

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,  
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO  
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB-MS**

**LEONARDO DA MOTTA SCHMIDT**

***Fluid Recovery – Recuperação Fluida para Integral Reparo do Dano Coletivo***

**CAMPO GRANDE/MS  
2013**

**LEONARDO DA MOTTA SCHMIDT**

***Fluid Recovery – Recuperação Fluida para Integral Reparo do Dano Coletivo***

Monografia apresentada À PUC/COGEAE,  
como exigência parcial para aprovação no  
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' –  
Especialização em Direito Processual Civil, sob  
a orientação do Prof. Me. Fabiano Carvalho.

CAMPO GRANDE/MS  
2013

**LEONARDO DA MOTTA SCHMIDT**

*Fluid Recovery – Recuperação Fluida para Integral Reparo do Dano Coletivo*

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, Escola Superior de Advocacia da OAB-MS, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Especialização em Direito Processual Civil.

.....  
Prof. Me. Fabiano Carvalho (orientador)  
Escola Superior de Advocacia da OAB-MS

.....  
Prof. Me.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

.....  
Prof. Me.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Campo Grande, MS, ...../ ...../ .....

## RESUMO

Esta monografia é o resultado de um estudo sobre o instituto denominado *fluid recovery*, presente nas demandas que envolvem direitos individuais homogêneos. Inicialmente será abordado o tema, delineando um panorama geral acerca dos direitos coletivos no Brasil e sua importância em relação ao acesso à justiça, expondo os princípios que lhes norteiam a aplicação, dando maior atenção aos da coisa julgada coletiva e da reparação integral do dano. Em seguida, será discutido como se dá a liquidação e a execução individual no âmbito dos direitos individuais homogêneos, a fim de se contextualizar o panorama no qual se insere a *fluid recovery*. Por fim, serão discutidos o conceito da recuperação fluida e as questões que estão em voga na prática jurídica, tais como os requisitos para a aplicação da *fluid recovery*, a natureza jurídica do instituto, a possibilidade de se tratar de uma terceira via de liquidação no processo coletivo e, por fim, as soluções para alguns dos questionamentos apresentados, tudo com fundamento na doutrina especializada no assunto.

**Palavras-chave:** Processo Coletivo. Acesso à justiça. Direitos individuais homogêneos. Liquidação e execução. *Fluid Recovery*. Reparação integral do dano coletivo.

## ABSTRACT

This monograph is the result of a study on the institute called fluid recovery, presented on demands involving homogeneous individual rights. Initially we will address the topic, outlining an overview about the collective rights in Brazil and its importance in relation to access to justice, exposing the principles belonging to them, but giving greater attention to the collective *res judicata* and full compensation for the damage. Then it will be discussed how is the settlement and individual performance within the homogeneous individual rights in order to contextualize the panorama which incorporates a fluid recovery. Finally, it will be discussed the concept of recovery fluid and issues that are in vogue in legal practice, such as the requirements for the application of fluid recovery, and its practical environment, the legal nature of the institute, the possibility of dealing with a third way of settlement in the collective process and ultimately, solutions to some of the presented questions, all on the basis of specialized doctrine on the subject.

**Key-words:** Collective Process. Access to justice. Homogeneous individual rights. Settlement and collective enforcement. Fluid Recovery. Full compensation for the damage collective.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>2. DIREITOS COLETIVOS</b> .....	11
2.1. BREVES COMENTÁRIOS ÀS ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS (DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i> E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS).....	13
2.2. SÍNTESE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO JUSCOLETIVA.....	16
<b>3. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DOS DIREITOS     INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS</b> .....	21
<b>4. FLUID RECOVERY</b> .....	25
4.1. NATUREZA DA FLUID RECOVERY.....	27
4.2. UMA TERCEIRA VIA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA GENÉRICA.....	28
4.3. CARÁTER SUBSIDIÁRIO E EVENTUAL.....	30
4.4. REQUISITOS PARA O ADIMPLEMENTO DA RECUPERAÇÃO FLUIDA.....	30
4.5. PRAZO DE UM ANO.....	31
4.6. GRAVIDADE DO DANO INCOMPATÍVEL COM O NÚMERO DE HABILITAÇÕES À TUTELA LIQUIDATÓRIA. ....	34
4.7. SOLUÇÃO SUGERIDA.....	35
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	37
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	39

