

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

José Eduardo Branco

**Tutela coletiva dos interesses individuais
homogêneos**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2008**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

José Eduardo Branco

Tutela coletiva dos interesses individuais
homogêneos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais (concentração em Direitos Difusos e Coletivos), sob a orientação da Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

*Dedico este trabalho ao Grande Arquiteto, ao
Eduardo e à Maria, meus pais, minhas razões.*

AGRADECIMENTOS

À Professora Patricia Miranda Pizzol pela inestimável orientação e pelas lições sempre tão valiosas durante os créditos cursados.

Ao Professor Sérgio Shimura pelo exemplo, pelo incentivo e pelas rígidas cobranças durante o curso.

À Professora Antonieta pelas oportunidades e pelas lições de vida.

À Francine por todo auxílio.

RESUMO

BRANCO, José Eduardo. *Tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos*. 2008. 162 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

O presente trabalho tem o escopo de analisar as questões processuais que envolvem a tutela dos interesses individuais homogêneos, enquanto espécie do gênero dos interesses ou direitos coletivos. Partindo da análise doutrinária e jurisprudencial, busca a compreensão ideal dos conceitos legais que envolvem o tema estudado, bem como a sistematização da tutela coletiva e sua harmonização com os princípios gerais que regem nosso ordenamento jurídico.

Sem a pretensão de exaurir as questões levantadas, em razão da atualidade do tema, ainda pendente de unificação pela via legislativa, e enquanto se aguarda a promulgação de texto que concentre todos os institutos afins, realiza pesquisa doutrinária com a finalidade de trazer conclusões atuais acerca da matéria e das disposições legais que hoje regulam a tutela dos interesses coletivos.

Assim, questões como a legitimidade ativa, a coisa julgada e seu alcance, a interação sistêmica e os procedimentos a serem utilizados para alcançar os princípios norteadores da tutela coletiva, sobretudo pela via dos interesses individuais homogêneos, são analisados através dos pontos que lhes causam maiores controvérsias, para que se possa, a partir daí, compreender essa nova realidade processual.

Nessa linha, de grande relevo são as lições de nossa doutrina, que há tempos desenvolve estudos voltados a adequar a legislação processual existente e seus tradicionais institutos aos novos direitos que nasceram com a sociedade de massa e passaram a exigir soluções mais eficazes para o grande número de demandas judiciais que derivam do mundo moderno.

O Estado Social delineado pela Constituição de 1988 não poderia se realizar sob alicerces criados exclusivamente para um direito que se preocupava, sobretudo, com as questões individuais, incapazes mesmo de atender aos reclamos democráticos da sociedade contemporânea, razão pela qual a ciência do direito, através da atuação de combativos e dedicados doutrinadores, precisou apresentar esse novo sistema de tutela processual de direitos.

A relevância da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos e as técnicas criadas para tanto são, portanto, o ponto principal do presente estudo, que busca nas lições doutrinárias o fundamento para demonstrar a adequação dos dispositivos legais existentes à tal tutela, considerando para tanto a atuação jurisdicional e os projetos legislativos atualmente em trâmite.

Palavras-chaves: Tutela coletiva; Interesses individuais homogêneos; Interesses coletivos; Direitos difusos; Interesses sociais relevantes; Acesso à justiça.

ABSTRACT

BRANCO, José Eduardo. *Collective guardianship of homogeneous individual interests*. 2008. 162 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

The present work has the target of analyzing the procedural subjects involving the guardianship of homogeneous individual interests, while species of the gender of the interests or collective rights. From the doctrinary and jurisprudential analysis, it looks for the ideal understanding of the legal concepts that involve the studied theme, as well as the systematization of the collective guardianship and its harmonization with the general principles that govern our legal system.

Without the pretension of exhausting the lifted up subjects, in reason of the present time of the theme, still unification pendant by the legislative way, and while the text promulgation is awaited that ponders all the kindred institutes, it accomplishes doctrinary research with the purpose of bringing current conclusions concerning the matter and the legal dispositions that today regulate the guardianship of collective interests.

In this manner, subjects as the active legitimacy, the judged thing and its reach, the systemic interaction and the procedures to be used to reach the leading principles of the collective guardianship, above all by the way of the homogeneous individual interests, are analyzed through the points that cause larger controversies for, since then, to understand that new procedural reality.

In that line, of great relief are the lessons of our doctrine, that from a long time develops studies seeking to adapt the existent procedural legislation and its traditional institutes to the new rights that were born with the mass society and started to demand more effective solutions for the great number of judicial demands that flow of the modern world.

The Social State delineated by the Constitution of 1988 could not take place under foundations created exclusively for a law worried, above all, with the individual subjects, unable even of assisting to the democratic vindications of the contemporary society, reason for the law science, through the performance of combative and dedicated legal scholars, needed to present that new system of procedural guardianship of rights.

The relevance of the collective guardianship of homogeneous individual interests and the created techniques for that are, therefore, the main point of the present study, that looks for in the doctrinary lessons the foundation to demonstrate the adaptation of the existent legal devices to that guardianship, considering for that the jurisdictional performance and the legislative projects now in course.

Keywords: Collective guardianship; Homogeneous individual interests; Collective interests; Diffuse rights; Important social interests; Access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	Erro! Marcador não definido.
1 DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS	Erro! Marcador não definido.
1.1 O interesse social da tutela coletiva e a efetividade do direito.....	Erro! Marcador não definido.
1.2 Os princípios do processo coletivo.....	Erro! Marcador não definido.
2 INTERESSES COLETIVOS <i>LATO SENSU</i> – CONCEITO E DISTINÇÕES.....	Erro! Marcador não definido.
2.1 Interesses difusos.....	Erro! Marcador não definido.
2.2 Interesses coletivos <i>stricto sensu</i>	Erro! Marcador não definido.
2.3 Interesses individuais homogêneos	Erro! Marcador não definido.
2.4 A origem comum e a relação jurídica-base	Erro! Marcador não definido.
3 O MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS	Erro! Marcador não definido.
3.1 Lei da Ação Civil Pública.....	Erro! Marcador não definido.
3.2 Código de Defesa do Consumidor.....	Erro! Marcador não definido.
4 A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENÊOS.....	Erro! Marcador não definido.
4.1 A relevância social da tutela coletiva	Erro! Marcador não definido.
4.2 Tutela preventiva e tutela repressiva	Erro! Marcador não definido.
4.3 Legitimação ativa	Erro! Marcador não definido.
4.3.1 As associações	Erro! Marcador não definido.
4.3.2 O Ministério Público	Erro! Marcador não definido.
4.3.3 Entes políticos e entes públicos	Erro! Marcador não definido.
4.3.4 Defensoria Pública.....	Erro! Marcador não definido.
4.4 Pedido, causa de pedir e cumulação de pedidos.....	Erro! Marcador não definido.
4.5 Sentença e coisa julgada.....	Erro! Marcador não definido.
4.5.1 Sentença genérica	Erro! Marcador não definido.
4.5.2 Coisa julgada	Erro! Marcador não definido.
4.5.3 Litispendência, conexão e continência	Erro! Marcador não definido.
4.6 Liquidação e execução.....	Erro! Marcador não definido.
4.6.1 Competência e legitimidade	Erro! Marcador não definido.
4.6.2 Procedimento	Erro! Marcador não definido.

4.6.3 A defesa do devedor	Erro! Marcador não definido.
4.6.4 Natureza jurídica.....	Erro! Marcador não definido.
4.6.5 Honorários	Erro! Marcador não definido.
4.6.6 <i>Fluid recovery</i>	Erro! Marcador não definido.
CONCLUSÕES	Erro! Marcador não definido.
REFERÊNCIAS	Erro! Marcador não definido.

INTRODUÇÃO

É notória a evolução do ordenamento jurídico no sentido de disciplinar a tutela dos interesses coletivos para alcançar a tão desejada efetividade do direito por meio de processos que possam chegar a um termo através da execução de suas decisões, ou ainda por meio da estabilização das expectativas de seus titulares, ajustando as condutas sociais às normas legais.

Outrossim, há que se consignar como corolário da tutela coletiva, o acesso à justiça por quem normalmente não chegaria ao Poder Judiciário para deduzir seus pleitos, seja em virtude de sua hipossuficiência, ou da característica difusa de determinados direitos, que não justificariam o ajuizamento de uma ação por único titular dada a pequena significância da parcela que lhe caberia, mas que representa um vulto muito maior quando vista na integralidade dos interessados.

Por fim, também merecem destaque os princípios processuais voltados a viabilizar a mencionada efetividade, como o da economia processual, uma vez que o modelo individualista e tradicional disciplinado pelo Código de Processo Civil há muito se afunda na mais absoluta ineficácia, por conta da incapacidade estrutural do Estado de absorver as demandas de quantos reclamam o atendimento aos anseios de justiça, que se amplificam no dinamismo da sociedade. Assim, a possibilidade de alcançar, em um único processo, o maior número de jurisdicionados possível vem ao encontro das necessidades do ordenamento jurídico atual, mormente quando por conseqüência lógica também logramos a diminuição de decisões conflitantes no seio do Poder Judiciário, que ganha maior dinamismo e abrangência, através da tutela coletiva.

Naturalmente uma disciplina de tamanho impacto gera muita controvérsia e reclama verdadeiros embates doutrinários e jurisdicionais até que se acomode razoavelmente no universo de nossa cultura jurídico-social, isso porque, mais do que lógica e sistemática, a compreensão dos institutos relacionados à tutela coletiva depende de uma discussão filosófica e de postura consciente por parte dos operadores do direito, sob pena de se retardar ainda mais a realização de seus escopos no seio da sociedade.

No presente estudo abordaremos questões concernentes à defesa dos interesses individuais homogêneos que têm sido objeto de dissonância entre doutrina e jurisprudência e, conseqüentemente, causam grande entrave à aplicação ampla da justiça pela via coletiva, considerando para tanto o arcabouço legal em vigor e as propostas de regulamentação em trâmite.

Certamente sem pretensão de esgotar qualquer ponto abordado, procuraremos esclarecer os conceitos fundamentais para a compreensão das questões mais controversas que, como dito, não são poucas.

Passaremos assim pelos critérios legais de identificação de cada espécie de direito coletivo (difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos) e pela sistematização dos mecanismos voltados à sua tutela no ordenamento jurídico atual, para então tratar das questões incidentes na tutela dos interesses individuais homogêneos, como a legitimidade para a sua representação adequada, a técnica da sentença genérica e as inovações e adaptações do instituto da coisa julgada, sempre no sentido de viabilizar o comando constitucional de garantir o acesso à justiça, bem como a efetividade dos comandos judiciais.

Nessa senda, concluiremos com as questões relativas à liquidação e execução das decisões preferidas em feitos coletivos, que necessariamente se diferenciam dos critérios tradicionais do direito processual individual, na medida que visam a facilitar o exercício do direito por todos aqueles que o detém, por todos aqueles que sejam alcançados pela sentença coletiva.

Por fim, demonstrando a interação das espécies de interesse coletivo, veremos a execução coletiva da decisão proferida em ação que tutelou direitos individuais homogêneos, em que não se verificou a habilitação de *interessados em número compatível com a gravidade do dano* no prazo de um ano, oportunidade em que o valor do dano coletivamente considerado será revertido ao fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública, destinado a subsidiar ações necessárias aos interesses coletivos da sociedade.

1 DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

A realidade social do nosso tempo reclama uma visão adequada do sistema jurídico, em termos de efetividade e acesso ao Judiciário de todos os cidadãos e setores da sociedade, e evidencia a ineficácia cada vez maior do sistema tradicional, de visão individualista do direito, conforme o modelo traçado pelo liberalismo do então revolucionário Código francês.

O Estado social trouxe consigo a necessidade de se adequar a forma de aplicação das leis vigentes a essa nova realidade, composta pela massificação das relações jurídicas, sob pena de se verificar uma completa inoperância dos institutos de direito, que não alcançariam seu escopo, por não encontrarem caminhos que os conduzissem até seus destinatários, os jurisdicionados.¹

Assim, observa-se ter havido uma evolução do ordenamento jurídico, criando caminhos hábeis voltados à tutela dessas novas espécies de interesses originados na evolução da estrutura social que, por sua vez, passou a apresentar novas divisões, novos grupos, novas perspectivas e novos anseios.

Superou-se a clássica divisão entre direito público e privado, para se reconhecerem os direitos sociais, pertencentes à coletividade e não ao particular ou ao Estado². Conseqüentemente, o ordenamento precisou desenvolver meios para a proteção de tais direitos, uma vez que o processo civil até então existente, criado para regular demandas individuais, carecia de instrumentos eficazes.

Nesse sentido, aponta Rodolfo de Camargo Mancuso para o fato de estarem os interesses metaindividuais (difusos, coletivos, individuais homogêneos) alçados ao nível

¹ Como observa Sérgio Shimura, “com o surgimento da sociedade de massa, que caracteriza a civilização pós-industrial, as relações jurídicas ultrapassaram a esfera puramente individual para afetar grupos de pessoas, determináveis ou não, exigindo a transformação do direito, material ou processual, e principalmente a mudança de mentalidade, de postura e de cultura.” (*Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 33).

² O Ministro José Delgado, tratando de interesses individuais homogêneos, assim esclareceu o conceito: “O direito em questão é individual, embora homogêneo. São interesses metaindividuais, não são interesses públicos, nem privados: são interesses sociais. E, os interesses individuais, coletivamente tratados, adquirem relevância social, que impõem a sua proteção pela via especial.” (STJ – RESP n. 294021/PR, 2000/0135870-7, rel. Min. José Delgado, *DJU*, de 02.04.2001).

constitucional (arts. 127 e 129, III, da CF), a par de se beneficiarem de expressa conceituação no Código de Defesa do Consumidor (art. 81 e incs.), além do tratamento em sede doutrinária e da previsão de *lege ferenda*.³

Foi a Lei n. 7.347/85 que primeiramente tratou do tema, viabilizando a tutela de interesses coletivos *lato sensu* e demonstrando que a efetividade e o acesso à justiça não seriam plenamente alcançados, senão por essa via.

Acolhida pela Constituição de 1998 em seu artigo 129, que atribuiu ao Ministério Público a função de dela fazer uso, nos termos do inciso III daquele artigo, a Lei de Ação Civil Pública passou a agir com muita fluência no sistema jurídico, através de novas normas que coadunaram com os objetivos nela estampados, principalmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que, em seu Título III, disciplina questões importantes sobre a tutela coletiva, estabelecendo a necessária interação entre os dispositivos.

1.1 O interesse social da tutela coletiva e a efetividade do direito

A importância da tutela coletiva de direitos, pelas razões aqui alinhavadas, de plano demonstra que na verdade não é possível relegar o interesse individual homogêneo a uma condição diminuta ou de menor importância dentro da sistemática da proteção dos direitos coletivos.

Os princípios do acesso à justiça, da efetividade e da celeridade processual tornam-se verdadeiros preceitos para a solução das demandas sociais, de forma que o

³ “De *lege ferenda*, cabe registrar que segue em estudos no Ministério da Justiça o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, originário do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que, em sua versão dezembro/2005, dispõe no art. 3º: Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica-base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo:Saraiva, 2007. p. 9 e10).

tratamento dispensado às questões coletivas, por qualquer de suas espécies, há de ser no sentido de alcançar maior eficácia na solução dos litígios, o que sempre será feito quando viabilizada a via processual mais adequada, que será a que apresenta melhores possibilidades de abarcar o maior número de pessoas.

A efetividade do direito, como premissa inafastável do interesse social, encontrará seguramente correspondência com o princípio constitucional do acesso à justiça que, na lição de Luiz Guilherme Marinoni:

(...) quer dizer acesso a um processo justo, a garantia a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.⁴

Antonio Gidi, em brilhante estudo comparativo entre a *class action* americana e o nosso sistema, expõe a importância da existência de ações coletivas para a proteção dos direitos individuais homogêneos, apontando o aspecto obrigatório nos casos concretos das ações coletivas em virtude de ilícito coletivo e o cumprimento voluntário das normas, pois quando cientes de que serão sancionados, os possíveis réus deixam de cometer abusos que autorizam o manejo de tais ações.⁵

Para Pedro da Silva Dinamarco:

Essas idéias estão intimamente relacionadas ao que Kazuo Watanabe chamou de *litigiosidade contida*, que é um elemento a mais na panela de pressão social. Sem a propositura da ação civil pública, certamente muitas pessoas, por conformismo ou por receio dos custos de um processo, ficam sem a tutela jurisdicional, apesar de conservarem dentro de si todos esses anseios, angústias e insatisfações. Com isso, a tutela coletiva proporcionou um novo canal de acesso ao Judiciário, dando efetividade à garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional.⁶

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 28.

⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública e suas condições da ação*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. p. 48.

Verifica-se assim que a tutela coletiva evoluiu para atender às demandas sociais que se coletivizaram com a massificação, de forma que apenas através dessa via processual é que se pode dar efetividade aos anseios de justiça da sociedade⁷, pois o modelo clássico e individual de processo não alcança parte significativa dos jurisdicionados e, conseqüentemente, não torna efetivas as políticas coletivas necessárias ao desenvolvimento social.

1.2 Os princípios do processo coletivo

Destarte, o ordenamento jurídico, ao prever a existência dos direitos coletivos e conseqüentemente sistematizar sua tutela, o fez através de princípios e normas que se voltam especificamente à sua finalidade, o que os diferenciam dos princípios e normas tradicionais do direito individual.

Como pontuam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a definição de normas-princípios e normas-regras é importante também para os processos coletivos, devendo ser abandonada “*uma distinção fraca, que se baseava exclusivamente no caráter mais genérico e subsídio dos princípios em relação à maior objetividade e concretude das regras. Ambas são normas vinculativas de comportamentos*”.⁸

Concluem os autores que a elaboração de uma tipologia dos princípios tem o objetivo de ressaltar as grandes linhas políticas de interpretação e aplicação dos institutos do processo coletivo, e por isso “são princípios gerais justamente porque devem prevalecer em relação aos processos coletivos de todas as espécies”.⁹

⁷ “O interesse social, sempre presente nas ações coletivas, impõe essa efetividade do processo coletivo. Esse princípio está implícito no art. 5º, XXXV, da CF, que garante o acesso à justiça; no mesmo art. 5º, § 1º, ao determinar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; e no art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP. Com base nesse princípio, o aplicador do direito deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários e eficazes – decorrentes do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva –, para que o processo coletivo seja realmente efetivo. Impõe-se, assim, a observância do princípio do devido processo legal; para tanto, devem ser seguidas as disposições gerais e básicas sobre *direito processual coletivo comum* decorrentes da completa interação existente entre o CDC e a LACP.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 577).

⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador, BA: Juspodivm, 2007. v. 4, p. 103. (grifo no original).

⁹ *Ibidem*, p. 109.

Doutrina e jurisprudência logram demonstrar a eficácia de tais comandos com clareza cada vez maior, apontando sua vocação de corrigir as deficiências dos sistemas tradicionais, face às novas realidades sociais.

E por se tratar inicialmente de princípios, importante é destacar que sua interpretação (assim como das regras que deles derivam) há de ser feita sempre de acordo com a realidade social, isto é, não apenas da criação de normas nasce um microsistema como o proposto para o processo coletivo, mas, sobretudo, do descobrimento de seus princípios, através da evolução da hermenêutica.

Nesse trilho, Eros Grau ensina que apenas mediante a visão sistêmica norteada pelos princípios é que se pode manter a atualidade do direito no momento de sua aplicação, consignando que:

Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então uma frustração material de seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais (...). Afirmo que ao intérprete incumbe, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.¹⁰

Assim, apresenta-se uma nova leitura de princípios consagrados no direito individual para o vislumbre do norte do processo coletivo, adequando-se aquelas premissas à nova realidade social.

Destaca-se como de maior relevo e abrangência, quando se trata de tutela de direitos, o princípio do acesso à justiça que, como ensina Nelson Nery Junior, pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido e “com isso tanto o titular do direito individual, quanto do direito metaindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada”.¹¹

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 3.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133. (Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 21).

Gregório Assagra de Almeida leciona com maestria que todos os princípios constitucionais têm aplicabilidade no direito processual coletivo comum, destacando o do devido processo legal, tanto no sentido material como no processual¹², que implica na observância das normas de direito coletivo, sob pena de nulidade, o princípio da não-taxatividade¹³, que permite o manejo de todas e quaisquer espécies de ações coletivas para o alcance das finalidades consagradas pelo texto constitucional, e também o da máxima efetividade¹⁴, que dota o aplicador de todos os meios necessários para alcançar a eficácia de suas decisões, no sentido de proteger os interesses coletivos.

Aliás, oportunas as seguintes notas de Marcus Orione Gonçalves Correa:

Pode-se afirmar que o *due process of law*, concebido para a maioria das relações jurídicas do século passado – centradas no individualismo – poderia ser revisto, preservando-se a existência do juiz imparcial, o acesso à justiça e o contraditório. Acreditando, desse modo, que o *due process of law* – em seu aspecto contingente – deve sofrer adaptação a uma nova realidade, qual seja, o advento das ações coletivas e de uma nova concepção do poder constitucional de ação – que será analisada a seguir. Portanto, para se assegurar o contraditório, a imparcialidade do juiz e o acesso ao Judiciário, novas técnicas foram desenvolvidas.¹⁵

Assim, é preciso notar sobre os princípios que seus contornos se diferenciam conforme a hipótese, principalmente as clássicas regras de legitimação, uma vez que o direito só pode ser reclamado por aquele que detém legitimidade para tanto, pontuando

¹² “Dentre eles, destaca-se fundamentalmente o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em seu sentido substancial e processual. No sentido processual, que mais interessa, observa-se que o devido processo legal impõe a observância na tutela jurisdicional coletiva comum das regras fundamentais sobre direito processual coletivo comum previstas no CDC e na LACP, as quais, em decorrência de perfeita interação existente entre elas, constituem hoje um microsistema integrado de normas básicas sobre o direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC). Com efeito, caso não sejam observadas essas regras individualistas do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual possível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 569).

¹³ “Pelo sistema da tutela jurisdicional coletiva atual, qualquer direito coletivo (arts. 5º, XXXV, e 129, III, da CF, e art. 1º, IV, da LACP) poderá ser objeto de ação coletiva. Não mais subsiste a regra da taxatividade, para efeitos de ajuizamento, por exemplo, de ACP (art. 129, III, da CF), como ocorria no sistema anterior à atual Constituição Federal e ao CDC. Portanto, pelo princípio da não-taxatividade da ação coletiva, qualquer tipo de direito em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas. Essa assertiva também é reforçada pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, previsto no art. 83 do CDC e aplicável a todo o direito processual coletivo, por força do art. 21 da LACP.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 575).

¹⁴ *Ibidem*, p. 577.

¹⁵ CORREA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24.

Ada Pellegrini Grinover a rigidez do esquema de legitimação do processo individual e a possibilidade, no processo coletivo, da legitimação do “representante adequado”, portador dos interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas.¹⁶

E, com base nessas premissas, Nelson Nery Junior consigna que deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos “é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial”.¹⁷

Nessa esteira, Ada Pellegrini Grinover também menciona o princípio da universalidade da jurisdição, que possui um alcance mais restrito no processo individual e estabelece que, através da técnica processual, todos os conflitos e interesses submetidos aos tribunais tenham a resposta jurisdicional adequada, e assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio dele que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas “que pelo individual não tinham sequer como chegar à Justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição”.¹⁸

Também os princípios dispositivo e do impulso oficial recebem feições mais amplas quando se trata da tutela de direitos coletivos, pois a própria natureza de tais interesses torna necessária a busca de uma conduta mais ativa por parte dos magistrados. Embora inexista atualmente previsão legal sobre a iniciativa da ação *ex officio*¹⁹, há no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos iniciativas de competência do juiz para estimular os legitimados a ajuizar a ação pertinente. Sobre o impulso oficial, o Código de Processo Civil já propicia debates acerca dos poderes instrutórios e das medidas de apoio

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 304.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 157.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Direito processual coletivo*, cit., p. 12.

¹⁹ “É preciso distinguir: a iniciativa para a propositura da ação continua sendo das partes (salvo raríssimas exceções, como o inventário, que pode ser iniciado de ofício), cabendo a elas decidir o momento oportuno para tanto.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 37).

que podem ser utilizados pelo juiz da causa para a condução do processo individual²⁰, mas, no caso do processo coletivo, com mais razão, se faz necessária uma revisão da postura clássica, a fim de se conferir maior proteção ao bem jurídico em questão, existindo dispositivos no anteprojeto que efetivam a nova dimensão desse princípio.²¹

Na mesma senda, os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, tidos como princípios fundamentais do processo civil, recebem por questões lógicas relevância ainda maior no microsistema do processo coletivo, uma vez que a lentidão processual que ocasiona sobrecarga do Poder Judiciário e conseqüentemente a demora na prestação jurisdicional, tornando por vezes ineficaz o provimento final que culmina no descrédito da justiça, é uma das próprias razões da tutela coletiva de direitos.

Ademais, não há como dissociar a tutela jurisdicional adequada da duração razoável do processo, pois a Emenda Constitucional n. 45/2004 preconizou tal referência no texto constitucional (art. 5º, inc. LXXVIII), para que o ordenamento busque alcançá-la da melhor forma possível.²²

Conclui-se assim que o processo coletivo representa contribui para acesso à justiça e a economia processual, viabilizando um melhor resultado da atividade judicial com o emprego de menores aparatos processuais, devendo por isso mesmo sempre ser observado no trâmite das demandas coletivas. Na mesma linha, segue o princípio da

²⁰ “No entanto, proposta a ação o processo corre por impulso oficial, e o juiz, como destinatário das provas, deve ter participação mais ativa na sua produção. (...) Está ultrapassa a idéia de que, no processo civil, o juiz deve contentar-se com a verdade formal, quando a verdade real pode ser alcançada.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 37-38).

²¹ “Pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos, caberão ao juiz medidas como desmembrar o processo em dois – sendo um voltado à tutela de interesses difusos ou coletivos, outro voltado à proteção dos individuais (...); certificar como ação coletiva; dirigir como gestor do processo a audiência preliminar, decidindo desde logo as questões processuais e fixando pontos controvertidos, quando falharem os meios alternativos de solução de controvérsias; flexibilizar a técnica processual, como por exemplo na interpretação do pedido e da causa de pedir. E caberá ao tribunal determinar a suspensão de processos individuais, em determinadas circunstâncias, até o trânsito em julgado da sentença coletiva.” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *Direito processual coletivo*, cit., p. 305).

²² “Também tem relação direta com esse princípio o princípio da duração razoável do processo, a justiça só será efetiva se garantido o acesso à justiça em tempo hábil para o seu devido aproveitamento. Daí o art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal ter corretamente manifestado um ‘direito constitucional a tempestividade da tutela’. Marcelo Zenkner defende, com razão, a possibilidade do ajuizamento de ações civis públicas para defesa desse direito, também ele um direito coletivo, por exemplo, a implantação de ‘vara já criada pó lei, de acordo com os critérios administrativos e discricionários do Poder Judiciário’.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 114).

instrumentalidade, não se podendo esquecer que a finalidade do processo é a proteção do direito que, com maior razão, quando coletivo e de interesse social, justifica a flexibilização das formas estabelecidas, se isso atingir o direito de ampla defesa, o que se faz, certamente, sem ferir o espírito da Constituição.

Aliás, Ricardo de Barros Leonel menciona com propriedade as soluções *de lege ferenda* para adequação do processo civil, apontando que “a instrumentalidade das formas deve significar que estas têm a dimensão única de garantia, contendo-se nos limites necessários, para que não seja inviabilizada a aplicação do direito material”. Como exemplo da flexibilização da forma em favor do resultado, cita diversas passagens do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.²³

Nota-se que os princípios gerais de direito são de importância fundamental para a compreensão e aplicação da tutela coletiva e visões excessivamente conservadoras e legalistas não podem atender às necessidades da sociedade atual. Os princípios positivados pela Constituição Federal devem nortear a interpretação das leis e também sua elaboração, a fim de se obter a coerência sistêmica tão cara ao bom funcionamento do ordenamento jurídico, razão pela qual as propostas legislativas contemplam, cada vez mais, normas que admitem maior flexibilização, para alcançar a efetividade sempre tão perseguida.

²³ “Podem ser citados inúmeros exemplos desta diretriz no anteprojeto: a) a interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, em conformidade com o bem jurídico tutelado (art. 4º, *caput*); b) ao tratar da relação entre demandas coletivas, prevê que, na análise do pedido e da causa de pedir, para fins de reconhecimento de conexão ou continência, deve ser considerada a identidade do bem jurídico tutelado (art. 5º, § 1º); c) a possibilidade de, durante a fase de instrução, ser revista a distribuição do ônus da prova (art. 10, § 3º); d) a mitigação da coisa julgada, com a previsão da ação revisional, no caso de descoberta de nova prova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo anterior, desde que idônea, por si só, a mudar o resultado daquele (art. 12, § 5º); e) a legitimação da pessoa física, obedecidos os critérios relacionados à representatividade adequada, para a propositura de ações coletivas, bem como a própria ampliação do rol de legitimados (art. 19 e incisos); f) a expressa previsão da possibilidade de utilização de meios alternativos para a solução de conflitos coletivos, desde que haja interesse dos litigantes (art. 23, § 1º); g) a possibilidade de que o magistrado, de ofício, e em homenagem à economia processual e à maior facilidade para a condução do processo, determine a separação ou desmembramento do processo em ações coletivas distintas, para a tutela de interesses difusos e coletivos, de um lado, e individuais homogêneos, de outro (art. 23, § 5º, II); h) a previsão de que o Código será interpretado de forma ‘aberta e flexível’, compatível com a tutela jurisdicional coletiva (art. 50). Um dos aspectos que revela esta opção de política legislativa, ou seja, a flexibilização da forma em prol do resultado, diz respeito à questão da estabilização da demanda.” (LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 146).

2 INTERESSES COLETIVOS *LATO SENSU* – CONCEITO E DISTINÇÕES

Inicialmente, insta apontar uma questão debatida em sede doutrinária, que diz respeito ao termo mais adequado a ser utilizado para tratar dos direitos supra-individuais, se direitos ou interesses coletivos.

A questão não carrega grande importância prática, porém o debate científico acaba trazendo relevância ao seu estudo, havendo quem sustente uma e outra corrente.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. abordam com profundidade a questão, expondo inicialmente que o termo *interesses* é expressão equívoca, seja porque não existe diferença prática entre direitos e interesses, seja porque os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos (v.g. Título II, Capítulo I, da CF/88), apresentando-se, portanto como direitos: “Ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão *interessi legitimi* e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.”²⁴

Todavia, reconhecem os autores que a grande maioria dos juristas nacionais tem preferido manter a expressão *interesses* porque “a) a expressão *direitos* traz uma *grande* carga de individualismo, fruto de nossa formação acadêmica; b) há evidente ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo”.²⁵

E, por fim, concluem que a superação do problema pela doutrina brasileira fica óbvia nas palavras de Kazuo Watanabe:

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.²⁶

²⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 85.

²⁵ *Ibidem*, mesma página.

²⁶ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 819.

O Código de Defesa do Consumidor veio regulamentar com muita eficiência a tutela coletiva, trazendo diversos dispositivos que se aplicam às questões relacionadas aos interesses transindividuais, dentre eles o artigo 81, que classificou os interesses coletivos *lato sensu* em três categorias distintas, definidas por critérios técnicos destinados a facilitar sua defesa em juízo.

Nessa senda, o *Codex* consumeirista classificou tais interesses em “difusos”, “coletivos”, e “individuais homogêneos”.²⁷

Conforme preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso, as três ordens de interesse são espécies do gênero metaindividual ou transindividual, afirmando a importância de diferenciar os difusos e coletivos estrito senso dos individuais homogêneos:

Os dois primeiros são *essencialmente, substancialmente, necessariamente coletivos, lato sensu*, na medida em que seu objeto é *indivisível* e os sujeitos concernentes são *indetermináveis (absolutamente, no caso dos difusos, e relativamente, no caso dos coletivos)*; já os individuais homogêneos são coletivos apenas *na forma, no modo de exercício*, sendo, pois, coletivos apenas em função de uma contingência episódica: a sua origem comum, que os uniformiza e recomenda o trato concomitante.²⁸

Passamos então a analisar as características de cada um deles, iniciando pelos difusos.

2.1 Interesses difusos

De acordo com estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, verificam-se interesses difusos quando os interessados são indetermináveis, unidos pela mesma situação de fato, mas com dano individualmente indivisível, observando-se na doutrina os exemplos clássicos das questões ambientais, como a poluição do ar, e dos consumidores que assistem

²⁷ “Artigo 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo. Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 53.

pela televisão à mesma propaganda enganosa, ou a instituição de políticas adequadas e previstas no Estatuto do Idoso.

Esclarece Pedro da Silva Dinamarco que nos interesses difusos, o objeto (ou o bem jurídico) não é passível de divisão, na medida que é impossível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Esclarece o autor que:

“Ela não é, portanto, mera soma de uma pluralidade de pretensões individuais. Essa indivisibilidade, na verdade, está no bem da vida a que se visa e não na causa de pedir. Assim, como diz Kazuo Watanabe, pela sua própria natureza a tutela deve ser concedida *molecularmente* e não ao átomo individualizado.”²⁹

Assim, a tônica da classificação dos interesses metaindividuais é a possibilidade de identificação dos titulares e a divisibilidade e individualização do resultado da tutela alcançada.

2.2 Interesses coletivos *stricto sensu*

Nesta espécie, verificamos interessados determináveis que compartilham a mesma relação jurídica indivisível, conforme o exemplo dos consumidores que se submeteram à mesma cláusula ilegal em contrato de adesão, cuja anulação teria o mesmo efeito para todos os integrantes do grupo.

Nas palavras de Roberto Senise Lisboa, o interesse coletivo “é de natureza transindividual e objeto indivisível, verificando-se a titularidade coletiva do direito, por meio da comunhão, e do bem, através de condomínio”.³⁰

José Marcelo Menezes Vigliar, ao distinguir os interesses difusos dos interesses coletivos, afirma que na primeira espécie, como visto acima, fica patente a característica de

²⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública e suas condições da ação*, cit., p. 58.

³⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos, consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*, autor. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.

indivisibilidade, não se concebendo um tratamento diversificado entre membros de uma mesma categoria, e conclui que:

Os interesses coletivos, contudo, daqueles se afastam diante da existência de uma relação jurídica-base a unir todos os interessados, bem assim pela possibilidade de determinação dos mesmos (são determináveis até mesmo pela própria existência de uma relação jurídica a uni-los, o que facilita, em muitos casos, a individualização dos interessados, como se dá, v.g., numa associação de classe): todos estão unidos porque pertencem a uma mesma categoria, com ela mantendo cada qual uma relação jurídica idêntica e, por definição, acham-se unidos para alcançar aquilo que sintetiza as aspirações do grupo, identificando-o como tal.³¹

A chamada relação jurídica-base, que une os integrantes do grupo ou classe, e que determina, como visto, a individualização dos interessados, poderá também estar presente nos interesses individuais homogêneos, porém, como veremos, não será condição indispensável para tal identificação.

2.3 Interesses individuais homogêneos

Na espécie de interesse sobre a qual nos debruçaremos com mais afinco neste estudo, verificamos referência a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato, como se verifica no caso de consumidores que adquiram produtos fabricados em série com o mesmo defeito ou idosos que sofram maus tratos em determinada instituição e pretendam indenização que, nas duas hipóteses, será individualizada de acordo com o dano sofrido por cada um dos integrantes dos grupos.

Embora a expressão individuais homogêneos tenha sido introduzida no ordenamento pelo Código de Defesa do Consumidor, sua previsão legal já se encontrava delineada na Lei n. 7.913/89, que trata de hipótese de tratamento coletivo para a tutela de interesses individuais, no caso dos investidores do mercado de valores mobiliários.³²

³¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001. p. 52.

³² “Ressalte-se, entretanto, que, antes do advento deste diploma legal, a Lei 7.913/89 já previa a tutela de direitos individuais de origem comum (não utilizava o termo ‘direitos individuais homogêneos’) pelo Ministério Público, dispondo sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários.” (SILVA, Sandra Lengruher da. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004. p. 47).

Nas palavras de José Marcelo Menezes Vigliar, “em sentido lato, os interesses individuais homogêneos também são interesses coletivos, consoante bem ressalta Hugo Nigro Mazzilli. Contudo, essa metaindividualidade não é da essência de tais interesses que, como o próprio *nomem iuris* sugere, são interesses individuais”.³³

O autor articula também as principais diferenças entre as espécies de interesse ora estudadas apontadas pela doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso, que utiliza os enfoques da divisibilidade do bem e da possibilidade de identificação dos seus titulares como critérios de identificação.³⁴

Rodolfo de Camargo Mancuso, após comentar os conceitos de interesses difusos e coletivos, explica que, no caso dos individuais homogêneos, a seqüência do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor indica que existem em comum as notas da uniformidade e da larga expressão numérica dos sujeitos concernentes, embora enquanto nos difusos e nos coletivos em sentido estrito essa uniformidade decorre de sua essência coletiva, “nos individuais homogêneos ela advém de circunstância externa, contingencial ou episódica, qual seja o fato deles decorrerem de uma ‘origem comum’”.

Prosseguindo, o autor assevera que os interesses difusos e os coletivos em sentido estrito são essencialmente coletivos, ao passo que os individuais homogêneos “recebem tratamento processual coletivo pelo modo uniformizado como se exteriorizam, assim parecendo ao legislador que sua tutela judicial seria mais adequada e eficaz”.³⁵

³³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes, *Ação civil pública*, cit., p. 54.

³⁴ “Rodolfo de Camargo Mancuso, quando trata dessa modalidade de interesses, em obra destinada à análise da defesa do consumidor em juízo, lembra que há interesses que geram conflitos essencialmente coletivos (os difusos e os coletivos em sentido estrito) e outros que geram conflitos acidentalmente coletivos, lembrando uma lição de José Carlos Barbosa Moreira. Contudo, os interesses coletivos em sentido estrito são indivisíveis. Os interesses que compartilham os titulares dos interesses individuais homogêneos são divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, mas que, por terem uma origem comum (a homogeneidade decorre dessa origem comum), são tratados coletivamente, na forma destacada por Rodolfo de Camargo Mancuso. Demais, esses interesses originam-se não de uma idêntica relação jurídica, mas sim de circunstâncias fáticas. Não há, portanto relação jurídica-base (ou básica) a unir os interessados. (...) As principais diferenças entre os interesses individuais homogêneos e os difusos, portanto, residem na divisibilidade daqueles e indivisibilidade destes e, ainda, na possibilidade de identificação dos interessados naquela modalidade e na impossibilidade de identificação desta. (...) As principais diferenças entre os interesses individuais homogêneos e os coletivos (*stricto sensu*) situam-se também na divisibilidade daqueles e indivisibilidade destes e no fato de a ligação dos interessados que são titulares dos interesses coletivos no sentido estrito de dar por uma relação jurídica-base (ou básica, como preferem alguns doutrinadores).” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes, *Ação civil pública*, cit., p. 54-55).

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 70-71, jan. 1998.

Pedro Lenza exemplifica com abrangência hipóteses em que se verificarão a ocorrência dos interesses individuais homogêneos, citando, dentre outros, o caso da explosão do Shopping Osasco, de consumidores de consórcio e de vítimas de fraude no sistema financeiro³⁶. Infelizmente, o rol não pode ser exaurido, surgindo com frequência novas situações que geram um dever de indenizar individualmente pessoas que compartilham danos oriundos de um fato comum, como um acidente aéreo ou mesmo prejuízos sofridos causados por situações caóticas em determinados serviços.³⁷

Verifica-se assim, como mencionado, que a principal diferença entre o interesse individual homogêneo e o coletivo em sentido estrito reside na divisibilidade do bem da vida em questão, isto é, aquele que se pretende proteger no momento do ajuizamento da ação, se, por exemplo, o direito de ver anulada uma determinada cláusula que beneficiará a todos daquele grupo, ou o direito de pleitear a restituição das parcelas pagas até então, com a respectiva individualização dos valores despendidos por cada interessado.³⁸

Daí surge a discussão doutrinária a respeito da forma de tutela adequada para tais interesses, que não seriam coletivos em sua essência, portanto padeceriam do *status* que autoriza o emprego do sistema desenvolvido, a princípio, para proteção de interesses

³⁶ “Por interesses ou direitos individuais homogêneos, podem ser lembrados os seguintes exemplos: a) os compradores de carros de um lote com o mesmo defeito de fabricação (a ligação entre eles, pessoas determinadas, não decorre de uma relação jurídica, mas, em última análise, do fato de terem adquirido o mesmo produto com defeito de série); b) o caso da explosão do Shopping de Osasco, em que inúmeras vítimas sofreram danos; c) danos sofridos em razão do descumprimento de obrigação contratual relativamente a muitas pessoas; d) um alimento que venha gerar a intoxicação de muitos consumidores em razão de uma prática comercial abusiva (por exemplo, diminuição da produção e vendas de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, para forçar o aumento de seus preços); e) sendo determinados os moradores de sítios que tiveram suas criações dizimadas por conta da poluição de um curso d’água causada por uma indústria; g) o interesse que congrega os pais e responsáveis por alunos matriculados em certo nível de escolaridade; h) os cidadãos participantes de programas para aquisição de bens duráveis, ditos ‘consórcios’; i) os investidores em certa modalidade de aplicação financeira, como os ditos ‘populares’; j) acidente ocorrido no meio ambiente de trabalho (ação coletiva buscando obter condenação a indenizar lesões resultantes do referido acidente de trabalho – os danos, individualmente sofridos são divisíveis e particularizados); k) prejuízos causados a um número elevado de pessoas em razão de fraude financeira; l) pessoas determinadas contaminadas com o vírus da AIDS, em razão de transfusão de sangue em determinado hospital público (...).” (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107).

³⁷ Como, por exemplo, o chamado caos aéreo ou os “apagões” verificados na rede elétrica, ou mesmo nos meios de comunicação, como a telefonia e a transmissão de dados via *internet*.

