⁽¹⁷⁹⁾, em se tratando de direitos indivisíveis, a procedência da ação coletiva, redundará numa situação de “ressarcibilidade indireta” em que “os sujeitos individualmente não são aquinhoados com o ‘quantum debeatur’, que irá para o fundo”.

Vemos, portanto, que a reparação fluída, trazida ao nosso contexto pela experiência norte americana, poderá apresentar certas dificuldades ao pretender ressarcimento de direitos amplamente e coletivamente causados, de tal forma que não possa alcançar a todas as vítimas individualmente, pela impossibilidade de identificá-las e conseqüentemente de distribuir o *quantum* apurado pela liquidação, sendo que o valor residual não reclamado pelos membros da coletividade deverá integrar o Fundo de Direitos Difusos, em benefício de toda a comunidade.

5.5.3 – Liquidação valor zero

Aludimos o valor zero da liquidação por se tratar de questão importante e de difícil solução quando tratamos da possibilidade de a liquidação se finalizar sem que tenha atingido um valor líquido da condenação, não havendo portanto, para o liquidante qualquer valor a ser ressarcido, mesmo que haja o fiel empenho para que se provem os fatos que ensejam a constituição do *quantum debeatur*.

⁽¹⁷⁸⁾ ALVIM, Arruda. *Ob. cit.* p. 451. Considera o autor que em algumas hipóteses no direito norte americano, e à luz dos critérios que presidem a *fluid recovery* ou a *cypress recovery*, já houve condenações tendo em vista os benefícios ilícitos, tais como estavam documentados pelos próprios réus (Jacck H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *ob. cit.* p.747. Nesta mesma obra, os autores americanos informam é necessário utilizar os dados e documentos do réu, pois do contrário o cálculo dos danos pode ser insuscetível de ser trabalhado.

⁽¹⁷⁹⁾ BEIJAMIN, Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor.* In ÉDIS MILARÉ (coord.) *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.* São Paulo:1995, p.93.

Existe com certeza algumas diferenças a serem postas em discussão, quando o resultado da liquidação resultar zero, pelo fato de o autor não conseguir provar a extensão do dano ou pelo fato de que, mesmo havendo a efetiva produção de provas por parte do autor, constatou-se que o “*dano*” não gerou prejuízo patrimonial à vítima, embora fosse indicado pela processo de conhecimento que culminou em sentença condenatória genérica. Na primeira hipótese houve provavelmente falhas no ônus probatório, levando ao juiz na limitação do *quantum* uma incerteza, se houvesse outras provas, a extensão do dano certamente seria comprovada. Já na segunda hipótese a demonstração do dano se efetivou através das provas, porém o juiz concluiu que o prejuízo foi igual a zero. ⁽¹⁸⁰⁾

A questão relativa ao resultado zero na liquidação remonta no direito italiano, em especial se esse resultado não estaria afrontando a coisa julgada relativa à sentença genérica do processo de conhecimento. Segundo o sistema italiano, a sentença genérica é tida como sentença declaratória de direito, não impedindo de que através da liquidação não encontre o *quantum debeatur* da obrigação, já declarada pela sentença genérica, não implica, portanto em ofensa à autoridade da coisa julgada.

Piero CALAMANDREI ⁽¹⁸¹⁾ ao analisar a natureza jurídica da sentença condenatória genérica e posteriormente no processo de liquidação a declaração de valor zero da obrigação, expressou-se no sentido de que justifica-se essa

⁽¹⁸⁰⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ob. cit.* p.101.

⁽¹⁸¹⁾ CALAMANDREI, Piero. *La condanna generica ai danni*. Rivista di Diritto Processuale Civile. Padova: 1933. P.366. No direito italiano, a sentença que contenha condenação genérica permanecerá inoperante, se não se puder encontrar o respectivo *quantum*.

última possibilidade desde que se aceite a natureza declaratória da sentença genérica, com finalidade precipuamente “cautelar”, com base “*em mera verossimilhança acerca da efetiva existência de danos produzidos pela conduta ilícita do condenado*”.⁽¹⁸²⁾ Portanto, caso a sentença genérica apenas declare a ilicitude objetiva do ato e a culpa do agente, sem que os danos representem em prejuízo econômico, não estaria nesse caso ferindo a coisa julgada relativa à sentença genérica.

Orientação semelhante adota Egas MONIZ DE ARAGÃO⁽¹⁸³⁾, esclarecendo:

“Sempre, pois, que no processo de conhecimento houver sido apurado somente o ‘*an debeat*’, a sentença (dita condenatória mas na verdade apenas declaratória) estará exposta ao risco de na fase da liquidação verificar-se que nada há a ressarcir e a indenização ficar reduzida a zero, risco esse que há muitos séculos preocupa os escritores e os tribunais”.

Em seu entender, portanto, é absolutamente normal a situação apontada, devendo ser assimilada pelo sistema processual sem que signifique ofensa à coisa julgada ou mesmo à condenação genérica.

De forma inversa se posiciona José Frederico MARQUES⁽¹⁸⁴⁾, que uma vez não se chegando a quantificação dos danos provocados através da liquidação por artigos, a liquidação deverá ser julgada improcedente, ao liquidante seria dada nova oportunidade de alcançar o *quantum* através de liquidação por arbitramento, com a intenção de não violar uma pretensa “coisa julgada” da sentença genérica proferida anteriormente.

⁽¹⁸²⁾ VENTURI, Elton. *Ob.cit.* p.143. Comenta Elton Venturi, que para Calamandrei “ter-se-ia verdadeira condenação, autorizadora da subsequente execução forçada, apenas quando a sentença do processo de liquidação decidisse positivamente sobre a efetiva existência de danos indenizáveis *in concreto* “. Segundo Calamandrei a sentença que exige liquidação nada mais faz do que declarar o dano potencial, e não a efetiva existência do dano.

⁽¹⁸³⁾ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Notas sobre liquidação de sentença*. São Paulo; 1986. RePro vol. 44, p.29.

⁽¹⁸⁴⁾ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: 1976, Vol. 4, p. 71.

Cândido Rangel DINAMARCO ⁽¹⁸⁵⁾, enfatiza que em nosso sistema nada obsta a possibilidade de que a liquidação resulte em valor zero, devendo o juiz decidir dessa forma quando se convencer que não há dano a ressarcir, ou que não há qualquer expressão econômica traduzida no objeto da liquidação, ou saldo remanescente a ser pago pelo réu.