## 1. Introdução.

Para Enrico Tullio Liebman (1985, p. 162), "no sistema do direito processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie do provimento pedido", de maneira que, "sob este ponto de vista, as ações distinguem-se em três categorias: a) as ações de conhecimento; b) as ações executivas; c) as ações cautelares".

Assim, sob forte influência do doutrinador acima é que foi estruturado o Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, onde se encontra a clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. É de se notar que o referido sistema foi modelado de forma a efetivar a prestação da tutela jurisdicional nas situações em que direitos subjetivos individuais são lesados, através da promoção de demandas pelo próprio lesado (*vide* art. 6º do CPC). Não foram previstos no mencionado *codex* instrumentos hábeis a viabilizar a tutela coletiva desses direitos e tampouco dos direitos e interesses transindividuais, cuja titularidade é indeterminada – tipicamente conhecidos como “interesses difusos e coletivos” (ZAVASCKI, 2011, p. 13).

Tem-se que, em uma concepção tradicional, o processo serve, portanto, como instrumento para se aplicar a norma abstrata em um dado fato concreto, individualizado, seja em um evento já consumado (hipótese de tutela reparatória) ou em vias de se consumir (ocasião que comporta a tutela preventiva). Foi somente com o advento de reformas processuais, cujo início se deu a partir de 1985 (ZAVASCKI, 2011, p. 14), que se alterou o sistema processual como um todo, substancialmente no que se refere à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Não mais era concebível uma tutela jurídica baseada tão-somente no

indivíduo, já que os tempos modernos consagravam a lide de massa, urgindo uma nova forma de acesso à justiça. Cappelletti (1988, p.191) assim ensinava:

A sociedade, massificada nos meios de produção, nos meios de consumo, nos negócios, no turismo, nos conflitos e na violação de direitos, exigia uma mudança na concepção do papel do processo civil como instrumento de tutela dos direitos. Se o processo civil não atendesse a essa nova exigência, a sociedade iria buscar outros meios de tutela.

Na mesma seara, bem sintetizou Zaneti (2007, p. 130):

(...) a fusão entre Estado de Direito e a *rule of law* franqueia uma possibilidade institucional única e rica: ao recepcionar-se o controle judicial (*judicial review*) e, tardiamente o *stare decisis* mitigado (princípio da vinculação aos precedentes jurisprudenciais), ao lado de um sistema codificado e técnico de processo civil, atingiu-se a pretensão mais acurada da processualística contemporânea: uma figura mestra que une as vantagens das duas tradições. Percebido sob essas luzes, o processo civil brasileiro pode ser considerado um modelo para os demais países que adotem uma Constituição Democrática em sentido amplo.

É com a Constituição Federal de 1988 que se consagrou a previsão de direitos essencialmente coletivos a serem tutelados, seja pela via do Mandado de Segurança Coletivo e pelo Mandado de Injunção, dentre outros instrumentos, dando-se uma nova forma e maior efetividade à Ação Popular e à Ação Civil Pública.

Mas é com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, no intuito de se colocar um fim à discussão doutrinária acerca das vicissitudes desses “novos” direitos coletivos, estes foram classificados como direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

É certo, também, que o referido diploma consumerista inovou ao inferir que, conquanto fossem coletivos, esses direitos reverberavam diretamente nos conhecidos direitos subjetivos individuais, embora com estes não se confundissem – motivo pelo qualurgia a criação de preceitos típicos do processo coletivo, capazes de disciplinar institutos processuais tais como a legitimidade, a coisa julgada, a

liquidação e a execução de sentenças, dada a peculiaridade no trato dos direitos metaindividuais.