³⁸ “Os interesses individuais homogêneos são divisíveis, passíveis de ser atribuídos individual e proporcionalmente a cada um dos indivíduos interessados (que são identificáveis), sendo essa sua grande diferença com os interesses difusos ou coletivos (estes sim indivisíveis). Como já dito, essa indivisibilidade é do objeto do pedido e não da causa de pedir. Eles são verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. Ou seja, não são coletivos em sua essência nem no modo como são exercidos. Na verdade, esses direitos, mais do que os outros dois, são consequência da moderna sociedade de massa.” (DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública e suas condições da ação*, cit., p. 65).

verdadeiramente supra-individuais. Todavia, como veremos, não se pode negar a importância da tutela coletiva para os interesses individuais homogêneos, pois o legislador tem sido cada vez mais incisivo no sentido de disciplinar a questão, reconhecendo a relevância social do tratamento coletivo nas demandas de massa.

É exatamente essa visão que deve ser considerada quando se discute a legitimidade para representação de tais interesses em juízo porque, além da *qualidade* dos direitos tidos por coletivos, como o meio ambiente, os idosos, as crianças e adolescentes, os consumidores, etc., há também que se considerar a operacionalidade do sistema, ou seja, o alcance das finalidades procedimentais da defesa coletiva, como a economia e celeridade processual, o acesso à justiça e a coerência das decisões judiciais, que certamente representam um grande benefício para toda a sociedade, aliás, mais do que um benefício, verdadeiro direito garantido pela Constituição Federal nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º.³⁹

2.4 A origem comum e a relação jurídica-base

O texto legal diz expressamente que os titulares do interesse individual homogêneo estão ligados por uma origem comum, definida por parte da doutrina como “relação jurídica-base” anterior, isto é, preexistente ao litígio.

Todavia, inexistente a necessidade de se verificar tal condição para caracterizar a homogeneidade, podendo esta nascer da ocorrência de um fato que faça surgir o direito de reparação para um número significativo de pessoas.⁴⁰

³⁹ “O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.” (STF – HC n. 85.237, rel. Min. Celso de Mello, DJU, de 29.04.2005).

⁴⁰ Como assevera Pedro da Silva Dinamarco: “Os interesses individuais, para serem homogêneos, devem ter, ainda, *origem fática comum* que os aproxime, o que ‘*não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal*’. Não há necessidade de haver, sempre, questões de direito em comum. É dispensável a existência de uma relação jurídica base anterior à lesão, podendo essa relação ser decorrente do próprio ato lesivo, ao contrário do que ocorre nos interesses coletivos. Assim como nos Estados Unidos, não é previamente determinado um número mínimo de pessoas que teriam de estar sendo tuteladas nesta ação civil pública. Precisa haver, apenas, uma relevante repercussão social que justifique a outorga de legitimidade extraordinária aos co-legitimados.” (DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública e suas condições da ação*, cit., p. 66).

Como ensina Gregório Assagra de Almeida, essa homogeneidade verifica-se na semelhança entre as causas de pedir de cada direito individual, não se vinculando necessariamente à mesma questão de fato. Afirma ainda a possibilidade da homogeneidade decorrente da mesma questão de direito ou da mesma situação jurídica, alertando o autor, com amparo em Kazuo Watanabe, que a origem comum não significa, necessariamente, uma ‘unidade factual e temporal’, quer dizer, não é preciso que o fato gerador seja um único e o mesmo para todos os direitos individuais. Acrescentando, por fim, que nas palavras de Arruda Alvim, o fundamental é que sejam situações ‘juridicamente iguais’, ainda que se constituam como ‘fatos diferenciados no plano empírico, tendo em vista a esfera pessoal de cada umas vítimas ou sucessores’.⁴¹

Consuelo Yoshida presta lição esclarecedora sobre a questão⁴², relacionando as possibilidades de identificação da homogeneidade, de acordo com a causa de pedir remota:

Portanto, como ‘origem comum’ dos direitos e interesses individuais homogêneos, do ponto de vista da *causa de pedir remota*, pode-se ter:

1. a mesma situação fática (“circunstância de fato”) comum à universalidade de pessoas titular de direitos e interesses difusos. Ex: localização do grupo de pessoas segundo as coordenadas de espaço e/ou de tempo no raio de abrangência do fato ou ato danoso;

2. a mesma relação jurídica (“relação jurídica-base”) comum à coletividade de pessoas que titulariza direitos e interesses coletivos. Ex: vínculo societário ou associativo disciplinado por estatuto social próprio; relação jurídica tributária dos contribuintes com o fisco; relação contratual regida por cláusulas uniformes.⁴³

Dessa forma, apresenta-se com clareza a distinção entre a *situação de fato* e a *relação jurídica-base* que podem indicar o interesse individual homogêneo, ou seja, a *origem comum* não se encontra circunscrita à segunda situação, mas pode ser verificada em qualquer uma delas.

⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 492.

⁴² “A ‘origem comum’ dos direitos individuais homogêneos consiste no fundamento comum a esse feixe de direitos e interesses individuais, que lhes dá homogeneidade, correspondendo à causa de pedir, que pode ser analisada sob o duplo aspecto: como causa de pedir próxima (lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico individual de diversos titulares, provocada por um mesmo fato) e como causa de pedir remota (relação jurídica ou não jurídica comum entre os titulares). Ela pode coincidir com os mesmos fundamentos das pretensões difusas e coletivas eventualmente incidentes no caso concreto.” (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira., 2006. p. 14).

⁴³ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, cit., p. 15.

Parte da doutrina observa ainda a necessidade de ocorrerem, a exemplo do que se dá na *class action* norte-americana, os requisitos da *prevalência* das questões comuns às individuais e da *superioridade* da tutela coletiva sobre a individual, que deverão ser aferidos pelo magistrado no caso concreto, cabendo-lhe indeferir o processamento de qualquer ação de classe que não preencha os requisitos da *homogeneidade* e da *origem comum* (art. 81, parágrafo único, III, do CDC).⁴⁴

⁴⁴ LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 203.

3 O MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS

Em que pesem entendimentos diversos, sedimenta-se na doutrina o reconhecimento de um microssistema regido pelos mesmos princípios inspiradores da tutela dos direitos coletivos.

Já comentamos que hodiernamente o Brasil possui um arcabouço legal dos mais eficazes para a efetivação da tutela coletiva, sendo inspirador para diversos projetos que tramitam no sentido de uniformizar as orientações até então formatadas pela nossa legislação.

Nesse sentido, Sérgio Shimura ao traçar o panorama histórico dos direitos difusos na legislação brasileira, ressalta que a Constituição de 1988 é das mais equipadas em matéria de ações coletivas, servindo de sustentáculo não só para a Lei da Ação Civil Pública que fora recepcionada, como para todas as disposições concernentes à tutela coletiva que advieram posteriormente, como as Leis ns. 7.853/89 (portador de deficiência), 7.913/89 (investidores do mercado de valores), 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), 8.079/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).⁴⁵

⁴⁵ “A esse respeito, Barbosa Moreira é enfático em asseverar que o Direito Brasileiro está mais equipado que qualquer outro em matéria de Ações Coletivas, que tomou na Constituição de 1988 proporções inéditas na história das Constituições brasileiras, não encontrando paralelo em nenhuma das Cartas anteriores, nem do Direito Constitucional comparado. Em seguida, a Lei n. 7.853/89 veio dispor sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, merecendo registro a possibilidade de qualquer legitimado ativo habilitar-se como litisconsorte ou assumir a titularidade ativa em caso de desistência ou abandono (art. 1º, §§ 5º e 6º), com ligeiro aumento do campo de incidência previsto na LACP (art. 5º, §§ 2º e 3º); outro destaque é a necessidade de reexame necessário quando a sentença for de carência ou de improcedência (art. 4º, § 1º). Ainda em 1989, a Lei n. 7.913/89 cuidou da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, trazendo algumas peculiaridades. A primeira diz respeito ao tipo de interesse envolvido, que é a lesão causada aos investidores. Vale dizer, trata-se de direito individual homogêneo a ser definido pelo Ministério Público (art. 1º, *caput*). A segunda, da conseguinte, se refere ao beneficiário, que é o investidor prejudicado. Em outras palavras, a importância decorrente da condenação é revertida ao particular; somente se não houver habilitação no prazo de 2 anos, contados da publicação do edital, é que o montante é recolhido ao Fundo a que se refere a Lei n. 7.347/85, não se lhe aplicando o disposto no art. 100, do CDC. Sobreveio o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069/90) que, além de tratar da tutela de seus interesses difusos e coletivos, expressamente autorizou o Ministério Público a zelar por interesses puramente individuais (art. 201, III e IV), em atendimento aos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, levando-se em consideração a qualidade do direito e não a quantidade de pessoas envolvidas (art. 227, CF; arts. 1º e 4º, ECA). (...) Na seqüência, a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) veio a dispor, entre os direitos, sobre a proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos do idoso, com destaque ao acesso aos serviços de saúde, atendimento especializado ao portador de deficiência ou com limitação incapacitante, atendimento especializado ao portador de doença infecto-contagiosa e serviço de assistência social.” (SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 147-149).

Assim, verifica-se haver no panorama legislativo uma verdadeira sistematização para a tutela coletiva, eis que diversas são as previsões de procedimentos a ela dirigidos, citando-se, além da própria ação civil pública e das leis supra mencionadas, a ação popular, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF), a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade (arts. 102, I, “a” e §§ 1º e 2º, 103 e § 2º, da CF e Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99) e mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF).

Ademais, diversos são os dispositivos esparsos que tratam do assunto, como os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24.10.1989, 3º da Lei n. 7.913, de 07.12.1989, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13.06.1990, 17 da Lei n. 8.429, de 02.06.1992, 2º da Lei n. 9.494, de 10.09.1997 e 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 01.10.2003.

Assim, não restam dúvidas acerca da sistemática criada pelo ordenamento jurídico para a tutela coletiva, refletindo claramente tal fato nos projetos legislativos que visam à unificação das regras processuais aplicáveis às espécies, sendo de rigor o reconhecimento da *complementaridade* e *subsidiaridade* dos textos legais já existentes, que fornecem instrumentos indispensáveis e eficazes para a aplicação do direito de forma coletiva.⁴⁶

⁴⁶ Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso: “Aquele *sistema integrado* se apresenta, alegoricamente, como uma *constelação*, em que há um *núcleo* formado por alguns textos básicos, e um *entorno*, formado por textos-satélites, estes contemplando matérias mais específicas. Assim é que o núcleo aparece constituído: a) pela CF, que em várias passagens garante a proteção judicial a interesses metaindividuais (v.g., arts. 5º, XXI, LXX e LXXIII, 8º, III, e 129, III); b) pelo CPC, que inobstante vocacionado à solução de lide de caráter individual, fornece o aporte processual e procedimental necessário à *complementação* da tutela coletiva (CDC, art. 90; Lei n. 7.347/85, art. 19; Lei n. 4.717/65, art. 22); c) pela Lei n. 4.717/65, sobre ação popular, endereçada originalmente à tutela do erário público, e que na seqüência viria a ter seu objeto ampliado, abarcando a defesa *dos interesses difusos*, inclusive no importante campo ambiental (CF, art. 5º, LXXIII, c/c o art. 225); d) pela Lei n. 7.347/85, sobre ação civil pública, geralmente utilizada em matéria de meio ambiente, em sentido largo (natural, cultural e do trabalho) e para a defesa de interesses de consumidores; e) pela Lei n. 8.078/90 – CDC – cujo Título III trata das ações coletivas em defesa dos consumidores. Importante observar que os textos componentes desse núcleo interagem e se complementam mutuamente, através de um engenhoso sistema que os mantém interligados, como se pode observar vigente Código Civil que, como antes referido, tangencia importantes aspectos do consumeirismo (v.g., sobre proposta e oferta de produtos e serviços ao mercado: CDC, arts. 30 a 35; CC, art. 429), devendo-se reconhecer entre esses dois textos legais um *vero diálogo das fontes*, como explica Cláudia Lima Marques, evocando a teoria de Erik Jayme: ‘(...) significa a aplicação simultânea, coordenada e sistemática destas duas leis principais e coexistentes no Direito Privado brasileiro. Três serão, em resumo, os diálogos entre o CC/2002 e o CDC: o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiaridade* em antinomias (reais ou aparentes) e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.” (*Manual do consumidor em júízo*, cit., p. 12-13).

Contudo, esse ainda não é o panorama ideal, posto que não é salutar ao processo mesclar dispositivos de tutela coletiva com institutos que sejam naturais do direito individual. Com o advento do Código Brasileiro de Processos Coletivos, ressaltam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “esta situação será consolidada, o CBPC representará o diploma harmonizador dos processos coletivos no Brasil, colocando-os em conformidade com os objetivos constitucionais”.⁴⁷

Logo, resta clara a tendência irreversível da coletivização do processo para adequá-lo às demandas sociais, que há muito se coletivizaram, sendo da mesma forma inegável a sistematização hoje existente, criada em razão do próprio fenômeno legislativo que paulatinamente procurou atender às necessidades sociais com textos legais pontuais e agora o faz votando textos amadurecidos para a unificação das disposições sobre o processo coletivo.

3.1 Lei da Ação Civil Pública

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24.07.1985) foi sem dúvida um marco para a tutela dos direitos transindividuais, inovando o ordenamento jurídico, no que diz respeito aos mais diversos aspectos, isto é, tratou do seu campo de incidência (art. 1º), do procedimento, da legitimação (art. 5º), da atuação do Ministério Público e da coisa julgada; enfim, introduziu o caminho hábil à proteção efetiva dos interesses coletivos.

Conforme lição de Pedro Lenza, o campo de incidência da Lei da Ação Civil Pública, naturalmente transindividual, abrange tanto os interesses difusos e coletivos estrito senso (a proteção ao meio ambiente; ao consumidor; à ordem urbanística; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à infração da ordem econômica e da economia popular ou de qualquer outro interesse difuso ou *coletivo*), quanto os individuais homogêneos, “nos termos do art. 91 e ss. c/c o art. 117 do CDC,

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 53.

tendo em vista a complementaridade do sistema do Código de Defesa do Consumidor com o da Lei da Ação Civil Pública, em razão dos arts. 90 do CDC, e 21 da LACP”.⁴⁸

Porém, o próprio título atribuído à Lei acabou por gerar discussão doutrinária sobre sua correspondência com a natureza da ação ali regulamentada, sobretudo em razão de sua relação com o Ministério Público, dotado por ela de instrumento extremamente eficaz para alcançar as atribuições constitucionais do órgão.

Isso se deu porque primeiramente se buscou uma contraposição do termo ação civil pública com ação penal pública, com base na doutrina italiana, como esclarece Pedro Lenza⁴⁹ que, após detida exposição sobre a matéria, conclui:

Tendo em vista a natureza *pública* e *autônoma* da ação, distinta do direito subjetivo material e, por consequência, a autonomia da *relação jurídica processual*, não seria tecnicamente correto qualificar a ação de “civil” ou “penal”, muito menos de “pública”. Aliás, por este último prisma, ter-se-ia verdadeiro pleonasma. Havendo necessidade de nominá-la, o “apelido” mais adequado seria *ação coletiva típica* ou *em sentido estrito*, para a proteção dos *interesses difusos* ou *coletivos stricto sensu* e *ação coletiva em sentido lato* para a proteção dos *interesses individuais homogêneos*.⁵⁰

Dessa forma, concluímos que não será o nome atribuído ao instrumento processual que lhe determinará a eficácia, mas sim sua finalidade e suas características, pois elas determinarão como os operadores do direito farão uso da ação para melhor tutelar o direito material correspondente que, por sua vez, surge do ordenamento jurídico, e não meramente da nomenclatura atribuída pelo legislador para esta ou aquela medida judicial.

⁴⁸ LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 162.

⁴⁹ “A análise da doutrina clássica estrangeira, contudo, notadamente a italiana, permite afirmar que a expressão *ação civil pública* surgiu em contraposição à *ação penal pública*. Pública porque ajuizada pelo Ministério Público; *penal* ou *civil*, de acordo com a natureza jurídica de seu objeto. Piero Calamandrei caracteriza a *ação penal* como *pública* já que sempre proposta pelo Ministério Público e a *ação civil*, em regra, como *privada*, já que, na maioria dos casos, proposta pelo titular do interesse individual.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 159).

⁵⁰ LENZA, Pedro, op. cit., p. 165.

3.2 Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.079/90, alterada pelas Leis ns. 8.656/93, 8.703/93, 9.008/95 e 9.298/96), regulamentando o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, disciplinou diversos aspectos das relações de consumo e trouxe valiosos instrumentos para a proteção dos consumidores.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a criação de mecanismos para sua correção, como a inversão do ônus da prova, o foro privilegiado para as demandas de consumo, a regra da interpretação contratual favorável e a vedação das cláusulas abusivas foram sem dúvida alguma inovações profundas no sistema legislativo até então existente.

A regulamentação do processo coletivo em interação expressa com a Lei da Ação Civil Pública trouxe certamente o maior avanço em direção à efetividade e ao acesso à justiça.⁵¹

Consuelo Yoshida, com muita propriedade, diz que uma vez regulados os interesses individuais homogêneos pelo Código de Defesa do Consumidor, houve sem dúvida um alargamento no objeto da ação civil pública, que passou a alcançar também lides que envolvem essa categoria de direitos. Conclui a autora:

E tendo em vista a integração dos sistemas processuais da LACP e do CDC (art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e art. 90 da Lei n. 8.078/1990), de grande relevância por suas implicações práticas, não vemos improbidade técnica em utilizar a consagrada denominação ação civil pública também para a ação voltada para a defesa coletiva dos direitos e interesses individuais homogêneos, disciplinada no Capítulo II do Título III do CDC (arts. 91 a 100), e em considerá-la como modalidade de ação civil pública, obedecendo a disposições próprias.⁵²

⁵¹ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. anotam que “o texto da lei, que teve seu anteprojeto elaborado por eminentes professores da área processual, entre estes Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe Nelson Nery Junior, levou em consideração as modernas preocupações com a efetividade e com a facilitação do acesso à Justiça pelo consumidor. Nesse diapasão, apresentam-se, como mudanças ontológicas, um novo enfoque de *par conditio* (com a transposição de uma igualdade formal para uma igualdade mais substancial entre as partes: igualar os desiguais) e novas técnicas para as ações coletivas, tudo sem afastar garantia do devido processo legal.” (*Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 47).

⁵² YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, cit., 205.

É, pois, o Código de Defesa do Consumidor o diploma legal que certamente veio sistematizar e atribuir maior coerência à tutela coletiva, fixando mecanismos de atuação e, interagindo com os demais dispositivos criados para amparar os direitos supra-individuais, positivou a figura dos interesses individuais homogêneos, de forma a sedimentar sua inclusão no rol dos direitos tuteláveis pela via coletiva.

4 A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Como se comentou anteriormente, a ação civil pública foi o primeiro instrumento dotado de eficácia para a proteção dos interesses coletivos, sendo certo que o Código de Defesa do Consumidor posteriormente regulou com maior abrangência a matéria, trazendo inclusive o conceito de interesse individual homogêneo como espécie de interesse coletivo *latu senso* (art. 81, III).

Ocorre que, nos artigos 91 a 100, o Código de Defesa do Consumidor regulou a ação coletiva voltada para defesa dos interesses individuais homogêneos, conforme nomenclatura utilizada pela lei, fato que originou uma discussão sobre a distinção entre o objeto dessa ação e o da ação civil pública.

Assim, as opiniões oscilam sobre a possibilidade do manejo da ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos, havendo quem entenda que apenas a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor é que seria viável para tutelar essa espécie, ao passo que a ação civil pública seria destinada, por sua natureza, à tutela dos interesses difusos e coletivos em estrito senso.

João Batista de Almeida, sustentando a separação entre as ações⁵³, registra que “o interesse na distinção das duas ações não é meramente doutrinário, uma vez que pode ocorrer prejuízo para os litigantes caso uma seja proposta em lugar de outra, assim como pode ocorrer dúvida quanto à legitimidade ativa para agir”.⁵⁴

⁵³ “Tenho sustentado desde a primeira edição, e também em artigo específico, que a ação civil pública e a ação civil coletiva possuem afinidades e distinções, mas não se confundem, cuidando-se de ações típicas, cada qual com perfil próprio e destinadas à proteção de bens distintos”. (ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 254).

⁵⁴ João Batista de Almeida anota ainda: “A questão da utilização da ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos tem provocado debates na doutrina e na jurisprudência. Analisando detalhada e especificamente este tema a Prof. Ada Pellegrini Grinover afirmou que a ação civil pública ‘pode ser usada para a proteção de interesses (ou direitos) individuais homogêneos’. Nelson e Rosa Nery, a seu turno, apontam que ‘o Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico’.” (*A proteção jurídica do consumidor*, cit., p. 256).

Contudo, insta apontar, a respeito da tutela dos interesses individuais homogêneos por meio da ação civil pública, o pensamento de Pedro da Silva Dinamarco, registrando que tal possibilidade “traz consigo a busca da *efetividade do princípio constitucional da isonomia*, ou seja, quando julgada procedente evita que decisões diametralmente opostas sejam proferidas para situações absolutamente idênticas”.⁵⁵

Percebe-se assim que a divisão proposta não atende às tendências atuais e mesmo ao escopo da tutela coletiva, pois, uma vez que o tratamento coletivo dos interesses individuais homogêneos foi determinado pelo Código de Defesa do Consumidor, em consonância com a orientação já existente no ordenamento jurídico, é na verdade um retrocesso criar obstáculos hemenêuticos para a sua efetividade.

Esse parece ser o entendimento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., ao afirmarem que as categorias de direito antes mencionadas (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) tiveram seus conceitos desenvolvidos para alcançar a efetividade da prestação jurisdicional, sendo assim interativos de direito material e processual, “voltados para a instrumentalidade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário. Assim, sua conceituação tem caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos”.⁵⁶

Os interesses individuais homogêneos, portanto, não obstante o caráter individual de sua essência, devem sempre que possível ser objeto de tutela coletiva que, por sua vez, de acordo com a sistematização existente, não interfere no direito individual de cada um, eis que sempre há também a possibilidade de tutela individual. Todavia, pelas razões já expostas, a economia processual e a efetividade da jurisdição recomendam a via coletiva, que permite, através da técnica processual desenvolvida pelo ordenamento, atingir um número maior de jurisdicionados, com um único processo.⁵⁷

⁵⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública e suas condições da ação*, cit., p. 47.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 80.

⁵⁷ Consuelo Yoshida aponta: “Enquanto a tutela jurisdicional dos direitos e interesses difusos e coletivos somente pode ser feita através de ações coletivas, em razão da indivisibilidade do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão (objeto do pedido mediato), a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos pode ser feita por meio de ações plúrimas (litisconsórcio ativo facultativo) ou, com muito mais vantagem e utilidade práticas, por meio de ações coletivas, sem descartar a possibilidade de ações individuais” (*Tutela dos interesses difusos e coletivos*, cit., p. 21).

Não se deve olvidar que a aferição das hipóteses em que estão presentes os pressupostos da homogeneidade dos interesses discutidos que autorizam sua tutela pela via coletiva deverá ser feita pelo juiz ao receber a ação⁵⁸. Porém, uma vez verificadas tais condições, razões não subsistem para que se desautorize a utilização de todos os meios criados pelo sistema jurídico para a melhor solução da lide.⁵⁹

4.1 A relevância social da tutela coletiva

Já se mencionou que a tutela coletiva é indispensável para que se dê efetividade ao princípio do acesso ao Judiciário e à ordem jurídica justa, porque a sociedade atual, com as demandas massificadas, não pode mais ser atendida em suas necessidades pelo sistema tradicional de solução de conflitos individuais.

A Constituição Federal deixou clara a preocupação do constituinte sobre a questão, criando mecanismos hábeis para que o ordenamento desse o tratamento necessário à tutela coletiva, no sentido de corrigir a disparidade entre o sistema individual e a

⁵⁸ Pedro Lenza observa: “A tutela coletiva dos interesses individuais, conforme visto, só poderá ser processada se preenchidos os requisitos da *homogeneidade* e da *origem comum*, que deverão ser controlados pelo Juiz. Nesse sentido e fazendo a necessária aproximação, destaquem-se os requisitos específicos da *class actions for damage* do direito norte-americano, previstos na alínea b (3) das Federal Rules 1966, quais sejam, conforme sistematizado por Ada Pellegrini Grinover, o da *prevalência* das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito e de fato individuais, bem como o da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Assim, os requisitos da *prevalência* e da *superioridade* deverão ser aferidos pelo magistrado no caso concreto, cabendo-lhe indeferir o processamento de qualquer ação de classe que não preencha os requisitos da *homogeneidade* e da *origem comum* (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), ou, de modo mais amplo, sempre que o processo leve a um ‘(...) resultado *ineficaz* (em termos de utilidade da decisão), *inadequado* (em termos de correspondência entre a pretensão de direito material e a tutela pretendida) ou *injusto* (em termos de limitação ao contraditório). Ou para corrigir o seu rumo, a qualquer momento, porquanto é sabido que não há preclusão sobre as condições da ação ou sobre as garantias do devido processo legal, que devem ser amplamente asseguradas ao réu no processo de liquidação.’” (*Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 203).

⁵⁹ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. mencionam: “Esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código Processual Coletivo, relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção coletiva. Em sentido contrário, contudo, parece se ter posicionado o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando em julgamento unânime, no RE n. 163.231-SP, optou pela admissão destes direitos como subespécie de direitos coletivos. Transcrevemos trecho da ementa: ‘4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11/09/1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.’” (*Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 80).

realidade contemporânea⁶⁰. A determinação contida no artigo 127, ao estabelecer como função do Ministério Público a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, certamente deu o norte necessário à evolução dessa importante tendência evolutiva, que consiste na coletivização da demandas.

Não é por acaso que todos os diplomas voltados aos interesses relevantes da sociedade trazem em seu bojo mecanismos destinados à tutela coletiva de seus objetos, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a legislação dos portadores de deficiência. Em qualquer situação, a possibilidade da proteção pela via coletiva sempre será indispensável à efetividade buscada pelo ordenamento jurídico.

Todavia foi o Código de Defesa do Consumidor que tratou de forma paradigmática a questão, pois estabeleceu como socialmente relevantes todas as questões que envolvam relação de consumo, demonstrando assim a importância com que devem ser tratadas as questões jurídicas massificadas no seio na sociedade contemporânea.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. anotam:

Cabe lembrar que o art. 1º do CDC o define como norma de ordem pública e interesse social, reforçando a sua eficácia sobre as demais normas integradoras do sistema e seu caráter inovador, no que Cappelletti chamou de “devido processo social”. Essa expressão, trazida por Cappelletti, representa o contexto retórico em que até mesmo os mais “sagrados” princípios de Direito devem ser reconsiderados em vista das mudanças ocorridas nas sociedades modernas; no entanto, essa reconsideração não significa abandono ou inutilização dos esquemas individualistas de “garantismo processual”. Pelo contrário, significa adaptação aos novos caminhos do processo, que deve dar lugar ou estar integrado a um “social ou coletivo conceito de devido processo”, como única forma de assegurar e realizar a vindicação dos “novos direitos”.⁶¹

⁶⁰ “A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicais (art. 8º, III), a quem foi conferida legitimação para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados. Da mesma forma, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações atribuiu-se legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo ‘em defesa dos interesses de seus membros ou associados’ (art. 5º, LXX). Surgiu, logo depois, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90) que, entre outras novidades, disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento – que denominou de ação civil coletiva (art. 91) – para defesa conjunta de direitos individuais homogêneos, valendo-se, também para esse fim, da técnica da legitimação por substituição processual (art. 82).” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38-39).

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de direito processual civil*: processo coletivo, cit., v. 4, p. 48.

Dessa forma, em vista da sistematização das normas processuais coletivas produzidas em nosso ordenamento jurídico, cabe sempre reforçar a idéia de que o interesse social não está apenas na proteção de determinadas pessoas tidas por hipossuficientes pela própria lei, mas sim na efetivação dos princípios constitucionais voltados à garantia da ordem jurídica justa, logo, à efetividade das normas e dos direitos por elas garantidos, o que não se verifica senão através de mecanismos eficazes e adequados às características atuais da nossa sociedade.

4.2 Tutela preventiva e tutela repressiva

É certo que a tutela coletiva guarda peculiaridades que a distinguem da tutela individual até então tratada pelo ordenamento, pois os esquemas tradicionais de legitimidade, de coisa julgada, e mesmo de isonomia processual, necessariamente demandam uma releitura, para a compreensão adequada do processo coletivo.

O objeto do processo também deve ser visto pela óptica adequada para sua correta compreensão no âmbito da tutela coletiva, razão pela qual discute-se quais tutelas são adequadas para as diferentes espécies de interesses metaindividuais, sobretudo para a tutela dos interesses individuais homogêneos.

A tutela preventiva é destinada a proteger os direitos antes de sua violação, conforme garante o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, ao dizer que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; logo, positivada tal garantia, hão de se estabelecer procedimentos adequados à sua efetivação.

Teori Albino Zavascki consigna que não se deve confundir tutela preventiva com tutela *provisória*, pois tutela-se o bem preventivamente e de forma definitiva, isto é, garante-se que o direito material não será ofendido, exatamente para que após não seja necessário pleitear uma reparação por via da tutela repressiva.⁶²

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 178.

Logo, a tutela repressiva é que determina a correção daquilo que foi gerado pelo ilícito, lembrando-se que, em se tratando de direito coletivo, deve-se primeiro tentar reconstituir o que foi lesado, para que então se converta a sanção em reparação, o que comumente ocorre na liquidação individual dos interesses individuais homogêneos.

Dessa forma, poder-se-ia entender que as ações coletivas para a proteção de tais interesses devessem conter exclusivamente um pedido indenizatório genérico e que sua individualização na liquidação e execução individuais estaria restrita ao montante a ser pago a título de ressarcimento.

Parece ser esse o entendimento que se extrai da lição de Teori Albino Zavascki:

No que se refere à espécie de tutela permitida é também indispensável que se atente para a natureza do direito material tutelado. Em relação a direitos transindividuais, não há empecilho algum – muito ao contrário, tudo recomenda – que a ação comporte a mais ampla e variada modalidade de jurisdicional (preventiva, reparatória, cominatória e constitutiva, etc.). Já em relação a direitos individuais homogêneos a situação é outra. Aqui a modalidade de tutela jurisdicional supõe prévia definição de outros pressupostos, entre os quais, por exemplo, o grau de vinculação do titular do direito ao resultado do processo coletivo. Por exemplo, se for mantido o regime atual (que dá ao titular a liberdade de aderir ou não) a tutela jurisdicional cabível na ação coletiva só pode ser de espécie que permita o exercício dessa opção. Ademais, considerando que a tutela se dará necessariamente em processo de cognição parcial, que resulta em sentença genérica sobre pontos comuns aos direitos homogêneos, a tutela correspondente só pode ser de espécie que permita a essa repartição da atividade cognitiva. Tutela constitutiva ou desconstitutiva de direitos individual homogêneos, por exemplo, não poderia, por sua natureza, ser objeto de processo coletivo.⁶³

Todavia, parece-nos que o panorama apresenta uma abrangência maior, pois os mecanismos existentes para a proteção do interesse coletivo podem e devem ser utilizados da maneira mais eficaz possível, sendo coerente com o ordenamento que não se limitem as possibilidades de resguardar qualquer espécie de direito, devendo-se, conseqüentemente, buscar a espécie de tutela mais adequada à hipótese que se apresenta.

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso, ao tratar especificamente do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor foi explícito em positivar que não se exclui nenhuma possibilidade procedimental para a proteção dos interesses envolvidos:

Do todo resulta que o quadro da tutela judicial ao consumidor é o mais amplo e irrestrito: pedidos de *natureza cautelar*, coadjuvados ou não com medida limiar, v.g., busca e apreensão de produto considerado perigoso à saúde humana (arts. 10 e 84, § 5º, do CDC); pedidos de *natureza cominatória*, v.g., imposição de contrapropaganda (art. 60 do CDC); pedidos de *natureza condenatória*, v.g., imposição, ao fabricante de produto nocivo à saúde humana, do dever de indenizar o dano coletivo e os prejuízos individuais daí resultantes (arts. 12, 18 e 91 do CDC); pedidos conducentes a comandos judiciais de *natureza mandamental*, v.g., a ação inibitória prevista no art. 102 do CDC; *execuções* de títulos condenatórios de tipo coletivo (art. 98 do CDC) e individual (art. 97 do CDC), inclusive de origem extrajudicial (CDC, art. 113, acrescentando um parágrafo – 6º – ao art. 5º da Lei n. 7.347/85).⁶⁴

Dessa forma, não apenas o equivalente em dinheiro é objeto de liquidação individual, pois embora a sentença que contém uma obrigação de fazer ou de não fazer, quando descumprida, serve como título executivo genérico, eis que contém reconhecimento do dever de indenizar, coletiva ou individualmente, o sistema garante ainda a possibilidade da execução específica para cumprimento.

Luiz Guilherme Marinoni obtempera que:

O fato de a “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos” ter sido ligada, em princípio, à sentença de condenação genérica (art. 95, CDC) e à ação de execução (art. 98, CDC), obviamente não tem o condão de eliminar a possibilidade de uma ação para a tutela ressarcitória na forma específica de direitos individuais homogêneos. O que há de diferente, nesse caso, é que a “liquidação”, por objetivar o ressarcimento na forma específica, além de apenas definir o dano e não o seu *quantum*, desemboca na técnica mandamental, dispensando a ação de execução.⁶⁵

Pedro Lenza menciona que o transporte *in utilibus* da coisa julgada não deve se limitar às condenações em dinheiro, concluindo que a interpretação sistemática leva à

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 74.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4985>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

possibilidade de se valer de sentença que contenha obrigação de fazer para eventual liquidação individual.⁶⁶

Nos casos de cumprimento defeituoso em relação de consumo, exemplifica Luiz Guilherme Marinoni que, na liquidação de sentença coletiva reconhecendo o descumprimento contratual do fornecedor, poder-se-á optar, nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, pela execução específica ou pelo recebimento do equivalente em dinheiro.⁶⁷

4.3 Legitimação ativa

De fato, o processo civil tradicional, voltado ao direito meramente individualista, não apresentava soluções adequadas para as novas necessidades da sociedade e da

⁶⁶ “Por fim, resta examinar se o transporte *in utilibus* da coisa julgada da Lei da Ação Civil Pública implementar-se-á somente em caso de ‘condenação em dinheiro’ (decorrente da indenização por danos patrimoniais e morais, cumuláveis), nos termos do art. 13, ou também nas hipóteses de ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, previstas no art. 11 da Lei. Malgrado o art. 103, § 3º, do CDC, tenha se referido somente às hipóteses de condenação em dinheiro, previstas no art. 13 da LACP, a interpretação sistemática leva ao entendimento de que a extensão subjetiva do julgado e a ampliação *ope legis* do processo implementam-se, também, nas hipóteses do art. 11 da LACP. Isso porque, em primeiro lugar, o art. 3º prescreve que a ação civil poderá ter por objeto tanto a *condenação em dinheiro*, como o *cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*. Além dessa regra geral, o entendimento predominante, conforme já tantas vezes anunciado neste trabalho e mais bem desenvolvido quando da análise do tema da tutela específica, é no sentido de que a condenação em dinheiro só se implementará se não for possível a preservação em espécie do bem transindividual. Nesses termos, antes da propositura de ações objetivando a condenação em dinheiro, especialmente no caso dos interesses difusos, cujo montante deverá ser destinado ao Fundo, a preocupação maior reside, prioritariamente, na preservação do bem em seu estado natural, ou o seu restabelecimento ao *status quo*. (...) Assim, imagine-se determinada ação coletiva objetivando a retirada do mercado de consumo de certo medicamento que, comprovadamente, não produza os esperados efeitos contraceptivos. Julgada procedente a ação, objetivando o cumprimento de obrigação de fazer (retirada do medicamento nocivo à saúde pública) e não fazer (a sua não comercialização), reconhece-se, implicitamente, os riscos reais ou potenciais que o referido medicamento causa, ou pode causar, a todas as mulheres que queiram evitar a gravidez, bem como a seus parceiros que, também, buscam no medicamento a segurança de não serem pais em momento indesejável de suas vidas. A sentença proferida na aludida ação que, como visto não tinha por objeto a condenação em dinheiro, mas o cumprimento de uma obrigação de fazer (retirada) e não fazer (não mais comercializar os medicamentos sem poder contraceptivo), servirá, indiscutivelmente, de título executivo judicial para que todas as vítimas ou seus sucessores, valendo-se da condenação genérica (ampliação do objeto *ope legis*, por força do art. 103, § 3º, do CDC), desde que provada a existência do *dano pessoal*, seu *nexo etiológico* com o *dano geral* (fixado ao menos potencialmente na sentença), bem como o *montante da indenização*, decorrente do dano pessoal (patrimonial e/ou moral), executem normalmente a aludida sentença.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 252-253).

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no anteproyecto de “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (art. 7º). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 05 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5042>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

efetivação de direitos supra-individuais. No artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, restou claro que a legitimidade para o pleito em juízo apenas excepcionalmente poderia ser conferida a quem não fosse titular do direito material buscado.

Assim, no âmbito do Código de Processo Civil, a legitimidade ordinária é aquela em que se defende em juízo direito próprio em nome próprio; então, alguém que postule direito alheio, será carecedor de ação. Como ensina Marcus Vinicius Rios Gonçalves, “os sujeitos vão a juízo para litigar, em nome próprio, sobre os seus alegados direitos”.⁶⁸

Algumas exceções são abertas para circunstâncias excepcionais, que decorrem de lei expressa ou do próprio sistema jurídico: é a legitimidade extraordinária, também chamada de substituição processual, pois nesse caso aquele que postula em juízo está defendendo direito de outrem, o substituindo. Nesse caso, é admitido que se postule ou defenda em juízo direito alheio em nome próprio, “aquele que figura como parte não é o titular do direito alegado, e o titular não atua como sujeito processual”.⁶⁹

Vicente Greco Filho explica ainda que, embora a origem do conceito de legitimação extraordinária seja a substituição processual, as expressões não são sinônimas, pois o primeiro é conceito mais amplo, de que substituição processual é espécie, como uma das de suas hipóteses, a da legitimação extraordinária exclusiva e originária. O autor acrescenta

A substituição processual ocorre, como já disse, quando a lei autoriza que alguém demande, em nome próprio, sobre direito alheio; já a representação processual verifica-se quando alguém (o representado) demanda por intermédio de outrem (o representante). Este atua em nome alheio sobre direito alheio e não é parte da ação; a parte é o representado. A representação resulta da lei, como, por exemplo, a dos pais que representam os filhos menores em juízo e fora dele, e do contrato, em virtude do mandato que se outorga por meio de procuração. A sucessão processual dá-se quando a parte vem a falecer, sendo sucedida, então, por seu espólio ou seus herdeiros.⁷⁰

Assim, a representatividade de grupos prescindia de uma adequação legislativa hábil para a possibilidade de defesa coletiva de seus interesses, tal como se verifica na

⁶⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 90

⁶⁹ *Ibidem*, mesma página.

⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. v. 1, p. 82-83.

própria estrutura política do país, em que a democracia representativa confere aos parlamentares a função de representar a sociedade na produção do ordenamento jurídico. Foi o que fizeram a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, admite-se a atuação de órgãos e entidades públicas e privadas para a representação dos titulares de direitos coletivos, face ao Poder Judiciário. A conjugação dos artigos 21 da Lei n. 7.347/85 e 90 da Lei n. 8.078/90 traça um modelo virtuoso de legitimação processual, permitindo que a tarefa de levar ao Estado os pleitos surgidos dos interesses metaindividuais seja cumprida de forma eficaz.

Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que a legitimação ativa e passiva nas demandas coletivas em defesa do consumidor foi inspirada no sistema das *class actions* norte-americanas, em que se considera legitimado (= *real part in interest*) o exponente da coletividade interessada que demonstre possuir a representatividade adequada (*adequacy of representation*), ressaltando que:

Todavia, atentando para as condições da realidade judiciária de nosso país, a par de certas peculiaridades da cultura nacional, o legislador houve por bem introduzir alguns temperamentos no modelo inspirador, optando por indicar no CDC os quesitos para que uma associação se considere legítima representante de um interesse metaindividual (inciso IV do art. 82; art. 8º, II, do Dec. Federal n. 2.181/97; incisos I e II do art. 5º da Lei n. 7.347/85), ao passo que reconhece (ou *mesmo pressupõe*) legitimados outros sujeitos, neles reconhecendo uma sorte de *idoneidade presumida* em função da própria vocação institucional: entes políticos, MP e órgãos públicos voltados à defesa do consumidor (incisos I, II e III do art. 82).⁷¹

A doutrina ainda discute a natureza de tal legitimação⁷², se ordinária, por se tratar de interesse próprio, ou extraordinária (substituição processual), pelo fato de se demandar

⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 33.

⁷² Anotam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, que “A problemática da legitimação processual, isto é, do ‘direito processual de estar em juízo’, é imprescindível levar em conta o que diz Thereza Alvim. Para essa autora, tem legitimação processual, via de regra, no sistema tradicional, quem tenha capacidade genérica para estar em juízo, podendo também defender judicialmente *determinada e específica* pretensão. Embora se trate de conceitos que não se podem confundir, a verdade é que a legitimidade para o processo tem como um de seus pressupostos a capacidade genérica de estar em juízo (capacidade processual). Dessa, forma é possível concluir com Thereza Alvim que a *capacidade* processual é a aptidão *genericamente* reconhecida a alguém para que possa estar em juízo, enquanto a legitimidade processual é a *capacidade* de estar em juízo *específica*, objetivamente posta diante de determinada situação concreta.” (Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 265).

pelo interesse de terceiros, ou seja, de acordo com a titularidade do direito discutido é que se poderá definir a espécie de legitimidade processual.⁷³

Quando se trata da tutela dos interesses individuais homogêneos propriamente ditos, parece clara a ocorrência de substituição processual, ou legitimação extraordinária, uma vez que os legitimados estão autorizados a deduzir expressamente a pretensão de terceiros, havendo individualização do bem pretendido para cada titular. Contudo, deve-se notar que a tutela desses interesses se dará de forma distinta em dois momentos, isto é, na obtenção de uma sentença genérica, e posteriormente em sua liquidação, que poderá ser individual ou coletiva.