A hipótese apontada por Araken de ASSIS ⁽¹⁸⁶⁾, é no sentido de que a condenação genérica seja mais aparente do que real, tratando o Judiciário de juízos de probabilidade. Em seu pensar, ocorrendo a improcedência, aplica-se a regra geral relativa à coisa julgada, ficando o autor impedido de intentar nova demanda.

As discussões acerca do tema não cessam na doutrina quando se trata de liquidação tradicional, porém devemos pretensamente abordá-la na liquidação da sentença genérica proferida nas ações coletivas *lato sensu*.

Ao analisarmos a condenação genérica contida no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, de forma bastante ampla declara o dano, não está a reconhecer e tampouco a declarar “a existência de concretos e identificados direitos individuais lesados, e muito menos identifica titulares” ⁽¹⁸⁷⁾, permitindo dessa forma um exame mais amplo da sentença genérica.

No que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, verifica-se a possibilidade de resultado a um valor zero na liquidação por artigos movida pelas vítimas ou seus sucessores, quando das reparações individuais. Nesse caso a sentença genérica fixa o *an debeatur*, cabendo à vítima ou seus sucessores

⁽¹⁸⁵⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: 1994, 4ª ed., p. 550.

⁽¹⁸⁶⁾ ASSIS, Araken. *Ob.cit.* p.289.

⁽¹⁸⁷⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *ob. cit.* pp.30-31.

provar através de liquidação por artigos o prejuízo efetivo advindo do ato danoso praticado pelo réu, o nexo de causalidade. ⁽¹⁸⁸⁾

Em se tratando de sentença genérica que venha a proteger direitos difusos, danos indivisíveis, não passíveis de determinar-se os titulares que atuarão para liquidar a sentença genérica, mesmo que a liquidação ocorra de forma residual e após à liquidação individual (art. 100 do CDC), não haverá a possibilidade da liquidação resultar em nenhum valor, violando dessa forma o bem coletivo tutelado pela sentença genérica. ⁽¹⁸⁹⁾

Elton VENTURI ⁽¹⁹⁰⁾, comenta que a *fluid recovery* do sistema brasileiro, antes debatida, não resume-se à soma de indenizações individuais não cobradas pelas vítimas ou seus sucessores, possui caráter autônomo, haverá, portanto, que se *“mensurar no âmbito da liquidação coletiva da sentença condenatória genérica, um valor estimativo seja do dano metaindividual ocasionado, seja do ganho indevido que obteve o agente responsabilizado pelo decreto condenatório, para ser destinado ao Fundo de da LACP”*.

Se estamos diante da tutela de direitos metaindividuais, não podemos admitir que a violação a tais direitos não seja recomposta através de um valor, mesmo que estimado, para que as condutas lesivas contra a coletividade sejam reprimidas, e o valor a ser apurado revertido ao Fundo, de tal sorte não poder

⁽¹⁸⁸⁾ Idem. *Ob. cit.* pp.30-31. Cândido Rangel Dinamarco pronuncia-se a respeito afirmando que a sentença genérica nas ações coletivas deixa uma vazia de declaração, permitindo uma amplitude de exame e declaração no processo de liquidação que cada um dos interessados individualmente a instaurar.

⁽¹⁸⁹⁾ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ob. cit.* p. 159. Ao comentar o artigo 100 do CDC, o autor afirma que *“no primeiro caso e precisamente porque não houve ou não foi expressiva a habilitação individual, ela tem por objeto a fixação de um quantum para reparar o prejuízo apenas em sua dimensão global, levando em conta os danos reconhecidos na própria sentença de condenação genérica”*.

⁽¹⁹⁰⁾ VENTURI, Elton. *Ob. cit.* pp. 146 - 147. Nessa oportunidade citamos as palavras de Antônio Herman V. Benjamin, *ob. cit.* p.121, *“(...) funcionar como complemento indireto ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, no sentido de desestimular ou deter condutas sociais indesejáveis. O violador potencial, antes de lançar mão de suas atividades e métodos socialmente nefastos, pensará duas vezes, intimidado que estará com a*

atribuir à tal liquidação valor zero, sob pena de corroborar com ganhos ilícitos em detrimento da coletividade.

5.6 - Liquidação individual e liquidação coletiva – concomitância de liquidações – litispendência

Devemos confrontar as demandas individuais e as demandas coletivas quando tratamos do processo de liquidação. Segundo a regra estabelecida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, não há a possibilidade de litispendência entre a liquidação coletiva, cujo objeto é a tutela de interesse difuso ou coletivo, e a liquidação individual proposta pela vítima do dano, contudo entre as liquidações de ordem coletiva poderá ocorrer a litispendência.⁽¹⁹¹⁾ Haverá, contudo, situação de continência, como aponta Flávio Luiz YARSHELL⁽¹⁹²⁾, recomendando-se a reunião de todos os feitos, desde que possível pela natureza da competência, para que haja a harmonia e uniformização dos julgamentos.

Nesse mesmo raciocínio, cogita Ada Pellegrini GRINOVER⁽¹⁹³⁾ :

“uma nova espécie de continência, a aplicar-se também aos sujeitos ativos, porquanto a parte ideológica, portadora em juízo dos direitos e interesses individuais homogêneos,

possibilidade de, por força de uma ação coletiva dessa natureza, vir a perder ou até ultrapassar os ganhos ilícitos que por acaso tenha auferido com a sua conduta repreensível”.

⁽¹⁹¹⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob. cit.* p.215. “Pode haver, assim, litispendência entre duas ou mais ações coletivas e, conseqüentemente, entre as respectivas liquidações, ou mesmo entre duas liquidações coletivas promovidas por legitimados diversos, que tenham por objeto a mesma sentença condenatória”.

⁽¹⁹²⁾ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ob. cit.* p. 158., *in ob. cit.* p. 492, nota 8. Lembra o autor da hipótese aventada por Vicente GRECO FILHO, *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, São Paulo: 1991, p. 364, no caso de todas as pessoas afetadas pelo dano, determinadas, venham a propor ações individuais depois da ação coletiva, esta deve ser extinta por perda do objeto.