Nesse passo, foi criado no Brasil um verdadeiro microssistema da tutela coletiva, no qual estão previstos princípios e regras a ela aplicáveis, formado, dentre outros, pela Constituição Federal, pela Lei da Ação Civil Pública (LACP – Lei 7.347/85), o CDC (Lei 8.078/90), a Lei da Ação Popular (LAP – Lei 4.717/65), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). É nesse sentido que preleciona o doutrinador Rodrigo Mazzei (2006), acentuando o caráter residual do CPC na aplicação das tutelas coletivas em juízo, *in verbis*:

Note-se, por ser uma característica pouco comum, que o microssistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, recebem apenas influência de normas gerais. Por exemplo, a Lei n° 8.245/91 (exemplo de diploma extravagante nas relações entre locador e inquilino de imóveis) possui diálogo com o Código Civil (CC), o Código de Processo Civil (CPC) e, obviamente, a Constituição Federal (CF). Com efeito, a concepção do microssistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microssistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microssistema coletivo que, frise-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa). Dessa forma, a leitura de dispositivos com redação próxima à do artigo 19 da LACP e do artigo 22 da LAP há de ser feita de forma cuidadosa, porquanto o CPC será residual e não imediatamente subsidiário, pois verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalte-se, de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microssistema coletivo. As leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se, devendo, o intérprete aferir – em concreto – a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, com aplicação apenas residual do CPC, em razão de sua dicção, repita-se, individual.

No mesmo sentido, é assente a jurisprudência dominante, nas palavras do eminente Min. Luiz Fux, quando ainda era integrante do Superior Tribunal de Justiça, conforme adiante se vê:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...)¹.

Portanto, o conjunto dos diplomas que integram esse microsistema processual disciplina em maior ou menor grau a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, de maneira que, conforme citações acima, complementam-se de tal forma que clama pela aplicação das regras concebidas no Código de Processo Civil (CPC), de caráter exponencialmente individual, somente de maneira residual, sob pena de se tornar ineficiente a tutela coletiva.

Dito isso, cuida o presente trabalho do estudo do instituto conhecido como *fluid recovery*, ou seja, a recuperação fluida de danos cometidos contra direitos individuais homogêneos que, em razão de um resíduo verificado nas liquidações e execuções individuais, em processo coletivo, visa a assegurar a concretização de toda a sistemática juscoletiva, em consonância com os princípios coletivos da reparação integral do dano, do devido processo legal coletivo e do acesso à justiça.

O instituto da recuperação fluida está previsto no art. 100 do CDC. Para melhor entendê-lo, faz-se, inicialmente, uma sintética abordagem, porém não rasa, acerca dos direitos coletivos e dos princípios que norteiam todo o seu aparato legal.

---

1 STJ – RESP nº 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173.

## 2. DIREITOS COLETIVOS.

No microsistema que envolve o processo coletivo, o Código do Consumidor (Lei n° 8.078/90) é um diploma fundamental. É ele que dita as linhas mestras do processo coletivo, amalgamando seus principais elementos. Portanto, não podia ser por menos que referida norma especificou em seu corpo o conceito de cada uma das espécies que fazem parte dos direitos coletivos *lato sensu* (coisa que não o fez a LACP, ainda que tenha sido o primeiro grande diploma a sistematizar a tutela processual coletiva, e tampouco a Constituição Federal de 1988). Assim dispõe o art. 81 do supramencionado *codex* consumerista:

**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Acentua-se que, embora o *caput* do art. 81 fazer referência, tão-só, aos “direitos dos consumidores e das vítimas”, seus conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não se restringem às normas de cunho consumerista, uma vez que seu art. 117 alterou o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), a qual passou a conter o seguinte:

**Art. 21.** Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, as disposições do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, antes de seguir em frente, é de fundamental importância ter em mente que as definições constantes do art. 81 do CDC aplicam-se não apenas aos interesses que digam respeito às relações de consumo, mas a interesses coletivos (em sentido lato) de qualquer natureza.