Teori Albino Zavascki leciona que os direitos individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais (= com titular determinado), logo materialmente *divisíveis* (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), “o que

⁷³ Conforme consigna Pedro Lenza, “Ao que parece, a grande maioria da doutrina posiciona-se pela *legitimação extraordinária* nas ações coletivas, havendo *substituição processual da coletividade*. Nesse sentido, destaquem-se Grinover, Dinamarco, Yarshell, Zavascki, Vigliar, Pedro da Silva Dinamarco e Ephraim de Campos Jr. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, por seu turno, falam em *legitimação autônoma para a condução do processo* em relação à defesa de direitos difusos e coletivos, ao passo que a defesa dos direitos individuais homogêneos implementa-se por *substituição processual (legitimação extraordinária)*. Carlos Alberto de Salles, na defesa e sua dissertação de mestrado na Fadusp, caracteriza a legitimação do Ministério Público para agir em defesa de direitos individuais indisponíveis (modalidade de interesse considerada tradicional pelo ilustre membro do Ministério Público), como sempre *extraordinária* (p. 115 e 118), sendo que a legitimação para agir na defesa dos interesses difusos e coletivos não é nem *extraordinária* (‘por não se tratar precisamente de interesses alheios, uma vez que não atribuíveis a sujeitos determinados’), nem *ordinária* (já que a instituição não é titular da situação de direito material). Assim, a qualificação mais adequada da legitimação do Ministério Público na área de interesses difusos e coletivos seria, para o referido autor, *anômala*, conforme terminologia usada por Celso Agrícola Barbi ‘(...) para se referir, de maneira geral, a toda a legitimação que não a ordinária’ (p. 120). Por outro lado, tratando-se de legitimação de associações, da União, dos Estados ou Municípios, ‘(...) a extensão analógica do conceito de legitimação ordinária é aceitável’ (p. 118-119). Gidi, por seu turno, sugere a consideração de ‘(...) uma espécie anômala de substituição processual (que, por sua vez, já é considerada uma legitimidade anômala) *secundum eventum litis*, em que o substituído seria atingido pela coisa julgada da sentença favorável’. Grinover, muito embora já tenha afirmado tratar-se de *legitimação extraordinária*, de modo preponderante, para a propositura da ação civil pública, ao analisar a legitimação do *mandado de segurança coletivo* (em texto datado de 1990) entendeu, por bem, lembrar ‘(...) a moderna tendência doutrinária que vê, na legitimação de entidades que ajam na *defesa de interesses institucionais*, uma verdadeira legitimação ordinária (v. Vincenzo Vigoriti, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e a autora deste estudo). De modo que, caso a caso, dever-se á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo –, e neste caso a *legitimação seria ordinária*; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira *substituição processual*.’” (*Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 188-189).

propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual), como individual (por regime de representação)”.⁷⁴

É certo que se tem afirmado recorrentemente que na verdade o estudo da tutela coletiva não se pode prender às estruturas tradicionais do direito clássico, sob pena de desvirtuamento dos objetivos almejados pelo ordenamento, quando introduzidos os dispositivos regulamentadores da tutela coletiva, sendo muitas vezes necessário rever determinados conceitos, para a sua devida conformação com as situações atuais.

Nessa esteira, consignam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier que nas ações “genuinamente coletivas” não haveria que se falar em legitimação ordinária e ainda menos em extraordinária, eis que a legitimidade é conferida como regra aos que possuem a representatividade adequada. Propõem os autores que se trate tal situação por “legitimidade especial”, uma vez que possui contornos distintos das espécies até então tratadas pela doutrina.⁷⁵

Como explica Pedro Lenza, “a *solução pluralista*, inicialmente acolhida pela Lei 7.347/85, foi consagrada na CF/88 e, posteriormente, incrementada pelo Código de Defesa do Consumidor e demais leis extravagantes”. Prossegue o autor:

Trata-se, conforme denominou Barbosa Moreira, de *legitimação concorrente e disjuntiva*, terminologia esta, muito embora predominante na doutrina, não unânime, tendo em vista diversas outras caracterizações: a) concorrente e disjuntiva; b) concorrente, autônoma e disjuntiva; c) concorrente, disjuntiva e exclusiva; d) autônoma e concorrente”.⁷⁶

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, cit., p. 34.

⁷⁵ “Nas ações coletivas (genuinamente coletivas) não se trata, a nosso ver, de hipótese de defesa de direito próprio (legitimação ordinária) nem mesmo de situação em que se possa buscar arrimo no instituto de legitimação extraordinária, em qualquer de suas espécies. Até porque soaria, no mínimo, estranho chamar de extraordinário algo que, no processo coletivo, nada mais é do que a regra geral! Trata-se de buscar, então, um tratamento processual novo, incluindo nova terminologia, condizente com aquilo que requerer a disciplina processual que se pretenda seja apta à defesa dos ‘direitos novos’. Nesse sentido, entendemos que é correto afirmar que a legitimação dos entes autorizados à defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos deve ser tratada como uma *legitimação especial*, com contornos próprios, derivados da circunstância de se destinar, num novo momento da história, à defesa apropriada que se deva dar ao rol dos direitos novos. Thereza Alvim se refere à legitimação coletiva genérica e à *legitimação coletiva institucional*, esta última relativa à legitimidade do Ministério Público. Nelson Nery Junior, com apoio na doutrina alemã, procura resolver a discussão sobre a natureza da legitimação para as ações coletivas, denominando o fenômeno que ocorre nas ações coletivas de *legitimação autônoma* para a condução do processo.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, cit., p. 266).

⁷⁶ LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 178-179.

Como esclarece Sérgio Shimura, a legitimação é concorrente porque qualquer legitimado pode propor a ação, e é disjuntiva porque tal iniciativa independe da autorização dos demais legitimados.⁷⁷

4.3.1 As associações

Tanto o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública quanto o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor conferem à associação constituída há mais de um ano legitimidade para defender os interesses coletivos, sendo certo que diversas questões emanam de tal possibilidade, pois deve-se aferir a representatividade adequada e a pertinência temática.⁷⁸

Ocorre que a legislação permite que o juiz dispense a exigência da constituição anterior, porém não abre a mesma possibilidade para a finalidade institucional, pois o legislador optou por preservar a sociedade de ações formuladas com finalidades outras que não a efetiva proteção dos interesses coletivos. A jurisprudência, por seu turno, oscila de acordo com as particularidades do caso, ora flexibilizando⁷⁹, ora endurecendo⁸⁰ quanto a tais exigências.

⁷⁷ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 54.

⁷⁸ Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso, “Numa visão panorâmica, pode-se dizer que, tirante o Ministério Público, cuja legitimação ativa para defesa de interesses metaindividuais é, em linha de princípio, de *base institucional* (CF, arts. 127 e 129, III; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV, b), já os demais co-legitimados ativos devem atender ao binômio *representação adequada + pertinência temática*, sendo este último tópico considerado por Hugo Nigro Mazzilli ‘requisito indispensável que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse’ e assim é que ‘as associações civis devem incluir entre seus *fins institucionais* a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional’.” (*Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 64).

⁷⁹ “Processual civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída evidentemente nessa cláusula a quantidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente. Recurso especial não conhecido.” (STJ – RESP n. 31150/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 20.05.1996, DJU, de 10.06.1996).

⁸⁰ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Propositura por associações civis que pretendem impedir a instalação de presídio na cidade de Paraguaçu Paulista, por violação ao meio ambiente – Indeferimento da inicial por ilegalidade de parte – Acerto – Necessidade de cumprimento da regra do artigo 5º, da Lei n. 7.347/85, com prova de que as três entidades autoras têm por finalidade a proteção ao meio ambiente (...).” (TJSP – AG n. 337.099-5/Pirassununga, 7ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Moacir Peres, j. 27.06.2005, v.u.). “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Responsabilidade por danos ao meio ambiente, cumulada com obrigação de fazer – Ausência de cópia autenticada dos estatutos da associação autora – Inviabilidade de comprovação de sua existência há pelo menos um ano e sua finalidade de defesa do meio ambiente – Extinção do processo, sem julgamento do mérito (...).” (TJPR – AC, Acórdão n. 17494, 3ª Câmara Cível, publ. 07.08.2000).

De início, há que se falar sobre a exigência de possuir em seus estatutos expressa previsão para atuação em defesa dos interesses coletivos, sendo vedado o ajuizamento de feitos que tratem de direitos estranhos aos definidos quando de sua constituição.

Sérgio Shimura aduz que além da existência jurídica se faz necessário existir previsão, dentre as finalidades para as quais foi criada, da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico etc.: “Significa que a associação (e, de resto, as entidades privadas, como as fundações de direito privado, sindicatos, corporações etc.) deve demonstrar a *pertinência temática* entre a sua finalidade e o bem jurídico a ser tutelado.”⁸¹

A legitimidade ordinária que é conferida às associações diz respeito à defesa dos interesses supra-individuais que estejam em sua finalidade social⁸², por isso mesmo a lei dispensou expressamente a autorização assemblear. Todavia, uma vez verificada a representação processual dos interesses de seus associados, o que ocorre quando se liquida e executa a sentença genérica em ação que tenha tutelado interesses individuais homogêneos, deve pleitear autorização.

Contudo na hipótese específica dos sindicatos, mesmo para a liquidação e execução em favor dos seus representados, será desnecessária a autorização, pois o artigo 8º, III, da Constituição Federal⁸³ confere ampla legitimidade para essa atuação.⁸⁴

⁸¹ SHIMURA, Sérgio, O papel da associação na ação civil pública, cit., p. 160. O autor acrescenta: “Exemplificativamente, não se obriga interesse de agir da Associação Paulista do Ministério Público em buscar a proteção de direitos dos *bancários* do Município de Curitiba. Como já referido, a associação age com legitimidade ordinária, quando defende direitos difusos ou coletivos (ex.: defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico do consumidor quando se postula o não-aumento de tarifas dos ônibus etc.)” (Ibidem, mesma página).

⁸² “Quando a associação entra com uma ação coletiva, mormente para defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, não há que se olvidar, como lembra Kazuo Watanabe, que a ‘associação que se constitui com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em juízo, estará defendendo seu interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser’.” (NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: LEUD, 2004. p. 205).

⁸³ “Artigo 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”

⁸⁴ “PROCESSO CIVIL – Sindicato. Art. 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos

Maior controvérsia foi a criada para situações em que o Poder Público é réu de ação coletiva movida por associação, conforme estabeleceu a Lei nº 9.494/97 (redação dada pela MP 2.180-35/2001), que em seu art. 2º-A⁸⁵, tentou limitar o alcance da coisa julgada, e no parágrafo único, exigiu expressamente que se juntasse a ata de assembléia com a petição inicial⁸⁶.

Tal dispositivo legal é alvo de críticas duríssimas pela doutrina, conforme veremos ao tratarmos da coisa julgada nas ações coletivas, porém, sobre a obrigatoriedade da autorização assemblear, é de se registrar seu total descompasso com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido manifesta-se Rodolfo de Camargo Mancuso, ao afirmar que anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê, em sua versão de dezembro de 2005, no parágrafo 4º do artigo 12, que “a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”. Enfatiza que o artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor dispensa a autorização assemblear e, logo, não haveria que se exigir autorização assemblear para o ajuizamento de demanda coletiva.⁸⁷

Observa-se que artigo 5º, inciso XXI, da Constituição da República dispõe que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados” judicialmente. Uma das duas autorizações de fato deve acompanhar a petição inicial, a abstrata (estatutária) ou a concreta (da assembléia). Logo, o requisito da pertinência temática corresponde exatamente à autorização estatutária, razão

trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (STF – RE n. 210029/RS, rel. Min. Carlos Velloso, DJU, de 17.08.2007).

⁸⁵ “Artigo 2º-A - A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

⁸⁶ “Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 218-219. O autor acrescenta: “Criticando a inovação, aduz Kazuo Watanabe: ‘Flagrantemente inconstitucional, por ferir a igualdade e obstaculizar o acesso à justiça, do ponto de vista processual o dispositivo confunde a figura da representação, para a qual a própria Constituição prevê a necessidade de autorização dos associados (art. 5º, inc. XXI), com a legitimação às ações coletivas, introduzindo regra própria dos processos individuais, em que as associações litigam em nome próprio, representando os associados, para os processos de índole coletiva, em que as associações agem por direito próprio.’” (Ibidem, p. 219).

de ser da dispensa da autorização assemblear contida no artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação estende-se a qualquer ação civil pública (apesar da omissão da Lei n. 7.347/85).⁸⁸

A interpretação deve corrigir o equívoco legislativo, pois o dispositivo legal não pode contrariar o sistema jurídico⁸⁹, sobretudo quando se trata de interesses tão caros à sociedade, eis que a ação coletiva proposta por uma associação beneficiará a todos⁹⁰, razão pela qual a exigência da autorização assemblear não há de prevalecer, senão quando verificada a hipóteses de lide que tenha por objeto os interesses individuais dos representados pela associação.⁹¹

⁸⁸ Nesse sentido, Sérgio Shimura anota: “Mancuso também se insurge contra o dispositivo, afirmando que tal restrição coloca-se em descompasso com o sistema de coisa julgada coletiva, quando prevê a exigência de que a ação coletiva deva ‘obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou’. A exigência não se justifica: de um lado, a sindicalização é livre (CF, art. 8º, III); de outro lado, causa espécie apareça tal exigência apenas quanto às ações contra o Poder que configura uma desequiparação injustificada; enfim, em que pese o respeitável entendimento do STF na Ação Originária 152-RS,47 a letra e a teleologia do art. 5º, XXI, da CF parecem autorizar o entendimento de que, atuando as associações em juízo, por definição, a benefício de seus aderentes, sua legitimação deflui, ou da própria relação entre o objeto litigioso e a finalidade estatutária ou do credenciamento decorrente da lei de regência; nem por outro motivo, aliás, o art. 82, IV, da Lei 8.078/90, dispensa a autorização assemblear para ajuizamento de ações coletivas pelas associações.” (O papel da associação na ação civil pública, cit., p. 168).

⁸⁹ Pedro da Silva Dinamarco registra que “os substituídos na ação civil pública movida por associações não são apenas seus associados, como poderia resultar de uma leitura fria do art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal. Assim, quando ajuizada uma ação civil pública relacionada a interesses individuais homogêneos, todas as pessoas da sociedade que se encontrarem naquela determinada situação fática poderão ser beneficiadas pela eventual procedência da demanda” (*Ação civil pública e suas condições da ação*, cit., p. 265-266).

⁹⁰ “PREVIDENCIÁRIO – Recurso especial. Associação civil. Legitimidade. Ação coletiva. Possibilidade. A Lei 8.078/90, ao alterar o art. 21 da Lei 7.347/85, ampliou o alcance da ação civil pública e das ações coletivas para abranger a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que presente o interesse social relevante na demanda. *In casu*, os interesses são homogêneos, tendo em vista o debate de uma ampla classe de segurados da Previdência Social, onde se tem um universo indeterminado de titulares desses direitos. De acordo com a inteligência do artigo 21 do Código de Defesa do Consumidor, a Associação é legítima para propor ações que versem sobre direitos comunitários dos associados. Recurso desprovido.” (STJ – RESP n. 702607/SC, 2004/0159196-7, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca). “AÇÃO COLETIVA – Interesses individuais homogêneos. Consórcio. Associação. Legitimidade de parte ativa. A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, sejam eles seus associados ou não. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – RESP n. 132502/RS, 1997/0034698-6, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro).

⁹¹ “A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que tais exigências são próprias do instituto da representação, mas não da legitimação para agir (ordinária ou extraordinária). Quando a associação “representa” seus associados (CF, 5º, XXI), agindo em nome deles, e não em nome próprio, deve estar expressamente autorizada e mencionar, nominalmente, quais os associados que estão sendo representados (lista nominal). Porém, quando propõe ação em nome próprio dispensável a autorização e a relação nominal com endereços”. (SHIMURA, Sérgio, O papel da associação na ação civil pública, cit., p. 168).

4.3.2 O Ministério Público

Questão extremamente controversa é a possibilidade de defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos por parte do Ministério Público que, segundo alguns doutrinadores, não poderia representar interesses individuais de qualquer natureza, sob pena de desviar-se de sua finalidade institucional.

Outros condicionam com rigidez sua atuação nesses casos, atendo-se a interpretações literais de dispositivos legais, como o artigo 129, III, da Constituição Federal, que menciona expressamente apenas os interesses difusos e coletivos, e do artigo 127, que cita a indisponibilidade do direito a ser tutelado. Por fim, alguns condicionam a atuação ministerial à comprovação de “relevância social” dos interesses individuais, como da criança, do portador de deficiência física ou do idoso, ou ainda, atrelam a legitimidade do Ministério Público à indisponibilidade do direito individual defendido.⁹²

Robson Renault Godinho, em artigo em que aborda a matéria, aponta com clareza as correntes e os fundamentos da limitação a ser imposta à legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses individuais, indicando tanto os autores que sustentam maior rigidez na aferição da possibilidade de tal atuação⁹³, como aqueles que apresentam

⁹² “Constitui assunto tormentoso para os profissionais do Direito a legitimidade ativa do Ministério Público para manejar a ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. A jurisprudência ainda é vacilante no assunto. Porém tal controvérsia ainda constitui celeuma, precipuamente em virtude do dado histórico que alguns ainda deslembram de cogitar quando empolgam a questão. O Direito pátrio, bem como os demais no mundo ocidental, ainda está demasiadamente contaminado com os postulados liberais criados por ocasião da Revolução Francesa de 1789. Naquela época, primou-se por dar ênfase ao indivíduo enquanto indivíduo, na onda da corrente liberal-burguesa onde se pregava a absoluta liberdade de iniciativa do cidadão. Por conseqüência, tão-só o titular do interesse conflituooso – de outro lado o titular do dever – poderia propor a demanda – e ser demandado – cabível no caso concreto para a salvaguarda do seu interesse ali em conflituosidade.” (ALMEIDA, Renato Franco de. “Parquet” na defesa dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 118, ago. 2001).

⁹³ “Iniciemos a exposição apresentando os argumentos que nos parecem mais restritivos. Miguel Reale entende que os direitos e coletivos e individuais homogêneos como definidos no Código de Defesa do Consumidor são categorias inconstitucionais (sic), ‘tendo sido indevidamente acrescidas à dos difusos e indisponíveis, os únicos que a Carta Magna expressamente contempla’. Adilson Abreu Dallari também entende que a Constituição só autorizou o Ministério Público a defender direitos difusos e coletivos, sendo inconstitucional qualquer outro alargamento de sua ‘competência’. Do mesmo modo, Ives Gandra da Silva Martins entende haver incompatibilidade constitucional com a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público por meio de ação coletiva. A constitucionalidade de sua defesa pelo Ministério Público está no art. 127 da Constituição, na medida em que menciona a defesa dos interesses sociais, e no art. 129, IX, na parte em que autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. O acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só receberam a tutela adequada por meio da ação coletiva. O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar. Até mesmo para evitar esse tipo de

uma visão mais permissiva, isto é, que admitem tal situação, a partir de critérios menos restritivos.⁹⁴

Rodolfo de Camargo Mancuso, em lição multicitada pela doutrina, expõe que a compreensão da questão prescinde da correta interpretação do disposto no *caput* do artigo 127 da Constituição Federal, em que se diz que ao *Parquet* compete a defesa dos “interesses sociais e individuais indisponíveis”. Para ele, se individual o interesse, há de prevalecer o caráter de ordem pública, traduzido na indisponibilidade do bem de vida direto e imediato perseguido pelo interessado. Conclui o autor:

equivoco em que incidiu Miguel Reale é que há quem defenda a mudança do nome desses direitos, conforme já referido. O rótulo dado pelo legislador não pode mudar a natureza das coisas, e haverá direitos acidentalmente coletivos independentemente da denominação legislativa. A novidade é que agora temos um sistema processual integrado que possibilita sua tutela efetiva. É interessante notar que somente agora venha sendo questionada essa categoria de direitos, se o legislador já trabalha com ela há anos. Basta lembrar que a Lei 6024/74 legitima o Ministério Público a ajuizar ações em hipóteses de liquidação extrajudicial, caso evidente de direitos individuais homogêneos, sem falar no disposto na Lei 7913/89. (...) Ademais, uma outra razão para a não inclusão dos direitos individuais homogêneos no art. 129, III, da Constituição, está no fato de que nem todas as situações individuais alcançam dimensão a justificar a atuação do Ministério Público, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, que, pela própria natureza, têm afetação automática à coletividade e não apenas ao indivíduo. Na Constituição temos as diretrizes genéricas, havendo conformação legislativa posterior, que foi o que ocorreu com a disciplina dos direitos individuais homogêneos. Rogério Lauria Tucci, embora não se refira expressamente à denominação *direitos individuais homogêneos*, acrescenta dois argumentos contrários à atuação do Ministério Público: a abusividade do ajuizamento de ações e o indevido exercício de funções próprias de advogados, eis que seriam tutelados direitos individuais.” (GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 957, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7974>>. Acesso em: 20 jun. 2008).

⁹⁴ “Passemos agora a descrever o panorama doutrinário mais consentâneo com nosso pensamento. Gregório Assagra de Almeida entende que sempre haverá interesse social na defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, afirmando que ‘sempre que houver a afirmação de direito pertinente aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento da respectiva ação coletiva. O que ele defende não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar a proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente da possibilidade de decisões jurisdicionais contraditórias sobre o mesmo assunto’. Essa também é a opinião de Nelson Nery Junior e Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Teori Albino Zavaski, em dois importantes trabalhos sobre o tema, possui posição mais moderada, concluindo que há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico, e tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público. Segundo este autor, a identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador como ao Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito de interesses sociais. empresta expressa adesão a este entendimento. Em linhas gerais, aderem a este posicionamento, exemplificativamente, os seguintes autores: Geisa de Assis Rodrigues, Alexandre Freitas Câmara, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe, Hugo Nigro Mazzili, Rodolfo de Camargo Mancuso, Ricardo de Barros Leonel, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.” (GODINHO, Robson Renault, O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos, cit.).

Ou seja, quando for individual o interesse, ele há de vir qualificado pela nota de indisponibilidade, vale dizer, da prevalência do caráter de ordem pública em face do bem de vida direto e imediato perseguido pelo interessado. Até porque, de outro modo, a legitimação remanesceria ordinária, individualmente ou em cúmulo subjetivo. É nessa linha que se coloca Hugo Nigro Mazzilli: “A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público”. Conforme observado por Kazuo Watanabe: “Em linha de princípio somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *Parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis”.⁹⁵

Hamilton Alonso Júnior consigna que, com exceção da hipótese prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não haveria que se falar em legitimidade do Ministério Público por decorrência do texto do artigo 129 da Constituição Federal.⁹⁶

Na mesma linha manifesta-se Ricardo Leonel de Barros, para quem o Ministério Público pode ajuizar ações para proteger uma criança ou adolescente individualmente considerado, pela natureza de tais direitos, mas não quando se tratar de interesses meramente patrimoniais.⁹⁷

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 114-115.

⁹⁶ “Afora hipótese específica prevista no ECA, não há falar no uso da ação civil pública que não seja para fins difusos e coletivos, em razão da previsão constitucional (art. 129, III) e do teor das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990. Nesse sentido, referindo-se à legitimação do Ministério Público, José Marcelo Menezes Vigliar se manifesta: ‘Estará sempre legitimado para a defesa dos interesses individuais indisponíveis, embora não o faça mediante a ação coletiva ainda que a Lei 8.069/90 veicule previsão nesse sentido.’” (ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 209).

⁹⁷ “Não obstante haja a possibilidade de ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação destinada à proteção de direitos de uma criança ou adolescente individualmente considerados, é oportuno observar que a legitimação do Ministério Público somente terá razão de ser quando relacionada a direitos ou interesses indisponíveis, inerentes à própria matéria versada tanto na Constituição Federal como no Estatuto, e não a direitos meramente patrimoniais ou disponíveis, embora a lei mencione a expressão ‘Ação Civil Pública’, ainda quando a demanda seja formulada para a defesa de interesse individual, a hipótese não será de demanda coletiva. Na dicção legal remanesce resquício da praxe adotada na Lei de Ação Civil Pública, confundindo o instituto da ação com o direito material, qualificando-a em função do legitimado ativo (Ministério Público com ‘ação pública’).” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 134-135).

Na verdade, por todos os argumentos expostos pela doutrina, em grande parte voltados à adequação da interpretação literal dos dispositivos sobre a legitimidade sob estudo, é necessário atentar para dois aspectos importantes: a finalidade do sistema da tutela coletiva e a própria natureza do órgão ministerial.

Não há dúvida de que o Ministério Público deve zelar pelo bom funcionamento do sistema jurídico e patrocinar o encontro dos direitos legalmente garantidos com seus destinatários, fato que certamente pode ser observado quando do ajuizamento de ações coletivas que visem à proteção de interesses individuais homogêneos.⁹⁸

Embora o entendimento já esteja evoluindo para o sentido de que, em se tratando de relação de consumo, a legitimidade para tutela dos interesses individuais homogêneos é amplamente conferida ao Ministério Público, por força do disposto no Código de Defesa do Consumidor, e já se entenda que outras leis especiais também autorizam tal intervenção, ainda que se trate de interesses individuais puros, como no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁹ ou do Estatuto do Idoso, conforme expõe Robson Renault Godinho¹⁰⁰,

⁹⁸ Nesse sentido: “Thereza Alvim observa que a Lei da Ação Civil Pública, seguida pelo Código de Defesa do Consumidor, são exemplos de legislação com a finalidade precípua de propiciar a efetividade do processo e a facilitação do acesso à justiça, daí porque esses novos institutos jurídicos nem sempre apresentam as mesmas características daqueles previstos pelo direito processual civil. Assim, a legitimação prevista no art. 5º, LACP, não se enquadra na legitimação ordinária. Cuida-se de legitimação própria (ou legitimação coletiva), ou, sendo o Ministério Público, legitimação coletiva institucional. Porém, quando a ação coletiva visar à tutela de direitos individuais homogêneos, haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária. Com efeito, o art. 91, CDC, preceitua que os legitimados poderão propor em nome próprio, ação civil coletiva, no interesse das vítimas ou sucessores, com o objetivo de buscar a responsabilização pelos danos individualmente sofridos.” (SHIMURA, Sérgio, O papel da associação na ação civil pública, cit., p. 156).

⁹⁹ “Outrossim, a Lei n. 8.069/90 no art. 7º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como ‘substituição processual’, senão vejamos: ‘Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência’. ‘Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica’. ‘Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...) V - promover o inquérito civil e a ação civil pública *para a proteção dos interesses individuais*, difusos ou coletivos *relativos à infância e à adolescência*, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;” (STJ – RESP n. /RS, 20040177335-4, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJU, de. 20.02.2006).

¹⁰⁰ “O Estatuto do Idoso, no art. 74, I, conferiu atribuição ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. Esse dispositivo poderia até mesmo ser considerado desnecessário, já que reproduz, em nossa opinião, o que já estabelece a Constituição. Ou seja, mesmo que não houvesse esse dispositivo, ou mesmo que inexistisse o Estatuto do Idoso, o Ministério Público estaria legitimado para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis dos idosos.” (GODINHO, Robson Renault, O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos, cit.).

temos por certo que o raciocínio que autoriza tal representação deve ser ainda mais elástico.

Como dito alhures, em 1985, a Lei de Ação Civil Pública trouxe ao ordenamento importante instrumento para a tutela coletiva, atribuindo ao Ministério Público legitimidade para litigar em defesa dos bens ali descritos.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, ao disciplinar as funções do órgão ministerial, estabeleceu que dentre elas está a defesa da “ordem jurídica”, dos “interesses sociais” e “individuais indisponíveis” (art. 127)¹⁰¹, além de também lhe impor o dever de zelar pela observância dos direitos “difusos e coletivos” (art. 129, III)¹⁰². Nesse compasso, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, regulamentou a questão para sedimentar que além do próprio consumidor, outros interesses coletivos, abrangidos com certeza os individuais homogêneos, deveriam ser protegidos pela instituição (art. 110 e 111).¹⁰³

Por fim, as próprias leis de regência do órgão, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 25, IV, “a” Lei n. 8.625/93)¹⁰⁴ e Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 6º, VII, “d”, e XII da LC n. 75/93)¹⁰⁵, vieram disciplinar a matéria, em consonância com os demais dispositivos mencionados, estabelecendo ampla legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

¹⁰¹ “Artigo 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

¹⁰² “Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; 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;”

¹⁰³ “Artigo 110 - Acrescente-se o seguinte inciso IV ao artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985: ‘IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.’; Artigo 111 - O inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação: ‘II - 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.’”

¹⁰⁴ “Artigo 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;”

¹⁰⁵ “Artigo 6º - Compete ao Ministério Público da União: VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: (...) c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; (...) XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos;”

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart colocam o tema da seguinte forma:

O Ministério Público também é legitimado para as ações atinentes a direitos individuais homogêneos, por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 82, I) e autorização de sua lei específica (no âmbito federal, art. 6º, XII, da Lei Complementar 75/93). Poderia alguém supor como inconstitucionais essas previsões de lei, por transbordarem os limites fixados na norma constitucional antes apontada (art. 129, III, da CF). Não se deve olvidar, todavia, que a própria Constituição Federal permite a ampliação, por lei, da competência do Ministério Público, ao estabelecer, em seu art. 129, IX, que também é atribuição desse órgão “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”.¹⁰⁶

Rodolfo de Camargo Mancuso traz a lume decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n. 163.231-3 que, admitindo a legitimidade do Ministério Público para propor ação em defesa das vítimas do abuso no aumento das mensalidades escolares, em sua fundamentação explica que, ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o Ministério Público está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a “outros interesses difusos e coletivos”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 715. Prosseguem os autores: “Ora, indubitavelmente, a defesa de interesses individuais homogêneos, porque intimamente relacionada à proteção da ordem jurídica (art. 127 da CF), é atribuição harmônica com a finalidade do Ministério Público. Não há, portanto, razão para negar-se a este órgão a legitimidade para a propositura de ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos. A única ressalva que merece ser feita alude à relevância social do interesse individual homogêneo a ser defendido pelo Ministério Público. De fato, para que se justifique a intervenção do Ministério Público na defesa de interesses individuais (ainda que homogêneos), é necessário que estes se caracterizem como interesses sociais ou individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Não é, assim, qualquer direito individual (ainda que pertencente a várias pessoas) que admite a tutela por via de ação coletiva proposta pelo Ministério Público, mas apenas aqueles caracterizados por sua relevância social ou por seu caráter indisponível.” (Ibidem, mesma página).

¹⁰⁷ “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 a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram 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, quanto mais quando 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 (CF, 205).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos e coletivos*, cit., p. 76).

Renato Franco de Almeida também aborda o tema, comentando que “o agasalho constitucional para a propositura de ação civil pública que visa à defesa dos interesses individuais homogêneos reside no art. 127, *caput*, quando regra que ao Ministério Público incumbe a defesa dos *interesses sociais*.”¹⁰⁸

Alexander Araujo de Souza aponta casos em que se tem reconhecido o interesse do Ministério Público nos moldes comentados:

Nesta linha, já se perfilhou, em sede jurisprudencial, o entendimento de ser possível aos órgãos do *Parquet* ajuizar ações civis públicas com vistas a buscar a reparação de danos causados à saúde de trabalhadores submetidos a condições insalubres, ou mesmo a proteção de direito ao salário mínimo de servidores públicos, também assim, pleitear nulidade de cláusulas que estipulem correção monetária abusiva em contratos de adesão para aquisição de imóveis financiados, ou juros ilegais em contratos de consumo em geral; e em idêntico sentido, de reajustes das prestações de planos de saúde. O mesmo se diga relativamente à legitimação do Ministério Público para pleitear invalidação da cobrança abusiva de mensalidades escolares ou do crédito educativo.¹⁰⁹

Pedro Lenza pontua com propriedade que não se pode limitar a atuação ministerial em razão de interpretação literal do artigo 129, III, da Constituição Federal, porque evidentemente o ordenamento jurídico ainda não conhecia o termo “interesses individuais homogêneos”, consignando que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 82, I, abriu a possibilidade de atuação do Ministério Público na defesa de quaisquer

¹⁰⁸ ALMEIDA, Renato Franco de, “Parquet” na defesa dos direitos individuais homogêneos, cit., p. 120.

¹⁰⁹ SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 369, p. 15, set./out. 2003. O autor cita os RESP ns. 58.682/MG, 95.347/SE, 168.859/RJ, 105.215/DF, 177.965/PR, 34.155/MG e *DJU*, de 05.08.1996, p. 26.332, rel. Min. Hélio Mosimann; cita também o seguinte recurso extraordinário: “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 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 da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.” (STF – RE n.163.231, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 29.06.2001).

dos interesses transindividuais, “sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu*, ou individuais homogêneos, sendo que, para este último dever-se-á aferir a caracterização da dimensão social e coletiva do interesse protegido”.¹¹⁰

Para exemplificar, o autor contrapõe os casos de um pequeno número de importadores de veículos de luxo com o das vítimas de um acidente de consumo que tenham se intoxicado com a carne contaminada pela radiação de Chernobyl, sendo certo que na segunda hipótese seria inafastável a legitimidade do órgão ministerial.

Alexander Araújo de Souza observa que não obstante a todas essas expressões caracterizadoras das hipóteses de atuação legítima do Ministério Público (“indisponibilidade”, “interesse social relevante”, e “relevância social da tutela coletiva”), deve-se também considerar o devido alcance do próprio artigo 127 da Constituição Federal, quando elenca a “defesa dos interesses sociais” e confere amplitude às hipóteses de uma proveitosa atuação levada pela democrática instituição ministerial.¹¹¹

Assim, não seria possível chegar a uma conclusão senão através da análise dos verdadeiros fins a que se propõe a sistematização da tutela coletiva pelo nosso ordenamento, desde a Lei da Ação Civil Pública, até as suas mais recentes inovações, inclusive aquelas *de lege ferenda* que representam as tendências atuais do legislador sensível ao avanço da sociedade.

Nesse trilho é a interpretação proposta por Ada Pellegrini Grinover sobre os dispositivos constitucionais mencionados que, considerando o texto constitucional (art. 129, III), que deve ser interpretado extensivamente, e as manifestações da doutrina internacional e estrangeira, conclui:

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que

¹¹⁰ LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 215-216.

¹¹¹ SOUZA, Alexander Araújo de, *O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática*, cit., p. 14.

compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.¹¹²

Reforçando a idéia de que o órgão ministerial é, por disposição constitucional, responsável pela defesa dos interesses sociais (e não apenas os puramente públicos), Ricardo Negrão aduz que, a seu ver, na verdade, devido ao emprego de termos vagos pelos dispositivos legais mencionados, por exemplo “interesse social relevante”, o seu significado “deve ser completado pela atuação constante da jurisprudência e da doutrina”. O autor prossegue:

De fato, a esta caberá dispor, na análise de caso a caso, qual a solução mais adequada no preenchimento desse conceito vago. Porém, até que essa atividade seja exercida e passe a informar melhor o sistema, o risco de ações indevidas (e por consequência de prejuízo para muitos réus) é alto. Mas esse é o risco inerente ao aperfeiçoamento dos institutos jurídicos no tempo. Cabe justamente aos aplicadores do direito observar atentamente este desenvolvimento e, em dado momento estabelecer contornos mais exatos e palatáveis.¹¹³

Como se vê, as maiores tensões acerca da matéria têm se entabulado por meio da interpretação literal dos artigos mencionados, quer para sustentar a limitação da legitimidade do Ministério Público, em razão dos interesses relevantes ou indisponíveis, quer para ampliá-la, no sentido de justificá-la de forma mais abrangente, em função das próprias finalidades do processo coletivo e do órgão ministerial.

Percebe-se assim que restringir a atuação ministerial na defesa dos interesses individuais homogêneos, da forma como sustenta atualmente parte da doutrina e jurisprudência, ou seja, de encarar como exceção a possibilidade do Ministério Público ter legitimidade para esses casos, é na verdade contrariar o sentido do sistema de tutela coletiva estabelecido em nosso ordenamento, isso porque o melhor entendimento seria, na verdade, ter tal legitimação como regra decorrente da interpretação sistemática dos dispositivos comentados, excetuando-se as situações em que a atuação do *Parquet* não se enquadraria, como as que não apresentem qualquer relevância social ou nuance coletiva, como, por exemplo, de poucos importadores que sofreram danos no transporte de seus veículos.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária. p. 891.

¹¹³ NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*, cit., p. 266-267.

Como observa Sérgio Shimura¹¹⁴, o Ministério Público pode defender direitos individuais puros ou homogêneos, como, por exemplo, na ação investigatória de paternidade em favor de filho havido fora do casamento (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.560/92), ou na ação coletiva em defesa de direitos de consumidores lesados ou ameaçados, com base em um fator anterior, logo, de origem comum (art. 81, parágrafo único, III, do CDC).¹¹⁵

É de se notar que o Ministério Público deve atuar como fiscal da lei e, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei da Ação Civil Pública, prosseguir na ação ajuizada por associação que venha a abandoná-la no curso do processo¹¹⁶. Assim, em que pesem argumentos contrários, fica demonstrada a ampla intenção do legislador em atribuir ao órgão ministerial a incumbência de zelar pelos interesses coletivos, ainda que na modalidade de individuais homogêneos.¹¹⁷

¹¹⁴ SHIMURA, Sérgio, O papel da associação na ação civil pública, cit., p. 156.

¹¹⁵ “A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. (...). Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa.” (STF – RE n. 195.056, rel. Min. Carlos Velloso, DJU, de 30.05.2003).

¹¹⁶ “No mais, é de ser lembrado que se a desistência ou abandono da ação se der por parte da Associação que vinha atuando como legitimada ativa, poderá o Ministério Público (como obrigação institucional de verificar a pertinência social e pública da demanda) ou outro legitimado (como faculdade) assumir a titularidade do pólo ativo, e dar seguimento à ação (para proteção do interesse coletivo em questão). É o que dispõe o art. 5º, par. 3º da Lei da Ação Civil Pública.” (NEGRÃO, Ricardo, *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*, cit., p. 246).

¹¹⁷ Nesse sentido: “A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever

Aliás, essa é a inteligência do Código de Defesa do Consumidor, em seu Capítulo II (Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos), tanto que deixa claro em seu artigo 100, no qual estabelece a reparação fluida, que se não houver habilitação dos credores individuais, a execução será promovida pelos legitimados do artigo 82 e revertida para o fundo previsto na Lei da Ação Civil Pública.

Ora, se durante todo o curso da ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneo há interesse do Ministério Público, pois se não a tiver ajuizado, será fiscal da lei (art. 92 do CDC), por que então negar-lhe a legitimidade para a propositura? Note-se que, além do dever que lhe é imposto de fiscalizar, ainda deverá promover a execução para reparação fluida, no caso de inércia dos titulares; logo, não há de fato qualquer razão para negar-lhe, de plano, a legitimidade ativa, exceto se evidenciado caso em que inexistam efetivamente qualquer relevância social no direito discutido¹¹⁸, pontuando-se ser muito relevante para a sociedade políticas que visem ao bom funcionamento do aparelho judiciário, para que se possa alcançar efetividade nas decisões judiciais, razão pela qual, a expressão numérica das demandas individuais que seriam evitadas com a proposição da ação coletiva também autoriza a sua propositura pelo Ministério Público.

Lembre-se que a situação foi objeto de deliberação do Ministério Público de São Paulo desde 1991, quando o seu Conselho Superior editou a Súmula n. 7, cujo verbete é o seguinte:

“O Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.

Marco Antonio Zanellato esclarece que essa súmula de entendimento teve o escopo de nortear a atuação dos membros do Ministério Público no trato dos interesses individuais homogêneos, pois, no princípio, logo após a vigência do Código de Defesa do

do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.” (STF – RE 163.231, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 29.06.2001).

¹¹⁸ “Direitos individuais homogêneos, decorrentes de contratos de compra e venda, não se identificam com ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’ (CF, art. 127).” (STF – RE n. 204.200-AGR, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 08.11.2002).

Consumidor, havia dúvidas sobre a tutela desses interesses pelo *Parquet*, sendo inegável que a tal súmula de entendimento “revelou-se importante, bem cumprindo o papel que levou à sua elaboração”.¹¹⁹

Consuelo Yoshida também se posiciona pela legitimidade do órgão ministerial para o manejo de ações que envolvam os direitos individuais homogêneos, apontando a relevância social a justificar tal atuação, que pode ser identificada tanto no plano material (a tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana em face da lesão em massa, individualmente experimentada e aferível, do direito à habitação, transporte coletivo, educação e ensino, saúde, previdência e assistência sociais), como no plano processual (utilização de uma só ação para defesa de uma série de direitos e interesses individuais, sem o risco de decisões conflitantes sobre a mesma matéria), e conclui que só assim se pode atender “aos propósitos de ampliação do acesso à justiça com desafogamento e agilização do Poder Judiciário, para garantia da maior efetividade da tutela jurisdicional”.¹²⁰

Outra questão relevante diz respeito à liquidação individual das sentenças coletivas, pois, nesse momento, em geral se está diante de um direito individual e disponível, e, portanto, afastado da égide da tutela ministerial. Porém, como dito, aqui também há que se analisar o caso concreto, não sendo o melhor entendimento tomar por regra a ilegitimidade, mas sim ao contrário.

Thais Helena Pinna da Silva ressalva que de fato determinados limites não de ser impostos à atividade do Ministério Público, que não deve patrocinar interesses desprovidos de relevância social, tal como os individuais disponíveis meramente patrimoniais. Assim, ainda que tenha promovido ação coletiva voltada à tutela de interesses coletivos ou difusos, advindo eventualmente do primeiro caso a necessidade de liquidação individual para

¹¹⁹ ZANELATO, Marco Antonio. A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 26, n. 89, p. 103-104, dez. 2006.