Atualmente há a nítida tendência de atribuir ao mesmo juízo a competência para processar e julgar as ações individuais de responsabilidade civil, que se apoiem no mesmo fundamento, em conjunto com as de grupo, para evitar julgamentos contraditórios, como analisa ADA PELLEGRINI GRINOVER, à recente conquista no campo das ações coletivas de responsabilidade civil, pela reunião dos processos perante o mesmo juízo, apontado pelo Relatório geral das ações de grupo apresentado no XII Congresso de Direito Comparado, ocorrido em Montreal, agosto de 1990.

⁽¹⁹³⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.* p.832. Em sentido semelhante se coloca Arruda ALVIM, Thereza ALVIM, Eduardo Arruda ALVIM e James MARINS, *ob. cit.* 492.

abrange a todos os seus titulares. A identidade da causa de pedir é evidente. E o objeto da ação coletiva, mais amplo, abrange o das ações individuais”.

Suscita a autora, porém, que se porventura não houver a possibilidade de reunião de processos por algum motivo, a continência pode levar a uma relação de prejudicialidade entre os processos, aplicando-se o disposto no art. 265, IV, “a”, do CPC, em termos de suspensão de processo. Contudo, essa suspensão dos processos individuais sujeita-se ao prazo de um ano (art. 265, § 5º do CPC), decorrido esse prazo as ações individuais de responsabilidade civil deverão prosseguir. Nesse caso, se, transcorrido o prazo de um ano não haja a decisão final da ação coletiva e as ações individuais retomarem o seu curso normal, podendo surgir coisas julgadas conflitantes, situações estas perfeitamente aplicáveis à ação de liquidação.

Resumidamente depreendemos da assertiva da autora, que o autor da ação individual, pedirá a suspensão do processo, optando por ser incluído na coisa julgada coletiva ou poderá optar pelo prosseguimento da ação individual, ficando excluído da coisa julgada coletiva, mesmo que favorável. No caso de prosseguir na ação individual, estabelece-se o nexo de continência com a ação coletiva, não sendo possível esta reunião levará à suspensão prejudicial do processo individual, e superado o prazo de um ano para a suspensão individual, poderá ocorrer coisas julgadas contraditórias, não podendo o autor da demanda ao mesmo tempo ser prejudicado e beneficiado por essas sentenças. Portanto se o autor individual não pedir a suspensão do processo de que é titular e este for julgado improcedente,

não poderá ser beneficiado pela procedência da ação coletiva, sob pena de violação à coisa julgada.⁽¹⁹⁴⁾

Conclusivamente, trata a litispendência de instituto processual previsto no artigo 301 do CPC, quando há a caracterização das partes, objeto e causa de pedir – tríplice *eadem* - caracterização esta que não ocorre entre as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e as ações individuais, uma vez que o objeto dos processos é diverso, pois nas ações individuais o objeto é o ressarcimento pessoal, enquanto que nas ações coletivas consistem na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer.⁽¹⁹⁵⁾ Serão, portanto, ações independentes entre si, cuja sentença e respectiva liquidação também o serão.

Entende Patricia Miranda PIZZOL⁽¹⁹⁶⁾, mesmo que as liquidações coletivas tenham sido ajuizadas por entes diversos, ocorre a litispendência, pois o titular do direito ou interesse afirmado, ou seja, toda a coletividade em se tratando de direito difuso, ou os membros de um grupo ou classe quando se trata de direito coletivo em sentido estrito, tendo por objeto a mesma sentença condenatória.

Da mesma sorte entende a autora acima citada, que não há, em regra, a possibilidade de litispendência entre a liquidação individual e a coletiva, contudo não há vedação expressa imposta pela lei de que não possam tramitar

⁽¹⁹⁴⁾ Citamos Acórdão proferido em Ação Civil Pública, TRF, 4ª Região, 5ª Turma, Ap. Cível 94.044557540-RS, j. 27.04.1995, DJ 31.05.1995, p. 33587: *“Processo civil – Ação Civil Pública – Ação individual – Litispendência – Coisa Julgada – Execução – 147,06% - As ações coletivas não induzem a litispendência para as ações individuais e os efeitos da coisa julgada não beneficiam os autores das ações individuais que não requerem a sua suspensão, nos termos do art. 104 da Lei 8.078/90. A liquidação e a execução individual da sentença condenatória coletiva depende de iniciativa do próprio titular do direito e na~pode ser feita ‘ex officio’, por determinação do juiz”*.

⁽¹⁹⁵⁾ ⁽¹⁹⁶⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob. cit.* p.215.

concomitantemente, ressalvado o caso de o titular do direito material, na hipótese de ação a tutelar direitos individuais homogêneos, que propôs ação individual de indenização pelo dano sofrido, habilitar-se na liquidação coletiva.⁽¹⁹⁷⁾

Enfatizamos que a regra estabelecida pelo artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor aplica-se também às ações civis públicas previstas na Lei 7.347/85, conforme disposição expressa em seu artigo 21, com redação dada pelo artigo 117 do CDC, bem como ao mandado de segurança coletivo, em virtude da natureza coletiva destas ações.

5.7 – Novas perspectivas da liquidação da sentença coletiva – efetividade do processo de execução da tutela coletiva

O objetivo maior da liquidação de sentença é tornar possível e efetiva a tutela jurisdicional executiva, tornando líquida a sentença condenatória genérica, que declarou o direito ou a obrigação a ser cumprida pelo réu, para que através da execução satisfaça os interesses do autor.

Nas palavras de Humberto THEODORO JÚNIOR ⁽¹⁹⁸⁾,

“nenhuma justiça efetiva se realiza sem a realização concreta da alteração fática na situação das pessoas envolvidas no litígio. Daí a importância relevantíssima do processo de execução, pois é por meio dele que se alcança o resultado prático da tutela jurisdicional”.

Para tanto o processo de execução visa precipuamente fazer valer de forma prática o direito substanciado na sentença, através do cumprimento da

⁽¹⁹⁷⁾ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Ob. cit.* p.215.

⁽¹⁹⁸⁾ THEODORO JUNIOR, Humberto. Execução – Rumos Atuais Do Processo Civil Em Face Da Busca De Efetividade Na Prestação Jurisdicional .in RJ nº 251 - Set/98, p. 05.

prestação devida ao credor pelo devedor, de forma coercitiva para que este venha a satisfazer a condenação que lhe fora imposta.