Interessante notar que existe uma sistematização doutrinária, cujo raciocínio é acompanhado pelo art. 81 do CDC, que afirma haver os direitos *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos), como bem pontuado por José Carlos Barbosa (1984, p. 195-197); embora também haja críticas doutrinárias em relação à tripartição dessas categorias, de maneira que Antônio Gidi (2008) afirma que houve uma aglutinação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* em uma única categoria.

Por conseguinte, em análise dos conceitos delineados no art. 81 do CDC, há de se notar que, para se diferenciar as espécies de direitos transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), o CDC empregou três critérios, tendo o primeiro uma dimensão objetiva (é relacionado ao objeto do direito), e os demais uma dimensão subjetiva (são relacionados aos titulares do direito), conforme salienta Andrade e Masson (2011, p. 20): a (in)divisibilidade do seu objeto; o fator de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica em comum); e a (im)possibilidade de identificar os seus titulares.

Assim, enfocando as diferentes combinações desses três critérios, exurgirá a configuração de cada uma das espécies de direitos metaindividuais.

No momento, urge tecer alguns comentários acerca dessas três espécies de direitos coletivos, com o objetivo de semear o campo no qual será explorado o instituto da *fluid recovery*.

## 2.1. BREVES COMENTÁRIOS ÀS ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS (DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS *STRCTO SENSU* E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS).

Como mencionado, o art. 81, parágrafo único, do CDC, define o conceito dos direitos difusos, coletivos *sctricto sensu* e individuais homogêneos. Os primeiros (difusos) são marcados pela transindividualidade e pela natureza indivisível do objeto, cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato, sem que exista um vínculo jurídico anterior. Ou seja, os direitos difusos pertencem, a um só tempo, a cada um e a todos que estão numa situação de fato.

Nesse sentido, preleciona Mancuso (2004, p. 96) que “a característica primordial do interesse difuso é a sua descoincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ele abrange, na verdade, toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um denominador fático qualquer em comum”. Exemplo clássico retratado na doutrina é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; ou seja, caso haja vazamento de produtos químicos em um rio que abastece inúmeras localidades, desse evento danoso emanará malferimento a direitos difusos.

Outrossim, o caráter da transidividualidade também se encontra presente nos direitos coletivos *stricto sensu* – já que diz respeito a uma coletividade –, bem

como a natureza indivisível. Quanto à titularidade, ainda que igualmente pertença a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, estas são determináveis, na medida em que possuem uma ligação entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica preexistente à violação.

Contudo, note-se que a indivisibilidade dos direitos coletivos em sentido estrito, eflui exclusivamente da autorização legal para tratar de um litígio coletivamente, viabilizando uma sentença uniforme à demanda (GIDI, 2008). É por esse motivo que a doutrina majoritária assevera que, nesse ponto, a diferença entre direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos é ínfima.

Maior atenção merece a terceira categoria de direitos coletivos, isto é, a dos direitos individuais homogêneos, cuja origem da proteção coletiva em destaque foi inspirada nas *class actions for damages* – “ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano” (DIDIER JR e ZANETI JR, 2011, p. 78).

Tem-se que o CDC foi extremamente lacônico ao conceituar os direitos individuais homogêneos, na medida em que se resumiu a defini-los como aqueles decorrentes de origem comum. A respeito da homogeneidade e a origem comum, elucida Gidi (1995, p. 30-31):

A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos.