¹²⁰ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, cit., p. 21-22.

apuração de indenização ou ressarcimento, acabará com a sentença genérica a legitimidade do *Parquet*.¹²¹

Porém, há de se ressaltar que cada caso merece análise detida e individual, porquanto a relevância social pode ser entendida sob óticas distintas, isto é, desde o funcionamento sistemático da tutela coletiva dentro do ordenamento jurídico, até a hipossuficiência dos jurisdicionados¹²². Mas é certo que, como dito, tal análise não pode desconsiderar que o acesso à justiça, o tempo razoável para a solução das questões submetidas ao Judiciário e a efetividade de suas decisões tornam imprescindível o trato coletivo do maior número de demandas individuais possível.

¹²¹ “A doutrina discute a legitimidade do Ministério Público para a promoção da liquidação individual de que trata o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, pois os direitos tutelados perderiam a forma de direito coletivo, passando a um direito individual disponível. O artigo 127 da Constituição Federal veta a defesa pelo Ministério Público de direitos individuais disponíveis, mas em contrapartida o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor inclui o Ministério Público como legitimado. Leandro Katscharowski Aguiar afirma que mesmo estando entre os legitimados o Ministério Público não possuiria legitimação para promover a liquidação individual, por ter cessado a ficção do acidente que permitia a coletivização do dano. No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover afirma que ‘parece faltar ao Ministério Público legitimação para a liquidação e a execução individual, em que se trata da defesa de direitos individuais disponíveis, exclusivamente(art. 127 da CF)’.” (SILVA, Thais Helena Pinna da. Liquidação de sentença nas ações coletivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 531, 20 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6078>>. Acesso em: 19 mar. 2006).

¹²² Ao tratar sobre a execução da sentença que reconhece direito individual homogêneo, Sérgio Shimura explica que “em linha de princípio, os legitimados elencados no artigo 82, CDC, podem ajuizar ação coletiva para a liquidação de *direitos individuais homogêneos*, mas não em relação aos ‘individuais puros’ (salvo quando a lei autorizar, como sucede, por exemplo, na legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais da criança, art. 201, V, ECA; ou quando a vítima de crime for pobre e houver representação para a promoção da ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 68, CPP)”. Sobre os exemplos citados, o autor esclarece que “é caso de *substituição processual*, já que o Ministério Público age em nome próprio, ainda que não ostente a titularidade do direito à reparação. Além disso, a legitimação é concorrente, porque convive com a pretensão dos legitimados ativos ordinários. Ainda, o art. 68 do CPP há de ser interpretado em harmonia com os arts. 127 e 129, IX, CF, permitindo-se afirmar, como professora Ada Pellegrini Grinover, que a Carta Maior, além das funções institucionais do Ministério Público, especificadas nos incisos I a VIII, ainda admitiu outras que ‘lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade: qual seja a defesa de interesses sociais’. Continua: ‘As defensorias públicas têm, sem sombra de dúvida, a atribuição de representar em juízo os interesses pessoais das vítimas de crimes, para satisfação individual; mas sem prejuízo da legitimação à causa do Ministério Público que, com o mesmo objetivo imediato, estará perseguindo o interesse social e o do próprio Estado, podendo agir tanto individualmente como a título coletiva, pela via da ação civil pública”. Conclui com autoridade o autor, que “restringir a legitimidade do Ministério Público é limitar o acesso da pessoa – pobre – à Justiça, contrariando a própria filosofia idealizada em favor da defesa dos cidadãos. A interpretação das necessidades sociais dessa gente se faz como de interesse difuso, solto e perdido no âmbito da imensa massa social, disforme e indefinida” (*Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 177-179).

4.3.3 Entes políticos e entes públicos

A Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 5º, atribuiu legitimidade aos entes políticos e às entidades públicas¹²³ para a propositura da ação coletiva por ela disciplinada. O mesmo se deu com o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, em seus incisos II e III, com a ressalva de que, no caso das entidades públicas, há que se observar sua destinação específica para defesa dos interesses em litígio.

Assim, os entes da Federação encontram-se legitimados para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, desde que essa defesa não seja caracterizada como interesse desse ente federado enquanto pessoa de direito público, mas sim interesse da sociedade, restando ao ente federado apenas o papel de representação.¹²⁴

Consequentemente estará o ente federativo legitimado para propor a ação em qualquer outra região do país, desde que respeitado o direito material de titularidade da sociedade.¹²⁵

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam que quando o Estado age nessa hipótese, não está ali na tutela de direito próprio, individual, mas de direito que transcende a individualidade.¹²⁶

¹²³ “Artigo 5º - (...) III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;”

¹²⁴ Nesse sentido: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Defesa dos consumidores. Assistência à saúde. Interesse ou direito coletivo. Distrito Federal. Legitimação Ativa. Art. 82, II, do CDC. I - Nos termos do art. 82, II, do Código de Defesa do Consumidor, tem o Distrito Federal legitimidade ampla para promover ação civil pública, visando a proteção de interesses ou direitos coletivos de associados, na referida unidade federativa, de empresa prestadora de serviços de saúde. II - Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – RESP n. 168.051/DF, 1998/0019973-0, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

¹²⁵ “A ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandamento constitucional. O inc. XXXII do art. 5º, CF, com efeito, dispõe expressamente que incumbe ao Estado (no sentido amplo) promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. E a defesa em juízo é, certamente uma das formas mais importantes de exercício dessa atribuição.” (WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 840).

¹²⁶ “Quando o Estado federado move ACP, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade. Para correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, não se pode raciocinar com o instituto do interesse processual, como se estivéssemos diante da tutela meramente individual. Assim, o Estado de São Paulo, legitimado que está pela norma comentada, tem, *ipso facto*, interesse processual em ajuizar ACP no Amazonas, para a tutela de direitos difusos.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.515).

Para correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, não se pode raciocinar com o instituto do interesse processual, como se estivéssemos diante da tutela meramente individual. Assim, o Estado de São Paulo, legitimado que está pela norma comentada, tem, *ipso facto*, interesse processual em ajuizar ACP no Amazonas, para a tutela de direitos difusos.¹²⁷

Assim, respeitando-se entendimentos contrários, poderíamos imaginar a hipótese do Estado do Amazonas ajuizando uma ação civil pública em São Paulo para a implementação de um controle mais eficaz sobre a comercialização de madeira oriunda da Região Amazônica, identificando-se claramente no exemplo o direito transindividual defendido, a legitimidade conferida pela lei e a conveniência de que a ação corresse pelo juízo da localidade.

É certo que não obstante a legitimação que lhes foi conferida desde a edição da Lei da Ação Civil Pública, os entes políticos ajuizaram pouquíssimas ações coletivas, deixando tal atividade por conta das entidades públicas ou do Ministério Público.¹²⁸

Sérgio Shimura menciona que o Ministério Público faz presumir a seu favor a representatividade adequada e a pertinência temática, em função de sua finalidade institucional, mas para as pessoas jurídicas de direito público, para os entes da Administração indireta e órgãos públicos despersonalizados, é preciso a demonstração do interesse processual, concluindo que eles possuem legitimidade “mas devem demonstrar a utilidade do provimento jurisdicional e a razão pela qual estão agindo em juízo em determinada hipótese concreta”¹²⁹. São exemplos a Fundação Procon, Anvisa, Ibama, Cetesb, Iphan; Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente), Condema (Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente), etc.

¹²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1.515.

¹²⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso adverte que “é preocupante o fato de que a existência de uma democracia participativa, a par do apelo constitucional ao pluralismo na legitimação ativa para a ação civil pública (CF, art. 129, III e § 1º), parecem não ter seduzido os entes políticos, os quais vêm passando ao largo desse poder-dever que lhes vem cometido, inclusive na legislação infraconstitucional (Lei 7.347/85, art. 5º; Lei 8.429/92, art. 17). É compreensível que, nessas condições, venha o Ministério Público assumindo a maioria absoluta das iniciativas nesse campo, secundando pelas associações voltadas à defesa dos interesses metaindividuais” (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*: Lei 7.347/85 e legislação complementar, cit., p. 146).

¹²⁹ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 82.

Em que pese tratar-se de entes públicos *despersonalizados*, é evidente que a disposição expressa da Lei de Proteção do Consumidor outorgou-lhes legitimidade ativa para ação coletiva. Como prelecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a norma autoriza a propositura da ação coletiva pelos órgãos públicos de defesa do consumidor (e de outros interesses difusos), mesmo que não tenham personalidade jurídica. “Têm eles personalidade judiciária, podendo ser autores de demanda em juízo. Os PROCONs, por exemplo, podem agir em juízo, em nome próprio, por meio de seu diretor ou representante legal.”¹³⁰

Todavia, há de se registrar que a legitimidade ativa conferida pela lei, a fim de atribuir mais eficácia à proteção dos direitos coletivos, não se estende também ao pólo passivo da ação, ou seja, os entes despersonalizados não podem ser réus, ante a ausência da personalidade jurídica.¹³¹

A natureza do direito tutelado sempre há de ser considerada em toda análise acerca da tutela coletiva; por isso, como visto anteriormente, ainda que se apresentem aparentes antinomias, há que se interpretar as regras de forma a viabilizar a solução da questão com a efetiva proteção do interesse supraindividual.

¹³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 247.

¹³¹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – Ação declaratória de nulidade de decisão administrativa. Aplicação de multa. Ilegitimidade passiva *ad causam* do PROCON. Falta de personalidade jurídica. Interpretação dos arts. 5º, inciso XXXII, da CF/88 e 81 e 82 do CDC. Nulidade do julgado. Inocorrência. I - O Tribunal *a quo* julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo apreciado a questão acerca da legitimidade passiva da recorrida, ainda que não tenha expressamente dissecado acerca dos artigos apontados pela recorrente. II - Não há que se falar, ainda, em obscuridade do acórdão vergastado, pois esse expressou de forma transparente que a recorrida teria legitimidade ativa *ad causam*, com base nos arts. 81 e 82 do CDC, sendo que lhe falta a legitimação passiva em razão da falta de personalidade jurídica, inexistindo, portanto, contradição. III - A hipótese em tela diz respeito a ação declaratória de nulidade de decisão administrativa, ajuizada pela recorrente contra o PROCON de Campina Grande - PB, em que aquela foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), em razão de infração contra os interesses dos consumidores. IV - De acordo com os arts. 81 e 82 do CDC, os PROCONs possuem legitimidade ativa *ad causam* para a defesa dos interesses dos consumidores. Precedente: RESP n. 200.827/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, de 09.12.2002. V - No entanto, pela interpretação dos referidos artigos do Código Consumerista e do art. 5º, inciso XXXII, da CF/88, bem como de acordo com a doutrina pátria, ainda que tenham capacidade postulatória ativa, os PROCONs não podem figurar no pólo passivo das lides, eis que desprovidos de personalidade jurídica própria, mormente não extensível à legitimação passiva a regra prevista na Lei n. 8.078/90. VI - Recurso especial improvido.” (STJ – RESP n. 788006/PB, 2005/0169501-2, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão).

4.3.4 Defensoria Pública

A carência de uma assistência judiciária efetiva àqueles que não possuem condições de contratar um advogado sempre foi endêmica em nosso país. Durante muito tempo persistiu, como ainda persiste, na maior parte dos Estados, esse vácuo administrativo que impossibilita o cumprimento do comando constitucional garantido de acesso à justiça.

Grande parte das discussões relativas à legitimidade do Ministério Público seria resolvida com o funcionamento adequado das Defensorias Públicas, que certamente possuem vocação constitucional para a defesa coletiva de interesses, assim como para a defesa dos interesses coletivos.

O artigo 134 da Constituição Federal já havia positivado a essencialidade da Defensoria Pública para a aplicação da jurisdição pelo Estado¹³², mas o legislador de 1985 não a incluiu no rol do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e também deixou de acrescentá-la na lista do artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Cláudia Carvalho Queiroz observa que a Defensoria Pública exerce, dentro do Estado Democrático de Direito, função de crescente importância, “posto atuar como instituição que, malgrado ainda se encontre em fase embrionária de fortificação, tem se mostrado indispensável à defesa dos interesses não apenas individuais, mas também transindividuais dos necessitados”.¹³³

Por isso a jurisprudência passou a reconhecer a legitimidade de tais órgãos para a propositura de ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos,

¹³² “Artigo 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.”

¹³³ QUEIROZ, Cláudia Carvalho. A legitimidade da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública. Elaborado em 09/2005. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

ampliando-se a legitimação ativa estabelecida pelo rol de legitimados do Código de Defesa do Consumidor.¹³⁴

Mais recentemente, a Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007¹³⁵, trouxe a inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de ações em defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, superando a questão sistêmica apontada por alguns posicionamentos que lhe negavam tal atribuição.

Resta delimitar, porém, a extensão de tal legitimação, pois a Defensoria Pública é a instituição que se destina constitucionalmente à defesa dos considerados hipossuficientes, ou seja, enquanto o Ministério Público apenas pode defender os “necessitados” dentro daquilo que se enquadre em sua finalidade institucional, a Defensoria Pública ficou incumbida de orientar juridicamente e defender esses “necessitados” como atividade finalística, mas restrita àqueles titulares individualizados ou individualizáveis dessa parcela da população.

Contudo, há de se considerar a hipótese da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação coletiva, sob uma ótica aproximada à dos demais legitimados,

¹³⁴ “DIREITO CONSTITUCIONAL – Ação civil pública. Tutela de interesses consumeristas. Legitimidade *ad causam* do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública para a propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa de interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da apelante.” (TJRS – AC n. 2003.001.04832, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 26.08.2003). “PROCESSUAL CIVIL – Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. equiparação a consumidores. I - Procuradoria de Assistência Judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao ‘Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor’. II - Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido.” (STJ – RESP n. 181.580/SP, 1998/0050249-1, rel. Min. Castro Filho).

¹³⁵ “Artigo 1º - Esta Lei altera o artigo 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para a sua propositura a Defensoria Pública.”

ou seja, as razões que levaram o legislador a alistá-los para tal fim serviram também para justificar a sua inclusão no rol pela Lei n. 11.448, pois, como vimos, se a lei inicialmente destinou ao Ministério Público, aos entes políticos e públicos e às associações tal atribuição, é certo que a Defensoria possui vocação talvez ainda mais específica do que os demais legitimados.

Logo, legitimada para defender os direitos dos necessitados de forma individualizada, certamente não poderia ser impedida de fazê-lo por meio de ação coletiva; aliás, como separar os direitos difusos dos necessitados dos daqueles que possuem recursos? As restrições que se pretende impor são absolutamente contrárias ao espírito da tutela coletiva e mesmo a uma interpretação razoável do sistema criado para tanto.¹³⁶

Aliás, se o órgão sempre esteve destinado à defesa dos consumidores, ainda que daqueles não necessitados na acepção jurídica da expressão, como negar-lhe legitimidade para a defesa dos demais interesses coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)? Quanto a esses últimos, podem-se fazer as mesmas ressalvas feitas à legitimidade do Ministério Público, no tocante a faltar a legitimidade em caso de ausência absoluta do interesse social, isto é, caso a expressão numérica das ações individuais seja irrelevante, não se trate de relação de consumo e o assistido não seja necessitado.

Todavia, a Defensoria Pública, ao contrário do que ocorre com o Ministério Público, estará legitimada também para propor a liquidação e execução individual dos julgados coletivos, pois está legitimada a patrocinar os interesses meramente individuais e disponíveis dos “necessitados”, não devendo fazê-lo quando constatada a ausência de hipossuficiência, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade.

¹³⁶ “AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – Diferenças remuneratórias em cadernetas de poupança. Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II. I - Ilegitimidade ativa. Em linha de princípio a atuação da Defensoria Pública, nas ações coletivas de consumo em que prepondera o interesse coletivo, não se restringe à tutela dos interesses das pessoas necessitadas, mormente quando a prévia, ou mesmo posterior seleção por classe econômico-social, vier a inviabilizar esta via processual e a efetividade da jurisdição, ocasionando paradoxal prejuízo exatamente a esta parcela da sociedade a que este Órgão do Estado visa assistir.” (TJRS – AC n. 70023232820, 2ª Câmara Especial Cível, rel. José Conrado de Souza Junior, DJ, de 13.05.2008).

4.4 Pedido, causa de pedir e cumulação de pedidos

Já vimos que muitas vezes é o pedido que define a verdadeira natureza do interesse em litígio, se individual homogêneo¹³⁷, difuso ou coletivo estrito senso¹³⁸; mas, na verdade, as suas implicações é que definirão todos os contornos da ação coletiva, como seu alcance e sua eficácia na proteção dos direitos.

Sabe-se que duas são as correntes sobre o pedido, a da individualização e a da substanciação, havendo na doutrina ampla aceitação da segunda como a eleita pelo Código de Processo Civil Brasileiro.¹³⁹

A doutrina divide tradicionalmente o pedido da ação em mediato e imediato, e a causa de pedir em próxima e remota, dentro do esquema processual individual. As mesmas classificações também se aplicam, com as devidas conformações, aos processos coletivos.

Como esclarece Sandra Lengruber da Silva:

¹³⁷ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. explicam: “Por exemplo, em determinada ação onde se afirma a lesão cometida por veiculação de publicidade enganosa o autor da ação deverá descrever os fatos que justificam a demanda e embasam sua pretensão, afirmando que a publicidade foi ao ar nos dias x e y, através da mídia televisiva, atingindo um universo de pessoas circunscritas em determinada região. Deverá afirmar, ainda, que existe uma extensão possível de várias pessoas atingidas pela publicidade que adquiriram o produto em erro e que foram lesadas em seus direitos individuais, e que estes direitos, pela característica de origem comum, se configuram como individuais homogêneos. Requererá, assim e ao final, ‘a condenação genérica, ficando a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95, do CDC)’. No exemplo acima temos, 1) fatos (causa de pedir mediata ou remota), que originam lesão de direitos individuais; 2) um direito afirmado (causa de pedir imediata ou próxima), que pode ser configurado (em tese) como direito individual homogêneo por ter origem comum e se estender a vários titulares de direitos individuais hipoteticamente lesados; e, 3) um pedido imediato de condenação genérica, de acordo com o direito afirmado. Assim, trata-se claramente de uma ação para tutela dos direitos individuais homogêneos.” (*Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 85).

¹³⁸ Conforme Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, “a ‘origem comum’ dos direitos e interesses individuais homogêneos (causa de pedir próxima e remota) pode se identificar com a mesma origem (causa de pedir próxima e remota) dos direitos e interesses difusos ou coletivos da respectiva coletividade” e “a ‘origem comum’ dos direitos e interesses individuais homogêneos, sob o aspecto da causa de pedir remota, pode ser fática, identificando-se com as ‘circunstâncias de fato’ comuns ao universo de titulares de direitos difusos; ou jurídica, correspondendo à ‘relação jurídica-base’ da coletividade de pessoas titular de direitos coletivos, em sentido estrito” (*Tutela dos interesses difusos e coletivos*, cit., p. 21).

¹³⁹ Como ensina Vicente Greco Filho, “o fato e o fundamento jurídico do pedido são a causa de pedir, na expressão latina, a *causa petendi*”. Esclarece ainda: “O Código ao exigir a descrição do fato e o fundamento jurídico do pedido, filiou-se à chamada teoria da substanciação quanto à causa de pedir. A decisão judicial julgará procedente ou não o pedido, em face de uma situação descrita e *como* descrita. Essa teoria se contrapõe à chamada teoria da individualização, segundo a qual bastaria a indicação de um fundamento geral para o pedido.” (*Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 100).

Também aqui o pedido manifesta-se sob dois aspectos, mediato e imediato, sendo que o primeiro consiste no bem jurídico pretendido, enquanto o segundo refere-se ao provimento jurisdicional requerido. Mister gizar que o pedido imediato nas ações coletivas apresenta grande amplitude de possibilidades, face o previsto no art. 83, do Código do Consumidor, consignando a admissibilidade de todas as espécies de ações para propiciar a efetiva tutela dos interesses metaindividuais.¹⁴⁰

Também discute-se acerca da possibilidade de cumulação de pedidos nas ações coletivas, sobretudo dos pedidos que, como visto, induzirão ao enquadramento da ação em defesa do interesse individual homogêneo.

Consuelo Yoshida expõe que um mesmo fato pode originar pretensões difusas, coletivas e individuais, dependendo do tipo de pretensão material e da tutela jurisdicional pleiteada.¹⁴¹

A mesma doutrinadora articula inclusive as implicações de tal situação na definição da competência para o feito, dizendo que muitas ações coletivas formulam, cumulativamente, pretensões coletivas (em sentido estrito) e individuais homogêneas, quando é também solicitada pretensão acerca do bem de natureza divisível (de cunho patrimonial, por exemplo), e conclui:

Se estão envolvidas pretensões coletivas (exclusiva ou cumulativamente), a propositura de ação única de âmbito nacional é uma imposição decorrente da natureza indivisível do bem. Se a ação coletiva contém exclusivamente pretensões individuais homogêneas, o que não é freqüente, a propositura de ação única, de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão do dano (art. 93 da Lei n. 8.078/1990), embora não seja uma decorrência obrigatória, como sucede com as pretensões difusas e coletivas, é de todo aconselhável e conveniente, pelas razões apontadas.¹⁴²

Outra questão diretamente incidente nas ações coletivas, no que tange ao pedido, é a possibilidade de elaborar um pedido genérico, o que até então não era factível, nos termos do artigo 286 do Código de Processo Civil, que prevê situações específicas para excepcionar a regra do pedido certo; quando se trata de ações coletivas, sobretudo das que tutelam interesses individuais homogêneos, o pedido genérico será regra, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴⁰ SILVA, Sandra Lengruber da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 87.

¹⁴¹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, cit., p. 206.

¹⁴² *Ibidem*, p. 17-18.

Barbosa Moreira explica a possibilidade de uma sentença ilíquida, afirmando que:

Nas hipóteses em que o autor formula pedido genérico (art. 286, 2ª parte, n. I a III), ‘se ao longo do processo de conhecimento não for possível colher os elementos necessários à determinação do objeto mediato do pedido, faculta-se o juiz, na sentença de procedência, deixar de fixar o valor ou de individualizar o objeto’.¹⁴³

A sentença será então ilíquida, tornando-se indispensável proceder antes a liquidação da condenação genérica, assim como se faz no caso de execução pecuniária para reparação do dano causado pelo crime, com fundamento em sentença condenatória penal (art. 584, n. II).¹⁴⁴

Todavia, o Código de Defesa do Consumidor tornou regra para a ação coletiva aquilo que era exceção para o processo individual, e, como veremos no item 4.5.1, a sistemática do processo coletivo tratou de forma mais direta e adequada a questão da sentença genérica, a fim de otimizar os resultados da tutela jurisdicional.

Nessa senda, há também que se falar acerca da mitigação dos princípios tradicionais incidentes sobre o pedido no processo civil, pois se tratando de tutela coletiva, pela própria natureza dos interesses ali demandados, como afirmamos diversas vezes no transcorrer deste trabalho, é fundamental a conduta pró-ativa do magistrado, no sentido de sempre buscar o atendimento das demandas sociais pela efetividade da jurisdição.

Paulo Henrique Lucon ensina que no processo coletivo, se o autor formula o pedido de modo inadequado, o juiz poderá sempre interpretá-lo da melhor forma, para garantir o direito que é assegurado à coletividade, sempre respeitando as garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Conclui o autor que:

Somente desta maneira restará preservada a indisponibilidade deste direito, que não pertence a um único indivíduo, tampouco àquele que postula em juízo em virtude de legitimação conferida pela lei. Por isso, conclui-se que o art. 293 do CPC não é aplicável subsidiariamente aos

¹⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 190.

¹⁴⁴ No mesmo sentido: “Nesses três casos, não sendo possível a determinação do objeto do pedido mediato no transcurso do processo, o juiz está autorizado a proferir sentença que é denominada ilíquida, e que, portanto, deve ser liquidada antes da instauração do processo de execução (ver arts. 586 e 603 do CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 99).

processos coletivos, devendo prevalecer então a interpretação extensiva, não apenas ao pedido, como também da causa de pedir, por decorrência lógica.¹⁴⁵

Por isso, *de lege ferenda*, inúmeros são os dispositivos que pretendem positivar a flexibilização do pedido feito na petição inicial de ação coletiva, pois tal possibilidade perfaz instrumento indispensável para o alcance do escopo trazido pela nova sistemática.¹⁴⁶

Ricardo Barros Leonel expõe esse panorama, mencionando a possibilidade de alteração extemporânea da demanda, nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos¹⁴⁷, do artigo 10 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América¹⁴⁸, ou mesmo a regra 14.1 das

¹⁴⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 189.

¹⁴⁶ Ricardo Barros Leonel. Menciona que “a apresentação do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por estudiosos sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, merece congratulações. Entre outras razões, pelo fato de reacender o debate quanto ao temário do processo coletivo, que se encontra em posição de destaque, neste novo milênio, como um dos mais importantes nos horizontes do moderno direito processual. (...) Um deles, na nossa modesta interpretação, está estampado na nova forma de equacionamento do problema da estabilização da demanda: preserva-se o sistema de preclusões e a regra da eventualidade, mas abre-se um canal de maior flexibilidade, de sorte a permitir que a sentença – e a tutela concreta aos direitos coletivos, que deve dela decorrer – se aproxime, o mais possível, da realidade da crise de direitos material.” (Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda, cit., p. 154).

¹⁴⁷ “Fugindo à solução contida no Código de Processo Civil, tradicional em nosso sistema processual, que determina o saneamento como momento processual a partir do qual é absolutamente vedada qualquer alteração (art. 264, parágrafo único, do CPC), o anteprojeto prevê que a possibilidade de modificação extemporânea dos elementos objetivos da demanda, a causa de pedir e o pedido. Estabelece o art. 4º, parágrafo único, que, ‘a requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figura no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, observado o § 3º do art. 10’. Essa nova equação da estabilização da causa de pedir e do pedido, que reflete a flexibilização da forma em benefício do resultado do processo, merece análise mais atenta.” (LEONEL, Ricardo de Barros, Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda, cit., p. 146).

¹⁴⁸ “A proposta de *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, considerando as peculiaridades dos interesses metaindividuais, também opta pela flexibilização. No Capítulo III, sob a rubrica ‘Dos processos coletivos em geral’, ficou estabelecido o seguinte: ‘Art. 10. Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. § 1º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. § 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.’” (LEONEL, Ricardo de Barros, Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda, cit., p. 150).

Regras da Proposta de Código Modelo de Processo Civil Transnacional¹⁴⁹, todas no sentido de flexibilizar a rigidez do processo tradicional quanto à estabilização da demanda. O autor aponta ainda solução adotada pelo direito comparado, especificamente o lusitano, em que:

(...) havendo consenso entre autor e réu, é possível alterar a causa de pedir e o pedido a todo tempo, inclusive em grau de recurso, desde que isso não gere prejuízo inaceitável para a instrução, discussão e julgamento da demanda. Na hipótese de inexistência de consenso, são possíveis modificações para: a) redução do pedido (equivale à desistência parcial); b) alteração decorrente da resposta do réu, quando da réplica (v.g., substituição do pedido inicial, formulação de subsidiários compatíveis com aquele); c) “desenvolvimento” do pedido inicial (v.g., indenização, quando o pleito originário era de proteção da posse ou propriedade); d) alteração simultânea da *causa petendi* e do *petitum*, desde que mantida a mesma relação de direitos material controvertida (v.g., do pedido de cumprimento de determinado contrato, mudança para o pedido de rescisão).¹⁵⁰

Conclui-se que o escopo do reformador português foi aproveitar ao máximo o processo, resolvendo integralmente o litígio relativo a determinada relação de direito material.

4.5 Sentença e coisa julgada

Com a alteração determinada pela Lei n. 11.232/2005 nos artigos 162, 267, 269 e 463 do Código de Processo Civil, passou-se a questionar acerca da modificação do conceito de sentença até então estabelecido pela doutrina.

Com a adoção do sincretismo processual, que afastou a divisão da dinâmica jurisdicional que apartava a fase cognitiva da executiva, adequou-se a atividade processual

¹⁴⁹ “Similares previsões foram feitas no texto referente às regras do processo civil transnacional. Regulando a possibilidade de modificação da demanda, a regra 14.1 estabelece que ‘a parte, demonstrando uma boa razão à corte e notificando as outras partes, tem o direito de emendar seus pedidos ou defesas, em razoável limite de tempo, quando assim agindo não postergue de forma não razoável o procedimento ou, de qualquer outro modo, provoque injustiça. Em particular, emendas podem ser justificadas para levar em conta eventos ocorridos depois daqueles alegados nos requerimentos iniciais, fatos recentemente descobertos ou evidências que não poderiam previamente ser obtidas através de razoável diligência, ou evidências obtidas por meio de trocas de provas.’” (LEONEL, Ricardo de Barros, *Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda*, cit., p. 151).

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 150.

à natureza da tutela efetiva, que compreende não apenas a declaração do direito, mas sua verdadeira realização.

Verifica-se, assim, que a idéia de tutela jurisdicional não mais admite limitações técnicas, sob o argumento de que a prestação compreende duas relações autônomas, que sempre serviu de verdadeiro óbice à efetividade do direito.

Em que pese o posicionamento de parte da doutrina, não parece fértil a discussão sobre a alteração do conceito de sentença. Destaca Marcos Destefenni que não é correto dizer que a finalidade primordial do processo seja a composição da lide, mas sim a satisfação do credor, “o que poderá ocorrer no mesmo procedimento em que foi proferida a sentença, pois a sentença não encerra o procedimento e muito menos representa o fim do ofício jurisdicional”.¹⁵¹

Registram Gilson Delgado Miranda e Patricia Miranda Pizzol que a alteração feita no parágrafo 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil não modificou, por si, o conceito de sentença:

Para que isso tivesse ocorrido, deveriam ter sido alterados outros dispositivos do Código de Processo Civil (arts. 267, 162, § 2º, 513, 522). Ademais, tal alteração estaria em dissonância com o espírito da reforma, pois, em vez de simplificar o processo, o faria ainda mais complicado, ao impor duas ou mais apelações.¹⁵²

Também Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, lembrando que desde 1994, quando foi instituído o sistema de execução das obrigações de fazer e de não fazer, a sentença dependente de execução já não colocava fim no processo, concluem que “não há qualquer razão prática capaz de justificar a alteração dos arts. 162, § 1º e 463”¹⁵³. A crítica se dá por ser necessária a separação dos conceitos de tutela jurisdicional e de sentença, eis

¹⁵¹ DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento da sentença*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 412.

¹⁵² MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. Execução por quantia certa contra devedor solvente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais*, Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 183.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 54. (Curso de Processo Civil, v. 3).

que esta não passa de uma técnica para a obtenção daquela, que efetivamente representa a garantia constitucional de acesso à justiça.¹⁵⁴

Cássio Scarpinella fixa com veemência a distinção dos conceitos, explicando que não é o suficiente que o juiz prolate uma “sentença” que reconheça a existência de lesão ou de ameaça ao direito do autor, que não corresponde à entrega do direito reclamado pela via “tutela jurisdicional”:

É mister que o que estiver reconhecido na sentença possa surtir efeitos práticos e palpáveis para “fora” do processo, isto é, no plano a ele exterior. A “tutela jurisdicional”, destarte, impõe que ela seja sentida, para ser efetiva, no plano material, fora, exterior ao plano do processo. É vazia de significado a compreensão de que a “tutela jurisdicional” contenta-se com o plano do próprio processo civil. De nada adianta declarar que um direito é digno de “tutela”, de “proteção”, se esta mesma “tutela”, esta mesma “proteção” não é *efetiva*, no sentido de *realizada, concretizada, atuada* sobre o direito que está “fora” do processo.¹⁵⁵

Luiz Guilherme Marinoni compartilha de tal idéia, aduzindo que “o significado de tutela somente pode ser encontrado quando se pergunta o que a sentença satisfaz, ou melhor, o que a sentença presta como forma de tutela do direito”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ “Aliás, a idéia de que a tutela jurisdicional é a sentença *implicaria a negação de todo o esforço de se ter uma ação adequada ao plano do direito material*. Ora, se existe direito à ação adequada é porque há, também, direito à sentença adequada à tutela do direito material. Como a ação adequada, isto é, as técnicas processuais idôneas devem ser conformadas a partir da tutela jurisdicional pleiteada, *é evidente que a sentença não pode ser confundida com a tutela jurisdicional do direito, uma vez que deve se pautar a partir dela*.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 308).

¹⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva. 2007. v. 1, p. 261. Complementa o autor: “Pelas razões que, mais agudamente, serão expostas daqui em diante e tomarão corpo também no n. 2 do Capítulo 2 e no n. 2 do Capítulo 3, *infra*, quando do trato da ‘ação’ e do ‘processo’, este Curso rejeita esta classificação e a sua nomenclatura. O que parece ser apto a ser estudado em classes diversas (classificado) mais propriamente – mais ainda quando analisado à luz do ‘modelo constitucional do processo civil’ e à luz das inúmeras modificações trazidas paulatinamente pelas reformas do Código de Processo Civil – é a tutela jurisdicional e não propriamente as ‘ações’ ou os ‘processos’. Menos ainda as ‘sentenças’, como se só elas, as ‘sentenças’, pudessem *veicular* tutela jurisdicional (v. n. 8.2, *infra*.)” (Ibidem, p. 267).

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 306-307. (Curso de Processo Civil, v. 1). Completa o autor: “A sentença mandamental, por exemplo, pode prestar *tutela* inibitória ou *tutela* ressarcitória na forma específica, pois o juiz pode ordenar sob pena de multa para alguém não violar um direito ou para alguém reparar um dano na forma específica. Ora, é evidente que a sentença mandamental não constitui uma forma de tutela do direito, até porque, se fosse assim, *teríamos uma única forma de tutela produzindo resultados substanciais completamente diferentes*. Na verdade, a técnica processual estaria sendo chamada de tutela jurisdicional, *esquecendo-se os resultados do processo no plano do direito material – esses sim, as formas de tutela. Formas de tutela, como é pouco mais do que óbvio, são as tutelas inibitória e ressarcitória na forma específica (por exemplo), e não as sentenças*.” (Ibidem, mesma página – grifo no original).

Referido autor, definindo a sentença como técnica processual que não se confunde com a tutela de direito¹⁵⁷, diferencia a sentença satisfativa daquela que depende de execução, pontuando que no processo chiovendiano, “a única modalidade de sentença dependente de execução era a sentença condenatória”.¹⁵⁸

Dessa forma, como aponta Sérgio Shimura, não obstante o novo sistema de cumprimento de sentença implantado nas últimas reformas do Código de Processo Civil ter adotado, nos artigos 475-A e seguintes, o sincretismo processual como forma de alcançar maior efetividade, ainda subsistem processos autônomos de execução, a saber:

- 1) quando o título executivo judicial for *sentença penal condenatória* transitada em julgado;
- 2) sentença arbitral;
- 3) sentença estrangeira, homologada pelo STJ (cf. Emenda Constitucional 45/2004 c.c. art. 475-N, VI do CPC), caso em que se exige como até hoje vigorante, ordem de citação do devedor, no juízo civil, para liquidação ou execução, dependendo da hipótese;
- 4) sentença homologatória de acordo extrajudicial;
- 5) pedido de falência, lastreado em ato de insolvência (art.94 da Lei 11.101/2005 – “Lei de Falências de 2005”);
- 6) sentença condenatória, oriunda de ação coletiva, que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos (arts. 97 e 98 do CDC).¹⁵⁹

A classificação das sentenças é comumente efetivada com base no tipo de provimento jurisdicional pedido pelo autor, quais sejam, ações de conhecimento, de execução e cautelares.¹⁶⁰

¹⁵⁷ “Porém, o que realmente importa é que as formas de tutelas jurisdicionais dos direitos são exigidas e prometidas pelo direito material, nada tendo a ver com as sentenças e com os procedimentos. Falar em tutela jurisdicional dos direitos implica em assumir uma postura dogmática preocupada com a forma peculiar de pensar o direito material e a sua relação com o direito processual. Nessa dimensão, frisa-se que a titularidade de um direito deve significar uma posição juridicamente protegida, para a qual são imprescindíveis formas de tutela ao direito. Vale dizer que importa mais do que afirmar que existe direito ao meio ambiente sadio saber que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória na forma específica, assim como vale mais do que estabelecer que há direito à honra deixar claro que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória em razão de dano moral. *Apenas depois é que entra em cena o problema da adequação das técnicas processuais para a prestação de tais tutelas.* Em suma, *não há como pensar em tutela jurisdicional sem separar as várias formas de tutela dos direitos exigidas e prometidas pelo direito material das técnicas processuais que devem viabilizar a sua prestação.*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, cit., p. 307 – grifo no original).

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral da execução*, cit., p. 24.

¹⁵⁹ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 166.

¹⁶⁰ “*Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a sus fecundidad para presentar un campo desconocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia*”

Dentro das ações de conhecimento, a subdivisão mais tradicional da doutrina mantinha-se em ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Todavia, percebe-se nitidamente uma tendência doutrinária nos últimos anos visando à subdivisão das ações de conhecimento em cinco categorias: a) declaratórias; b) constitutivas; c) condenatórias; d) mandamentais; e e) executivas *lato sensu*.¹⁶¹

Assim, sentença declaratória é aquela que elimina qualquer incerteza de uma relação jurídica, ou seja, declarando a existência ou inexistência dessa relação, ou ainda declarando a autenticidade ou falsidade de documento – artigo 4º, I e II, do Código de Processo Civil. Esta espécie de tutela se limita a reconhecer a relação jurídica sem, contudo, surtir nenhum outro tipo de efeito. A eficácia meramente declaratória não reconhece o descumprimento da obrigação, apenas declara se a obrigação existe ou não.

Pode também haver ações declaratórias incidentais, nas quais, em caráter acessório, o pedido é o esclarecimento da existência ou não de relação jurídica que prejudique a ação principal.

Diferentemente da sentença meramente declaratória, a constitutiva não se limita a apenas declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, mas sim modificar (no todo ou em parte) uma situação jurídica, instituindo um novo *status* jurídico aos litigantes.

científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida.” (CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1973. p. 72-73). Com efeito, a compreensão da classificação das ações importa no domínio da classificação das sentenças segundo sua carga de eficácia.

¹⁶¹ “Nos últimos anos, nota-se – cada vez mais acentuadamente – clara tendência doutrinária no sentido de se adotar classificação que comporte, diferentemente do que ocorre com a outra proposta de classificação, antes referida, cinco espécies de ações de conhecimento, considerando-se, além das três categorias antes indicadas, também as mandamentais e as executivas *lato sensu*.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. v. 1, p. 141). Anote-se posição de Humberto Theodoro Júnior, para quem as peculiaridades das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* “não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das três categorias clássicas. Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para admitir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns. Esse, sim, deve ser arrolado entre os especiais, pelo fato de permitir que numa só relação processual se reúnam os atos do processo de conhecimento e os do processo de execução. O procedimento é que merece a classificação de executivo *lato sensu* ou mandamental” (*Curso de direito processual civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 457).

Enquanto a sentença declaratória afirma ou não a existência de uma relação jurídica, a sentença constitutiva cria, modifica ou extingue tal relação, podendo ser classificada em: positiva, negativa ou modificativa. Pode-se apontar como exemplos as sentenças pronunciadas em ações de anulação de casamento, tutelas, curatelas, adoção, guarda e responsabilidade, apresentação e cumprimento de testamento, protesto de títulos e homologação de sentença estrangeira, entre outras.

Já a sentença condenatória admite, além do reconhecimento do direito, a sua realização concreta, sem a necessidade de propositura de uma nova ação (executória). Isso após a reforma do Código de Processo Civil, pois, anteriormente, a sentença condenatória precisava necessariamente de uma ação executória como “continuação”, para que o direito fosse concretizado. A tutela condenatória volta-se à transformação patrimonial do devedor.¹⁶² Assim, as sentenças condenatórias têm em sua essência o caráter sancionatório, visando uma “condenação do réu ao cumprimento de uma obrigação ativa ou omissiva”.¹⁶³

Como o pressuposto para a obtenção da sentença condenatória é o dano, patrimonial ou moral, essas sentenças obrigam a parte a fazer ou não fazer ou a entregar alguma coisa, sendo, portanto, passíveis de execução.

De posse de uma sentença condenatória, a parte exige a satisfação do crédito que tem por direito. A própria sentença é o título judicial que dá ao credor a permissão para ingressar no patrimônio do devedor e satisfazer seu crédito.

A classificação quinária parte do pressuposto de que nem todo provimento que impõe uma mudança no mundo dos fatos pode ser classificado como “condenatório”.

¹⁶² “Como foi demonstrado acima, a sentença que, reconhecendo obrigação de pagar quantia, deve ser executada com base no art. 475-J, conservou natureza condenatória, tendo todas as principais características presentes no velho conceito de condenação. A dispensa da execução, como é fácil perceber, nada mais é do que uma modificação do grau da eficácia executiva, que antes era subordinado a uma nova ação e agora permite que o efeito executivo seja produzido na própria ação que hoje é instaurada para a obtenção da tutela pelo equivalente ou do crédito e não mais apenas para o simples alcance da condenação.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *As sentenças que dependem de execução*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901282236.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008).

¹⁶³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., v. 1, p. 141.

Sendo assim, subdivide as sentenças em cinco categorias e, além das três já mencionadas, inclui as mandamentais e as executivas *lato sensu*.¹⁶⁴

Das sentenças mandamentais, são emitidas pelo juiz ordens que, descumpridas, configuram desobediência à autoridade estatal, passível de sanções, inclusive penais.¹⁶⁵

Atualmente, a generalidade das sentenças que determinam cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa revestem-se de eficácia executiva e mandamental, sendo executadas no próprio processo em que proferidas, segundo os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.¹⁶⁶

As sentenças executivas *lato sensu*, trazem, assim como as condenatórias, uma autorização para executar, porém independente de posterior requerimento de execução, estando sua sentença apta a diretamente determinar a produção dos efeitos de transformação no mundo empírico.¹⁶⁷

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, é o que se dá em ações como reintegração de posse, despejo, demarcação, divisão, prestação de contas etc., em que a procedência da sentença nunca exigiu a propositura de nova demanda, ocorrendo sua execução no próprio processo em curso, independentemente até de pleito do interessado:

Considere-se, exemplificativamente, a ação de demarcação (art. 950 e seguintes): passando em julgado a sentença de procedência que determina o traçado da linha demarcada (art. 958), imediatamente a seguir, e independentemente de outro processo ('tanto que passe em julgado a

¹⁶⁴ As alterações processuais relativas à generalização da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) e à tutela específica, através da mandamentabilidade e executividade *lato sensu* (arts. 461 e 461-A do CPC), anunciam um progresso processual e afirmam o sincretismo.