A noção de tutela executiva encontra na doutrina diversas vertentes. José Roberto dos SANTOS BEDAQUE ⁽¹⁹⁹⁾, enfatiza que “*tutela jurisdicional é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial*”. Menciona Flávio Luiz YARSHELL ⁽²⁰⁰⁾, que tutela jurisdicional executiva como sendo aquela

“exercida através de um processo de idêntica nomenclatura, onde a atividade dos órgãos jurisdicionais está voltada para dar atuação à sanção, contida exclusivamente na sentença condenatória (ou outro título executivo), com a finalidade de proporcionar, sem o concurso de vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”.

A eficácia da tutela jurisdicional executiva relativa aos direitos metaindividuais está dependente de estrutura e operatividade, no que revela-se de grande importância, pois prescinde do entendimento dos conceitos desses direitos, de suas dimensões práticas, legalmente estabelecido no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, através de procedimentos fundamentados na Lei de Ação Civil Pública, das disposições da Lei 8.078/90 e subsidiariamente ao Código de Processo Civil. ⁽²⁰¹⁾

Uma vez aparelhada a execução com título executivo líquido e certo, através da liquidez da sentença condenatória genérica, inicia-se o processo executivo coletivo, diferentemente do tradicional processo civil, especialmente

⁽¹⁹⁹⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: 1995, p. 31.

⁽²⁰⁰⁾ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: 1993. P. 27

⁽²⁰¹⁾ A exemplo da execução da sentença condenatória em dinheiro proferida em ação coletiva, deve ser observado o procedimento do CPC, diante da omissão da Lei 7.347/85 e do CDC.

quando tratamos da noção de credor do título executivo formado pela sentença ou pelo compromisso de ajustamento, que determina a legitimação concorrente dos legitimados do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC, bem como a reparação fluída do montante reparatório. Não podemos, desta forma executar a sentença coletiva com os princípios construídos com a idéia tradicional de execução instantânea do julgado, prescindindo de princípios adequados às suas finalidades.

As normas relativas à execução em ações coletivas *lato sensu* encontram-se previstas no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 97 a 100, carecendo de regras específicas para os direitos difusos e coletivos *sticto sensu*, aplicando-se portanto as regras quanto a execução, as relativas aos direitos individuais homogêneos.

As sentenças proferidas na defesa dos direitos coletivos poderão apresentar natureza condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu*, frisando de que o tipo de pretensão do autor é que definirá a natureza da sentença, se o autor pede a condenação do réu ao pagamento de determinada indenização, a hipótese será de ação condenatória, conseqüentemente, se procedente a sentença final será condenatória, se improcedência declaratória negativa. ⁽²⁰²⁾

Notadamente as sentenças condenatórias haverá de fato execução, passível de liquidação prévia, para que se alcance o *quantum debeatur*, uma vez que se trata de sentença genérica, o título é certo (fixação do *an debeatur*), porém ilíquido (ausência do *quantum debeatur*), não autorizando desta forma, a

⁽²⁰²⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob.cit.*p.235.

propositura da ação de execução, sem que antes se promova a liquidação nos termos do art. 586, § 1º do Código de Processo Civil.

Na execução fundada em título executivo que prevê o pagamento de quantia destinada a pessoa individualmente considerada, a legitimação ordinária para sua propositura será das vítimas ou seus sucessores, ou na inércia destes, pela representação ou substituição processual concorrente destas pelos entes do art. 82 do CDC. Em se tratando, contudo, da *fluid recovery* a legitimação ordinária se dará pelos entes do art. 82. ⁽²⁰³⁾

Quanto a prescrição para a execução da sentença coletiva, o ordenamento jurídico que trata da tutela dos direitos metaindividuais, não trata explicitamente de prazos prescricionais ou decadenciais, somente impondo estes nas hipóteses de reclamar “vícios aparentes ou de difícil constatação” (art. 26 CDC) e “pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço” (art. 27 do CDC), respectivamente.

Nos posicionamos no sentido de que a ação executiva de obrigação decorrente da violação de direitos metaindividuais é imprescritível, por se tratar de direitos indisponíveis, todavia em relação aos direitos individuais homogêneos, ou ao direito de executar individualmente o dano coletivo declarado na sentença genérica, incidirá a prescrição prevista às pretensões materiais.

Segundo o critério apontado pelo CPC, a execução será provisória ou definitiva, de acordo com a possibilidade ou não de a sentença sujeitar-se a

⁽²⁰³⁾ VENTURI, Elton. *Ob. cit.* p. 165. Pondera esse mesmo autor que pela natureza das normas do CDC, no que diz respeito a execução, não deveria incidir o princípio da iniciativa da parte, adotado pelo sistema do CPC no art. 2º, podendo o juiz determinar no próprio processo de conhecimento o início da execução da sentença, tal qual ocorre no âmbito do processo trabalhista, autorizado expressamente pela CLT, sugerindo a seu turno que oportunamente se imponha norma preceituando a iniciativa executiva ao juiz do processo de conhecimento, caso transcorrido o prazo legal, sem que haja a iniciativa dos legitimados do artigo 82 do CDC.

recurso, como bem aponta Elton VENTURI ⁽²⁰⁴⁾, “conforme o art. 587 do CPC, a definitividade ou provisoriedade da execução teriam como elemento norteador o trânsito em julgado ou não da decisão. Em se tratando de título executivo extrajudicial, sempre será definitiva”

Destacamos que no sistema da defesa dos direitos metaindividuais, os recursos cabíveis das decisões judiciais devem, em regra, ser recebido no efeito devolutivo, facultado ao juiz atribuir aos recursos o efeito suspensivo em determinadas hipóteses (art. 14 da LACP) nas quais se evidencie risco de dano irreparável. Se o recurso for recebido no efeito devolutivo, a execução da sentença coletiva condenatória, obedecerá aos princípios do art. 588 do CPC, qual seja, execução provisória, com base nas certidões das liquidações individuais, devendo constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado da sentença, conforme disposto no art. 98, § 1º do CDC. Mesmo que este dispositivo discipline a execução nas ações em defesa de direitos individuais homogêneos, perfeitamente aplicável aos demais direitos metaindividuais, difusos e coletivos em sentido estrito.