Dessa forma, há uma estrutura molecular que identifica a homogeneidade desses direitos. Ou seja, individualmente inexistente a homogeneidade, já que não é uma característica inerente a um direito subjetivo, mas, como assevera Zavascki (2011, p. 146), consiste em “uma qualidade que decorre da relação de cada um

deles com os demais direitos oriundos da mesma causa fática ou jurídica”. Por isso é que se afirma na doutrina que a homogeneidade desses direitos é relacional, ou seja, como bem sintetiza Gidi (1995, p. 30): “não há um direito individual homogêneo, mas direitos individuais homogeneamente considerados”.

Nesse sentido, são cristalinos os ensinamentos de Benjamin (1995, p. 96):

Os direitos homogêneos são, por esta via, exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais.

É por isso que se afirma, em sede doutrinária, que os direitos individuais homogêneos são uma ficção jurídica, cuja finalidade é a prevenção da massificação de demandas e a promoção da solução da lide de forma mais célere e uniforme, envolvendo todos os atingidos pelo dano causado (portanto, em total sintonia com os princípios da tutela coletiva, já enfrentados anteriormente).

É certo afirmar que tal ficção só é possível em razão de os litígios individuais possuírem um “núcleo de homogeneidade” (ZAVASCKI, 2011, p. 146), ou seja, similaridades derivadas de um mesmo fundamento (de fato e de direito), que desaguariam em um mesmo resultado processual (GIDI, 1995), independentemente de as violações terem ocorrido ou não em um só local ou momento temporal (GRINOVER, 2011).

Ademais, conquanto prevaleça a natureza individual, os direitos em questão são considerados indivisíveis até a fase de liquidação e execução da sentença – a partir da qual se tornam divisíveis em razão do chamado “núcleo de heterogeneidade” peculiar à situação de cada indivíduo (ZAVASCKI, 2011, p. 146-147) –, retornando a apresentar essa característica de indivisibilidade quando não

reparado integralmente o ilícito causado e, conseqüentemente, promovida a recuperação fluida constante do art. 100 do CDC.

Assim, é necessário o estudo mais aprofundado da liquidação e execução individuais no plano da defesa de direitos individuais homogêneos, para, aí então, focar o estudo no cerne deste projeto de conclusão de curso, qual seja, o instituto da *fluid recovery*. Mas, antes, faz-se uma abordagem rápida acerca dos princípios que vigoram no sistema juscoletivo, a fim de se entender a sistemática que permeia todo o arcabouço da proteção de direitos coletivos.

#### 2.4. SÍNTESE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO JUSCOLETIVA

O termo “princípio”, em sua interpretação etimológica, decorre do latim *principium*, o qual significa origem, começo, início de algo. Paulo Bonavides (2006, p. 255), ao citar a idéia de “princípio” de Luiz-Diez Picazo, assevera que essa noção principiativa advém da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”.

Segundo Miguel Reale (2004, p. 303), “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Ainda seguindo o raciocínio do emérito doutrinador supramencionado, é necessário especificar que, neste contexto de investigação científica, cuida-se do significado da palavra “princípio” no seu sentido *lógico*; ou seja, não se tratará do termo em questão no seu sentido *ético*, como, por exemplo, quando se refere a um “homem de princípios”, o qual é, na sua vida prática, fiel às suas convicções de

ordem moral. Trata-se, pois, nas palavras do autor, e sob o prisma da logicidade, de “verdades fundantes”, corroborado no enunciado a seguir (REALE, 2004, p. 303):

Podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*.

Já para Celso Antonio Bandeira de Mello (1980, p. 230), princípios são “mandamentos nucleares de um sistema”. Valeria afirmar que são pressupostos que embasam os sistemas, ou seja, alicerce estrutural que serve de amparo para todo o desenvolver sistemático – requisito primordial para qualquer desenrolar de uma área específica de conhecimento.

Sendo assim, no que concerne ao sistema jurídico, cabe preceituar que se trata de máximas normativas fundamentais que servem para nortear toda a ação jurídica possível, fixando-se como ponto de partida para traçar a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Eleva-se o conjunto dessas normas elementares ao patamar de axioma jurídico, de forma a inviabilizar qualquer forma de questionamento a seu respeito, já que sua essência é pragmática e seu trunfo é o de elaborar o corpo sistemático do ordenamento jurídico.