¹⁶⁵ "A sentença ligada à execução indireta é mandamental. Nela o juiz utiliza a força do Estado para estimular o vencido a adimplir. A sentença condenatória exorta ao pagamento, criando os pressupostos para a execução forçada do direito à soma em dinheiro. Já a sentença mandamental manda que se cumpra mediante o emprego de coerção indireta. Na condenação são apenas criados os pressupostos para a execução forçada, ao passo que na sentença mandamental há ordem para que se cumpra. Há um 'mandado', que não se confunde com o mandado que será expedido, já que o juiz *manda* que se cumpra e não apenas exorta ao cumprimento. Na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, porém ordem atrelada à coerção indireta." (MARINONI, Luiz Guilherme. *As sentenças que dependem de execução*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901282236.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008).

¹⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. v. 1, p. 141.

¹⁶⁷ *Ibidem*, v. 1, p. 143.

sentença' – art. 959), um agrimensor acompanhado de dois arbitradores desenvolverão as atividades destinadas a demarcar o imóvel (arts. 959 a 964).¹⁶⁸

Barbosa Moreira cita vários exemplos de tutelas de condenação que não correspondem a título executivo *stricto sensu* e, conseqüentemente, não aparelham processo de execução autônomo, como a sentença que condena à perda de sinal pago, a relativa à prestação futura de alimentos a serem descontados em folha de pagamento e as referentes a prestações de obrigação de fazer infungíveis. Em todas as sentenças, o credor utilizará medidas de coerção frente ao obrigado, sem se valer de execução forçada para obter a prestação objeto da sentença condenatória.¹⁶⁹

Já a tutela executiva *stricto sensu* tem o intuito de satisfazer o direito do credor, porém seus atos sub-rogatórios não são no sentido de transformação do bem do devedor em equivalente monetário a ser pago, mas sim de apropriação imediata do bem físico do devedor, para a satisfação da obrigação. A prática sub-rogatória nas ações executivas é direta, diferentemente do que ocorre na tutela condenatória.

Assim, tem como objetivo extrair do devedor a concretização voluntária da obrigação. Agindo por meio de coerção psicológica, procura fazer com que o devedor realize a obrigação imposta pela lei ou ajustada contratualmente de forma voluntária. Cabe ressaltar ser voluntária e não espontânea (se espontânea, seria desnecessária a intervenção jurisdicional). A tutela mandamental utiliza mecanismos que possam de alguma forma influenciar o devedor a cumprir a obrigação determinada, como a aplicação de multas, por exemplo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., v. 2, p. 40-41.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 135.

¹⁷⁰ Para Luiz Guilherme Marinoni “a sentença que ordena mediante o emprego de coerção indireta usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena apenas abre oportunidade para o uso desta força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva.” (*As sentenças que dependem de execução*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901282236.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008).

Sobre o conteúdo das sentenças proferidas em processo coletivo que tenha por objeto interesses individuais homogêneos, não há limitação ou cerceamento de qualquer espécie, pois, conforme Ada Pellegrini Grinover:

Podem elas ser utilizadas para obter todo e qualquer tipo de provimento jurisdicional, dentro da idéia do CDC de que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, explicitada no art. 83 CDC. Assim, esse tipo de ação coletiva poderá ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória (à obrigação de fazer ou não fazer ou à obrigação de pagar). Os arts. 91 e ss. CDC tratam de uma especial ação em defesa de interesses individuais homogêneos, que é a de responsabilidade civil pelos danos individualmente sofridos, detalhando minuciosamente sua disciplina: mas isso não exclui outros pedidos de tutela dos interesses individuais homogêneos.¹⁷¹

Por isso nenhuma das espécies classificadas fica excluída da técnica processual desenvolvida para a tutela dos interesses tratados de forma coletiva, visto que as próprias razões que determinam tal tratamento justificam o uso de todos os meios possíveis para a obtenção do resultado pretendido.

4.5.1 Sentença genérica

O tratamento coletivo para a tutela de direitos individuais não coadunaria com o sistema tradicional de especificação de pedidos e suas exceções, nos termos do artigo 286 do Código de Processo Civil, razão pela qual a sistemática adotada para a tutela coletiva prevê o pedido genérico para a obtenção de uma sentença que contenha a declaração da responsabilidade do sujeito passivo, sem especificar a quantidade conferida para cada titular do direito reconhecido, que em sede de liquidação apresentará os elementos faltantes e necessários para essa equação.

No que tange ao procedimento sumário, importante verificar a vedação legal de se proferir sentença ilíquida para as ações de ressarcimento por danos causados em acidente de veículos terrestres na cobrança de seguro relativo aos mesmos casos, nos termos do

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo coletivo do consumidor*. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9251_1_0001.htm>. Acesso em: 31 jan. 2007.

parágrafo 3º do artigo 475-A do Código de Processo Civil¹⁷². Todavia, como veremos, tal ressalva não se aplicará aos processos coletivos, que possuem objeto muito mais amplo e regramento próprio.

O Código de Defesa do Consumidor apresentou excelente solução para a espécie, através do artigo 95, *in verbis*, “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”, que possibilitou a adequação da técnica processual à tutela coletiva dos direitos individuais.

Ricardo de Barros Leonel explica que a sentença condenatória proferida nas ações que envolvam interesses individuais homogêneos fixa genericamente a responsabilidade do réu pelos danos causados à coletividade que se amolde às circunstâncias de fato deduzidas na demanda, determinando o dever de indenizar e, conseqüentemente, tornando imprescindível a liquidação por artigos, em que o lesado deverá comprovar o dano individual, o nexo de causalidade e o montante do respectivo prejuízo.¹⁷³

Vê-se, nesse tipo de ação coletiva, que a noção de substituição processual assume uma feição própria nessa situação, pois o substituto pleiteia o direito alheio com uma medida de abstração mais acentuada, isto é, busca o reconhecimento de um direito a ser delimitado posteriormente pelo próprio titular, ou, considerando as possibilidades de legitimação também para a execução coletiva, pelo menos em outro expediente processual.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho anota que normalmente “a sentença, ao estabelecer a norma jurídica concreta, regula desde logo relações entre pessoas individualizadas, as partes principais do processo, compondo o conflito de interesses”, explicando ainda que:

¹⁷² “Nas hipóteses do CPC 275 II *d e e* (ação de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo via terrestre e ação de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo), o juiz do processo de conhecimento tem de proferir sentença líquida. Quando o pedido for líquido, o problema não existe. Entretanto, no caso de o autor não indicar o valor do dano ou do seguro a ser pago, ainda assim a sentença deve ser líquida. Para tanto, o CPC 475-A § 3º. Autoriza o juiz a fixar o quantum de acordo com o seu “prudente critério”. Com isso, evita-se a liquidação e o credor pode, *in continenti*, requerer o cumprimento da sentença na forma do CPC 475-I.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 631).

¹⁷³ LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, cit., p. 377.

A sentença coletiva, no entanto, não resolve um conflito individualizado de interesses, não a obrigação de A ressarcir os prejuízos causados a B; apenas estabelece a obrigação de A indenizar os prejuízos causados por este ou por aquele fato. As vítimas (indeterminadas!) que quiserem a indenização vão ter que propor ações individuais, comprovando que sofreram dano, o nexo de causalidade com o fato apurado, a extensão e o montante do prejuízo.¹⁷⁴

Via de regra, os interesses versarão sobre indenização, pois a natureza dos direitos individuais tutelados pela via coletiva levarão à recomposição patrimonial, em virtude de ato ilícito reconhecido pela sentença. Explica Ricardo de Barros Leonel que, no caso dos interesses individuais homogêneos, “a tutela ressarcitória ocupará grande parte dos casos, pois é o pagamento do valor dos danos sofridos que promoverá a satisfação dos indivíduos lesados”. Todavia, como observa, não se pode afastar a possibilidade da tutela específica, desde que o juiz, ao sentenciar, possua elementos suficientes para a fixação da obrigação a ser cumprida para cada indivíduo.¹⁷⁵

Ada Pellegrini Grinover menciona que não obstante a inspiração da ação coletiva que envolva interesses individuais homogêneos seja as *class actions* do direito norte-americano, deve-se ressaltar a diferença de que a possibilidade de sentença genérica com fixação de obrigação ilíquida é característica do nosso Código de Defesa do Consumidor, posto que, nos Estados Unidos, o magistrado deve sempre fixar o montante a ser pago para cada interessado.¹⁷⁶

Em se tratando de decisão (*na defesa de direitos coletivos ou difusos*) que enseje também a apuração de danos sofridos individualmente, será perfeitamente factível a

¹⁷⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 135 e 136.

¹⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros, *Manual do processo coletivo*, cit., p. 383. O autor acrescenta: “Basta supor, v.g., condenação de montadora de veículos a promover a troca de peças de certo modelo, de lote determinado, no qual foi verificado defeito de produção. Note-se também que, estando a sentença condenatória relacionada a interesses difusos e coletivos, é factível que o magistrado disponha, ao final do processo de conhecimento, de dados que permitam desde logo fixar a responsabilidade e o seu montante numérico, considerando a prova pericial produzida no curso da ação e o próprio pedido formulado pelo autor”. (Ibidem, mesma página).

¹⁷⁶ “A colocação desse tipo de ações coletivas no Código do Consumidor é diversa da que ocorre com as *class actions* norte-americanas, em que o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados: no sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a condená-lo a reparar os danos causados. Estes são apurados e quantificados em liquidação e recebimento da importância correspondente à sua reparação. A condenação faz-se, portanto, pelos danos causados, mas em termos ilíquidos, e o pagamento a cada credor corresponderá exatamente aos danos sofridos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 909, 911 e 913).

liquidação individual simultaneamente com a coletiva, destinando-se o valor apurado a título coletivo para o fundo de direitos difusos e permitindo que as vítimas individuais proponham suas próprias liquidações, de acordo a sistemática traçada pela legislação.¹⁷⁷

Parece-nos que o mesmo não pode ocorrer com a liquidação prevista no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, eis que se trata de uma liquidação residual, que poderá interferir no êxito do ressarcimento dos interessados individuais, conforme verificaremos a seguir. É o que expõe Ada Pellegrini Grinover, ao mencionar que tal pedido indenizatório “inscreve-se na tutela de interesses individuais homogêneos, de modo que o recolhimento ao Fundo prejudica o direito às indenizações pessoais dos consumidores que quiserem habilitar-se à reparação individual”.¹⁷⁸

Nessa senda, ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier que as situações não se confundem, sendo possível uma execução coletiva do valor fixado para o fundo, a liquidação individual, e também a execução coletiva prevista no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, que só acontecerá após o decurso de um ano sem a habilitação de um número representativo de vítimas com prejuízos individuais.¹⁷⁹

4.5.2 Coisa julgada

O sistema jurídico trabalha com o dogma da coisa julgada, dividindo-a em coisa julgada formal e material que, na didática de Pontes de Miranda, se verificarão

¹⁷⁷ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 179.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 914.

¹⁷⁹ “Uma e outra das liquidações (individual e coletiva) têm objetos diferentes: a primeira, promovida pelas vítimas ou seus sucessores, objetiva definir o *quantum* da reparação devida individualmente a cada uma. Já a segunda liquidação, agora sim efetivamente coletiva e promovida por qualquer dos legitimados do art. 82, tem em mira a obtenção de um *quantum* que irá, nos termos do parágrafo único do art. 100, integrar o Fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública. Esta última, segundo se pode sustentar, *ocorre apenas subsidiariamente, de acordo com as normas do Código do Consumidor*, isto é, apenas quando se configure aquela situação específica definida pelo art. 100 (insignificância das liquidações individuais diante da gravidade do dano). No mais das vezes, tratando-se de direitos coletivos *stricto sensu* e de direitos difusos a liquidação de sentença se dá sob a tutela das normas processuais do Código de Processo Civil, aplicáveis aos casos versados em ações civis públicas.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas*, cit., p. 265-278).

respectivamente “quando não mais se possa discutir no processo o que se decidiu” e quando “impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu”.¹⁸⁰

Portanto, como observa Humberto Theodoro Júnior, embora ambas impliquem na impossibilidade de interpor recurso contra a sentença, na coisa julgada formal ocorre a imutabilidade da decisão dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recurso, “enquanto que na coisa julgada material, esta imutabilidade impede o juiz de proferir novo julgamento, repercute extraprocessualmente, fazendo com que as partes não possam renovar a discussão da lide em outro processo”.¹⁸¹⁻¹⁸²

O conceito de coisa julgada material encontra-se positivado no artigo 467, do Código de Processo Civil, que a traduz como “eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery a definem como “qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito”¹⁸³, pois a decisão poderá produzir efeitos antes mesmo da coisa julgada, como na execução provisória ou na constituição de hipoteca judicial.

Semelhantemente se posiciona Rodolfo de Camargo Mancuso, dizendo-se inclinado a reconhecer uma natureza *adjetiva* e não substantiva da coisa julgada material, nesse sentido de apresentar-se “como uma *qualidade* (a imutabilidade agregada aos efeitos

¹⁸⁰ STF – RE n. 102.382/MG, rel. Min. Carlos Madeira, j. 20.05.1986, *RTJ* 123/569.

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 524.

¹⁸² “Toda sentença da qual não caiba mais recurso produz a coisa julgada formal; algumas sentenças produzem apenas a coisa julgada formal (sentenças processuais, por meio das quais o juiz extingue o processo sem resolução do mérito - artigo 267 do CPC); outras fazem também coisa julgada material, além da formal (sentenças de mérito, por meio das quais o juiz decide a lide com caráter definitivo - artigo 269 do CPC). A coisa julgada material só incide sobre a sentença de mérito, aquela que decide sobre o pedido do autor, não se operando com relação às sentenças processuais ou terminativas, em que não há decisão relativa ao pedido do autor, como se extrai do artigo 268 do CPC. Aliás, previsão legal diferente implicaria violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do acesso à justiça. Ora, se não houve apreciação de mérito, não pode a parte ficar impedida de buscar o Judiciário para obter uma prestação jurisdicional que seja plena e que promova, efetivamente, a paz social.” (PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008).

¹⁸³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 593.

do julgado), jungindo as partes e, paralelamente, projetando reflexos *pan-processuais*, em face de terceiros, nisso que se chama eficácia *erga omnes*".¹⁸⁴

A imutabilidade decorrente da coisa julgada é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, também prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, que visa conferir estabilidade às relações jurídicas que dela prescindem para oferecer a segurança necessária ao Estado Democrático de Direito.

A coisa julgada possui limites objetivos e subjetivos, que dizem respeito ao alcance da imutabilidade conferida à decisão, sendo que tais limites relacionam-se diretamente com os elementos constitutivos do instituto da ação, quais sejam: pedido, causa de pedir e partes.

Afirma-se assim que os limites objetivos da coisa julgada recaem sobre dois dos três elementos da ação que são o pedido e a causa de pedir, enquanto os limites subjetivos da coisa julgada incidem sobre as partes.

Vicente Greco Filho ensina que "o limite subjetivo da coisa julgada diz respeito à imutabilidade da coisa julgada, imposta às partes da relação processual, as quais estão proibidas de voltar a discutir as questões que a sentença resolveu".¹⁸⁵

No âmbito das ações coletivas¹⁸⁶, a matéria é tratada de forma diferenciada que no sistema tradicional, em virtude da nova sistemática criada para a tutela coletiva¹⁸⁷,

¹⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 201. O autor exemplifica: "Exemplo dessa projeção e largo espectro ocorre nas lides envolvendo *interesses difusos* (CDC, arts. 81, I, c/c o art. 103, I), justamente porque os sujeitos são absolutamente indeterminados, por aí se explicando que, sendo difuso o interesse a que leis e atos públicos sejam conformes à Constituição, a coisa julgada nas *ADIns e ADCons* projeta-se *erga omnes* (CF, art. 102, § 2º, com redação da EC n. 45/2004, c/c parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99)." (Ibidem, p. 201-202).

¹⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente, *Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*, cit., v. 2, p. 269.

¹⁸⁶ Vicente Greco Filho aduz que "há casos de tratamento especial da coisa julgada, como por exemplo, na ação popular, na qual é possível a repetição da demanda se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas (art. 18, Lei n. 4.717/65), e nas ações coletivas (Lei n. 8.078/90, c/c a Lei n. 7.374/85)". (*Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*, cit., v. 2, p. 266).

¹⁸⁷ "Sem coisa julgada coletiva não há como se sustentar a existência do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, pois não se poderia falar em efeitos ou eficácia das decisões nele proferidas nem também em utilidade. E mais: sem coisa julgada coletiva não há que se falar em tutela jurisdicional coletiva adequada. Portanto, qualquer interpretação ou investida autoritária sobre esse instituto de magnitude constitucional (art. 5º, XXXV, da CF) não pode nem deve ser aceita pela comunidade jurídica consciente e comprometida com os valores do Estado Democrático de Direito." (ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 555).

encontrando-se regulada pelos artigos 103 do Código de Defesa do Consumidor, 16 da Lei da Ação Civil Pública e 18 da Lei da Ação Popular, que trouxeram inovações, como a incorporação das expressões *erga omnes* e *ultra partes*, assim como a coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventus probationis* e o transporte *in utilibus* de seus efeitos.

Como ensina Patricia Miranda Pizzol:

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a coisa julgada, no processo coletivo, atinge somente a parte dispositiva, tornando-a imutável e indiscutível. Quanto ao limite subjetivo, diferentemente do que ocorre no processo individual, a coisa julgada alcança toda a coletividade (direito difuso; coisa julgada *erga omnes*) ou todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (direitos coletivos *stricto sensu*; coisa julgada *ultra partes*) ou todas as pessoas unidas pela origem comum (direito individual homogêneo; coisa julgada *erga omnes*).¹⁸⁸

Os efeitos *erga omnes* da coisa julgada, ao contrário do que preconiza tradicionalmente o artigo 472 do Código de Processo Civil (limitando a coisa julgada às partes que integraram o processo), atingirão terceiros não integrantes da lide resolvida pela sentença.

Tal fenômeno não é estranho ao direito processual individual, podendo ser observado em situações de litisconsórcio facultativo unitário, em que um único ato indivisível pode ser impugnado por uma pluralidade de sujeitos, através de ações autônomas.

Ada Pellegrini Grinover analisa, sob a luz dos ordenamentos alemão e italiano, a hipótese da ação de anulação de deliberação social, que pode ser proposta por qualquer sócio e produzirá efeitos na esfera jurídica daqueles que não participaram do processo. Observa ainda, no que concerne à eventual improcedência ou coisa julgada negativa, a divergência entre a doutrina de ambos os países, admitindo-se na Alemanha que os efeitos alcançarão a todos independentemente do desfecho, e consignando-se na Itália que a

¹⁸⁸ PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008.

sentença favorável beneficia a todos, mas a de improcedência não prejudica o direito de agir de outros sócios.¹⁸⁹

A autora esclarece que, para a mesma hipótese, o sistema brasileiro legitima qualquer dos sócios para a propositura da ação anulatória, mas nada diz sobre a extensão da coisa julgada aos demais. Por fim, sobre a solução da polêmica apontada quanto à extensão da coisa julgada negativa, assim se manifesta:

Revedo minha posição anterior, radicada numa postura intransigente de total indiferença à coisa julgada por todo e qualquer terceiro, acompanho hoje a posição sempre lúcida de Barbosa Moreira, que demonstra que a extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada que verse sobre bem de natureza indivisível torna impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas em relação àqueles que, se participasse do juízo, obteriam sentenças uniformes (ressalvada, naturalmente, a hipótese de ações diversas, intentadas com base em outra *causa petendi*).¹⁹⁰

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor diferenciou as hipóteses e a forma de se operar a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, projetando-a de forma mais ou menos abrangente, conforme o uso respectivo das expressões *erga omnes* (incs. I e III) e *ultra partes* (inc. II), de acordo com a espécie de interesse em questão, se difuso, coletivo ou individual homogêneo.

¹⁸⁹ “Com efeito, segundo os parágrafos 248 e 249 da lei alemã sobre sociedades por ações, a sentença que anula ou declara nulidade da assembléia geral, promovida por qualquer dos sócios, atinge a todos os demais acionistas, que não tomaram parte no processo. A lei não se manifesta sobre as conseqüências da rejeição da demanda, em relação aos demais, mas a doutrina, antes e depois dela, costuma entender que a coisa julgada negativa também atua *erga omnes*. Mas, em sentido contrário, grande parte da doutrina italiana interpreta o artigo 2.377 do Código Civil italiano. Na redação que lhe foi dada a 1º.1.2004, o dispositivo reza que a anulação das deliberações sociais tem efeito em relação a todos os sócios, consagrando a coisa julgada *erga omnes*. A lei, assim como na Alemanha, nada diz sobre a sentença que rejeita o pedido de anulação. Mas a doutrina majoritária italiana tem sustentado que a rejeição da demanda não impede novas impugnações propostas por outro sócios.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis* e *secundum probatinem*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 12, ago. 2005).

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis* e *secundum probatinem*, cit., p. 13. A autora reproduz a seguinte afirmação de José Carlos Barbosa Moreira: “A coisa julgada que se constitua para qualquer dos litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deverá ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos, quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto. Ora, se se admitisse quebra de uniformidade na solução do litígio, de tal sorte que para um, ou para alguns, a decisão viesse a apresentar determinado teor contrário, haveria a conseqüência absurda de sobrevirem, para cada qual, duas coisas julgadas contraditórias” (Ibidem, p. 14).

Antonio Gidi comenta que as expressões latinas, por si, não apresentam grande diferença de significado, porém será o complemento do texto legal que revelará a diferença das situações decorrentes de cada uma.¹⁹¹

Assim, na hipótese de interesses difusos, nos termos do inciso I do artigo 103, a coisa julgada atingirá a todos, mesmo os que não participaram do processo, pois foram representados pelos legitimados que atuaram na ação, exceto se ocorrer a improcedência em razão da insuficiência de provas, caso em que a repropositura da demanda poderá ser feita por qualquer outro legitimado.

Muito se tem discutido sobre a necessidade do expresse reconhecimento na sentença de ter a insuficiência de provas ensejado a improcedência do feito. Todavia, a questão é complexa, na medida que o juiz convence-se acerca dos fatos e de sua correspondência com o direito invocado através das provas produzidas, de forma que, mesmo não consignada de forma expressa no bojo do julgado, restará evidente a situação em que uma prova nova, não constante no processo quando da prolação da decisão, possa conduzir a uma conclusão diferente, isto é, à procedência do pedido.

Por isso Antonio Gidi, que elaborou profundo estudo comparativo entre o direito coletivo norte-americano e o brasileiro, explica que a interpretação da norma deve ser no sentido de admitir-se nova ação, com novas provas, ainda que a sentença não tenha sido enfática quanto à razão da improcedência:

De acordo com a maioria dos juristas brasileiros, para que a ação coletiva não transite em julgado por falta de provas, é imperativo que o juiz reconheça expressamente na sua fundamentação que julga por insuficiência de provas. Em alguns casos mais claros, pode ser possível que o juiz esteja consciente de que a sua rejeição da pretensão coletiva se deve a uma instrução insuficiente. Todavia, na maioria dos casos o juiz não terá como saber que alguma prova relevante não lhe foi apresentada. Como vimos, é regra estabelecida no direito processual civil americano que um juiz não está em condições de determinar o efeito de coisa

¹⁹¹ “É certo que *erga omnes* (‘contra todos’), abstrata e isoladamente considerado, tem feição aparentemente mais ampla e peremptória que *ultra partes* (‘além das partes’). Há a nítida impressão de que a primeira atinge a todas e a segunda atinge apenas alguns. No entanto, na forma em que estão postas as coisas no direito positivo brasileiro, como procuramos haver demonstrado, não há como fazer tal afirmação. E isso porque a prescrição, que segue à expressão latina, termina por limitar a esfera de abrangência da coisa julgada aos titulares do direito lesado, o que seria até mesmo desnecessário porque de outra forma não poderia ser.” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 110).

julgada das suas próprias decisões. Seguindo essa sábia norma, o direito brasileiro deve ser interpretado de forma a não exigir que o juiz expresse ou implicitamente reconheça a falta de prova. Portanto, segundo pensamos, se a qualquer momento depois da decisão uma nova prova for descoberta que possa alterar a decisão do caso, a ação coletiva poderá ser reproposta. Essa interpretação liberal é imperativa para que a norma seja efetiva na prática e não seja indevidamente limitada por uma exigência que não está na lei nem deriva do bom senso.¹⁹²

Certamente seria mais razoável que o julgador, conhecedor da norma, expressasse a razão da improcedência, porém, caso isso não ocorra, parece-nos possível extrair dos fundamentos do julgado que a nova prova influiria de forma decisiva se estivesse nos autos à época do julgamento, razão pela qual há de se permitir o ajuizamento da nova ação nessas condições.

Quando os interesses forem coletivos, pelo inciso II do artigo 103, a coisa julgada, ali denominada *ultra partes*, será projetada para além das partes do processo, mas de forma limitada ao grupo representado na demanda, também excepcionando-se a improcedência por falta de provas, que possibilita uma nova demanda, nos mesmos moldes.

Aliás, Sandra Lengruber da Silva comenta que nesse caso, o artigo 472 pode ser aplicado com temperamentos, no que tange à coisa julgada coletiva: “Este entendimento é fulcrado no fato de que os efeitos da sentença não atingirão qualquer coletividade, mas tão-somente aquela pertinente ao direito transindividual dos incisos do parágrafo único do art. 81.”¹⁹³

Por fim, o inciso III, que regula os direitos individuais homogêneos, voltando a utilizar a expressão *erga omnes*, estabelece que coisa julgada alcançará todas as vítimas e sucessores, desde que seja para beneficiá-los. Assim, proferida uma sentença que reconheça o dano coletivo, os indivíduos poderão utilizar aquela base para pleitear os respectivos direitos dela decorrente.¹⁹⁴

¹⁹² GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, cit., p. 285-286.

¹⁹³ SILVA, Sandra Lengruber da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 172.

¹⁹⁴ “A sentença coletiva, portanto, valerá como título executivo judicial para as execuções dos danos individualmente sofridos, lembrando que, decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida, sendo o seu produto revertido para o Fundo criado pela Lei 7.437/85 (art. 100 do CDC).” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 251).

Luiz Antonio Rizzato Nunes adverte com ênfase que o efeito é *erga omnes* para beneficiar “todas as vítimas e seus legítimos sucessores, isto é, o efeito se produz apenas no caso de procedência do pedido. Se a ação for julgada improcedente, não produzirá qualquer efeito em relação às vítimas e sucessores”.¹⁹⁵

O autor observa que “mesmo quando julgada improcedente a ação coletiva com avaliação das provas produzidas, poderá o consumidor propor ação individual com idêntico fundamento”¹⁹⁶ porque os parágrafos 1º e 2º do artigo sob comento deixam claro que em nenhuma hipótese se prejudicará o interesse individual por conta da coisa julgada coletiva, exceto se os interessados houverem intervindo no processo.

Patricia Miranda Pizzol explica que os interessados que não intervieram no processo como litisconsortes (art. 94), “sendo julgado improcedente o pedido formulado em ação coletiva para a defesa de interesse individual homogêneo, poderão propor ação de indenização a título individual, conforme consubstanciado no art. 103, § 2º do CDC”.¹⁹⁷

Ressalta ainda a impossibilidade da propositura de ação individual por parte dos interessados que participaram do processo coletivo, tenha ele sido julgado improcedente ou procedente, pois, nesse último caso, a sentença genérica já contém a condenação que reconhece o nexo de causalidade, bastando a conseqüente liquidação, para que se apure o valor da indenização.¹⁹⁸

Na verdade, pode-se dizer que nesses casos não ocorre o fenômeno da coisa julgada, pois não há identidade de ações, eis que as causas de pedir são distintas e o direito material não possui a mesma origem (coletivo e individual), além do que as partes não se confundem, pois os legitimados para a ação coletiva não o são para as ações individuais, ou seja, não se pode identificar a representatividade adequada.

¹⁹⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 793.

¹⁹⁶ Ibidem, mesma página.

¹⁹⁷ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998. p. 250.

¹⁹⁸ “Entretanto, os interessados que participaram do processo não poderão ajuizar, individualmente, ação de indenização, tanto na hipótese de o pedido formulado pelo autor ter sido julgado improcedente quanto no caso de procedência. Neste último, porque faltará à vítima (ou seus sucessores) interesse processual, vez que, encontrando-se definidos, na sentença condenatória, o dano (em geral) e o nexo de causalidade entre este e a conduta do réu, basta que a vítima promova a liquidação por artigos dessa sentença e, posteriormente, ajuíze a competente ação de execução.” (PIZZOL, Patricia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 250).

Sandra Lengruher da Silva observa que:

A coisa julgada relativa às ações para a tutela de direitos individuais homogêneos reveste-se ainda de outras peculiaridades, especialmente no que toca à propositura de ação individual por um daqueles que integram a coletividade. (...) não existe identidade total, mas apenas parcial entre a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos e a ação individual, de forma que não há ocorrência de litispendência e nem de coisa julgada.¹⁹⁹

Nessa esteira, o que se verificaria é o transporte *in utilibus* dos efeitos da sentença coletiva para a esfera jurídica dos indivíduos que possuam direito de serem indenizados pelo fato originário da ação. Isto ocorre porque, como visto, em caso de improcedência, os mesmos indivíduos não serão alcançados pelos efeitos da sentença, a menos que tenham intervindo no processo.²⁰⁰

É o que expõe Rizzato Nunes:

A coisa julgada da ação coletiva negativa não atinge o consumidor individual. Isso se explica por alguns motivos. Um deles diz respeito à legitimidade para propositura da ação coletiva: como ela é autônoma, não há como atingir negativamente o direito individual daquele que não participou do feito. E o fato de o efeito positivo da sentença beneficiar o consumidor individual tem relação com a lógica do sistema de aproveitar o resultado positivo da ação. Foi para isso mesmo que a ação foi proposta, isto é, para fazer resultado benéfico para toda a coletividade.²⁰¹

Trata-se de uma ampliação do objeto do processo determinada pela lei, com o escopo de operar a economia processual e viabilizar o acesso à justiça de maneira mais célere e eficaz. Uma vez configurado um dano coletivo, a coerência sistêmica possibilita, com muito acerto, que os lesados busquem individualmente o ressarcimento a que fizerem jus, liquidando e executando a sentença que prolatou um comando genérico de indenização.

¹⁹⁹ SILVA, Sandra Lengruher da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 174.

²⁰⁰ Anote-se entendimento contrário nas palavras de Celso Cintra Mori: “Há quem diga que no confronto entre ação individual e ação coletiva, a relação entre as partes de uma e as de outra é de continência e não de identidade. Reluta-se na aceitação dessa afirmativa, porque pessoas não se contêm umas nas outras. O número menor pode estar contido no número maior. Mas a identidade é entre as partes, não entre números pelos quais se contam. Pouco importa, para o efeito de se caracterizar a presença das mesmas partes nos dois processos. No caso da ação individual, a presença direta, e no caso da ação coletiva, a presença do substituto processual. Basta para a litispendência, a identidade parcial, não sendo necessária a total identidade da composição subjetiva das lides (...)” (A litispendência entre ações individuais e ações civis coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista do Advogado*, n. 84, p. 36, dez. 2005).

²⁰¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 793.

Nesse sentido, escreve Pedro Lenza:

De modo geral, pode-se afirmar, seguindo os ensinamentos de Grinover, que referida regra, prestigiando o princípio da *economia processual*, bem como fundada nos critérios *sobre a coisa julgada secundum eventum litis*, já analisados, assim como na *ampliação ope legis* do objeto do processo, autoriza, de forma expressa, o transporte *in utilibus* da coisa julgada resultante de sentença proferida em ação civil pública às ações individuais.²⁰²

E reforça esse posicionamento, em seguida: “Ocorre aqui, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente como ocorre na reparação do dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal.”²⁰³

Nas palavras de Teori Albino Zavascki, trata-se de “efeito secundário inerente, não só às sentenças relacionadas a danos decorrentes de infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas a todas as sentenças proferidas em ações civis públicas”.²⁰⁴

Ada Pellegrini Grinover, partindo da doutrina de Liebman, que analisa a questão a partir da sentença penal, comenta a posição de Machado Guimarães e a adotada por Barbosa Moreira, para arrematar dizendo:

Seja como for e qualquer que seja a explicação científica que se lhe dê (eficácia preclusiva, efeito secundário da sentença, ou ampliação do objeto do processo coletivo, para que o julgado inclua o pronunciamento sobre o dever de indenizar, *ope legis*), trata-se de fenômeno bem conhecido, agora incorporado ao Código do Consumidor, mercê do transporte, *in utilibus*, do julgado da ação coletiva para as ações individuais de responsabilidade civil.²⁰⁵

Essa é compreensão coerente com o microsistema criado para a tutela coletiva, aproveitar com máxima eficiência as técnicas processuais. Por isso Rodolfo de Camargo Mancuso aponta que, em razão da própria natureza das ações que tratam dos interesses individuais homogêneos, a coisa julgada não deve se restringir aos aderentes da associação

²⁰² LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 249.

²⁰³ Ibidem, mesma página.

²⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 81.

²⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 932.

autora, mas sim se estender às demais pessoas que preferiram aguardar o resultado da ação coletiva, “por exemplo, *todos os mutuários, todos os participantes de certo plano de expansão telefônica, todos os investidores em certa caderneta de poupança*”.²⁰⁶

A doutrina majoritária parece entender que embora não se aplique a coisa julgada negativa aos interesses individuais puros, a sentença de improcedência da ação coletiva que trate de interesses individuais homogêneos, mesmo que por insuficiência probatória, impediria que nova ação coletiva fosse proposta nos mesmos moldes, isso porque a ressalva feita nos incisos I e II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor não se repetiu no inciso III, além do que o artigo 94 do mesmo Código determina a publicação de um edital para cientificar todos os interessados sobre a demanda e possibilitar sua habilitação no processo.

Gregório Assagra de Almeida faz as seguintes considerações:

Ressalta-se que a doutrina explica que a diferença entre os incisos I e II do art. 103 do CDC e o inciso III do mesmo dispositivo é estabelecida em decorrência de os dois primeiros admitirem, para as ações coletivas que visem à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, a repositura da mesma demanda, desde que com base em nova prova, quando houver a improcedência do pedido por insuficiência de provas, o que não é admitido no inciso III, que regulamenta a coisa julgada em relação às ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Justifica-se a diferença porque não existe nas duas primeiras hipóteses, diferentemente do que ocorre no que tange à terceira hipótese, a publicação de edital prevista no art. 94 do CDC, para que os interessados se habilitem como litisconsortes. Todavia, nada impede que o titular do direito lesado ou ameaçado que não tenha se habilitado como litisconsorte compareça em juízo para a tutela de seu direito individual puro.²⁰⁷

Antonio Gidi critica o texto legal, consignando que:

A lei brasileira somente previu a técnica da ‘improcedência por insuficiência de provas’ para as ações coletivas em tutela dos direitos difusos e coletivos, não autorizando sua utilização nas ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos. Não há qualquer justificativa para essa diferenciação: andou mal o legislador brasileiro em distinguir situações por tudo semelhantes. A lei seria muito mais consistente se essa norma fosse aplicável em todos os tipos de ações coletivas.²⁰⁸

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 231.

²⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 558.

²⁰⁸ GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, cit., p. 286-287.

Marcelo de Campos Mendes Pereira, após registrar o panorama doutrinário acerca de tal entendimento, dele discorda, pois o artigo 94, através do chamado que faz, não teria o condão de fulminar o interesse homogêneo de demandar pela via coletiva, concluindo que “como a coisa julgada só se opera entre as partes que efetivamente demandaram, não se exclui a possibilidade de outro legitimado propor nova ação coletiva com novas provas”.²⁰⁹

Parece-nos que é realmente acertada tal posição, pois muito se discute acerca da publicidade que se alcança com o dispositivo em tela, assim como se discute sobre a intervenção de um grande número de interessados no mesmo processo e seu efeito prejudicial ao andamento do feito. Ademais, extinguir a possibilidade da ação coletiva, quando se admite o ajuizamento de ações individuais ilimitadas para a obtenção do mesmo provimento, afigura-se um distanciamento do escopo do sistema criado para a tutela coletiva e dos princípios que o alicerçam.

Por isso, entendemos que também nas ações coletivas que veiculam interesses individuais homogêneos, caso a improcedência seja decretada por insuficiência de provas, os legitimados estarão autorizados a repropor nova demanda com base em novas provas. Aliás, qualquer legitimado, nos termos do inciso I do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, inclusive o que propôs a demanda julgada improcedente.²¹⁰

Todavia, caso a ação individual tramite concomitantemente com a coletiva, para que possa se valer dos efeitos da condenação genérica que venha a ser proferida, o indivíduo deverá pedir suspensão de seu processo, no prazo de trinta dias a partir da ciência nos autos sobre a propositura da demanda coletiva, conforme assinala o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁰⁹ PEREIRA, Marcelo de Campos Mendes. Problemas da eventual concomitância entre ações coletivas e ações individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, n. 48, p. 219, out./dez. 2003.

²¹⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier, falando sobre ações coletivas que tutelam direitos coletivos, afirma que: “A coisa julgada não se forma (e, na verdade, a sentença não produz nenhum efeito em relação aos hipotéticos beneficiários) se a ação coletiva é julgada improcedente por falta de provas. A sentença não produz qualquer tipo de efeito no que tange ao grupo de pessoas que, em tese, seria atingido por decisão de mérito, e também não impede a repositura por *qualquer legitimado* – e, por aí se percebe que mesmo que se trate de *outro legitimado*, a ação será *a mesma!* Pelo que se vê, realmente os critérios têm que ser diferentes dos do CPC. Este outro legitimado pode ser até mesmo o autor da ação precedente.” (Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO; Rita Dias (Coords). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 282).

De qualquer maneira, deve-se sempre lembrar que o ordenamento busca salvaguardar de todas as formas a faculdade do indivíduo buscar o Poder Judiciário para a proteção de seus direitos, razão pela qual ele não só está desobrigado de pedir a suspensão do seu processo, como também não está condicionado a aceitar o que for decidido na ação coletiva, ainda que procedente. Vale dizer, mesmo que exista um título executivo para ser liquidado em seu favor, o indivíduo sempre terá garantida a possibilidade de pleitear em processo próprio o direito que acredite ter.²¹¹

Essa é a conclusão de Sandra Lengruber da Silva:

Assim, mesmo que tenha sido julgado procedente o pedido na ação coletiva para a tutela de direito individual homogêneo, pode aquele que se afirma alcançado pela lesão ou ameaça de lesão ingressar com uma ação individual, optando destarte por não liquidar e executar a sentença coletiva. Neste passo, entendemos que não há que se falar em falta de interesse de agir, uma vez que o escopo das ações coletivas centra-se justamente no acesso à justiça, não devendo haver restrição à atuação individual.²¹²

Resta-nos mencionar a tentativa do Legislativo de limitar a abrangência da coisa julgada proveniente de ação coletiva, como mediante os artigos 16 da Lei n. 7.347/85²¹³ e 2º-A e parágrafo único da Lei n. 9.494/97 (acrescidos pela MP n. 2.180-35/2001)²¹⁴. Tais

²¹¹ Pedro Lenza consigna que: “A inexistência de extensão subjetiva (às ações individuais) dos efeitos de eventual coisa julgada coletivamente formada abrange tanto a situação de improcedência após instrução suficiente, na qual há análise do mérito, como no caso em que o juiz julga improcedente o pedido do autor coletivo por deficiência probatória. Aliás, nesta última situação, registre-se e retome-se, não haverá formação de coisa julgada material, já que qualquer legitimado poderá intentar nova (a mesma) ação, com idêntico fundamento, valendo-se de *nova prova*. Assim, em qualquer situação, a autoridade da coisa julgada, quando formada, nas ações coletivas para a proteção de interesses difusos ou coletivos *não prejudicará eventual ação de indenização por danos pessoalmente sofridos, proposta individualmente ou molecularmente* (ação coletiva para proteção de bens individuais homogêneos), nos termos do Código de Defesa do Consumidor.” (*Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 251).

²¹² SILVA, Sandra Lengruber da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 174.

²¹³ “Artigo 16 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

²¹⁴ “Artigo 2º-A - A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (NR)” (Incluído pela MP n. 2.180-35, de 2001).

dispositivos são alvo de críticas severas da doutrina majoritária, que aponta equívocos técnicos que tornam os dispositivos inconstitucionais²¹⁵ ou mesmo ineficazes.²¹⁶

Os dispositivos primeiramente buscaram limitar a abrangência da coisa julgada através do critério territorial, subvertendo dessa forma o instituto conforme estudado até agora, pois o atributo da imutabilidade da decisão judicial, ou mesmo a extensão subjetiva de seus efeitos, não podem ser delimitados com base na competência territorial da autoridade que a proferiu.

Pedro Lenza consigna que referidas alterações, inócuas e muitas vezes inconstitucionais, colocam-se na contramão da moderna tendência de adaptar os sistemas tradicionais de legitimidade, bem como ampliar os efeitos subjetivos da coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, havendo em tais dispositivos “nítida confusão de conceitos básicos como *jurisdição, competência e autoridade da coisa julgada*”.²¹⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier alinha-se com tal entendimento, expondo que o próprio conceito de jurisdição foi desconsiderado pelo legislador:

Um dos argumentos usados para sustentar a inoperância destas novas regras (já que se cai a primeira – o art. 16 – esta outra cai inevitável e inexoravelmente – pois daquela “depende”) é o de que os sistemas da LACP e do CPC são integrados: devem ser lidas, estas duas leis, como se fossem uma só, disciplinando o processo das ações coletivas (art. 21 da LACP e 90 do CDC). O art. 103 do CDC é posterior ao art. 16 da LACP – e, portanto, o revogou. Logo, inoperante seria alteração em artigo de lei já revogado. Ademais, afirma-se ainda que a restrição imposta pelo art. 16 seria inconstitucional, pois sendo una e indivisível a jurisdição, a decisão proferida por qualquer órgão competente do Poder Judiciário é válida e eficaz em todo território nacional.²¹⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso aponta, sobretudo, as dificuldades de aplicar a questão nas ações que tratam de interesses individuais homogêneos, quando se sabe que

²¹⁵ “A medida provisória da qual se originou sobredita modificação não observou os requisitos materiais para sua edição, quais sejam os da relevância e urgência.” (SILVA, Sandra Lengruber da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 176).