Exceção à execução coletiva provisória realizada de acordo com o disposto no artigo 588 do CPC, diz respeito a exigência de caução previsto no inciso I deste artigo, ante a impossibilidade de os legitimados do art. 82 do CDC prestar caução, isentando o legislador os autores das demandas coletivas de custas processuais e honorários de sucumbência (art. 87 do CDC e art. 18 da ACP), facilitando o acesso à justiça nesses casos, salvo comprovada má-fé. ⁽²⁰⁵⁾ Além do mais a

⁽²⁰⁴⁾ *Idem. Ob.cit. p.179.*

⁽²⁰⁵⁾ PIZZOL, Patricia Miranda. *Ob. cit. p. 245.* A autora defende que em havendo exigência de que o exequente preste caução para que possa promover a execução provisória, importaria em impedir a realização

execução coletiva não gera prejuízo ao devedor, pois não abrange atos que importem na alienação do domínio nem o levantamento de depósito em dinheiro (art. 588, II do CPC), não sendo permitido esse levantamento no caso de execução coletiva provisória, pelo que preceitua o art. 99 do CDC, “salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas”.

Indiscutível a possibilidade de os prejudicados individualmente executar a sentença condenatória genérica, recebendo, se provado, total ou parcialmente a sua parte, do numerário mesmo que já recolhido ao Fundo, por determinação judicial ⁽²⁰⁶⁾ – interpretação dada à luz do artigo 99 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor- o interesse de reparação individual prevalecerá em qualquer circunstância, mesmo que o montante já esteja integralizado ao Fundo da LACP, porém referido artigo, susta a destinação coletiva, enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo se o patrimônio do devedor seja suficiente para responder pela integralidade da dívida.

Para o alcance concreto da adequada tutela jurisdicional coletiva, refletindo a ordem social vigente, se faz premente que a coletividade tenha à disposição o instrumental processual para que se alcance a efetividade desta tutela, que se conclui na execução da sentença coletiva genérica, pela satisfação dos prejuízos havido na esfera individual de cada vítima do ato danoso e pela reparação global, de forma a inibir os infratores de atos que infrinjam a ordem coletiva.

desta, ademais, não condiz com a principiologia do Código de Defesa do Consumidor e demais leis que disciplinam a matéria, certamente retardando a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

⁽²⁰⁶⁾ VENTURI, Elton. *Ob.cit.* p.180.

Conclusões

Um dos aspectos de maior relevo para o estudo sobre a tutela dos direitos metaindividuais é analisar a questão relativa à *legitimatio ad causam* para a propositura das ações coletivas competentes, é tema correlato ao adequado acesso à justiça e, conseqüentemente, afeto à necessidade de que todo o exame que se fizer sobre o assunto não deixe de considerar os princípios constitucionais que tratam do processo, o contraditório e a ampla defesa.

De igual sorte, deve revestir-se à adequada representatividade de sindicatos, entidades de classe ou associações, Ministério Público e demais entes da administração pública legitimados pela lei, para comparecerem em juízo para pleitear tutela coletiva e suas conseqüências jurídicas.

Com efeito, a preocupação em torno da espécie de legitimação – se ordinária, extraordinária ou autônoma – que está em pauta neste estudo, é relevante porque relaciona de maneira intrínseca os muitos institutos processuais. O correto equacionamento da noção de “*representatividade adequada*”, na disciplina das *class actions*, desses interesses em juízo é que possibilita a conciliação das garantias do devido processo legal nas demandas coletivas.

Com os crescentes fenômenos de massa, os direitos tutelados de forma coletiva, passaram a demonstrar a necessidade de construir um novo sistema processual, desvinculado dos fundamentos do processo civil clássico, meramente individualista, passando à melhor compreensão das realidades jurídicas e sociais, mais especificamente a tutela dos chamados direitos metaindividuais.

Devemos buscar um tratamento processual novo para os direitos metaindividuais, com contornos próprios, como a legitimação autônoma,

apresentada pela doutrina como a legitimação coletiva para as demandas coletivas, genérica quando se tratar de qualquer legitimado coletivo e institucional quando o legitimado for o Ministério Público.

A legitimação concorrente e disjuntiva, reforçou a legitimidade processual ao Ministério Público, pois cada um dos co-legitimados para ação coletiva poderão participar no processo no sistema de litisconsórcio com os demais legitimados, individualmente, independentemente da atuação do *parquet*, ou seja, os cidadãos atuarão isolada ou concorrentemente.

Os instrumentos processuais postos à disposição, pela ampliada área de abrangência da proteção jurídica na esfera dos direitos coletivos, concretizou e fortaleceu a tutela jurisdicional, no sentido de que há um elenco expressivo e ações processuais, dando tratamento coletivo às demandas: Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção.

O Ministério Público tem por funções institucionais, entre outras, a defesa da ordem jurídica e a defesa dos interesses sociais, expressão que abrange todos os interesses considerados de relevância social, dentre os quais situa-se a proteção, através da ação coletiva, dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse de agir do Ministério Público na tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos decorre da relevância social dos interesses materiais envolvidos de forma mediata, e não apenas do número elevado de beneficiários da tutela jurisdicional invocada: a tutela do Estado Democrático de Direito em face da violação em massa da ordem jurídica (bem difuso); a tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana

em face da lesão em massa, individualmente experimentada e aferível, do direito (difuso) à habitação, transporte coletivo, educação e ensino, saúde previdência e assistência sociais.

Portanto, os interesses individuais homogêneos relativos a coletividade, em especial nas relações de consumo e nos contratos que envolvem um grande número de pessoas ligadas às mesmas circunstâncias de fato, podem ser defendidas pelo Ministério Público através de ação coletiva, desde que presente o interesse social, pois que transcendem a esfera de interesses meramente individuais.

À representação dos interesses coletivos foi dado um novo enfoque de acesso à justiça, voltado à efetividade do processo, “à ordem jurídica justa”, e à celeridade na solução dos litígios e procedimentos ágeis e eficazes, para isto a doutrina posicionou-se no estudo dos interesses metaindividuais, como gênero dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), veiculou definição dos interesses metaindividuais, em seu art. 81, parágrafo único, incisos I,II,III.

Dessa definição legal, com relevante acerto do legislador, identificou os elementos de cada uma das modalidades de interesses supra-individuais, no que a doutrina não se afasta.