Adiante, para fins de complementação do argumento recém exposto em linhas do parágrafo anterior, é de bom grado a exposição doutrinária de Wellington Pacheco Barros e Wellington Gabriel Zuchetto Barros (2006, p. 14-15) acerca do assunto:

*Princípios Jurídicos*, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. *Princípios*, no sentido jurídico, são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito.

No que se refere aos princípios que norteiam o aparato garantista da tutela

juscoletiva, Grinover (2011, p. 30) explicita que “muitos dos princípios gerais do direito processual assumem feição própria no processo coletivo, apontando para a existência de diferenças substanciais”.

Além da maneira particular de se encarar os princípios gerais do processo, como ensinado pela eminente doutrinadora acima, Didier Jr. e Zaneti Jr (2011) exaltam que existem princípios próprios do processo coletivo, enumerando os seguintes postulados: princípio do devido processo legal coletivo; princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da indisponibilidade da demanda coletiva; princípio do microssistema; princípio da reparação integral do dano; princípios da não-taxatividade e atipicidade da ação e do processo coletivo e, por fim, princípio do ativismo judicial.

De todos os mencionados acima, para fins deste trabalho, é de bom alvitre fazer algumas considerações, ainda que não exaustivas, acerca de dois postulados que mantêm uma correlação com a *fluid recovery* e serão trazidos à tona novamente em oportunidade futura. São eles: o princípio do devido processo legal coletivo, mais especificamente em relação à coisa julgada *in utilibus*, e o princípio da reparação integral do dano.

Ocorre que o princípio do devido processo legal possui um regime diferenciado quando aplicado no processo coletivo (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2011, p. 113). Daí se retirar que, segundo os autores em referência, o devido processo legal coletivo é gênero do qual decorrem os seguintes subprincípios processuais: princípio da adequada representação, princípio da competência adequada, princípio da certificação adequada, princípio da informação e publicidade adequadas e o princípio da coisa julgada diferenciada com a extensão *secundum eventum litis* da decisão favorável ao plano individual. Este último que interessa à presente exposição.

Eis que a regra geral da coisa julgada coletiva, seja qual for a espécie de interesse transindividual defendido (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo), se dá *secundum eventum litis*, isto é, a imutabilidade dos efeitos da sentença depende de esta ser favorável (de procedência) ou não (de improcedência) ao autor. Sobre o assunto, Hugo Nigro Mazzili (2012, p. 611) explica com esmera didática:

Na ação civil pública ou coletiva, estão em jogo interesses

transindividuais de pessoas substituídas processualmente no polo ativo por legitimados de ofício. Assim, se essas ações forem julgadas procedentes, a imutabilidade do *decisum* ultrapassará as partes formais para beneficiar (e somente para beneficiar) toda a categoria, classe ou grupo de lesados. O fundamento da improcedência só importará para os colegitimados coletivos, ou seja, para aferir se outra ação civil pública ou coletiva poderá ou não ser ajuizada (p. ex., no caso de improcedência por falta de provas, outra ação poderá ser proposta; por outro fundamento, não). Mas, quanto aos lesados individuais, pouco importa o fundamento da improcedência: esta jamais prejudicará os lesados individuais, exceção feita aos que intervieram no processo coletivo na qualidade de assistentes litisconsorciais do autor.

E arremata o cultuado autor (2012, p. 611): “caso fosse o contrário, os lesados individuais teriam visto formar-se contra eles coisa julgada, sem que tivessem tido acesso à jurisdição, o que o sistema constitucional não admitiria”<sup>2</sup>.