²¹⁶ “Isso porque, em que pese a modificação constante da LACP, este diploma interage e intercomunica-se com o CDC, o qual, ao tratar, em seus arts. 93 e 103, da competência e da coisa julgada no que tange a todos os tipos de ações coletivas, permanece inalterado. Ressalte-se, ainda, que o art. 103 é muito mais amplo que o art. 16, prevendo um regime completo no que toca à coisa julgada nas ações coletivas.” (SILVA, Sandra Lengruber da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 177).

²¹⁷ LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 200.

²¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Litispêndência em ações coletivas*, cit., p. 284.

ocorre na espécie o transporte dos efeitos do julgado coletivo, tratando-se a coisa julgada de uma qualidade da sentença²¹⁹. Indaga-se como poderia um integrante de determinada associação deixar de ser alcançado pela decisão que reconhece a obrigação de indenizar por conta da distribuição de um medicamento pelo Poder Público, se sofreu danos pelo uso, apenas por não mais residir na mesma comarca?

Na verdade, a forma apressada e avessa com que o Legislativo procurou tratar da questão culminou em solução merecedora das críticas apontadas²²⁰, destoando do ordenamento jurídico em seus conceitos mais elementares, como jurisdição, coisa julgada e competência, além de afrontar o princípio da isonomia, ao estabelecer privilégios injustificáveis para o Poder Público, quando ré da ação coletiva.

Diferente não é a dissonância sistêmica dos dispositivos dentro do contexto do processo coletivo, pois ao exigir a juntada de ata de assembléia que autorize a propositura da ação coletiva, o parágrafo único do artigo 2º-A da Lei n. 9.494/97 confronta diretamente

²¹⁹ “Por exemplo, cuidando-se de interesses individuais homogêneos (v.g., ressarcimento devido a aderentes de sistema para aquisição de casa própria, ou a consumidores de certo medicamento), a eficácia do comando judicial se projetará até onde se localizem esses sujeitos concernentes ao *thema decidendum*, descabendo *restringir* tal eficácia aos consumidores porventura aderentes da associação autora, ou que acordaram na deliberação pelo ajuizamento da ação coletiva, ou, ainda, que sejam domiciliados em dado território etc. Os limites subjetivos e objetivos do julgado têm apenas dois parâmetros: os *critérios legais* previstos na norma de regência, acoplados à *dimensão* (natureza/extensão/compreensão) do interesse ou direito judicializados. Tentar alterar esse contexto, que é imanente à coisa julgada, inclusive a *coletiva*, com a introdução especiosa de elementos outros – território, domicílio, autorização assemblear (art. 16 da Lei n. 7.347/85, cf. Lei n. 9.494/97; art. 2º-A e parágrafo único da Lei n. 9.494/97, acrescidos pela MP n. 2.180-35/2001), é, de balde, procurar imprimir à coisa julgada material uma transcendência com ela incompatível, pois sua natureza é *adjetiva* (=uma qualidade que se agrega aos efeitos do julgado) e não *substantiva*.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 63).

²²⁰ Ada Pellegrini Grinover assim comenta com muita propriedade a questão: “Executivo, acompanhado pelo Legislativo, foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar, pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história. Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei n. 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz.” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 939).

o artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, conforme comentamos, quando tratamos da legitimidade ativa das associações.²²¹

Todavia, insta observar que o Poder Judiciário tem reconhecido as limitações impostas pelos dispositivos comentados²²², não acolhendo as críticas apontadas pela doutrina especializada.²²³

Mas a estranheza da norma não poupa seus intérpretes, pois o seu cumprimento, isto é, a apresentação da relação nominal dos associados de um determinado sindicato junto com a petição inicial, levou à decisão de que não mais se tratava de ação coletiva, pois uma vez indicados os integrantes do grupo, a coisa julgada a ser produzida faria efeitos *inter partes*.²²⁴

²²¹ Cássio Scarpinella Bueno, em trabalho em que analisa com profundidade o tema, com o intuito de sistematizar as alterações mencionadas, entende que houve derrogação do Código de Defesa do Consumidor: “De outro lado, a exigência de apresentação de ata autorizativa do ingresso em juízo, regra restritiva, deve ser entendida apenas para as ações coletivas propostas contra as pessoas administrativas de que trata, derogada, para elas, a regra do art. 82, IV, do Código do Consumidor, Lei n. 8.078/90.” (*O poder público em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 115).

²²² “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – Ausência de dissenso entre os arestos confrontados. Ação civil pública. Sentença. Efeitos *erga omnes*. Abrangência restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator. 1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento. 2. Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. 3. Embargos de divergência não-conhecidos.” (STJ – ED no RESP n. 293.407/SP, 2003/0169288-0, rel. Min. João Otávio de Noronha).

²²³ “Julgando a ADIn 1.576-1-DF, que visava declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo, entendeu o STF, pelo seu Plenário, que, em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar para suspender a eficácia dele, na parte em que restringiu os efeitos ‘aos limites da competência territorial do órgão prolator’.” (ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 191).

²²⁴ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – Sindicato pleiteando direito de filiados relacionados. Hipótese de representação. Inexistência de direito coletivo envolvido na demanda. Não subsunção da ação à Lei da Ação Civil Pública. Coisa julgada *inter partes*. Isenção de custas. Inadmissibilidade. 1. Não se configura, na espécie, substituição processual, pelo simples fato de que o sindicato, ao juntar o rol dos servidores beneficiários, restringiu a demanda a uma tutela *inter partes*, não se podendo, dessarte, classificar a lide dentre aquelas coletivas *lato sensu*, da qual são espécies as que defendem interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. 2. Tem-se, na verdade, hipótese de representação, postulando o sindicato em nome e por conta de servidores filiados, ora relacionados na petição inicial, representando-os na relação jurídica processual instaurada. 3. A coisa julgada nas ações coletivas produz efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, o que não ocorrerá no caso vertente, no qual a tutela jurisdicional terá pertinência subjetiva apenas com aqueles relacionados na petição inicial pelo sindicato demandante. 4. Não cabe, na espécie, pois, a pretendida isenção de custas. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ – RESP n. 672.726/RS, 2004/0089955-0, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

4.5.3 Litispêndência, conexão e continência

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor disciplina a questão da litispêndência entre ações individuais e coletivas, trazendo em seu bojo duas normas, uma determinando a inexistência de litispêndência e outra assegurando o transporte *in utilibus* da sentença proferida no feito coletivo para aqueles interessados que requerem a suspensão dos processos individuais.²²⁵

Assim, através da primeira hipótese normativa, buscou o legislador garantir o direito constitucional do acesso à justiça, permitindo que cada cidadão leve sua lide à apreciação do Poder Judiciário, independentemente de existir uma ação coletiva embasada em causa de pedir semelhante.

Na segunda, atendendo ao espírito da tutela coletiva, possibilitou a extensão dos efeitos da coisa julgada produzida na ação coletiva para os interessados que tenham uma ação individual em trâmite, desde que peçam a suspensão dos respectivos processos no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Com isso, a norma alcança a economia processual, uma vez que muitos feitos deixam de tramitar e conseqüentemente demandar prestações do Poder Judiciário, e também facilita o acesso à justiça, permitindo que todos sejam alcançados pelo provimento proferido na ação coletiva.²²⁶

Uma vez que, como vimos, a transporte da coisa julgada só ocorrerá em caso de procedência, se a ação coletiva for julgada improcedente, os indivíduos que pediram a suspensão dos seus processos poderão continuar com os mesmos e pleitear uma decisão

²²⁵ “Artigo 104 - As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

²²⁶ “Dessa forma, havendo concomitância de ação coletiva objetivando a proteção de bens individuais homogêneos e ação individual buscando o ressarcimento dos danos pessoalmente sofridos pela vítima ou seus sucessores, cientificando o autor nos autos da ação individual da existência da ação coletiva, se já não tiver atendido ao ‘convite’ do art. 94 do CDC, poderá, no prazo de 30 dias (contado da ciência nos autos, enfatize-se), requerer a suspensão de sua ação individual para que possa ser beneficiado em caso de procedência da ação coletiva. Essa solução, inclusive, consagra, acima de tudo, o preceito constitucional do livre acesso ao Judiciário que não pode privar o indivíduo da propositura de sua ação individual e, portanto, não tê-la compulsoriamente suspensa, tendo em vista as *peculiaridades do processo coletivo*.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 260).

favorável, pois como se verifica na primeira parte do artigo 104, não existe litispendência entre ações coletivas e individuais.

No Código de Processo Civil, a questão é regulada nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 301²²⁷, que estabelecem a ocorrência de litispendência quando se repete uma ação que já está em curso. Ação será considerada repetida quando idênticas as partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, de modo que uma delas deverá ser extinta sem julgamento de mérito.

Ocorre que no processo coletivo, como já mencionado no tópico anterior, não haverá identidade entre uma ação coletiva e uma individual²²⁸, pois seus elementos não se confundem, como se denota da lição de Antonio Gidi:

Ao compararmos as ações individuais com as coletivas, percebemos que não há coincidência em *nenhum* de seus elementos. Quanto aos *sujeitos* do processo nas ações coletivas, o autor é um daqueles entes do art. 82 do CDC; nas ações individuais, o autor é a pessoa física do consumidor lesado (ou seus sucessores). Quanto à *causa de pedir*, a comparação é muito mais delicada, e difícil a diferenciação, e podem, inclusive, ser consideradas iguais, ou pelo menos, correspondentes. Mas a causa de pedir na ação coletiva permite o pedido de tutela de um direito superindividual indivisivelmente considerado; a causa de pedir na ação individual, por sua vez, diz respeito à tutela de um direito individual e divisível.²²⁹

Alguns doutrinadores divergem sobre a identidade da causa de pedir, porém certamente não há como confundir o objeto das ações coletivas e individuais em qualquer das suas espécies²³⁰, pois, como assevera Rizzato Nunes:

²²⁷ “Artigo 301 - (...) § 1º - Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º - Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º - Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.”

²²⁸ “Ora, para os direitos difusos e coletivos sequer há de pensar em litispendência em relação a direitos individuais que envolvam o mesmo fato. Isto porque o indivíduo não tem legitimidade para propor a ação coletiva. Dos direitos difusos e coletivos apenas podem tratar os ‘legitimados coletivos’. Tem-se, assim, pedidos diversos, baseados em causas de pedir distintas. Possuindo, então, elementos diferentes, razão suficiente para afastar a questão da litispendência entre elas.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 735).

²²⁹ GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, cit., p. 188.

²³⁰ “Essa primeira regra, excluindo a litispendência, nada mais traduz do que a previsão contida nos §§ 1º e 3º do art. 301 do CPC, tendo em vista a inexistência do fenômeno da tríplice *eadem* (partes, pedido e causa de pedir). A diferença entre as duas ações é evidenciada, acima de tudo, pela diversidade do objeto, já que enquanto a ação individual objetiva o ressarcimento pessoal da vítima ou seus sucessores, a ação coletiva busca o cumprimento de uma obrigação de fazer ou a condenação em dinheiro, tutelando indivisivelmente o bem difuso ou coletivo.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 255).

Nas ações coletivas, para defesa dos direitos difusos e coletivos *lato sensu*, os objetos são indivisíveis e elas resolvem-se em obrigação de fazer ou não fazer em benefício dos consumidores indeterminados (difuso) ou determináveis (coletivo), mas remanescendo indivisíveis. Na ação coletiva de proteção ao direito individual homogêneo, o objeto é a fixação da responsabilidade com condenação genérica (cf. art. 95), liquidável por habilitação dos interessados.²³¹

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor padece de um equívoco de redação bastante criticado pela doutrina, fato que originou divergências de interpretação acerca de seu sentido, por conta da remissão feita aos incisos do parágrafo único do artigo 81 do mesmo código. A primeira parte do artigo 104 faz menção aos incisos I e II, isto é, difusos e coletivos respectivamente, ao consignar a impossibilidade de litispendência, enquanto a segunda parte menciona os incisos II e III, quais sejam, coletivos e individuais homogêneos, para possibilitar o pedido de suspensão do processo individual e aproveitamento da ampliação subjetiva do resultado da lide coletiva, em caso de procedência.²³²

Por conta disso, algumas indagações são inevitáveis, a começar pela questão da litispendência entre a ação individual e a coletiva de interesses individuais homogêneos, eis que a primeira parte do artigo 104 deixou de mencionar expressamente o inciso III do artigo 81. Caso a resposta fosse positiva, as ações individuais haveriam de ser extintas, quando verificada a concomitância com um processo coletivo, o que representaria uma contradição evidente com a segunda parte do artigo, que incentiva a suspensão dos processos individuais, para beneficiar os interessados com os efeitos positivos da coisa julgada coletiva.

Sandra Lengruher da Silva entende que a redação foi incompleta, omitindo-se o inciso III do artigo 81, mesmo coincidindo a parte passiva e a causa de pedir de uma ação

²³¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 794.

²³² “Pela simples leitura, percebe-se verdadeira confusão na indicação dos dispositivos legais, já que, na primeira parte do art. 104 fala-se em ações propostas para a defesa de bens ou interesses *difusos* ou *coletivos* (art. 81, parágrafo único, incisos I e II), ao passo que, na segunda, refere-se aos efeitos da coisa julgada a que aludem os incisos II e III do art. 103, qual seja, quando o objeto for bens ou interesses *coletivos* ou *individuais homogêneos*, demonstrando uma total ilogicidade de idéias. Outra impropriedade redacional decorre, também, da segunda parte do art. 104 do CDC, na medida em que, ao tratar da extensão *erga omnes* ou *ultra partes* dos efeitos da coisa julgada, refere-se àquelas tratadas nos incisos II e III do art. 103. acontece que o inciso II trata de efeitos *ultra partes* e o inciso III de efeito *erga omnes*. A coerência, no mínimo, deveria seguir a ordem lógica de apresentação dos termos antecedentes, conforme anunciado.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 254).

individual e de uma coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, pois “o pedido e a parte ativa, indubitavelmente, são diversos, não havendo possibilidade de ser caracterizada a litispendência”.²³³

Antonio Gidi, após traçar um panorama doutrinário com diversas possibilidades de solução para a questão, conclui que “a melhor interpretação considera que o art. 104 se aplica a toda e qualquer ação coletiva em defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.²³⁴

Constatamos assim duas possibilidades para aqueles que possuem ações individuais em trâmite e são cientificados da existência de uma ação coletiva com pedido que abranja o objeto de sua lide: a) pedir a suspensão e aguardar o deslinde do feito coletivo; ou, b) prosseguir com a sua ação ciente de que, se não obtiver êxito, não poderá se beneficiar da decisão favorável proferida no outro processo.

O firme propósito demonstrado pelo legislador em garantir a liberdade individual de promover sua própria lide paralelamente à ação coletiva deve ser compreendido como uma via de duas mãos, isto é, caso peça a suspensão de seu processo e não haja uma sentença favorável na ação coletiva, o interessado poderá retomar o curso de sua lide e tentar uma decisão de procedência; porém, caso não peça suspensão e haja procedência na ação coletiva, haverá de suportar eventual improcedência de sua ação individual, pois assumiu o risco.

O dispositivo legal comentado visa a evitar decisões contraditórias que devem sempre ser repudiadas pelo ordenamento, contudo tem um alcance limitado, pois as situações jurídicas poderão ser resolvidas de formas distintas.

Sandra Lengruher da Silva, com amparo em Ada Pellegrini Grinover, sustenta que a eventual contradição se limitará ao plano teórico, mas não alcançara o plano prático:

Assim, no caso de uma ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos julgada procedente e uma ação individual, não sobrestada, julgada improcedente, apesar da contradição lógica, o indivíduo derrotado na ação individual não poderá beneficiar-se do julgado

²³³ SILVA, Sandra Lengruher da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 104.

²³⁴ GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, cit., p. 193.

coletivo, não havendo possibilidade de promover a liquidação e a execução do julgado coletivo, e não ocorrendo então uma contradição prática.²³⁵

O raciocínio é acompanhado por boa parte da doutrina, mas Pedro Lenza consigna que a coexistência de dois indivíduos pertencentes a um mesmo grupo, submetidos a duas normas individualizadas pelo Poder Judiciário com comandos distintos, v.g., um consorciado beneficiado por uma sentença coletiva que tem direito a receber valores pagos a maior e um consorciado cuja ação individual foi improcedente e que não tem o mesmo direito, representa, no plano prático, uma contradição.²³⁶

Percebe-se que o exemplo dado apresenta uma contradição entre situações de indivíduos de um mesmo grupo, mas não na esfera jurídica de um mesmo indivíduo, fato que não afasta a conclusão anteriormente posta.

Realmente se verificará tal situação, mas em razão do ordenamento jurídico não ter mecanismos tão eficazes a ponto de elidi-la, e não por conta exclusiva da norma contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. Parece-nos que esse dispositivo criou um mecanismo hábil para diminuir um fenômeno indesejado da jurisdição, mas assim como outras normas jurídicas, esbarra nos limites da realidade prática.²³⁷

²³⁵ SILVA, Sandra Lengruher da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 107-108.

²³⁶ “Na prática o indivíduo que em ambas as situações prosseguiu com a ação individual, não terá ressarcido, por exemplo, o valor das mensalidades do consórcio, declarado ilegal e abusivo nas ações coletivas (no primeiro caso, ação coletiva para proteção de interesses coletivos *stricto sensu* e, no segundo, ação coletiva para proteção de interesses individuais homogêneos). Por outro lado, aquele outro consorciado que não moveu qualquer ação individual (ou, tendo movido, requereu a sua suspensão) e aguardou o desfecho da ação coletiva (qualquer que seja, para proteção de bens e interesses difusos, ou coletivos – no caso, coletivos –, ou individuais homogêneos), nos termos dos arts. 103, § 3º (interesses difusos e coletivos), ou 95 e 97 do CDC (interesses individuais homogêneos), poderá proceder à liquidação e à execução da sentença coletiva genérica, recebendo os valores pagos além do devido. Ter-se-ão dois indivíduos em situações idênticas (ambos pertencentes ao mesmo grupo de consortes), mas com provimentos jurisdicionais diversos, um determinando a repetição do indébito, enquanto o outro, por outro lado, e antagonicamente, reconhecendo a legalidade dos aumentos, em qualquer das hipóteses, de ações coletivas.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 260-261).

²³⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier expõe pensamento semelhante, ao comentar a litispendência nas ações coletivas: “Pode-se contrapor uma série de argumentos aos antes mencionados, como, por exemplo, o de que o risco de haver decisões contraditórias, dispondo diferentemente sobre a mesma questão, em comarcas diferentes, não basta para qualificar a restrição de inconstitucional. Se é certo que é indesejável coexistirem decisões diferentes para casos idênticos, pois isto desmoraliza o Poder Judiciário e decepçiona o jurisdicionado, também é certo que o nosso sistema tolera este fenômeno (ainda que no caso, poder-se-ia disciplinar para efetivamente evitar isso). Por isso é que os indivíduos podem intentar mandados de segurança individuais para não pagar determinados tributos, podem os aposentados pleitear reajustes individualmente etc. etc. O sistema cria meios de evitar estas situações: dentre estes meios estão a súmula vinculante, os recursos de estrito direito, a uniformização de jurisprudência e as próprias ações coletivas.” (Litispendência em ações coletivas, cit., p. 285).

Questão de extrema importância é a ciência mencionada pela lei, que não esclareceu de forma significativa como deve acontecer. Há certamente o edital previsto no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo de eventuais publicações nos meios de comunicação, porém não fornecem, nem de longe, a segurança reclamada pelo artigo 104, afinal, como visto, as conseqüências são enormes para os litigantes.

Embora não haja uniformidade na doutrina, acreditamos ser decorrência do sistema criado para a tutela coletiva que o ônus de tal notificação recaia sobre o réu da ação. Ocorre que os interesses tutelados possuem sempre uma relevância social, seja por tratamento legal específico, como de consumidores, portadores de deficiência, idosos e crianças e adolescentes, seja em razão de se alcançar maior eficiência na solução das lides através da economia processual proporcionada pela ação coletiva.

Rizzato Nunes registra que para a perda da possibilidade de beneficiar-se da coisa julgada coletiva, o demandante da ação individual deve ser intimado de forma inequívoca,:

Não basta, para suprimir-se seu direito, a publicação do edital previsto no art. 94 e/ou a divulgação em órgãos de comunicação. Tem que haver intimação pessoal do consumidor. Poder-se-á objetar em como fazê-lo, e a resposta é bastante simples: o réu na ação coletiva e na individual é o mesmo. Logo, cabe a ele – é ônus dele – requerer na ação coletiva a intimação do consumidor ou sucessor que lhe está movendo a ação individual, para que, no prazo de 30 dias, constados da intimação, esse consumidor ou sucessor requeiram a suspensão do processo individual.²³⁸

Embora o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor determine a publicação de edital e possibilite a divulgação da informação de forma massificada²³⁹, tais atos não são suficientes para garantir a ciência do titular da ação individual que já se encontra em curso.²⁴⁰

²³⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 795.

²³⁹ “Artigo 94 - Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

²⁴⁰ Antonio Gidi, comenta a ineficácia de tal notificação: “A primeira parte do dispositivo é manifestamente insuficiente. É evidente que uma única publicação por edital no diário oficial é uma técnica insuficiente e demasiadamente fictícia. O fato de o direito positivo poder criar certas ficções em determinadas circunstâncias não permite ao legislador fugir ao bom senso e à necessidade constitucional de se promover uma efetiva notificação aos membros do grupo. Como asseverou Michele Taruffo, a possibilidade teórica de intervir no processo é uma garantia desprezível, se não se traduz na possibilidade concreta de fazê-lo, o que pressupõe que os membros do grupo tenham conhecimento da instauração ou da pendência da lide.” (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, cit., p. 239).

Observa Pedro Lenza tratar-se de sistemática parecida com a regra da *notificação* da Rule 23, alínea (c)(2) das Federal Rules of Civil Procedure de 1966, só que em menor amplitude, já que o objetivo desta última, na sistemática das *class actions*, é garantir o direito do *opt out* (pelo qual o associado pode excluir-se dos efeitos de determinada demanda proposta por entidade associativa que o represente), “ao passo que a regra do art. 94 do CDC permite e incentiva uma espécie de *opt in*, pelo qual o interessado interviria como litisconsorte do autor coletivo (*litisconsórcio unitário*)”.²⁴¹

Acrescenta o autor:

Conclui-se, então, que o art. 94 do CDC estabelece a obrigatoriedade de publicação de edital no órgão oficial, “convidando” os interessados a participarem do processo como parte, exercendo o direito do *opt in*, a fim de serem atingidos por qualquer resultado do processo. Além dessa modalidade de publicidade, o Código ainda permite a “ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”, qual seja, por meio de rádio e de televisão.²⁴²

Ainda que obrigatória a publicação do edital, sua ausência não leva à nulidade da ação²⁴³, pois trata-se de ato destinado a possibilitar que o interessado individual ingresse como parte no processo coletivo, estando a partir de então inevitavelmente sujeito à coisa julgada que vier a ser produzida no feito, conforme o parágrafo 2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁴¹ LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 246.

²⁴² LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 248. O autor sugere que para eficácia da norma “em relação a essa última modalidade de divulgação, tendo em vista a sua pouca utilização na prática por conta de seu alto custo, sugere-se a utilização do dinheiro do Fundo criado pela Lei 7.347/85. Isso porque, parte deste dinheiro decorre das próprias ações coletivas para a proteção de interesses individuais homogêneos nos termos do art. 100 do CDC.” (Ibidem, mesma página).

²⁴³ “PROCESSO CIVIL – Ação civil pública. Art. 94 do CDC. Ausência de publicação de edital. Inexistência de nulidade. 1. O descumprimento da exigência prevista no art. 94 do CPC, qual seja, a ausência de publicação de edital em órgão oficial que comunique aos supostos interessados a possibilidade de intervirem em ação civil pública como litisconsortes, não constitui nulidade hábil para ensejar a extinção de ação civil pública. Precedente. 2. Recurso especial provido.” (STJ – RESP n. 205.481/MG, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.04.2005, DJU, de 01.08.2005 - p. 369). “RECURSO ESPECIAL – Citação postal. Subgerente. Ausência de nulidade. Litisconsórcio facultativo. Consumidores. Dissídio jurisprudencial não configurado. Ausência de prequestionamento. (...). Não há nulidade na ausência de citação editalícia dos demais interessados (art. 94 do CDC), pois trata-se, na verdade, de regra de litisconsórcio facultativo criada em benefício dos consumidores. Nada impede que aqueles que se sentirem prejudicados também proponham ação contra a empresa. Recurso especial não provido. Decisão por maioria.” (STJ – RESP n. 138.411/DF, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ ac. Min. Franciulli Netto, j. 13.02.2001, DJU, de 10.09.2001, p. 367).

Logo, trata-se de norma criada para garantir o direito de acesso à justiça em benefício do interessado, que não lhe causa efetivo prejuízo, uma vez que, mesmo não participando diretamente do processo, poderá beneficiar-se da decisão de procedência ali produzida (art. 103, III, do CDC).

Aliás, caso venha a habilitar-se, correrá o risco de ser alcançado pela decisão de improcedência, fato que não se verificará quando optar por simplesmente aguardar o desfecho da ação ou pedir a suspensão do processo individual já em trâmite.²⁴⁴

Verifica-se assim que o interessado que já possui uma ação individual em curso e não pedir sua suspensão sofrerá um grave dano na hipótese de improcedência de sua demanda e de procedência da ação coletiva, razão pela qual o réu das ações haveria de ser compelido a realizar a notificação da propositura de demanda coletiva para todos os autores que houvessem ajuizado demandas individuais com o mesmo objeto, ou ainda objeto semelhante.

Por isso, concluímos que a obrigação do réu na ação coletiva de providenciar a notificação dos demandantes das ações individuais decorre da lógica sistêmica e merece ser objeto norma própria e eficaz, pois toda vez que um interessado deixa de ser notificado, e conseqüentemente de pedir a suspensão de seu processo, terá tolhido o seu direito de optar por aguardar o resultado do feito coletivo.

As conseqüências do não-requerimento de suspensão do processo refletirão profundamente na esfera jurídica do indivíduo, razão pela qual a intimação acerca da existência de ação coletiva que abarque o objeto da sua ação individual é um direito seu e, conseqüentemente, uma obrigação do réu das ações.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart apontam os efeitos da decorrência da não-suspensão:

²⁴⁴ “No entanto, uma situação é certa: julgada *improcedente* a ação coletiva, as pessoas que não intervieram como litisconsortes nos termos do art. 94 e as que tiveram a sua ação individual suspensa, poderão ou intentar a sua ação individual, na primeira situação, ou retomar o curso das ações já propostas, na segunda hipótese.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 259).

De fato como se prevê no dispositivo examinado, a sorte da ação coletiva não influencia o resultado da ação individual – ainda que ambas versem sobre o mesmo tema, fundados na mesma causa de pedir e contendo o mesmo pedido – a não ser quando ciente da propositura da ação coletiva, o autor da ação individual expressamente requeira a suspensão de seu pleito nuclear para aguardar o resultado daquela. A ausência de requerimento de suspensão da ação individual é tomada pelo legislador como uma presunção de manifestação de vontade do sujeito, no sentido de excluir da legitimação do ente coletivo a tutela de seu direito. A legitimação extraordinária do titular da ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos fica, por assim dizer, submetida a condição resolutive parcial, já que a propositura de ação individual (e a ausência de pedido de sua suspensão) importam na retirada da legitimação do ente coletivo do poder de proteger o direito daquele que postulou e insistiu na tutela de seu direito na forma individual.²⁴⁵

Assim, a improcedência da ação individual poderá representar verdadeira manobra do réu da ação coletiva, que embora também seja réu nas ações individuais, deixa de providenciar a notificação dos interessados, que não poderão beneficiar-se de eventual procedência do feito coletivo.

Parece-nos que duas situações poder-se-iam visualizar para solucionar a ausência de disposição legal específica: uma delas é a imposição expressa de obrigação de fazer (notificar todos aqueles que possuem demandas individuais nos respectivos autos) pelo juiz da ação coletiva, com base no artigo 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, e a outra, reconhecer a ineficácia da sentença de improcedência proferida em processo individual, quando não tiver sido o autor devidamente notificado da propositura da demanda coletiva.

Patricia Miranda Pizzol ao comentar a questão aponta solução semelhante:

Partindo da premissa acima exposta, de que o indivíduo deve ser informado no processo individual acerca da propositura da ação coletiva, entendemos que, não tendo sido ele devidamente cientificado, é possível pensar em duas conclusões: ação rescisória por violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC e arts. 94, 103, § 2º e 104 do CDC); ou a propositura pura e simples de liquidação/execução, independentemente de ação rescisória, por apresentar a sentença do processo individual, em razão da inobservância das regras do CDC mencionadas, o vício de inexistência. Ficamos com a segunda opção.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 737.

Entendemos que a sentença de improcedência proferida no processo individual não pode produzir efeitos em relação ao indivíduo que não teve a ciência da existência do processo coletivo.²⁴⁶

Tratando-se de ações que tenham por objeto a proteção de bens difusos ou coletivos, a litispendência será inevitável, pois a identidade de ações, ao contrário do que se demonstrou com relação ao artigo 104, primeira parte, do Código de Defesa do Consumidor, poderá ocorrer de forma completa, conforme prelecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Naturalmente, pode ocorrer litispendência entre ações coletivas. Se um legitimado para a ação coletiva ingressa com ação já proposta por outro legitimado (ações idênticas, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido), evidentemente se estará diante de um caso de litispendência. Alguém poderia objetar, dizendo que se trata de sujeitos distintos, e que, portanto, haveria um elemento da ação distinto entre as ações. É bom lembrar, porém, que os legitimados para essas ações não agem em defesa de direito próprio, mas sim alheio (legitimação extraordinária), pertencente à coletividade ou a certo grupo de pessoas. O sujeito material do processo, portanto, permanece sendo o mesmo, ainda que distintos os legitimados “formais” para a ação. As ações são, por isso, iguais, havendo litispendência desde que sejam uniformes a causa de pedir e o pedido.²⁴⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier aponta para o fato de que os elementos da ação, nessa hipótese, devem ser considerados de forma adequada às ações e coletivas, ou seja, sem o apego exagerado ao texto do Código de Processo Civil, pois o elemento subjetivo no processo coletivo não coincide necessariamente com os autores legitimados pela lei, mas sim com a coletividade beneficiada pela sentença. Por isso, coincidindo o objeto e a causa de pedir, também coincidirão os titulares dos direitos, bem como quando houver identidade de pedido, causa de pedir e titulares, mesmo que as partes sejam distintas, haverá identidade de ações. Arremata a autora:

Na doutrina, manifestaram-se no mesmo sentido Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Arruda Alvim e Hugo Nigro Mazzilli, dentre outros. A solução apontada pelos referidos autores, segundo penso, coaduna-se com o contido no art. 103 do CDC, em relação à coisa julgada. Com efeito, caso o pedido seja julgado improcedente por motivo diverso do da *deficiência ou insuficiência de provas* (arts. 16 da LACP e 103 do CDC, respectivamente), ocorrerá o denominado “efeito negativo” da coisa julgada, já que não se poderá decidir novamente sobre a mesma causa.

²⁴⁶ PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 11ago. 2008.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 735 e 736.

Ora, se isso ocorre em relação à coisa julgada, o mesmo há de suceder em relação à litispendência, já que ambos os institutos assentam-se nos mesmos elementos (partes [*rectius*: titulares substanciais do direito], causa de pedir e objeto).²⁴⁸

Certamente haverá que se analisar com bastante critério os pedidos das ações coletivas antes de reputar-lhes a litispendência, pois a tutela dos interesses difusos e coletivos emana uma série de possibilidades, como provimentos preventivos, inibitórios ou reparatórios que, se divergentes, afastarão a identidade dos feitos.

Nesse sentido, diz Sandra Lengruher da Silva que, em uma ação coletiva sobre dano ambiental decorrente de poluição do ar por determinada indústria, por exemplo, “pode-se pedir uma condenação à obrigação de não fazer (não poluir), ou à obrigação de fazer (instalar filtros antipoluentes), ou ainda à indenização pecuniária, dentre outros”.²⁴⁹

Certo é que, uma vez verificada essa identidade, uma das ações haverá de ser extinta, como aponta José dos Santos Carvalho Filho, ao afirmar que a “conseqüência será a extinção do segundo processo sem julgamento do mérito, decidindo-se o litígio apenas no primeiro”.²⁵⁰

Embora seja pacífico o entendimento da impossibilidade de litispendência entre ações coletivas e individuais, bem como a possibilidade de sua ocorrência entre ações coletivas, resta analisar a possibilidade de ocorrência dos fenômenos da conexão e da continência, também decorrentes da identidade de elementos das ações.

²⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Litispendência em ações coletivas*, cit., p. 273. A autora fundamenta seu pensamento: “É interessante observar, a propósito, que este entendimento foi adotado pela Súmula n. 1 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, segundo a qual ‘se os fatos investigados no inquérito civil foram objeto de ação popular julgada improcedente pelo mérito e não por falta de provas, o caso é de arquivamento do procedimento instaurado’. A justificativa apontada pelo CSMP-SP foi a seguinte: ‘Cotejando uma ação popular e uma ação civil pública, pode haver o mesmo pedido e a mesma causa de pedir (p.ex., na defesa do meio ambiente ou do patrimônio público, cf. LAP e LACP, e art. 5º LXXIII, da CF). Numa e noutra, tanto o cidadão como o Ministério Público agem por legitimação extraordinária, de forma que, em tese, é possível que a decisão de uma ação popular seja óbice à propositura de uma ação civil pública (coisa julgada), o que pode ocorrer tanto se a ação popular for julgada procedente, como também se for julgada improcedentes pelo mérito, e não por falta de provas (arts. 18 da Lei n. 32.600/93)’. Note-se que o entendimento consolidado nesta súmula opõe-se à orientação jurisprudencial predominante, citada no início do presente texto. Essa orientação, todavia, é a que me parece a mais acertada.” (Ibidem, p. 273 e 274).

²⁴⁹ SILVA, Sandra Lengruher da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 89.

²⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 158-159.

Os fenômenos estão descritos nos artigos 103 e 104 do Código de Processo Civil, sendo que a consequência de sua verificação, qual seja, a reunião dos feitos, decorre do artigo 105 do mesmo diploma.²⁵¹

Não é uníssona a doutrina sobre o tema, a exemplo de Sandra Lengruber da Silva, que admitindo a ocorrência de conexão entre ações coletivas e individuais, consigna que Ada Pellegrini Grinover entende tratar-se de continência.²⁵²

Já Rizzato Nunes afirma que:

A continência entre duas ações caracteriza-se pela ocorrência pela identidade de partes e das causas de pedir, sendo que o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o da outra. E aqui também, não há continência entre as ações coletivas tratadas pelo CDC e as ações individuais. Novamente apenas a causa de pedir pode ser a mesma. Os autores não são os mesmos (entidades do art. 82 vs. Consumidor individual; apenas o réu é o mesmo). E o objeto das ações coletivas não é mais abrangente que o das ações individuais. Eles são diferentes. Nas ações individuais busca-se o ressarcimento do dano, com pedido certo.²⁵³

O fato é de grande importância, na medida que determina a reunião dos feitos, a fim de evitar a ocorrência de decisões judiciais antagônicas. Como vimos anteriormente, tal contradição, a rigor, não ocorrerá entre decisões proferidas em ações individuais e em ações coletivas²⁵⁴, porém em se tratando de direitos coletivos estrito senso, a alcance das decisões proferidas certamente pode ser conflitante, se não forem aplicadas corretamente as regras de prevenção.

²⁵¹ “Artigo 103 - Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. Artigo 104 - Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras. Artigo 105 - Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”

²⁵² “Diante do que foi analisado, constata-se que, se há a possibilidade de o autor individual não requerer a suspensão de sua ação podem as duas ações prosseguir concomitantemente, confirmando-se o entendimento de que não há que se falar em litispendência. Destarte, resta claro que entre as ações individuais e as ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos pode haver no máximo conexão. Diverso é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, asseverando que, apesar de não ocorrer a litispendência, haverá continência devendo ser reunidas as ações ou, quando possível, suspender-se a ação individual em face da prejudicialidade.” (SILVA, Sandra Lengruber da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 106).

²⁵³ NUNES, Luiz Antonio Rizzato, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 796.

²⁵⁴ “Este fato, qual seja, a impossibilidade de o resultado negativo do julgamento da ação coletiva prejudicar a ação individual já proposta (ou a ser proposta), salvo no caso do art. 94 do CDC, como visto (art. 203, § 2º, do CDC), somando aos argumentos de *política judiciária*, apontados por Grinover, afastam a aplicação dos arts. 104 e 105 do CPC.” (LENZA, Pedro, *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 259).

José dos Santos Carvalho Filho explica a possibilidade de conexão entre duas ações coletivas, uma vez que, em razão da legitimação concorrente, poderão ser propostas mais de uma ação com identidade de causa de pedir ou pedido, isto é, uma providência protetiva com base nos mesmos fatos ofensivos, verificando-se, conseqüentemente, o mesmo fundamento jurídico. Exemplifica com a possibilidade de o Ministério Público e uma associação ajuizarem duas ações contra uma empresa poluidora e conclui:

Na hipótese, serão idênticos o pedido e a causa de pedir. O fato traduzirá o aparecimento da conexão, figura processual definida no art. 103 do CPC: reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. A solução para a hipótese está prevista no art. 105 do estatuto processual, segundo o qual, havendo ações conexas, o juiz pode ordenar a sua reunião a fim de que sejam decididas simultaneamente.²⁵⁵

Embora parte da doutrina tenha sustentado a impossibilidade da reunião de ações coletivas parcialmente idênticas, não há como afastar tal conseqüência, sob pena de comprometer-se a coerência do sistema com a possibilidade de decisões contraditórias.²⁵⁶

Sandra Lengruber da Silva ressalta que a polêmica sobre a reunião dos feitos foi atenuada com o advento da Medida Provisória n. 1.984-16, de 06.04.2000, que, no seu artigo 6º, introduziu parágrafo único no artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública²⁵⁷. Destaca a autora que a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24. 08.2001, mantendo o texto anterior, substituindo o termo “pedido” por “objeto”, e observa:

Analisando o dispositivo, percebe-se primeiramente que o legislador refere-se à prevenção nas ações coletivas, estipulando para tanto o critério da propositura da ação. Mencionam-se ainda as ações com o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir, ou seja, em que haja identidade de um dos elementos objetivos. Portanto, trata-se de ações coletivas

²⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Ação civil pública: comentários por artigo*, p. 157.

²⁵⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam que: “De acordo com o art. 103 do CPC, ‘reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir’. Também em relação a ações coletivas pode ocorrer de existirem duas ações com idêntica causa de pedir ou idêntico pedido. É então de se perguntar se a figura da conexão, com seus resultados específicos (reunião dos processos, perante o juiz prevento), também seria aplicável ao ‘processo coletivo’. A resposta é evidente pela afirmativa. Não há nenhuma razão para negar a aplicação da conexão e de seus efeitos aos processos coletivos. Havendo duas ações coletivas, com idêntico pedido ou igual causa de pedir, serão elas reputadas conexas, resultando na necessidade de sua reunião (salvo se distintos forem os critérios de competência absoluta, para cada uma delas). Segundo determina o Código de Processo Civil, essa reunião será feita perante o juiz que despachou em primeiro lugar, se as ações tiverem a mesma competência de foro (art.106 do CPC), perante o juízo onde se obteve a primeira citação válida, quando as ações tiverem competência de foro distinta (art. 219 do CPC).” (*Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 738).

²⁵⁷ “Artigo 2º - (...) Parágrafo único - A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam causa de pedir ou o mesmo pedido.”

parcialmente idênticas, não se esclarecendo, contudo, se se trata de conexidade ou de continência. Disto já se conclui que o legislador disse menos do que deveria. Entretanto, interpretando-se sistematicamente o dispositivo, e considerando para tanto o sistema de jurisdição coletiva e ainda o individual, constata-se que o legislador admite a conexão nas ações coletivas, ao contemplar as ações com o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir.²⁵⁸

Todavia, deve-se destacar a complexidade na apreciação de tais critérios, pois, como se sabe, o sistema de tutela coletiva possui especificidades que não podem ser desconsideradas, sobretudo na delimitação de seu “objeto”. Parece ter sido esse o intuito do legislador de, ao substituir o termo pedido por objeto no parágrafo único do artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública, determinar que a análise da identidade total ou parcial dos feitos coletivos seja feita a partir do direito tutelado, e não apenas em função do pedido, mormente por compreender-se que ele deve ser analisado pelo magistrado com certa flexibilidade.

Teresa Arruda Alvim Wambier observa que, além dos artigos 2º, parágrafo único, da Lei de Ação Civil Pública, e 17, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, também o artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei de Ação Popular²⁵⁹ trata da reunião de ações coletivas, acrescentando que:

É interessante observar, de todo modo, que referidos dispositivos legais estabelecem regra de *prevenção* que nada mais é que um critério processual de *fixação de competência* entre juízos que, em tese, teriam igual competência, no caso de ser ajuizada, posteriormente, ação conexa ou idêntica à anterior. *Não se extrai, da norma ora examinada, a determinação de que as causas idênticas tramitem como se fossem ações conexas, mas, apenas, que a ação idêntica ou conexa à ação ajuizada deverá ser julgada pelo juízo prevento.* Por isso que, corretamente, decidiu-se que é competente o juízo prevento para o julgamento de ação civil pública, ainda que a primeira ação já tenha sido extinta.²⁶⁰

No caso, destaca-se a lição sempre importante de Arruda Alvim, esclarecendo que a “prevenção, em primeiro grau, firma-se entre juízos, tendo em vista critérios

²⁵⁸ SILVA, Sandra Lengruher da, *Elementos das ações coletivas*, cit., p. 160-161.