Os direitos e interesses difusos caracterizam-se pela indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela indeterminabilidade de seus titulares (elemento subjetivo), que estão ligados entre si por circunstâncias de fato (elemento comum).

Já os interesses e direitos coletivos caracterizam-se pela indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela determinabilidade de seus titulares

(elemento subjetivo), que estão ligados entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (elemento comum).

Os direitos e interesses individuais homogêneos, por sua vez, caracterizam-se pela divisibilidade de seu objeto (elemento objetivo) e pela determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo), decorrendo a homogeneidade da origem comum (elemento comum).

Por isso tanto pode ser manifestada pretensão difusa ou coletiva, dependendo do caso, como pretensão individual homogênea visando defender interesses individuais (divisíveis) dos vários atingidos, titulares identificados entre os integrantes da coletividade titular de direitos difusos ou coletivos.

A posição tomada pela jurisprudência em se tratando da legitimidade ativa do Ministério Público relativa aos interesses individuais homogêneos, longe está de ser pacífica, contudo, nossa posição se estabelece que em virtude de tais direitos, mesmo que individualizados, atingirem uma coletividade considerável de titulares lesados, estará o Ministério Público legitimado para propor a ação coletiva, nos moldes da lei, desde que presentes o relevante interesse social e que tal legitimidade não fira os fins institucionais a que se destina.

O tema em questão envolve, um descompasso do sistema tradicional individualista do Código de processo Civil (art. 6º), ressalvadas as exceções do sistema, somente o pretense titular do direito pode pleiteá-lo em juízo e o atual e crescente titulares da sociedade de massa, de cunho coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades, onde as formas processuais devem ser redimensionadas, inovadas, sob pena de não atingirmos o escopo principal da tutela jurisdicional, a sua efetividade.

O artigo 103 do CDC expressa toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, definindo seus limites subjetivos (as pessoas alcançadas pela autoridade da sentença transitada em julgado) e ampliando o objeto do processo da ação coletiva às ações individuais, na extensão do julgado *erga omnes* ou *ultra partes*, como depreende-se dos incisos do referido artigo.

A disciplina do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em seu art. 103 e incisos prevê uma determinada eficácia da coisa julgada para cada uma das modalidades de interesse metaindividuais. Para os interesses difusos, a eficácia será *erga omnes*, salvo se a demanda for julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas, quando se viabiliza um novo ajuizamento de uma nova demanda coletiva, desde que acompanhada de novos elementos probantes.

Quando tratamos de interesses coletivos *stricto sensu*, a eficácia será *ultra partes*, a eficácia não se limita aos litigantes, mas se estende aos demais interessados que se encontrem sob a mesma relação jurídica-base, elemento essencial na caracterização dos interesses coletivos, da mesma forma que os interesses difusos, a sentença de improcedência por falta de provas, ou por sua insuficiência, oportuniza o ajuizamento de nova demanda coletiva.

Diferentemente destacamos a extensão da coisa julgada nos interesses individuais homogêneos, onde a eficácia será *erga omnes*, desde que a demanda seja julgada procedente e somente nessa hipótese, justamente para beneficiar as vítimas e seus sucessores, sem prejudicar os terceiros que não tenham intervindo no processo como litisconsórcios (seria uma coisa julgada *secundum eventum litis*, denominada coisa julgada *in utilibus*, vale dizer, somente atingirá a todos se o resultado da demanda for procedente, útil aos interessados). O legislador não

adotou a técnica da inexistência da coisa julgada para a sentença de improcedência por insuficiência de provas, nada impede que o ajuizamento das ações individuais em caso de decisão desfavorável proferida na ação coletiva.

O pedido da demanda coletiva julgado improcedente, pelo próprio convencimento do juiz, não prejudicará os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, que poderão promover as ações pessoais de natureza individual, após a rejeição da demanda coletiva.

Podemos concluir, que o pedido formulado na ação coletiva é acolhido (procedência), a sentença faz coisa julgada material, perante todos os membros da coletividade, que se valem da coisa julgada em benefício de suas pretensões individuais (direitos difusos e coletivos). Se o pedido é rejeitado, pelo mérito, os efeitos se produzem *erga omnes* (direitos difusos) e *ultra partes* (direitos coletivos), impedindo o ajuizamento de nova ação coletiva com o mesmo fundamento, não precluindo, contudo, as vias de ação individual, com idêntico fundamento, por iniciativa dos titulares individualmente destacados da coletividade. E, se rejeitado o pedido, por insuficiência de provas, a sentença não se reveste da coisa julgada material, e qualquer legitimado pode renovar a ação com idêntico fundamento.

Na ação coletiva, a pretensão processual do autor resultará em uma sentença condenatória genérica, versando sobre o ressarcimento dos danos causados pelo réu e não dos prejuízos sofridos. O bem jurídico objeto da tutela é indivisível, cabendo às vítimas apurar em processo de liquidação a extensão do dano sofrido, a sentença é genérica, certa, porém ilíquida.

A liquidação e a execução da sentença coletiva genérica poderão ser promovidas tanto pelos interessados prejudicados (vítimas) e seus sucessores, assim como pelos legitimados do artigo 82 do CDC, conforme dispõe o artigo 97 do mesmo diploma legal. Cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar através de contraditório e cognição exauriente a existência do dano pessoal, bem como seu nexo de causalidade, até alcançar o *quantum debeatur*.

Notadamente a liquidação e natureza executiva das sentenças genéricas prolatadas nas ações coletivas, em especial pela sua essência não patrimonial, acarreta reflexos processuais importantes, tal como a determinação do *quantum debeatur*. A condenação prevista no artigo 95 do CDC, em caso de procedência do pedido, sempre será genérica, sendo o réu responsável pelos danos causados, sendo que os legitimados deverão apurar o *quantum debeatur* através de liquidação de sentença.(art. 97 do CDC)- é preciso proceder a liquidação e posterior execução nos moldes do CPC.

O artigo 97 CDC dispõe que toda a liquidação da sentença genérica nas ações coletivas poderá ser feita pelas vítimas do ato danoso, como também por seus eventuais sucessores e/ou os legitimados do art. 82 CDC, os legitimados para a propositura da ação, onde cada liquidante, no processo de liquidação deverá provar, em contraditório pleno e em cognição exauriente, a existência do dano sofrido e o nexo de causalidade (nos moldes do CPC) além de quantificá-lo.