Além disso, exclusivamente nas ações coletivas em prol de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada material, nas sentenças de improcedência, depende de seu fundamento: consagra-se a coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, a mencionada sentença coletiva não transita em julgado quando há “rejeição da demanda por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá voltar a propor a mesma demanda, com o mesmo fundamento, desde que baseada em novas provas” (GRINOVER, 2011, 197). Frisa-se que, a respeito da extensão dos limites subjetivos, poderá ser *erga omnes*, no caso dos direitos difusos (art. 103, I, do CDC), ou *ultra partes*, quando se tratar de direitos coletivos *stricto sensu* (art. 103, II, do CDC).

Assim, o legislador optou por uma regra diferenciada em relação aos direitos individuais homogêneos, alheia à demonstração da suficiência ou não da prova produzida. Neste caso, a coisa julgada terá efeito *erga omnes*, porém só ocorrerá nas hipóteses de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores (art. 103, III, do CDC). Nos casos de improcedência, a coisa julgada só se concretizará para aqueles que intervieram no processo coletivo como litisconsortes (art. 81, § 2º, do CDC), não atingindo terceiros alheios ao processo. Obedece, portanto, somente à regra geral da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Dessa feita, assegura-se o chamado transporte *in utilibus* da coisa julgada, segundo o qual, “fica garantido ao titular do direito individual, em caso de

---

<sup>2</sup> Em sentido contrário, afirmando que a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*: GIDI, Antonio, *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 73-74.

procedência da demanda coletiva, utilizar a sentença coletiva no seu processo individual” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2011, p. 116). Assim, ainda que uma sentença não reconheça expressamente o direito de quem não foi parte no processo, esse terceiro (ou seus sucessores) pode ser beneficiado pelo julgado, bastando que o invoque, proceda a sua liquidação e à execução do respectivo crédito – o que importa saber, para o presente, é se cabe a *fluid recovery* quando as liquidações individuais sejam originárias da coisa julgada *in utilibus*, o que se verá mais adiante.

Por derradeiro, tem-se que o princípio da reparação integral do dano é o sustentáculo do instituto da *fluid recovery*, isto é, a razão de existir a recuperação fluida no processo coletivo. Sua conceituação se resume à seguinte frase: “o dano ao grupo deve ser reparado integralmente” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2011, p. 125). Tal princípio se encontra em pelo menos dois dispositivos legais, constantes de diplomas coletivos diferentes, a saber: o art. 11 da Lei 4.717/1965, que disciplina a ação popular, e o art. 100 do CDC, que trata justamente do instituto da *fluid recovery*. Adiante-se que este princípio será melhor abordado em momento póstumo, quando se adentrar propriamente no estudo da recuperação fluida.

Nada obstante, envereda-se, neste momento, pelas investigações acerca da liquidação e execução individuais no plano da defesa de direitos individuais homogêneos.

### 3. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Como bem assevera Teori Zavascki (2011, p. 147), na decisão judicial, a fim de se concretizar a norma jurídica individualizada, garantindo-se o direito do credor a uma tutela satisfativa sobre um direito certo (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia), deve haver um pronunciamento sobre: a) o *an debeat* (existência da dívida); b) o *cui debeat* (a quem é devido); c) o *quis debeat* (quem deve); d) o *quid debeat* (o que é devido); e) quando o objeto da prestação está sujeito à quantificação, o *quantum debeat* (a quantidade devida).

Sendo assim, nos ensinamentos de Araken de Assis (2006, pg. 96), tem-se que a decisão será ilíquida quando: a) deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeat*), quando cabível a quantificação (ex: condena o réu a pagar indenização de valor a ser apurado em posterior liquidação); b) deixa de individualizar por completo o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza (*quid debeat*), como, *v.g.*, aquela que determina a entrega de duas toneladas de grãos, sem especificar a espécie, ou a que ordena a construção de um muro, sem detalhar como, onde ou quando fazer.