²⁵⁹ “Artigo 5º- (...) § 3º - A propositura de ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes sob os mesmos fundamentos.”

²⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Litispêndência em ações coletivas*, cit., p. 270. Prossegue a autora: “Evidentemente, não se está, no caso, diante de reunião de causas para julgamento conjunto. Nem por isso, contudo, deixa-se de aplicar a regra segundo a qual a segunda ação deve ser julgada pelo juízo prevento. Proposta a ação coletiva perante o juízo prevento, este deverá verificar se está diante de causas conexas – hipótese em que as ações deverão ser reunidas, para julgamento conjunto – ou se há litispêndência, e neste caso a segunda ação deverá ser extinta.” (Ibidem, p. 272).

cronológicos, destinados a resolver hipóteses diferentes (arts. 219 ou 106)”. Diz o autor que nos dispositivos existem dois critérios cronológicos, aplicáveis isoladamente para casos distintos, “tendo em vista (art. 219) os juízos estarem sediados em comarcas diferentes ou (art. 106) na mesma comarca”.²⁶¹

Concluimos assim que não ocorrerá identidade de causas entre ações individuais e coletivas, porém, entre duas ou mais ações coletivas, os fenômenos da litispendência ou da conexão podem ser verificados, sempre através de uma análise acurada do magistrado, que considerará os princípios do processo coletivo para certificar-se de que a solução adotada atende com mais coerência ao objeto tutelado pelas ações.

Havendo conexão, os processos deverão ser reunidos e julgados conjuntamente e, como de regra no caso de litispendência, uma das causas deverá ser extinta.

4.6 Liquidação e execução

Como comentamos no item 4.5 ao falar sobre sentença, as recentes alterações do Código de Processo Civil (Lei n. 11.232/2005) instituíram um novo regime para o seu cumprimento, fomentando assim a satisfação espontânea do comando judicial, estabelecendo medidas coercitivas dentro do mesmo processo, através do sincretismo processual que veio a substituir a necessidade de propor uma nova ação para executar o direito declarado na ação de conhecimento.

Todavia, vimos que ainda subsistem determinadas hipóteses em que será indispensável a instauração do procedimento executivo autônomo, como no caso da sentença condenatória oriunda de ação coletiva que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos (arts. 97 e 98 do CDC).²⁶²

²⁶¹ ALVIM, Manuel Arruda. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 314.

²⁶² SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 166.

Como a sentença da ação coletiva será, via de regra, genérica (art. 95 do CDC)²⁶³, no mais das vezes, quando pender de liquidação, não será viável seu cumprimento espontâneo, isto é, independentemente da provocação dos autores ou dos titulares do direito declarado, razão pela qual haverá de ser liquidada, sendo certo que tal liquidação cerca-se de determinadas especificidades que destoam do procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil.²⁶⁴

Acontece que diferentemente do se verifica nas sentenças genéricas ou ilíquidas proferidas nos processos individuais, aqui os titulares não precisam simplesmente demonstrar o valor ensejado pela decisão judicial, mas também comprovar o dano sofrido e o nexo de causalidade entre ele e o ato ilícito objeto da ação coletiva que reconheceu a obrigação.

O Código de Processo Civil prevê atualmente três espécies de liquidação, *por cálculo*²⁶⁵, quando a obtenção do valor depender apenas de operação aritmética, *por arbitramento*²⁶⁶, quando houver determinação nesse sentido na própria sentença, convenção das partes ou decorrer da própria natureza do objeto, e *por artigos*²⁶⁷, sempre que houver necessidade de comprovação de fato novo.

²⁶³ Ver item 4.5.1.

²⁶⁴ “O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990) introduziu no direito brasileiro um conceito diferente de liquidação, no que toca à determinação do dano individual. Em seguida à condenação genérica obtida em ação coletiva de tutela a direitos individuais homogêneos, todo sujeito que se alegue titular de um desses direitos será legitimado a promover-lhe a liquidação em seu próprio interesse (liquidação individual: art. 97).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 573).

²⁶⁵ “Artigo 475-B - Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do artigo 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. § 1º - Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência. § 2º - Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no artigo 362. § 3º - Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. § 4º - Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do parágrafo 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.”

²⁶⁶ “Artigo 475-C - Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: I - determinado pela sentença ou convenção das partes; II - o exigir a natureza do objeto da liquidação. Artigo 475-D - Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo. Parágrafo único - Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.”

²⁶⁷ “Artigo 475-E - Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.”

Como ensina Sérgio Shimura, a liquidação por cálculos dá-se por mero incidente, quando o montante for apurável por cálculo aritmético (art. 475-B c.c. o art. 614 do CPC)²⁶⁸; será por artigos quando for necessário provar fato novo, resultante da decisão que se pretende liquidar; e por arbitramento, quando “determinado pela sentença ou convencionado pelas partes ou quando exigir a natureza do objeto da liquidação”.²⁶⁹

O *fato novo* a que se refere o artigo 475-E do Código de Processo Civil é aquele necessário para a apuração do valor da obrigação fixada pela sentença ilíquida, sendo expressamente vedada a discussão daquilo que já foi apreciado, no tocante ao mérito da decisão liquidanda.²⁷⁰

No caso da sentença genérica proferida em processo coletivo, nos moldes do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, duas situações distintas podem ser verificadas: a liquidação coletiva²⁷¹ e a individual.

A liquidação coletiva é o procedimento judicial destinado a tornar líquida a sentença proferida em processo coletivo e possibilitar o cumprimento de seu comando ou a instauração da execução coletiva.²⁷²

A individual destina-se a possibilitar a liquidação dos direitos de cada titular ou, na dicção legal do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, das vítimas e seus sucessores, quando abarcados pela sentença genérica.

²⁶⁸ “Devendo o credor instruir o pedido com a memória discriminada da conta, atualizada até a data da propositura da ação, bem como a verificação de juros e correção monetária.” (SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 153-154).

²⁶⁹ “Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo. Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.” (SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 157).

²⁷⁰ “Artigo 475-G - É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.”

²⁷¹ A liquidação coletiva se verificará diretamente quando se tratar de direito difuso ou coletivo estrito senso, e eventualmente na hipótese do *fluid recovery* prevista no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, quando não habilitados os titulares do direito individual.

²⁷² “Assim, pode-se dizer que liquidação coletiva compreende um processo jurisdicional de natureza cognitiva, promovido pelo MP, entes públicos e seus órgãos, associações (art. 82 do CDC), partidos políticos, organização sindical, entidade de classe (art. 5º, LXX de CF/88), em seu próprio nome e no interesse da coletividade de credores, com o escopo de tornar líquida a sentença prolatada nos autos de processo instaurado mediante ação coletiva *lato sensu*, destinada à tutela de direito ou interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, tornando-a adequada à propositura da ação de execução coletiva.” (PIZZOL, Patricia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 186).

Flávio Luiz Yarshell, tratando da liquidação, leciona que, de maneira geral, a pretensão deduzida pelo autor é de atribuição de valor à obrigação constante da condenação genérica, e assim também será nos interesses individuais homogêneos, a cuja liquidação a lei também se refere como “habilitação” (art. 100 do CDC). Ressalva, contudo, que:

A situação é peculiar pois não se trata apenas de quantificar os danos: cumpre ao autor, antes, individuá-los e especificá-los, pois o reconhecido na sentença (de condenação genérica) não é mais do que – como ressaltado – um dano ‘por amostragem’, de caráter global. Vale dizer: sabe-se, e não mais se pode discutir, que há responsabilidade civil do demandado. Cumpre, contudo, determinar quais os danos concretamente verificados na órbita do requerente, como indivíduo prejudicado; tanto mais porque cada vítima pode ter sido afetada de maneira diversa e, conseqüentemente, apresentar danos de diferente extensão.²⁷³

Tiago Figueiredo Gonçalves observa que a liquidação proposta individualmente pelas vítimas ou sucessores não se confunde com a regulada pelo processo civil clássico, eis que o campo de cognição se amplia, necessitando, além da comprovação do *quantum debeatur*, também a do dano – *an debeatur* – individualmente sofrido, e ainda a “comprovação de ser, a possível vítima, afetada pelo dano abstratamente afirmado na sentença genérica – nexos de causalidade”.²⁷⁴

Aliás, na mesma senda de grande parte da doutrina²⁷⁵, referido autor reconhece uma aproximação maior desse procedimento com uma ação de cognição do que com a própria liquidação do procedimento estabelecido para o processo tradicional.²⁷⁶

²⁷³ YARSHELL, Flávio Luiz. Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 153-154.

²⁷⁴ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda individual. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 421.

²⁷⁵ “Segundo a doutrina dominante, processo de conhecimento, preparatório da futura execução e destinado a complementar o comando da sentença condenatória; a liquidação da sentença prevista no *caput* do art. 97 será sempre feita a título individual, promovida que seja pelo prejudicado ou pelos entes e pessoas que podem representá-lo em juízo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 909).

²⁷⁶ “É verdade que a sentença genérica reconhece a existência do dano – *an debeatur*, mas esse dano, no caso, é geral. Assim, cada cidadão individualmente lesado precisa comprovar a existência do dano – *an* – individual, assim como se faz em qualquer outro processo de conhecimento. A única diferença aqui é a existência de respaldo em sentença genérica, que facilita, de certo modo, a cognição na demanda individual de ‘liquidação’.” (GONÇALVES, Tiago Figueiredo, A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda individual, cit., p. 422).

Nessa linha de pensamento, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier ensinam que, para a liquidação da sentença condenatória genérica relativa a direitos individuais homogêneos defendidos coletivamente, o autor do pedido de liquidação terá de se servir da liquidação por artigos.²⁷⁷

Patricia Miranda Pizzol, sustentando a posição descrita, alerta que sem a comprovação do nexo de causalidade e do prejuízo sofrido, o indivíduo carecerá de legitimidade para propor a liquidação.²⁷⁸

Uma vez líquido ou liquidado o título judicial, o mesmo haverá de ser realizado, ou seja, cumprido, para que se dê a satisfação do direito declarado, o que se fará através da execução, porque nessa fase já estará o título revestido da formalidade indispensável que lhe faltava, ou seja, a liquidez, pois, como observa Gian Antonio Micheli, “*la verdad es que la eficacia del título ejecutivo deriva de un hecho específico complejo, constituido por el acto jurídico (providencia del juez, acto de parte) y por el documento – teniendo ciertos requisitos formales – de dicho acto*”.²⁷⁹

A execução das sentenças coletivas, via de regra, seguirá a mesma linha das execuções de sentença do Código de Processo Civil, devendo ocorrer como fase de um processo sincrético regulado pelo artigo 475 J.²⁸⁰

²⁷⁷ “Em suma, as vítimas ou seus sucessores deverão provar o nexo de causalidade entre os danos que sofreram e os fatos que estavam na base da pretensão vitoriosa. Assim, poder-se-á, como decorrência, demonstrar e provar o dano sofrido por cada interessado titular de direito individual que esteja abrangido pela sentença de procedência da ação coletiva. Isso evidentemente não se faz senão numa instrução probatória nos moldes da que o Código de Processo Civil determina para a hipótese de liquidação por artigos. Em resumo, o autor do pedido de liquidação deverá provar ‘o nexo de causalidade, o dano e o montante almejado’.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, cit., p. 276.

²⁷⁸ “Acreditamos que, nesse caso, conforme já afirmado, a liquidação será sempre por artigos, tendo em vista que haverá sempre fato novo a ser demonstrado e provado, pois o indivíduo terá que comprovar o nexo de causalidade entre o ‘dano genérico’, a cuja reparação foi condenado o réu na ação condenatória e o prejuízo sofrido por ele individualmente, vez que, sem demonstrar isso, não terá legitimidade para promover a liquidação.” (PIZZOL, Patricia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 194).

²⁷⁹ MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1970. v. 3, p. 10.

²⁸⁰ Nos termos das alterações introduzidas pela Lei n. 11.232/2005, em vigor a partir de 23.06.2006.

É certo que nos debruçamos até aqui, com mais afinco, nas ações coletivas que produzirão títulos executivos judiciais²⁸¹, via de regra genéricos, porém há de se consignar que a execução coletiva também pode ter fundamento em um título extrajudicial, como se verificará no caso do termo de ajustamento de conduta elaborado entre o Ministério Público ou outro órgão público²⁸² e o possível réu de uma ação coletiva, conforme previsão da Lei da Ação Civil Pública.²⁸³

Como já mencionado, não obstante a nova sistemática, ainda remanescem títulos que dependerão de um processo autônomo de execução²⁸⁴, dentre os quais está a sentença coletiva que reconhece direitos individuais homogêneos, que serão liquidados e executados de forma individual, coletiva ou fluida.

A execução, ou cumprimento da sentença, quando puder se efetivar nos mesmos autos, poderá ser definitiva, caso já haja trânsito em julgado, ou provisória²⁸⁵, se pendente de recurso. Em qualquer das hipóteses, será instruída com as certidões de liquidações individuais mencionadas no artigo 98, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, pois, como observa Patrícia Miranda Pizzol, embora a regra seja encartada no capítulo que

²⁸¹ “Artigo 475-N - São títulos executivos judiciais: I - a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II - a sentença penal condenatória transitada em julgado; III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV - a sentença arbitral; V - o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI - a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. Parágrafo único - Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.”

²⁸² Conforme ensina Sérgio Shimura, não haverá nessa hipótese, a obrigatoriedade da intervenção ministerial para que seja válido o termo de ajustamento, anotando-se ainda que por outro órgão público entendem-se as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), as autarquias e as fundações públicas (*Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 141).

²⁸³ “O compromisso extrajudicial não exige homologação judicial; será, portanto, um título executivo extrajudicial. Mas, se for tomado em juízo e sobrevier sua homologação judicial, deixará, obviamente, de ser título executivo extrajudicial para ser título judicial. Só será necessária a homologação judicial se o compromisso versar questões já controvertidas em juízo e se, por seu intermédio, se quiser extinguir o processo.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2000. p. 391).

²⁸⁴ Conforme apontamos anteriormente, tratando-se o título executivo judicial for *sentença penal condenatória* transitada em julgado; sentença arbitral; sentença estrangeira, homologada pelo STJ (cf. Emenda Constitucional 45/2004 c.c. art. 475-N, VI do CPC), ou sentença condenatória, oriunda de ação coletiva, que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos (arts. 97 e 98 do CDC), será indispensável a citação.” (Cf. SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 166).

²⁸⁵ Como pontua Patrícia Miranda Pizzol, “Preliminarmente, cumpre-nos lembrar que não há ‘liquidação provisória’, mas liquidação promovida com a finalidade de se dar início à execução provisória. A liquidação, nesse caso, será definitiva; a execução é que é provisória, tendo em vista a interposição de recurso com efeito apenas devolutivo.” (*Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 212).

trata de interesses individuais homogêneos, não há incompatibilidade com as hipóteses de execução coletiva: “Isso vale para o caso de ação condenatória fundada em interesse coletivo ou difuso julgada através de sentença que contenha condenação genérica (poderia, conforme já afirmado, o magistrado ter fixado o *quantum debeat*, se estivessem presentes nos autos os elementos necessários para tanto).”²⁸⁶

Contudo, em se tratando de execução provisória coletiva, deve-se mencionar sua previsão expressa também pelo artigo 14 da Lei da Ação Civil Pública, que permite ao juiz receber o recurso no duplo efeito, consignando que como regra não o tem. Também por isso tem-se por inexigível a caução para a execução provisória, que pela própria natureza do processo coletivo, seria inadequada.

Aliás, mesmo o Código de Processo Civil, no artigo 475-O, passou a exigir caução apenas para “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”, ratificando a tendência de imprimir maior efetividade às decisões judiciais.

4.6.1 Competência e legitimidade

O Código de Defesa do Consumidor diferenciou a competência para a execução das sentenças coletivas nas hipóteses de execução coletiva e individual, conforme o artigo 98, parágrafo 2º, I e II. A lei fixou como competente para a execução das ações essencialmente coletivas (direitos difusos e coletivos) o foro do juízo que proferiu a sentença e possibilitou que a execução individual (bem como sua liquidação) fosse ajuizada no domicílio do liquidante.

Como observa Hugo Nigro Mazzilli:

A liquidação da sentença, se promovida em processo individual, será ajuizada no foro do domicílio do liquidante; se em processo coletivo, nos mesmos autos e foro da fase de conhecimento. Quanto à execução, portanto, será competente: a) o juízo da liquidação da sentença ou o da

²⁸⁶ PIZZOL, Patricia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 243-244.

condenação, no caso de execução individual, ou, como vimos anteriormente, o do domicílio do liquidante; b) o juízo da condenação, se se tratar de execução coletiva.²⁸⁷

Discute-se sobre os efeitos do veto do parágrafo único do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispunha: “A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexó de causalidade, o dano e o montante.”

A controvérsia surge pela indagação acerca da competência do domicílio do liquidante para a ação respectiva, argumentando parte da doutrina que a supressão teria acabado com essa possibilidade. Porém, de acordo com a determinação contida no artigo 98, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que na verdade a situação não é diferente, com ou sem o artigo vetado, isto é, a lei continua determinando que para execução individual será competente o foro da condenação ou o da liquidação, concluindo-se logicamente daí que essa última se dará no domicílio do liquidante.

Como anota Thais Helena Pina da Silva, nos casos de processo coletivo (direitos difusos e coletivos), a liquidação e a execução serão feitas no juízo da ação condenatória, nos mesmos autos, fato que não causará “prejuízo para os legitimados, pois será competente o mesmo juízo no qual foi proposta a ação condenatória, segundo as regras gerais de competência”.²⁸⁸

A mesma autora, ao falar especificamente sobre os interesses individuais homogêneos, afirma que seria inútil criar tantas inovações em benefício dos consumidores se, uma vez prolatada a sentença, fosse ele impedido, ou mesmo onerado, com a necessidade de promover a liquidação e a respectiva execução em outro foro que não o de seu domicílio.²⁸⁹

²⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 486-487.

²⁸⁸ SILVA, Thais Helena Pinna da, *Liquidação de sentença nas ações coletivas*, cit.

²⁸⁹ “Do que valeria todas as inovações processuais em favor do consumidor, se no momento de obter a indenização existissem dificuldade enormes. Imaginemos um processo de âmbito regional, onde a ação de conhecimento foi proposta na capital do estado. Caso não fosse aplicável o § 2º, inciso I do artigo 98 os lesados para obter a sua indenização deveriam propor a liquidação e a execução também na capital, o que de certo desmotivaria e prejudicaria inúmeros lesados. Concluímos no sentido que somente com uma interpretação extensiva do disposto no § 2º, inciso I do artigo 98, que conseguiremos atingir os objetivos de maior acessibilidade a justiça proposto pelo Código de Defesa do Consumidor.” (SILVA, Thais Helena Pinna da, *Liquidação de sentença nas ações coletivas*, cit.).

Oportunamente, esclarece Ada Pellegrini Grinover que, não obstante o veto do artigo 97, que determinava que o foro competente para a liquidação da sentença poderia ser o do domicílio do liquidante, permanece o comando no sentido de o juízo competente poder, correlatamente, ser o da liquidação da sentença ou da ação condenatória:

O fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art. 97, o inc. I do parágrafo 2º do art. 98 permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parece ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, inc. I, e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante, ora vetada.²⁹⁰

O Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, sistematizou a proteção de seus interesses, buscando dar efetividade aos direitos anteriormente tão distantes, sobretudo em virtude das dificuldades inerentes ao processo necessário à obtenção da tutela efetiva. A ação coletiva foi seguramente um dos instrumentos mais eficazes para tanto, de forma que sua compreensão há de ser feita em harmonia com restante do Código, que busca sistematicamente facilitar o acesso e a proteção do consumidor em juízo, estabelecendo inclusive foro privilegiado para a propositura de demanda de responsabilidade do fornecedor (art. 100, I), razão pela qual não poderia ser outra a interpretação que fixa a competência para a liquidação e execução de sentenças proferidas em processo coletivo.

Tal posição é sedimentada na lição de Sérgio Shimura, que menciona a regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor como determinante da facilitação da defesa do consumidor em juízo, além de apontar as outras hipóteses que se apresentam aos liquidantes em razão do artigo 475-P do Código de Processo Civil, a saber juízo da condenação, juízo do local onde se encontram os bens penhoráveis e o foro do domicílio do devedor.²⁹¹

Quanto à legitimidade para liquidação e execução, conforme o artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, no caso de serem individuais, será atribuída à vítima e

²⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 911.

²⁹¹ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 184.

seus sucessores, aos legitimados de que trata o artigo 82. Porém, quando coletiva a execução, apenas os legitimados do artigo 82 é que poderão propô-la.

Deve-se observar que os legitimados do artigo 82, aos quais atribui-se legitimidade ordinária para a propositura da ação de conhecimento, pois possuem autorização legal e estatutária para tanto, ao liquidarem e executarem as sentenças coletivas em benefício dos indivíduos, o farão por representação, pois estarão pedindo direito alheio em nome próprio.

Exceção se faz aos sindicatos que, por incumbência constitucional, conforme o artigo 8º, III, estão autorizados a defender os interesses coletivos e individuais de seus associados, prescindindo de autorização para tanto.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO CIVIL – Sindicato. Art. 8º, III da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido.

O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.²⁹²

Sobre a atuação do *Parquet* nos casos em questão, embora entendamos que Ministério Público tenha legitimidade para propor ação coletiva que contenha em seu objeto interesses individuais homogêneos, ainda que em razão da expressão numérica de interessados, determinados limites não de ser impostos à atividade ministerial, que não deve patrocinar interesses desprovidos de relevância social, tais como os individuais disponíveis meramente patrimoniais. Assim, ainda que tenha promovido ação coletiva voltada à tutela de interesses coletivos ou difusos, advindo eventualmente do primeiro caso a necessidade de liquidação individual para apuração de indenização ou ressarcimento, acabará com a sentença genérica a legitimidade do *Parquet*.

²⁹² STF – RE n. 210029, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 17.08.2007.

Todavia, Luiz Guilherme Marinoni, com propriedade, faz a separação das espécies de execução da sentença coletiva, ponderando que, ao lado da execução individual, existe ainda a possibilidade de execução coletiva, submetida ao regime da chamada *fluid recovery*, conforme prevê o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, quando, passado um ano sem que haja a habilitação suficiente de vítimas, isto é, um número razoável em face da gravidade do dano causado, os legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor terão legitimidade para propor execução coletiva do julgado, cujo produto reverterá em favor do fundo concebido pelo artigo 13 da Lei n. 7.347/85. Tal execução será promovida no juízo da ação de condenação genérica (art. 98, § 2º, II, do CDC), seguindo os critérios para a execução por quantia certa determinados no Código de Processo Civil.²⁹³

4.6.2 Procedimento

Inafastável é a apresentação de novos fatos para comprovar os elementos que demonstrem a condição do liquidante como integrante de grupo alcançado pela sentença que determinou a obrigação, o dano sofrido e o nexo de causalidade, bem como o montante a ser indenizado, razão pela qual a liquidação será por artigos²⁹⁴, obedecendo ao procedimento comum²⁹⁵, ordinário ou sumário, conforme a adequação do caso²⁹⁶. A

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 727.

²⁹⁴ “É natural que essa ‘liquidação’, diante de tamanha complexidade que a envolve, seja realizada por artigos. É veemente a necessidade de que se faça prova de fatos novos, pois é preciso seja demonstrado não apenas o *quantum*, como, ainda, o *an debeat*, e o nexo causal do dano individual com o dano geral afirmado na sentença genérica.” (GONÇALVES, Tiago Figueiredo, A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda individual, cit., p. 422).

²⁹⁵ “Artigo 475-F - Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272).”

²⁹⁶ “A teor do disposto no art. 475-F do CPC, ‘na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272)’. O procedimento comum, segundo a classificação constante do art. 272, pode ser ordinário ou sumário. Para definir-se por um ou por outro, hão de ser considerados os pressupostos apresentados à data da liquidação, que podem coincidir ou não com os existentes à data da propositura da demanda original. O réu é citado para oferecer resposta (em caso de procedimento sumário, ela poderá ser apresentada na audiência), podendo alegar toda a matéria de defesa compatível com o âmbito da cognição própria da demanda de liquidação. Cabe-lhe, na contestação, manifestar-se precisamente sobre os fatos novos narrados na petição inicial. Se contestar por negativa geral, ou se não apresentar contestação alguma, serão presumidos verdadeiros os fatos articulados pelo autor (CPC, arts. 302 e 319).” (ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 197-198).

cognição será plena, garantindo o direito de ampla defesa²⁹⁷, desde que restritas as alegações aos fatos novos deduzidos em sede liquidação, pois, como dito, não se admite discussão tendente a modificar a sentença que estabeleceu a obrigação na lide originária.

Esse é o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, que anotam ser a liquidação por artigos ação de conhecimento de amplo espectro e, como tal, devendo ser processada de acordo com as regras do processo de conhecimento. Explicando:

A liquidação. A norma manda aplicar, no que couber, o procedimento comum (CPC 272), o que pode ocorrer pelo rito sumário (CPC 275 *et seq.*) ou ordinário (CPC 282 *et seq.*). O autor deve deduzir os artigos de liquidação em uma petição inicial, que deve obedecer os requisitos do CPC 282 e 283, observadas as peculiaridades próprias de ação de liquidação de sentença, pois já há sentença condenatória transitada em julgado que fixou o *an debeat*. O réu será intimado, na pessoa de seu advogado constituído para o processo de conhecimento (CPC 475-A § 1º), para contestar a pretensão de liquidação. A defesa do réu deve ser apresentada no prazo fixado pelo CPC 278 ou pelo CPC 297, conforme se trate de liquidação processada pelo rito sumário ou ordinário, respectivamente. Havendo necessidade, serão produzidas provas em audiência. As partes podem oferecer razões finais, seguindo-se a sentença do juiz.²⁹⁸

No caso de execução individual, verifica-se que o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor fala da habilitação dos interessados, por inspiração do artigo 872 da Consolidação das Leis do Trabalho, que se dará no mesmo juízo que proferiu a sentença, enquanto os artigos 97 e 98, parágrafo 2º, I, do *codex* consumeirista, utilizam o termo liquidação, facultando a opção de foro para o exeqüente, seja com relação ao disposto no artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor, seja com o disposto no parágrafo único do artigo 475-P, como mencionado no item anterior.

²⁹⁷ “Apresentado o requerimento de liquidação por artigos, será o requerido intimado, quando possível na pessoa de seu advogado (art. 475-A, § 1º), para impugnar os fatos narrados no requerimento de liquidação (ou na petição inicial) no prazo de quinze dias. Alegando-se, nesta defesa, questão processual ou exceção substancial indireta, deverá o juiz permitir a réplica do autor. Cumpridas as providências preliminares, em regra deverá o juiz designar audiência preliminar e, se for o caso, audiência de instrução e julgamento. Ultimada a instrução do incidente, deverá ser decidida a liquidação, fixando-se o valor exato da execução, em ato que desafia recurso de agravo por instrumento (art. 475-H).” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 133).

²⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 636.

Seja como for, a inicial (*ou requerimento*) será instruída com a carta de sentença da decisão liquidanda e com os documentos hábeis à comprovação do que for alegado, além da procuração (ou substabelecimento), caso o titular seja representado por advogado diverso daquele que atuou no processo coletivo, conforme se verá mais detalhadamente no próximo item, que trata da defesa do devedor.

Uma vez liquidada a sentença, por julgamento da liquidação, ou pela concordância do réu, far-se-á sua execução que, como observam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., geralmente seguirá a mesma linha das execuções de sentença do Código de Processo Civil, devendo ocorrer “como fase de um único processo sincrético, após o trânsito em julgado da decisão e caso o devedor não tenha adimplido espontaneamente a condenação”.²⁹⁹

Isso ocorre porque, como visto, as reformas processuais mais recentes (principalmente a Lei n. 11.232/2005, em vigor a partir de 23.06.2006) estabeleceram a regra do sincretismo processual para o cumprimento das sentenças condenatórias, de forma que os atos executivos serão efetivados independentemente da instauração de um novo procedimento ou ação de execução. Portanto, ressalvada a hipótese de liquidação em outros autos (que não os da ação de cognição), conforme se viu acima, bastará um simples requerimento do exequente (art. 475-J do CPC) dentro do próprio processo em que se proferiu sentença, não havendo sequer citação do executado, que será apenas intimado dos atos de constrição executiva (art. 475-J, § 1º do CPC).

4.6.3 A defesa do devedor

Uma vez proposta a demanda de liquidação, poderá o demandado impugnar as alegações apresentadas em sua totalidade, isto é, a existência do dano individualmente suportado, o montante apontado pelo liquidante e mesmo a titularidade do direito à prestação contida na sentença genérica, ressaltando-se que, conforme a maior parte da

²⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, cit., v. 4, p. 351.

doutrina, a cognição será ampla e exauriente³⁰⁰. Todavia, como dito, não poderá discutir os fatos decididos na ação coletiva, que já constituem coisa julgada.

Sobre a defesa do devedor, anota Teori Albino Zavascki que deve tratar exatamente dos fatos narrados na inicial, como o montante do dano, o nexo de causalidade, etc. “Se contestar por negativa geral, ou se não apresentar contestação alguma, serão presumidos verdadeiros os fatos articulados pelo autor (CPC, arts. 302 e 319).”³⁰¹

Do ato que decidir a liquidação, caberá recurso de agravo de instrumento, como observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, pois o juiz acolherá ou rejeitará o pedido, resolvendo a lide de liquidação surgida com a impugnação. Tratar-se-á de decisão interlocutória, pois terá o conteúdo dos artigos 267 ou 269 do Código de Processo Civil, mas não extinguirá o processo, “que prosseguirá com o pedido de cumprimento da sentença. Conforme previsão expressa do CPC 475-H, o recurso adequado contra esse pronunciamento é o de agravo de instrumento (CPC 522)”³⁰².

Caso ocorra a interposição do recurso da decisão que julga a liquidação (agravo de instrumento), será permitida nos termos do artigo 475-O, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, a execução provisória do julgado, que se processará mediante a constituição de autos próprios.³⁰³

Outra observação a ser feita é a possibilidade de que não se apure qualquer valor no procedimento de liquidação, verificando-se a chamada liquidação zero.

³⁰⁰ Anote-se o comentário de Rodolfo Camargo Mancuso, para quem “tratando-se de um incidente processual, a liquidação há que comportar um (sumário) contraditório, podendo a contraparte alegar, v.g., inconsistência ou excesso de algum dos quesitos articulados, valendo observar que essa fase processual deve seguir o procedimento comum (art. 475-F) vale dizer: ordinário ou sumário, conforme o caso (art. 272).” (*Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 244).

³⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, cit., p. 198.

³⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 636.

³⁰³ Em face da sistemática introduzida pela Lei n. 11.232/2005, como esclarece sua exposição de motivos, a decisão da liquidação, que fixa o *quantum debeatur*, passa a ser impugnável por agravo de instrumento, não mais por apelação. Permite-se a liquidação provisória, procedida em autos apartados, no juízo de origem.

Como bem apontado por Patricia Miranda Pizzol³⁰⁴, tal situação poderá se dar em virtude da incapacidade de comprovação dos elementos necessários, ocorrendo, portanto, extinção do processo por falta de um dos elementos da ação, logo, sem o julgamento do mérito, caso em que deverá o juiz permitir que o liquidante apresente novo requerimento, melhor instruído³⁰⁵, ou, em razão da impugnação do devedor que efetivamente demonstre inexistir valor a ser pago, como, por exemplo, que o liquidante não integra o grupo alcançado pela obrigação estabelecida na sentença genérica. No último caso, julgada a liquidação por decisão de mérito, se operará a coisa julgada material³⁰⁶, não mais havendo o que se discutir a respeito.³⁰⁷

Diz a lei que o devedor será intimado na pessoa de seu advogado a respeito da liquidação da sentença (475-A, § 1º do CPC), fato que remete a situação para o artigo 475-

³⁰⁴ “Ainda com relação ao pedido formulado pelo liquidante, não podemos nos esquecer da possibilidade, pouco viável, de o processo de liquidação culminar na apuração de um *quantum* igual a zero ou, ainda, na impossibilidade de fixação do *quantum* por insuficiência de provas (necessárias à demonstrações do valor devido ou dos bens devidos). No primeiro caso, o processo será extinto sem julgamento do mérito, em decorrência da ausência de uma das condições da ação – interesse processual (como o objeto do processo de liquidação é a fixação do quantum, se não puder ser apurado um valor, esse processo terá perdido seu objeto); na segunda hipótese, a sentença será de improcedência, no nosso sentir, sem embargo de opiniões de ilustres juristas em sentido contrário, e produzirá coisa julgada.” (PIZZOL, Patricia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 52-53).

³⁰⁵ “Se o juiz não julga provados os artigos de liquidação, e o valor dos danos reconhecidos como existentes no julgado, não lhe cabe obstar a execução da condenação indo à solução do mérito. Mas, para assegurar-lhe eficácia, a assim julgar, deverá ressaltar ao credor a propositura de nova liquidação até que se alcance a apuração do valor, na conformidade da determinação do julgado (RTJ 114/394). No caso concreto, a condenação foi ao ressarcimento de perdas e danos presumidos, não provada nem sua existência nem seu valor na ação de conhecimento. Na liquidação o autor não demonstrou existir nem o *an* nem o *quantum debeat*, havendo sido reduzida a condenação apenas à multa contratual.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 637).

³⁰⁶ “Seja com apoio em coisa julgada, seja com base na preclusão, o fato é que a decisão que fixa o valor devido torna-se imutável, sob pena de nítida violação ao princípio constitucional da segurança jurídica.” (SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 158).

³⁰⁷ “A liquidação de sentença tem natureza jurídica de *ação* a despeito de a Reforma da L 11232/05 não haver-lhe dado autonomia e independência *procedimental*. Quando o juiz a julga, resolve a *pretensão* de liquidação, vale dizer, seu pronunciamento contém julgamento de mérito, de acolhimento ou rejeição da pretensão de liquidação (CPC 269 I). Por possuir conteúdo de mérito, esse pronunciamento faz coisa julgada material (CPC 467) e é rescindível (CPC 485). Como esse pronunciamento do juiz, a despeito de julgar a pretensão de liquidação (*conteúdo* do CPC 269 I), não *extingue o processo* (conjunto das ações de conhecimento, de liquidação e de execução [pelo cumprimento da sentença] cumuladas), caracteriza-se como decisão interlocutória (CPC 162 § 2º).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 638). “Está-se, na verdade, diante de hipótese em que a condenação emitida tem uma dose muito mais intensa de aparência do que de realidade (dano hipotético). De qualquer modo, numa ou noutra dessas hipóteses, a decisão do procedimento de liquidação será de improcedência, com todas as suas conseqüências, inclusive a impossibilidade de se promover, em seguida, uma execução (já que não se identificou quantia para executar).” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., v. 2, p. 95).

J do diploma processual³⁰⁸; não cumprida a obrigação no prazo de 15 dias (nem impugnada a liquidação), será acrescida a execução em dez por cento do valor cobrado.

Contudo, é necessário considerar nesse caso a hipótese da liquidação efetuada em juízo diverso ao que proferiu a decisão; assim, imagine-se que o consumidor liquidante, com amparo no artigo 98, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, opte em liquidar uma sentença genérica proferida em Manaus, considerando a eficácia da decisão em todo território nacional, em um município do interior do Paraná.³⁰⁹

A publicação da distribuição dessa liquidação no *Diário Oficial do Estado do Paraná*, em nome do advogado constituído nos autos processuais da lide originária no Estado do Amazonas, fará incidir o disposto nos artigos 475-A, parágrafo 1º, e 475-J do Código de Processo Civil?

Acreditamos que, nesse caso, não pode ser positiva a resposta, devido à imposição de situação muito dificultosa, senão que efetivamente impossibilite a defesa do devedor. Não parece ser essa a intenção do legislador, ao modificar o sistema da tutela de direitos, inserindo mecanismos mais céleres para o cumprimento da sentença.

Nota-se que a intimação na pessoa do advogado coaduna perfeitamente com os casos em que se apresenta a liquidação nos mesmos autos, ou ainda no mesmo juízo que proferiu a decisão ilíquida, pois ali o devedor já integrou o processo cognitivo e está

³⁰⁸ “Artigo 475-J - Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no artigo 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

³⁰⁹ Conforme João Batista de Almeida, “a possibilidade de cisão do juízo, podendo ser diferente o da ação de conhecimento e o da liquidação e execução, a par de um rompimento com o esquema tradicional (CPC, art. 575), conduzirá a situações até então inimagináveis, que, porém, na prática, beneficiam o consumidor. Exemplificando, uma sentença condenatória proferida em ação coletiva em São Paulo poderá ser liquidada e executada no Distrito Federal ou no longínquo Amapá, a título individual, se nessas localidades for domiciliado o autor-liquidante. O veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, do CDC, não afastará tal entendimento, por força da aplicação analógica do inciso I do art. 101, já que individualmente esse seria o tratamento. A execução terá curso no mesmo juízo da liquidação. Se a título individual, o exequente deverá extrair cópia das peças principais do processo (petição inicial, contestação, perícias, sentença e certidão de trânsito em julgado) para iniciar a fase de liquidação, que necessariamente deverá ser por artigos (CPC, art. 608), pois o liquidante deverá alegar e provar fatos novos: o nexa causal entre o evento e a lesão sofrida, o dano e seu montante. Se a título coletivo, correrá no mesmo juízo da ação de conhecimento, nos mesmos autos, se definitiva, ou em autos apartados, se provisória, isto é, antes do trânsito em julgado da sentença (§ 1º do art. 98 do CDC, c/c art. 587 do CPC).” (*Manual de direito do consumidor*, cit., p. 197).

devidamente representado. Mas, na hipótese de se deslocar essa liquidação para outra comarca, praticamente se fulminará a possibilidade de defesa, ou mesmo de cumprimento da obrigação.

Cogitaríamos então duas soluções para a questão apresentada. Primeiramente, poder-se-ia condicionar a validade do procedimento de liquidação à intimação feita pelo juízo que proferiu a sentença, ou seja, uma vez distribuída a liquidação em outra comarca, deveria o juízo liquidante oficiar o juízo que proferiu a sentença genérica para que comunique o devedor pela imprensa oficial local.

Todavia, a segunda possibilidade nos parece mais coerente, qual seja, a aplicação analógica do parágrafo único do artigo 475-N do Código de Processo Civil³¹⁰, que determina a citação do devedor para o caso de execução de sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, apresentando assim, solução lógica e coerente com o problema apresentado.

Seguramente a *ratio legis* das hipóteses ali disciplinadas é perfeitamente aplicável à situação da liquidação apresentada em comarca distinta da ação coletiva originária. O legislador, ao determinar a citação do devedor para os casos descritos no parágrafo único do artigo 475-N do Código de Processo Civil, pensou em não mitigar os princípios da publicidade e da ampla defesa, pois se presume que nas sentenças penal, arbitral e estrangeira, o devedor não seja necessariamente representado pelo mesmo advogado que o patrocinará na liquidação ou execução; logo, com maior razão, é forçoso aplicar a mesma regra para a liquidação individual da sentença coletiva que, como visto, apresenta complexidade ainda maior que as demais espécies.

³¹⁰ “Artigo 475-N - São títulos executivos judiciais: (...) II - a sentença penal condenatória transitada em julgado; (...) IV - a sentença arbitral; (...) VI - a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; (...) Parágrafo único - Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.”

Ao comentar a execução da sentença penal condenatória e da sentença arbitral, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery apontam a necessidade dos seguintes requisitos:

a) o ajuizamento da execução por meio de *petição inicial*, que deve observar os requisitos legais (CPC 614), inclusive de juntada do título executivo judicial (CPC 614 I e 618 I), dirigida ao juízo cível competente, não se aplicando aqui a exceção feita pelo CPC 64 I (“salvo se ela se fundar em sentença”); e b) a *citação* do executado, pois a citação do réu no processo penal e no processo arbitral não se estende à execução civil.

O executado será citado para cumprir a sentença no prazo de quinze dias, nos termos do CPC 475-J, sob pena de, não o fazendo, ser acrescida do valor do título multa de 10% (dez por cento), seguida de penhora e avaliação imediatas.³¹¹

Esse é o entendimento de Teori Albino Zavascki que, ao discorrer sobre liquidação e execução da sentença coletiva, assevera que será indispensável a citação, analogamente ao que se dá na hipótese do parágrafo único do artigo 475-N do Código de Processo Civil, porque a ação de cumprimento inaugurará uma nova relação processual.³¹²

Parece-nos que a questão relaciona-se com a discussão acerca da natureza jurídica do procedimento de liquidação, conforme veremos a seguir, mas, de qualquer forma, a ciência dada ao devedor é para que proceda ao cumprimento da sentença nos termos do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

4.6.4 Natureza jurídica

Como vimos, é discussão constante verificada na doutrina a natureza jurídica da liquidação nas ações coletivas, ora acerca da natureza do procedimento (se ação ou mera

³¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 656.