Quanto a legitimidade ativa para liquidar sentença condenatória, até mesmo executá-la, em se tratando de direitos individuais homogêneos, cabe exclusivamente as partes que sofreram o ato danoso, estando excluído desta

legitimidade o Ministério Público, reservada a legitimidade para as hipóteses de direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito, ou subsidiariamente conforme expresso no art. 100 do CDC (aqui de forma excepcionalíssima estará legitimado à liquidação que envolvam direitos individuais homogêneos- terão legitimidade subsidiária em decorrência da “coletivização” do resultado do processo, que se dá quando a quantidade de habilitações é inexpressiva).

Em matéria de competência para processar e julgar, as liquidações individuais poderão ser propostas pelas vítimas e seus sucessores, tanto no juízo em que se processou a ação condenatória à reparação do dano, tanto perante o juízo do foro do domicílio do liquidante.

Quando tratamos de liquidação coletiva, ou melhor, global e residual, prevista no art. 100, *in fine*, do CDC, será competente para processar e julgar o juízo do processo de conhecimento, não sendo válidas as proposições relativas às liquidações individuais.

A liquidação por artigos a ser proposta pelas vítimas ou seus sucessores individualmente, terá de comprovar a extensão dos danos individualmente sofridos e o *quantum* pretendido, de tal modo que sempre haverá de alegar e provar fato novo para alcançar a efetividade da sentença genérica. Esta se dará nos moldes do art. 608 do CPC, seguindo o rito comum, não visa portanto a alteração do *decisium* já transitada em julgado.

O fato novo ocorre naquelas situações em que a liquidação não objetiva apenas apurar o valor do dano, mas a titularidade da obrigação imposta pela sentença condenatória, fenômeno este bastante freqüente nas demandas destinadas a tutelar direitos individuais homogêneos. O fato novo não está

desvinculado do pedido inicial, objeto do processo de conhecimento, do qual resultou a sentença liquidanda, e sim, esse fato novo, corresponde à determinação do *quantum* fixado na sentença condenatória que realmente prescindida de nova cognição, buscando o montante e a extensão da obrigação, tornando possível a quantificação do dano e o nexa causal dele decorrente.

No que diz respeito à liquidação da sentença coletiva que tutela direitos ou interesses difusos, temos que tanto poderá ser adotada a modalidade de liquidação por artigos, em havendo a necessidade de provar-se fato novo, como poderá ser liquidada através da modalidade por arbitramento, quando o exigir o caso concreto, em especial quando prescindir da realização de perícia e avaliação técnica especializada para mensurar a extensão ou o valor do dano. Perfeitamente admissíveis os procedimentos liquidatórios por arbitramento e por artigos e se tratando de direitos e interesses coletivos em sentido estrito, optando o Juiz por um ou outro, desde que apropriado à situação concreta.

A *fluid recovery* ou a reparação fluída, trazida ao nosso contexto pela experiência norte americana, poderá apresentar certas dificuldades ao pretender ressarcimento de direitos amplamente e coletivamente causados, de tal forma que não possa alcançar a todas as vítimas individualmente, pela impossibilidade de identificá-las e conseqüentemente de distribuir o *quantum* apurado pela liquidação, sendo que o valor residual não reclamado pelos membros da coletividade deverá integrar o Fundo de Direitos Difusos, em benefício de toda a comunidade.

No que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, verifica-se a possibilidade de resultado a um valor zero na liquidação por artigos movida pelas vítimas ou seus sucessores, quando das reparações individuais. Nesse caso a

sentença genérica fixa o *an debeat*, cabendo à vítima ou seus sucessores provar através de liquidação por artigos o prejuízo efetivo advindo do ato danoso praticado pelo réu, o nexo de causalidade.

Se estamos diante da tutela de direitos metaindividuais, não podemos admitir que a violação a tais direitos não seja recomposta através de um valor, mesmo que estimado, para que as condutas lesivas contra a coletividade sejam reprimidas, e o valor a ser apurado revertido ao Fundo, de tal sorte não poder atribuir à tal liquidação valor zero, sob pena de corroborar com ganhos ilícitos em detrimento da coletividade.

A litispendência instituto processual previsto no artigo 301 do CPC, quando há a caracterização das partes, objeto e causa de pedir – tríplice *eadem* - caracterização esta que não ocorre entre as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e as ações individuais, uma vez que o objeto dos processos é diverso, pois nas ações individuais o objeto é o ressarcimento pessoal, enquanto que nas ações coletivas consistem na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer. Serão portanto, ações independentes entre si, cuja sentença e respectiva liquidação também o serão.

Devemos confrontar as demandas individuais e as demandas coletivas quando tratamos do processo de liquidação. Segundo a regra estabelecida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, não há a possibilidade de litispendência entre a liquidação coletiva, cujo objeto é a tutela de interesse difuso ou coletivo, e a liquidação individual proposta pela vítima do dano, contudo entre as liquidações de ordem coletiva poderá ocorrer a litispendência.

Os direitos individuais têm primazia sobre os direitos de ordem coletiva, diferenciadas as liquidações de ordem individual e coletiva do art. 100 do CDC, sendo que a individual é promovida pelas vítimas ou seus sucessores, objetivando o *quantum* da reparação devida individualmente a cada um dos prejudicados. Enquanto que a liquidação coletiva é promovida pelos legitimados do art. 82, estabelecendo o *quantum* que irá integrar o Fundo da LACP – poderíamos afirmar que esta legitimidade é subsidiária, pois o decurso do prazo de um ano sem habilitação dos interessados, ou seu número inexpressivo leva a legitimação do artigo 82, pela efetividade do processo e proteção dos direitos de toda a coletividade.

Mesmo que após um ano não haja habilitação dos interessados individualmente, e já iniciada a liquidação coletiva, poderão ocorrer novas habilitações de vítimas que ainda poderão liquidar individualmente seus danos.

O art. 97 do CDC não estabelece prazo preclusivo para ajuizamento da liquidação, contudo entendemos que não possa ser inferior aos prazos legalmente previstos para a prescrição do direito ou pretensão material. Não podemos confundir com o prazo previsto no artigo 100 do CDC, prazo este de um ano, onde os legitimados do art. 82 do CDC, poderão propor a liquidação, uma vez que nenhum dos interessados o faça, ou o número de habilitados seja incompatível com a gravidade do dano, aplicação da reparação fluída do direito norte americano (*"fluid recovery"*) – destinando-se a indenização ao Fundo criado pela LACP. Neste mesmo sentido, mesmo transcorrido o prazo de um ano, qualquer interessado poderá habilitar-se, contudo respeitado o prazo prescricional do direito material, contudo a ação que visa a reparação fluída é imprescritível.

Indiscutível a possibilidade de os prejudicados individualmente liquidar e executar a sentença condenatória genérica, recebendo, se provado, total ou parcialmente a sua parte, do numerário mesmo que já recolhido ao Fundo, por determinação judicial – interpretação dada à luz do artigo 99 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor- o interesse de reparação individual prevalecerá em qualquer circunstância, mesmo que o montante já esteja integralizado ao Fundo da LACP, porém referido artigo, susta a destinação coletiva, enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo se o patrimônio do devedor seja suficiente para responder pela integralidade da dívida.

A eficácia da tutela jurisdicional executiva relativa aos direitos metaindividuais está dependente de estrutura e operatividade, no que se revela de grande importância, pois prescinde do entendimento dos conceitos desses direitos, de suas dimensões práticas, legalmente estabelecido no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, através de procedimentos fundamentados na Lei de Ação Civil Pública, das disposições da Lei 8.078/90 e subsidiariamente ao Código de Processo Civil.

Posta essas considerações conclusivas, o presente trabalho teve como objetivo questões de ordem pragmática, mas sobretudo, evidenciar a necessidade de renovação processual, diante do quadro dos direitos e interesses metaindividuais, um pensar jurídico - social, adequados à nova realidade e às crescentes relações jurídicas de massa.

Referências Bibliográficas

Bibliografia

1. Nacional

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed., São Paulo:1991.
- _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo: 1990,.
- _____. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1991.
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: 1996.
- ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*. São Paulo: 1981.
- _____. *A nova disciplina da liquidação de sentença*. In: Atualidades sobre liquidação de sentença. São Paulo: 1997.
- ASSIS, Araken. *Manual de processo de execução*. São Paulo: 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos., *in Temas de Direito Processual: a legitimação para a defesa dos direitos difusos no direito brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 1984.
- _____. *A ação popular no direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo, 1977.
- _____. *A proteção jurisdicional dos interesse coletivos e difusos*. In: *A tutela de interesses difusos*. São Paulo, 1984.
- _____. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: *RePro* n.º 34/273.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: 1995, p. 31.
- BENJAMIN, Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In ÉDIS MILARÉ (coord.) *Ação Civil Pública – Lei*

7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo:1995.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *A sentença ilíquida e o art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil*. In: RePro, v.16.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.*, trad. Guimarães Menegale, 2º vol., São Paulo:1943.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Código do Consumidor e processo civil – Aspectos polêmicos*. In Revista dos Tribunais, vol. 671, set/1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito processual civil*. vol.1, 22ª ed., Rio de Janeiro:1997.

_____. *As três figuras da liquidação de sentença*. In: Atualidades sobre liquidação de sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Execução civil*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: 1995.

GRAU, Eros Roberto.

Vicente GRECO FILHO, *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, São Paulo: 1991, p. 364.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In: *a tutela dos direitos difusos*. São Paulo: 1984.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor –comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: 1945.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4ª ed. São Paulo, 1997.

_____. *Interesses difusos: colocação no quadro geral de interesses*. RePro, 55.

_____. *Ação civil pública*. 6ª ed., São Paulo: 1999.

MARINONI, Luis Guilherme. *A efetividade do processo*. São Paulo: 1993.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: 1976, Vol.4.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 7ª ed., São Paulo: 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. São Paulo: 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *In: Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: 1988.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*. *In Revista do Advogado*, n.º 33, 1990.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Notas sobre liquidação de sentença*. RePro, vol. 44. São Paulo: 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. *O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo*. *Justitia*, V.160, out/dez/ 1992.

_____. *A ação civil pública*. *RePro*, 31. São Paulo RT, jul/set/1983.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesse difusos*. 2ª ed., São Paulo:1987.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: 1976.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Os interesses difusos e o direito*. Paraná: 1995.

SILVA, A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1996.

SIDOU, Othon J.M. *“Habeas Corpus”, Mandado de segurança, Mandado de Injunção, “habeas data”, Ação Popular*. 5ª ed., Rio de Janeiro:1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. Rio de Janeiro:1996.

_____. *Execução – Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. RJ nº 251, set/98, p. 05.

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

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 2ª ed., São Paulo: 1998.

_____. *A lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade*. RT, ano 86, NOV/97 – vol.745.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Luis Rodrigues. *Tutela jurisdicional das liberdades públicas*. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. *Liquidação de sentença*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso avançado de Processo Civil*. 3ª ed., Vol.I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos*, in *Atualidades sobre liquidação de sentença*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1997.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. In: *Direitos e interesses individuais homogêneos*. Internet Jus Navegandi, São Paulo: 1998.

2. Estrangeira

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Itália: 1960.

CAPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*. Giurisprudenza Italiana, 1975.

CALAMANDREI, Piero. *La condanna generica ai danni*. Revista di Diritto Processuale Civile, Pádua: Cedam, 1933.

DENTI, Vittorio. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi*. *Atti del Govegno*. Pádua: Cedam, 1976.

_____. *Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti*. In: *Participação e processo*. São Paulo: 1988.

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE Mary Kay, MILLER Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul, Minn. 1985.

GUCCIONE, Vittorio. *La protezione degli interessi diffusi attraverso la funzione di controllo*. In: Atti del Govegno, Milão: 1978.

PETERFREUND, Herbert e Mlaughlin. *New York Practice – Cases and Other Materials*. New York: 1978, 4ª ed.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè: 1979.

VILLONE, Massimo. *La collocazione istituzionale dell' interesse diffuso*. In: *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè: 1976.

VITA, Ana. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giufrè: 1976.

3. Fonte - Jurisprudência

Internet – Endereço Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: www.stj.gov.br.

Internet – Endereço Eletrônico Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br.

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6ª ed., Rio de Janeiro:1999.

Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Thetonio Negrão. 27ª ed., São Paulo: 1996.