³¹²“A primeira etapa configura hipótese típica de liquidação por artigos, ante a ‘necessidade de alegar e provar fato novo’ (CPC, art. 475-E), regendo-se, no conseqüentemente, no que couber, pelo ‘procedimento comum’ (CPC, art. 475-F). Considerando que a ação de cumprimento inaugura uma nova relação processual, indispensável será a citação do demandado, aplicando-se, para esse efeito, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 475-N do CPC. Na segunda etapa, a da execução, o procedimento será o adequado e compatível com a natureza da prestação devida.” (ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 192).

fase), ora sobre o conteúdo do ato decisório (se condenatório, declaratório ou constitutivo).³¹³

Tal discussão não é nova e, como observa Cândido Rangel Dinamarco, varia no tempo e no espaço o modo como os ordenamentos jurídicos definem a questão da localização dessa atividade processual, “se em processo autônomo em si mesmo, se no de conhecimento onde gerada a sentença genérica, se no executivo”. Observa o autor que, na verdade, nem está no processo de conhecimento, nem está no de execução, a liquidação sempre esteve “comprimada entre esses dois limites, a liquidação não pertence a nenhum dos dois processos, sendo então uma terceira relação processual (segunda na ordem cronológica da evolução judicial do litígio)”.³¹⁴

É certo que com as alterações do Código de Processo Civil em virtude da Lei n. 11.232/2005, mudanças significativas ocorreram na sistemática da liquidação e do cumprimento de sentenças, porém, nem por isso pacificou-se a questão. Doutrinadores expoentes ainda divergem sobre a natureza jurídica desse procedimento.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, para quem o procedimento de liquidação de sentença possui natureza jurídica de ação, dizem que as alterações não modificaram sua essência, mas apenas trouxeram simplificação e celeridade de seu *rito*

³¹³ “Não há harmonia entre os doutrinadores a respeito da natureza da sentença (ou da decisão interlocutória) que julga a ação de liquidação. Na doutrina brasileira, duas são as principais correntes de opinião a respeito. A primeira, amparada nas lições de Liebman, sustenta que se trata de sentença meramente declaratória, que ‘em si não altera a situação jurídica em favor de uma ou outra parte’, mas simplesmente traz a lume o que, de modo implícito, já foi estabelecido pela sentença anterior. Ela ‘visa exclusivamente definir, especificar, e patentear, esclarecer, mostrar o que na sentença exequenda está indeterminado, genérico, encoberto, enevado’. A outra corrente, segundo Pontes de Miranda, afirma tratar-se de sentença constitutiva integrativa, já que, mais que simplesmente declarar, a ação de liquidação transforma em certo o que era incerto (e isso importa modificação da situação jurídica anterior), e complementa, mediante integração com a sentença condenatória, o título executivo, estabelecendo as condições necessárias ao desencadeamento da ação de execução.” (ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 196).

³¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, cit., p. 548. Prossegue o autor: “A causa dessas dúvidas residia principalmente na indesejável liquidação por cálculo do contador, que a Reforma extinguiu em boa hora. A resposta negativa é da tradição brasileira, representada não só pelo Código de 1939, mas remontando pelo menos à Consolidação Ribas, em cuja vigência se afirmava: ‘a liquidação considera-se instância nova e para ela deve ser citado pessoalmente o executado’. E extinta a liquidação por cálculo (art. 604), sendo exigida a citação em todas as liquidações (par. ún.), essa resposta ganhou caráter absoluto. Além do mais, a idéia de que o começo da liquidação encontra já definitivamente extinto o processo de conhecimento encontra apoio no emprego reiterado do vocábulo sentença, no capítulo reservado à liquidação: não só na rubrica do próprio capítulo se fala em liquidação de sentença (art. 603 ss.), como ainda o ato portador da necessidade de liquidação é sempre referido como sentença também (art. 606, inc. I; art. 610)” (Ibidem, p. 550).

procedimental. Para eles, “havia e continua existindo a lide de liquidação, isto é, a pretensão de liquidação”³¹⁵. Complementam que a reforma da Lei n. 11232/2005 não atribuiu à liquidação autonomia e independência *procedimental*, explicando que:

Quando o juiz a julga, resolve a *pretensão* de liquidação, vale dizer, seu pronunciamento contém julgamento de mérito, de acolhimento ou rejeição da pretensão de liquidação (CPC 269 I). Por possuir conteúdo de mérito, esse pronunciamento faz coisa julgada material (CPC 467) e é rescindível (CPC 485). Como esse pronunciamento do juiz, a despeito de julgar a pretensão de liquidação (*conteúdo* do CPC 269 I), não *extingue o processo* (conjunto das ações de conhecimento, de liquidação e de execução [pelo cumprimento da sentença] cumuladas), caracteriza-se como decisão interlocutória (CPC 162 § 2º).³¹⁶

Diferentemente se posicionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz, Arenhart, acentuando que embora ainda exista bastante debate sobre a questão, a Lei n. 11.232/2005 teria exaurido qualquer possibilidade de se concluir pela existência de “processo autônomo” em qualquer das modalidades de liquidação, pois os artigos 475-A, parágrafo 1º e 475-H falam em requerimento de liquidação, em intimação e não mais citação da parte contrária, e ainda o cabimento de agravo contra a decisão que julga tal incidente (e não a apelação). Assim, concluem os autores que “todos estes elementos apenas confirmam que a necessidade de liquidação não exige nova ação e novo processo”.³¹⁷

Ainda acompanhando o entendimento de que apenas se trata de uma nova fase do mesmo processo, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini asseveram que a Lei n. 11.232/2005 alterou a natureza da liquidação, tornando-a uma simples fase incidental do próprio processo em que a sentença foi proferida (posterior à prolação da sentença e anterior à fase de “cumprimento da sentença”). Ressaltam também que no lugar da citação haverá intimação da ré na pessoa de seu advogado (art. 475-A, § 1º), ou seja, trata-se de simples intimação de um novo ato e uma nova etapa no processo

³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 637.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 638.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 124. Acrescentam os autores: “Frise-se que, diante da disciplina atualmente em vigor, não se pode mais cogitar de atribuir à liquidação por artigos, diante da sentença civil, natureza de processo autônomo. Ao afirmar que o recurso cabível contra o ato que decide a liquidação – em qualquer de suas modalidades – é o agravo de instrumento, a lei teve o preciso intuito de evidenciar que a liquidação é apenas um incidente de um único processo, que iniciou com a ação que deu origem à sentença ilíquida.” (*Ibidem*, p. 133).

em curso³¹⁸. Na mesma senda posicionam-se Rodolfo de Camargo Mancuso citando Cássio Scarpinella Bueno.³¹⁹

Percebe-se assim que é acirrado o debate de idéias acerca da natureza jurídica conferida à liquidação da decisão ilíquida que, a nosso ver, é de procedimento, e não de fase ou incidente.

Embora não se possam olvidar as mudanças introduzidas no Código de Processo Civil, determinando que a liquidação e o cumprimento da sentença operem mediante intimação, bem como prevendo o agravo de instrumento para atacar a decisão que fixa o valor efetivo da execução, insta destacar que se pode, de plano, perceber duas situações bastante distintas, entre as possibilidades de liquidação individual.

Haverá liquidações que serão processadas nos mesmos autos da ação originária mediante a habilitação e outras que serão realizadas em autos apartados, semelhantemente ao previsto no parágrafo único do artigo 475-N, em que é imprescindível a citação para execução e liquidação de decisão ilíquida proferida em sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse caso, como dito anteriormente, com mais razão há de se atribuir natureza jurídica de procedimento autônomo ao procedimento de liquidação da ação coletiva, pois o que se apura é mais do que simplesmente o *quantum debeatur*, mas também o dano

³¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., v. 2, p. 89.

³¹⁹ “A propósito das inovações trazidas pela Lei n. 11.232/2005 à fase de liquidação da sentença condenatória, no âmbito do CPC (aplicáveis, no cabível, às ações consumeiristas – CDC, art. 90), esclarece Cássio Scarpinella Bueno que naquele texto evidencia-se ‘o desejo do legislador mais recente de não permitir ‘cortes’ ou ‘rupturas’ ou setorizações’ no ‘processo’. Ele, ‘processo’, tem início com o ajuizamento da demanda e destina-se, sem solução de continuidade, à realização concreta do direito daquele que tem razão (...)’.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Manual do consumidor em juízo*, cit., p. 244).

individualmente sofrido, o nexo de causalidade e a condição do liquidante (se integrante ou não da coletividade beneficiada pela decisão).³²⁰

Logo, sob os argumentos de tratar-se de intimação, e não mais de citação o ato que integra o devedor ao processo, e de que o recurso cabível é de agravo de instrumento e não mais de apelação, não é possível afirmar que a liquidação de sentença genérica de processo coletivo que reconheça direitos individuais homogêneos, assim como a das sentenças mencionadas no parágrafo único do artigo 475-N, sejam apenas uma fase e não tenham natureza de jurídica de ação.

Há que se considerar ainda o amplo espectro procedimental conferido a tais hipóteses, com cognição ampla, contestação, réplica, recurso e execução provisória, evidenciando em seu objeto uma pretensão que pode ser resistida e que demanda grande complexidade para a sua solução.

Acerca do provimento judicial contido em tal *decisum*, Sérgio Shimura afirma que as opiniões oscilam sobre a natureza jurídica da decisão que julga a liquidação, se meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, entendendo o autor tratar-se de uma decisão “*constitutiva*, pois cria as condições para que a execução tenha início”.³²¹

De outro lado, Teori Albino Zavascki pondera que uma vez prolatada a sentença genérica, não se pode negar a natureza declaratória da decisão posterior que a liquida, por duas razões: (a) possui eficácia *ex tunc* (e não apenas *ex nunc*, como é regra nas sentenças constitutivas); (b) destina-se a, simplesmente, identificar e precisar os elementos ainda faltantes para que a definição resulte completa, sem comprometer de forma alguma o

³²⁰ Conforme ensina Hugo Nigro Mazzilli, “no procedimento de liquidação de sentença que tenha reconhecido danos a interesses individuais homogêneos, deverá ser provado que as vítimas ou sucessores sofreram efetivamente os danos por cuja responsabilidade foi o réu condenado na fase de conhecimento. Como, para isso, haverá necessidade de alegar e provar fato novo (p. ex., a ocorrência dos danos emergentes e lucros cessantes), aqui a liquidação será necessariamente feita por artigos. Em face da sistemática introduzida pela Lei n. 11.232/05, como esclarece sua exposição de motivos, a decisão da liquidação, que fixa o *quantum debeatur*, passa a ser impugnável por agravo de instrumento, não mais por apelação. Permite-se a liquidação provisória, procedida em autos apartados, no juízo de origem.” (*A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, cit., p. 479).

³²¹ Explica Sérgio Shimura que “o art. 586, CPC, diz que a execução deve fundar-se em título *líquido*, certo e exigível. As eficácias declaratória e condenatória já foram exauridas no processo de conhecimento; não há sentido, pois, no novo processo, declarar ou condenar outra vez.” (*Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 160 e 161).

conteúdo do que já foi decidido (art. 475-G do CPC). Por isso, conclui que, embora *funcionalmente* constitutiva integrativa, a sentença que julga a ação de liquidação tem, *substancialmente*, natureza declaratória.³²²

Parece-nos que, de fato, sobretudo quando se trata de ações coletivas, a decisão de liquidação, que considera não só o valor, mas também o nexo de causalidade, tem função constitutiva, pois tanto a declaração do direito quanto a obrigação de pagar já constam da sentença genérica.

4.6.5 Honorários

Verificada a existência de nova lide quanto à liquidação da sentença genérica em processo coletivo, resta saber se o ajuizamento da ação de liquidação implica na fixação de honorários advocatícios, pois estão presentes, independentemente da natureza jurídica que se reconheça no procedimento, todos os elementos de uma demanda comum.

Assim, o liquidante apresentará sua pretensão, que poderá ser resistida pelo réu da ação coletiva, ou não. Havendo impugnação, se estará diante de uma situação litigiosa que demandará a prorrogação do processo, com dilação probatória e aumento da atuação jurisdicional, refletindo necessariamente em um novo julgamento.

Nessa esteira, Sérgio Shimura entende que a simplicidade da decisão na liquidação, que apenas declara o *quantum debeatur*, implementando a condição para o início do cumprimento da sentença, não justifica a imposição de sucumbência; assim, “julgada a liquidação procedente, não há condenação em verba honorária, já fixada na sentença liquidanda”.³²³

Já para Teori Albino Zavascki, uma vez verificada na liquidação a sucumbência, o que poderia ter ocorrido no cumprimento da ação de conhecimento, “cabível será a

³²² ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 196.

³²³ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 161.

imposição de honorários advocatícios, a serem calculados mediante apreciação equitativa do juiz, com base no § 4º do art. 20 do Código”.³²⁴

É certo que o artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil determina a fixação dos honorários entre 10 e 20 por cento “sobre o valor da condenação” levando-se em conta; a) o grau de zelo profissional; b) o lugar da prestação; e, c) a natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Mas, como observa Humberto Theodoro Júnior:

Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de improcedência do pedido, nas constitutivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, “os honorários serão fixados consoante a apreciação equitativa do juiz”, atendidas as normas das letras a e c do art. 20, §§ 3º e 4º do mesmo artigo. Há, então, de prevalecer um critério de equidade, em função do qual o juiz agirá com prudente arbítrio, fora dos limites do § 3º do art. 20, para evitar aviltamento de verba, nas pequenas causas, e adotar mais moderação nas sucumbências da Fazenda Pública.³²⁵

Antonio Gidi afirma ser de extrema importância a fixação dos honorários nas ações coletivas e que terá influência na eficácia do sistema coletivo, explicando que, para fixar o montante dos honorários advocatícios em uma ação coletiva, “o juiz brasileiro não precisa necessariamente seguir as diretrizes do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, se o valor assim fixado afrontar a sua consciência”.³²⁶

Explica o autor que o juiz deve estar sensível para o fato de que a tutela dos direitos coletivos é de extrema importância social, razão pela qual deve remunerar

³²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 199. Prosseguindo, o autor aplica o mesmo raciocínio para os casos em que a Fazenda for executada: “Daí também a razão determinante da inviabilidade de aplicar, na ação de cumprimento da sentença coletiva, a regra do art. 1º-D da Lei 9.494/97, acrescido pela MP 2.180-35, de 24.08.2001, segundo a qual não cabem honorários advocatícios nas execuções contra a Fazenda Pública, se não houver embargos. Conforme assentado em precedente do STJ, ‘a ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se move, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. A regra do art. 1º-D da Lei 9.494/97 destina-se a execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva.” (Ibidem, mesma página).

³²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 84.

³²⁶ GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, cit., p. 389.

adequadamente o advogado do grupo e a associação, concluindo que “é somente fortalecendo o papel dos advogados que atuam em benefício da sociedade que o direito poderá restabelecer o equilíbrio entre o capital e a comunidade”.³²⁷

No caso da liquidação de sentença genérica de ação coletiva, remetendo-se às observações anteriormente tecidas a respeito de sua natureza jurídica, algumas considerações devem ser feitas. Primeiramente, há que se notar que algumas vezes a liquidação dar-se-á nos próprios autos da ação coletiva mediante a habilitação, mas em outras, será realizada em autos distintos e mesmo em outros juízos, muitas vezes através da postulação por advogados diversos daqueles que patrocinaram a ação originária, sobretudo nas ajuizadas pelo Ministério Público.

Daí, faz-se a seguinte indagação: negando-se o arbitramento de honorários para a liquidação das sentenças coletivas para os danos individuais, não se estaria dificultando o exercício do direito reconhecido por seus titulares?

Anote-se que, de acordo com o procedimento estabelecido, liquidada a sentença, o devedor será intimado para pagar valor apurado em até quinze dias. Nesse sentido, a doutrina já tem se manifestado acerca da fixação de honorários para o caso de não-cumprimento da sentença no prazo estabelecido no artigo 475-J do Código de Processo Civil porque, antes da introdução do sincretismo processual, a lei de ritos já previa no parágrafo 4º do artigo 20 a fixação de honorários para as “execuções, embargadas ou não”.³²⁸

Nessa senda, registra Araken de Assis:

Harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias, razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art.475-J, *caput*), a fixação de honorários em favor do exequente, senão no ato de deferir a execução, no mínimo na oportunidade do levantamento do dinheiro penhorado ou produto da alienação dos bens.

³²⁷ GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, cit., p. 390.

³²⁸ O Superior Tribunal de Justiça, tratando do artigo 20, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, já havia decidido ser indutivo o cabimento de honorários em execução, mesmo se não embargada (STJ – RESP n. 158.884/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.02.2002, DJU, de 20.05.2002).

(...)

Do contrário, embora seja prematuro apontar o beneficiado com a reforma, já se poderia localizar o notório perdedor: o advogado do exequente, às voltas com difícil processo e incidentes, a exemplo da impugnação do art.475-L, sem a devida contraprestação.³²⁹

Em nosso ver, não obstante a possibilidade de desdobramentos do processo de liquidação³³⁰, se atentarmos ao disposto no artigo 475-A do Código de Processo Civil, verificaremos que não necessariamente haverá um julgamento, pois se apresentadas informações necessárias à apuração do valor devido e da titularidade do direito material, poderá o devedor simplesmente proceder o pagamento no prazo do artigo 475-J, sem impugnar as alegações deduzidas, ou mesmo apresentar eventuais informações ou documentos que se façam necessários para a liquidação, como na hipótese do artigo 286, III, do Código de Processo Civil, situação em que, de fato, poderia esse procedimento prescindir da fixação de honorários.

Todavia, em resposta à questão anteriormente proposta, parece-nos que, no caso de liquidação individual proposta em outro foro e por outro advogado, mormente quando a ação principal foi proposta pelo Ministério Público, para que se dê efetivo cumprimento ao princípio do acesso à jurisdição, há que se estabelecer equitativamente verba honorária para o procedimento.

De outro lado, em caso de resistência ao requerimento de liquidação, caracterizando-se um processo de efetiva litigiosidade, parece-nos de rigor a fixação dos honorários advocatícios, pelas mesmas razões com que são eles fixados na ação originária da sentença genérica, ou seja, a intervenção estatal para o cumprimento da norma e sua aplicação efetiva.³³¹

³²⁹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 264.

³³⁰ Contestação, réplica, audiência, julgamento, recurso de agravo e execução provisória.

³³¹ Cássio Scarpinella Bueno entende que “não cumprido o julgado tal qual constante da ‘condenação’ (o título executivo judicial), o devedor, já executado, pagará o total daquele valor acrescido da multa de 10% esta calculada na forma do n. 4.3, infra, e honorários de advogado que serão devidos, sem prejuízo de outros, já arbitrados pelo trabalho desempenhado pelo profissional na ‘fase’ ou ‘etapa’ de conhecimento, pelas atividades que serão, a partir daquele instante, necessárias ao cumprimento forçado, ou, simplesmente, execução, do julgado” (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 75).

Mencionando situação ainda menos típica, Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem³³² registram a possibilidade de fixação da verba honorária da ação coletiva não definida em sede de sentença, no juízo de execução, colacionando decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se destaca: “É possível que a distribuição da verba honorária seja feita no juízo da execução, quando na fase cognitiva for inviável verificar a condenação real do réu e o ganho efetivo do autor.”³³³

Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 345, relatada pelo ministro Hamilton Carvalhido, com a seguinte redação: “São devidos os honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”. A súmula foi aprovada por unanimidade, com base nos artigos 133 da Constituição Federal, 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, 1º-D da Lei n. 9.494/1997 e 4º da Medida Provisória n. 2.180-35/2001.³³⁴

Tal entendimento reforça a idéia por nós esposada da necessidade de fixar honorários em sede de liquidação individual de sentença coletiva, sob pena de impossibilitar o exercício do direito reconhecido por seus titulares.³³⁵

4.6.6 *Fluid recovery*

Como visto, nos termos do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, caso inexistir habilitação dos credores individuais em número considerável, poderá ocorrer a

³³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.097-1.098.

³³³ STJ – RESP n. 579096/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.12.2004.

³³⁴ O entendimento pacífico manifestado pelo texto da nova súmula tem como precedentes os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: ERESP n. 691.563, ERESP n. 721.810, ERESP n. 653.270, AGR no RESP n. 697.902, RESP n. 654.312, AGR no RESP n. 693.525, AGR no RESP n. 720.033.

³³⁵ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL – Recurso especial. Ação coletiva ajuizada por sindicato como substituto processual. Inaplicabilidade da MP 2.180/2001. 1. A Primeira Seção, no julgamento do ERESP n. 475.566/PR, afastou a incidência da MP 2.180/2001, considerando devida a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios na execução individual de sentença proferida em ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos. 2. Tratamento idêntico deve ser dispensado no caso de ação ordinária coletiva ajuizada por sindicato na qualidade de substituto processual porque necessária a execução individualizada dos substituídos, o que demandará uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido na ação coletiva. Entendimento consolidado no julgamento do ERESP n. 653.270/RS. 3. Recurso especial provido.” (STJ – RESP n. 883901/PR, 2006/0182005-4, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJU, de 20.11.2006).

liquidação e execução coletiva da obrigação, oportunidade em que a indenização se reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347/1985.

Trata-se da execução denominada *fluid recovery*, adotada à semelhança das *class actions* do direito americano, advertindo, porém, Ada Pellegrini Grinover, que no Código do Consumidor, diversamente do que ocorre nas *class actions* norte-americanas (em que o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados), o bem jurídico é indivisível e a condenação é genérica, fixando apenas a responsabilidade do réu e condenando-o a reparar os danos causados. E acrescenta:

Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação. A condenação faz-se, portanto, pelos danos causados, mas em termos ilíquidos, e o pagamento a cada credor corresponderá exatamente aos danos sofridos.³³⁶

Como observa Patricia Miranda Pizzol, uma vez decorrido o prazo do artigo 100, e verificadas suas condições, deverá o Ministério Público, por dever de ofício, instaurar o procedimento de liquidação previsto.³³⁷

Certamente, como se observa da sistemática estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, privilegiando a satisfação dos direitos individuais dos consumidores, não obstante as possibilidades da tutela coletiva, a exemplo da preferência estampada no artigo 99 do *codex*, a execução coletiva prevista no artigo seguinte é subsidiária, ou seja, apenas se efetivará quando decorrido o prazo de um ano sem as habilitações mencionadas.

Nessa senda, Ada Pellegrini Grinover diz tratar-se de indenização residual, que apenas pode ser destinada ao fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública, nos termos do parágrafo único do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Por isso mesmo, não é correto o pedido direto de recolhimento de indenização ao fundo, sob pena de desvirtuamento da própria função da sentença proferida:

³³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 913.

³³⁷ Comentando o prazo do artigo 100 do CDC Patricia Miranda Pizzol conclui que: “Conforme se depreende do exposto acima, o Ministério Público não tem a faculdade, mas a ‘obrigação’ de liquidar e executar a sentença depois de transcorrido *in albis* o prazo retro mencionado, não incidindo, na hipótese, como lembram os professores Nelson Nery Junior e Rosa Nery, ‘a conveniência ou oportunidade, mas sim o princípio da obrigatoriedade em sentido amplo’, enquanto que aos demais legitimados é apenas facultada a propositura da liquidação e execução.” (*Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 198).

O pedido indenizatório, em casos que tais, inscreve-se na tutela de interesses individuais homogêneos, de modo que o recolhimento ao Fundo prejudica o direito às indenizações pessoais dos consumidores que quiserem habilitar-se à reparação individual. Adequado, ao contrário, o pedido de indenização pessoal, por lesão aos interesses individuais homogêneos, com indicação de sua reversão ao Fundo, somente na hipótese de não haver habilitações dos interessados ou, em as havendo, da reversão eventual resíduo não reclamado.³³⁸

Alguns aspectos polêmicos têm sido discutidos na doutrina acerca desse instituto introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor, dentre eles a discussão sobre o início da contagem de referido prazo para a execução (da sentença ou do trânsito em julgado) e ainda sobre a possibilidade de fazê-la de modo provisório.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier respondem dizendo que, embora o Código de Defesa do Consumidor não traga solução expressa a esse respeito, uma vez autorizada a execução provisória pelo artigo 98, parágrafo 1º, há de se concluir pela possibilidade de iniciar provisoriamente a execução prevista pelo artigo 100:

Assim, se o prazo de um ano, ao cabo do qual qualquer dos legitimados do art. 82 do Código do Consumidor está autorizado a promover a liquidação, escoar, contado da publicação da sentença, sem que se tenha julgado no juízo *ad quem* recurso recebido sem efeito suspensivo (recurso especial, por exemplo) tanto a liquidação quanto a execução poder-se-ão iniciar, esta última de modo incompleto, a teor do que prevê a parte final do art. 587 do CPC.³³⁹

Referidos autores também indagam acerca da expressão “interessados em número compatível com a gravidade do dano” contida no *caput* do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, questionando acerca do seu real significado, e concluindo pela coerência na utilização de conceitos vagos para tal situação.³⁴⁰

³³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 914.

³³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas*, cit., p. 277.

³⁴⁰ “As respostas a essas questões estão vinculadas a uma questão muito discutida na doutrina. Trata-se do fenômeno em razão do qual ocorre a utilização cada vez maior, pelo legislador, dos chamados conceitos indeterminados ou vagos. A expressão utilizada em número incompatível com a gravidade do dano efetivamente se consubstancia naquilo que a doutrina designa de conceito vago (ou indeterminado). Trata-se de uma técnica que, como dissemos, vem sendo cada vez mais freqüentemente utilizada pelos legisladores da nossa época, na medida em que possibilita a geração de textos legais adaptáveis à realidade dos nossos dias e à velocidade vertiginosa com que ocorrem as transformações sociais. Essa é uma técnica legislativa, que, indubitavelmente, proporciona muito maior flexibilidade à norma, gerando um espaço também maior de ‘liberdade’ ao aplicador da lei.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas*, cit., p. 278.

Percebe-se mais uma vez a importância da conduta pró-ativa do juiz na condução do processo coletivo, buscando aplicar a norma jurídica de uma maneira eficaz para a proteção dos bens tutelados pelo novel sistema processual.³⁴¹

A liquidação coletiva, ou genérica, na dicção de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, apenas terá lugar após o prazo de um ano, porém é certo que mesmo após o transcurso desse prazo, subsistirá íntegro o direito dos interessados na liquidação individual. Assevera ainda o autor que o início da contagem de tal prazo deve ser a data da publicação de edital sobre o trânsito em julgado da decisão, por analogia a norma do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.³⁴²

Todavia, caso já se tenha concluído a execução coletiva prevista no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, com o conseqüente recolhimento do valor fixado ao fundo, o particular que não se habilitou até então poderá fazê-lo perante o próprio fundo, pois o réu da ação coletiva já haverá cumprido integralmente a condenação que lhe foi imposta pela sentença.

Sérgio Shimura, consignando a posição divergente de Elton Venturi, fundamenta tal entendimento, expondo que “se o devedor já adimpliu sua obrigação, qualquer cobrança a maior importaria excesso de execução” e que “a Lei 9.008/1995 prevê como recursos do Fundo os valores oriundos da não-habilitação das vítimas interessadas, nos termos do art. 100, CDC (art. 1º, § 2º da Lei n. 9.008/1995)”.³⁴³

³⁴¹ A esse propósito, lapidar a lição de Manuel Arruda Alvim, ao comentar a evolução da hermenêutica no processo civil, salientando que: “Deve-se acentuar que, nesse itinerário, o que se verificou foi uma constante e crescente abertura para uma maior proteção jurisdicional, fazendo com que, cada vez mais, se pudesse ter, no plano do processo, instrumentos mais ajustados à realização, no plano processual, daquilo que teria ocorrido, se não tivesse havido ilícito, ou, se tivesse ocorrido o adimplemento das obrigações; ou, ainda, dotou-se o processo de instrumental mais rico e produtor de mais efeitos jurídicos. Paralelamente a isto, em pontos de grande importância passou-se à utilização de conceitos vagos, que sabida e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque, em tais normas, há menos elementos definitórios da conduta; se essa é a estrutura da norma, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços.” (ALVIM, Manuel Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 150).

³⁴² ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*, cit., p. 161.

³⁴³ SHIMURA, Sérgio, *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 193.

Nessa senda, a fixação do dano coletivo, que deverá ser feita a partir de arbitramento realizado por *expert* nomeado³⁴⁴ ou mesmo pelo próprio juiz³⁴⁵, considerará o número de habilitações existentes até a data de sua fixação, tenham elas sido apresentadas antes ou após o prazo de um ano, pois a sentença genérica implica em condenação que abrange as duas situações, figurando a execução coletiva como residual, na medida que pode o juiz entender que as liquidações individuais foram em número compatível com o dano, hipótese que afastará a execução coletiva.³⁴⁶

³⁴⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*, cit., p. 162

³⁴⁵ Conforme Ada Pellegrini Grinover, “o juiz deverá proceder a avaliação e quantificação dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos. Avulta, aqui, sua *defining function* e seus poderes se tornam mais amplos.” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 915).

³⁴⁶ Luiz Paulo da Silva Araújo Filho diz que na estimativa do dano coletivamente considerado deve-se considerar o número de habilitações propostas “porque tanto maior deverá ser a indenização geral, de feição nitidamente subsidiária, quanto menor for o número de pretensões individuais exercidas.” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*, cit., p. 163).

CONCLUSÕES

Podemos sustentar em linhas conclusivas que a Constituição Federal estabeleceu sólidos mandamentos no sentido proteger os interesses sociais, que considerados na realidade histórica, apresentam maior relevância e expressão. Assim, na esteira da precedente Lei n. 7.347/85, criou caminhos para que entidades associativas e o Ministério Público pudessem defender interesses transindividuais.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que em seu Título III disciplinou questões importantes sobre a tutela coletiva, foi, dentre vários outros, o instrumento legal que introduziu as normas mais significativas para a operação das indispensáveis mudanças no sistema jurídico para o alcance da tão almejada eficácia do ordenamento.

A par do chamado microsistema de tutela coletiva, os juristas fomentaram no legislador a consciência da necessidade de regulamentar especificamente o processo que envolve interesses transindividuais, apresentando atualmente o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, que visa a uniformizar as tendências e posturas verificadas na aplicação das normas existentes.

Indispensável para tanto é a correta compreensão do significado dos interesses individuais homogêneos, que foram reconhecidos pelo sistema como espécie do gênero coletivo, pois através deles é se alcançarão as finalidades procedimentais da defesa coletiva, como a economia e celeridade processual, o acesso à justiça e a coerência das decisões judiciais, que certamente representam um grande benefício para toda a sociedade, aliás, mais do que um benefício, verdadeiro direito garantido pela Constituição Federal, nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º.

A origem comum mencionada pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor há de ser considerada tanto na existência de uma relação jurídica preexistente quanto na situação fática que venha a irradiar efeitos sobre um número expressivo de pessoas. Certamente há lugar para temperamentos, a fim de que a inexpressividade não desvirtue a finalidade das normas destinadas ao trato coletivo das questões.

Inexistem razões para negar a tutela coletiva aos interesses individuais homogêneos; aliás, como vimos, o fomento de sua realização só pode trazer benefícios à sociedade, devendo o juiz analisar com prudência os casos concretos, para atuar de forma razoável, ao receber os feitos coletivos que envolvam tal espécie de interesses, evitando que a literalidade de determinados dispositivo obstem o acesso à justiça por parte dos interessados.

A própria legislação tratou de flexibilizar algumas exigências para a legitimidade das associações, como a constituição prévia de um ano. Aliás, a Constituição Federal sinalizou fortemente nesse sentido, ao conferir a mais abrangente das legitimações aos sindicatos, que podem demandar coletiva ou individualmente, em nome de seus associados.

O Ministério Público encontra-se amplamente legitimado para ajuizar ações em defesa dos interesses individuais homogêneos, que por sua natureza apresentam relevância e interesse social, ainda quando os direitos sejam disponíveis. Todavia, não se verifica a mesma situação no momento da liquidação e da execução da sentença genérica, pois aqui, os interesses passam a ser meramente individuais, excluindo a legitimidade ministerial.

Situação semelhante se verifica com a Defensoria Pública, que tanto poderá ajuizar ações coletivas, face à relevância e a difusividade dos interesses, quanto poderá liquidar e executar as sentenças, já que possui legitimidade para defender interesses meramente individuais, desde que respeitada a condição de necessitada da pessoa interessada, pois essa é a condição constitucional para que tal órgão possa atuar.

A tutela pleiteada para os interesses individuais homogêneos não se limita a indenizações, como dizem alguns, mas pode apresentar eficácias repressivas e preventivas, como obrigações de fazer ou não fazer, a exemplo do disposto no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor ou de medidas destinadas a garantir o cumprimento de obrigações, como as previstas pelo artigo 461-A do Código de Processo Civil.

A coisa julgada nas ações coletivas recebe novos contornos para adequar-se à nova realidade e seu aspecto subjetivo varia de acordo com a espécie de direito tutelado, emanando efeitos *erga omnes* nos casos de interesses difusos e individuais homogêneos, e *ultra partes* na hipótese de interesses coletivos *stricto sensu*.

Na hipótese do inciso I do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de interesses difusos, a coisa julgada atingirá a todos indistintamente, como decorrência do próprio direito discutido. Se individuais homogêneos os direitos (art. 81, III), a coisa julgada será projetada para todas as vítimas e sucessores, desde que seja para beneficiá-los, isto é, caso a ação seja julgada improcedente, a coisa julgada não prejudicará aqueles que não participaram do processo.

Tratando-se de interesses coletivos, nos termos do inciso II do artigo 81, a coisa julgada atingirá outras pessoas que não integraram a lide, mas de forma limitada ao grupo representado por quem detinha a legitimidade para fazê-lo.

De qualquer forma, os direitos individuais sempre serão preservados, a menos que o indivíduo se habilite como litisconsorte no processo coletivo, caso em que será atingido em sua esfera individual pela decisão da ação, seja ela procedente ou improcedente. A preocupação do legislador em preservar o direito individual orientou a opção pela técnica do transporte *in utilibus* da coisa julgada, isto é, a possibilidade de o indivíduo, com base em decisão de procedência na ação coletiva, propor ação de liquidação da obrigação reconhecida.

Contudo, é necessário comentar as investidas da Administração contra os benefícios inegáveis à efetividade das decisões judiciais, presentes nos artigos 16 da Lei n. 7.347/85 e 2º-A e parágrafo único da Lei n. 9.494/97, acrescidos pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que de forma atécnica buscaram limitar a abrangência da coisa julgada através do critério territorial, fato amplamente criticado pela doutrina, que aponta a ineficácia dos dispositivos, em razão da compreensão sistêmica da tutela coletiva.

Questão que merece maior atenção e efetiva regulamentação dentro sistema dos processos coletivos é a publicidade do ajuizamento das ações coletivas, para possibilitar a suspensão dos processos individuais que tenham o mesmo objeto litigioso. A norma

expressa no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor tem uma grande importância prática para que se alcance a economia processual almejada pelo ordenamento, na medida que dá oportunidade à suspensão de incontáveis feitos individuais, diante do estabelecimento da mesma discussão em sede coletiva. Todavia, por deficiência legislativa, ela não obtém a eficácia que merece, pois a lei não obriga o réu a tomar atitudes eficientes para divulgar a existência da ação ajuizada coletivamente contra ele.

Com isso, o interessado individual pode sofrer prejuízos, em razão da improcedência de sua ação e da procedência do feito coletivo, motivo pelo qual se há de interpretar proativamente o sistema jurídico, no sentido de reconhecer a ineficácia da decisão de improcedência da ação individual, quando seu autor não foi devidamente notificado sobre o feito coletivo que posteriormente veio a ser julgado procedente, possibilitando-se assim a liquidação e execução das obrigações reconhecidas.

Prolatada a sentença genérica que reconhece direitos individuais homogêneos, restará aos interessados, quando não definido na própria decisão, liquidar individualmente a obrigação, para então executá-la. Nos termos dos artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor, o interessado fará essa liquidação através de procedimento próprio, comprovando apenas o dano que sofreu e o nexo de causalidade, uma vez que o dever de reparar já foi reconhecido pela sentença coletiva.

Citado para tal procedimento, o réu poderá cumprir a sentença ou impugnar a liquidação, quer quanto ao seu montante, quer quanto à condição do interessado, isto é, se realmente o autor integra o coletividade alcançada pela decisão liquidanda.

Conforme a interação entre os diplomas legais, nos termos do artigo 475-E do Código de Processo Civil, a decisão proferida nessa liquidação, que é feita por artigos, será recorrível por meio de agravo de instrumento, revelando assim tratar-se de decisão interlocutória que, todavia, poderá produzir coisa julgada.

Ocorre que o juiz pode acolher os fatos apresentados bem como a quantificação do dano causado, ou reconhecer que inexistente direito a socorrer o interessado, ou que os cálculos estão incorretos, hipóteses em que a decisão se tornará imutável, bem como

poderá simplesmente entender que não restou comprovado o interesse, extinguindo o feito sem julgamento de mérito e possibilitando a repositura de nova liquidação.

Da decisão que julgar a liquidação, deverá também constar a condenação em pagamento de sucumbência, incluindo-se a verba honorária, que será devida em virtude da instauração de um novo procedimento judicial, seja ele entendido como fase autônoma ou ação, mormente se verificada resistência pelo réu.

Finalmente, não havendo habilitação de *interessados em número compatível com a gravidade do dano* no prazo de um ano, nos termos do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, será verificada a execução coletiva residual, quando os legitimados do artigo 82 poderão pleitear o recolhimento do valor ao fundo criado pela Lei de Ação Civil Pública.

Registre-se que no caso Ministério Público, diferentemente dos demais legitimados, trata-se de verdadeiro dever funcional, ou seja, cabe ao órgão ministerial pugnar pela execução coletiva que reverterá em benefício do fundo mencionado, sendo certo que o valor a ser recolhido deverá ser arbitrado pelo juízo ou fixado por perícia.

Por fim, é importante salientar que mesmo decorrido o prazo de um ano, poderá o interessado habilitar-se para a liquidação de seu direito, e caso já haja se operado o recolhimento de valores ao fundo, a habilitação poderá se dar frente a ele, afinal o direito reconhecido foi primeiramente dirigido a ele, logo a preservação de seu interesse há sempre de prevalecer.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 34, p. 88-97, abr./jun., 2000.

_____. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Renato Franco de. O "Parquet" na defesa dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 114-125, ago. 2001.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 207-219.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

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

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso de sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva. 2007. v. 1.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. *O poder público em juízo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962. v. 1.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos: sua compreensão a partir da teoria dos poderes implícitos e da interpretação sistemática da Constituição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 46, p. 252-264, abr./jun. 2003

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Civil Pública: Direitos Individuais Homogêneos: Limitações à sua Tutela pelo Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 2, n. 12, p. 5-13, jul./ago. 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. 2. ed. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. San Fe de Bogotá: Temis, 1994. (Monografías Jurídicas).

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Instituzioni del nuovo processo civile*. 4. ed. emendata e aggiornata. Roma: Biblioteca del foro italiano, 1951. v. 1.

_____. Titolo esecutivo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1960. v. 1.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento da sentença*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador, BA: JusPodivm, 2007. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública e suas condições da ação*. 2000. 365 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

FERREIRA, Renata Marques. Ação civil pública em defesa dos habitantes das cidades em face do sistema constitucional tributário. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, ano 1, n. 2, p. 143-175, abr./jun. 2005.

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

_____. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 957, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7974>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A "liquidação" de obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005. p. 412 - 426.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Direito processual brasileiro: atos processuais e recursos e processos nos tribunais*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 96, v. 352, p. 3-14, out./dez. 2000.

_____. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 126, p. 9-21, ago. 2005.

_____. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 302-308.

_____. *O processo coletivo do consumidor*. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9251_1_0001.htm>. Acesso em: 31 jan. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 144-155.

_____. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos, consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas: conexão, continência e litispendência. In: LUCON, Paulo Henrique (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 184-199.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da Competência do Ministério Público e Atividade Política. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 698, p. 25-30, dez. 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Interesses difusos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 67-84, jan. 1998

_____. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1978. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no anteproyecto de "Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica" (art. 7º). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5042>>. Acesso em: 22 jun.2008.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *As sentenças que dependem de execução*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901282236.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 1).

_____. A tutela específica do consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4985>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v. 3).

_____. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

MARINS, Jaime. Ações coletivas em matéria tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 19, n. 76, p. 97-103, out./dez. 1994.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva 2000.

MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal civil*. Traducción Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1970. v. 3.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 187-203, 2003.

_____. Considerações sobre a Chamada “relativização” as coisa julgada material. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano 4, n. 33, p. 5-28, jan./fev. 2005.

_____. A Expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública. *Revista Forense*, 101, n. 380, p. 179-187, jul./ago. 2005.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O processo, as partes e a sociedade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 125, p. 279-288, jul. 2005.

_____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORI, Celso Cintra. A litispendência entre ações individuais e ações civis coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 25, n. 84, p. 27-40, dez. 2005.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 21).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOBRE, Carlos Augusto de Lima. O sindicato e a ação coletiva na Justiça do Trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 68, n. 10, p. 1.211-1.217, out. 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Fabrício Dias de. Lei n. 10.741/03: Estatuto do Idoso artigo 94: aplicabilidade absoluta ou interpretação *stricto sensu*? *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, SP, Instituição Toledo de Ensino, Divisão Jurídica, n. 42, p. 389-394, jan./abr. 2005.

PEREIRA, Marcelo de Campos Mendes. Problemas da eventual concomitância entre ações coletivas e ações individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 48, p. 196-234, out./dez. 2003.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 11ago. 2008.

_____. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho. A legitimidade da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública. Elaborado em 09/2005. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

RAGAZZI, José Luiz. Da assistência simples na ação civil pública em defesa de direitos difusos de consumo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005. p. 269-278.

REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra, 1957.

ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. Ações coletivas de direitos individuais homogêneos: ilegitimidade dos sindicatos para promoverem execuções de sentença na qualidade de substitutos processuais. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, Síntese, v. 16, n. 188, p. 144-154, fev. 2005.

SATTA, Salvatore. L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. v. 2. Padova: Cedam, 1950.

SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005. p. 142-170.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção professor Arruda Alvim).

SILVA, Sandra Lengruher da. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Thais Helena Pinna da. Liquidação de sentença nas ações coletivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 531, 20 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6078>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 369, p. 3-29, set./out. 2003.

SOUZA, Gelson Amaro de. Direitos difusos e coletivos: sentença: limites subjetivo e objetivo da coisa julgada. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, SP, Instituição Toledo de Ensino, Divisão Jurídica, n. 36, p. 231-267, dez. 2002/abr. 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 116, p. 40-53, jul./ago. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 139-159, jan./fev. 2001.

_____. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 26, n. 89, p. 67-84, dez. 2006.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 41, n. 163, p. 215-230, jul./set. 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1-2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 263-280.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispêndência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005. p. 280-295.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 151-166.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZANELLATO, Marco Antonio. A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 26, n. 89, p. 96-106, dez. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 92, n. 333, p. 123-137, jan./mar. 1996.

_____. O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Síntese, n. 189, p. 21-32, jul. 1993.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-38.