Nesse diapasão, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2011, p. 382) concluem acerca do objetivo da liquidação:

O objetivo da liquidação é, portanto, o de integrar a decisão liquidanda, chegando a uma solução acerca dos elementos que faltam para a completa definição da norma jurídica individualizada, a fim de que essa decisão possa ser objeto de execução. Dessa forma, *liquidação de sentença é atividade judicial cognitiva pela qual se busca complementar a norma jurídica individualizada estabelecida num título judicial.*

O Código de Defesa do Consumidor dispõe nos seus artigos 97 a 100 as

regras acerca da liquidação e execução da sentença condenatória para indenização dos interesses individuais homogêneos.

Capitula o art. 97 do mencionado *codex* que, uma vez procedente o pedido na ação coletiva, “a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

Nesse ponto, valiosos são os ensinamentos de Teori Zavascki (2011, p. 178):

Define-se, assim, que o cumprimento da sentença genérica será promovido mediante nova demanda, dividida em duas fases distintas: a da “liquidação”, destinada a complementar a atividade cognitiva (até então restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos demandados), e a da “execução”, em que serão promovidas as atividades práticas destinadas a satisfazer, efetivamente, o direito lesado, mediante a entrega da prestação devida ao seu titular (ou, se for o caso, aos seus sucessores).

O emérito doutrinador encerra o raciocínio citado, asseverando que “a primeira etapa configura hipótese típica de liquidação por artigos, ante a 'a necessidade de alegar fato novo' (CPC, art. 475-E), regendo-se, conseqüentemente, no que couber, pelo 'procedimento comum' (CPC, art. 475-F)”.

No ponto, cabe destacar o que vem a ser “fato novo”, que, na definição de Amílcar de Castro (1983, p.126), é “o fato que não haja sido discutido e apreciado no juízo de conhecimento e deva servir de base à liquidação”. Na mesma linha, Pontes de Miranda (1974, p. 539 e 540) já asseverava que se trata de “fato que não foi alegado na ação, ou o juiz, abusivamente, deixou, de modo explícito, para a execução”, mas que “tem de ser ligado à sentença, ao seu conteúdo” .

Dessa maneira, conclui-se que a fase de liquidação, de maneira geral (seja na seara individual ou coletiva), é integrativa, uma vez que complementa a fase cognitiva exercida pelo juiz, mediante uma integração com a sentença condenatória, encerrando o título executivo (que se tornará certo, líquido e exigível), de forma a estabelecer as condições necessárias ao desencadeamento da ação de execução,

conforme ensina Araken de Assis (2002, pg. 326).

Outrossim, mais contundente e visível o caráter de integração da fase cognitiva do juiz, como exposto no parágrafo anterior, quando se trata de liquidação de valores referentes a direitos individuais homogêneos. É que a sentença condenatória nas ações coletivas em prol de interesses individuais homogêneos tem seu âmbito cognitivo restrito ao “núcleo de homogeneidade desses direitos” (ZAVASCKI, 2011, p. 179) – ou seja, ela somente define a situação fático-jurídica que é comum a todos os lesados, o “denominador comum” a todas as vítimas, que se resume a identificar: a existência do dano, o responsável por tal evento lesivo e a sua conseqüente obrigação de indenizar as vítimas. Por isso que a doutrina afirma se tratar de uma sentença condenatória genérica, já que não especifica individualmente os atingidos e tampouco quantifica o prejuízo sofrido por cada um – seu conteúdo precisa, portanto, ser complementado via liquidação, antes de ser executado.

Importante ressaltar que, nesta fase de liquidação de sentença genérica, a favor de interesses individuais homogêneos, o interessado deverá comprovar não só o *quantum debeat* (como no caso de uma ação individual, cuja sentença se encontra ilíquida), mas, também, que é vítima do evento comprovado na ação coletiva (ou seja, a existência de “nexo causal entre o dano genericamente experimentado e os prejuízos concretamente suportados”)<sup>3</sup>.

Por conseguinte, a partir da constituição do título executivo, assim entendido “o que encerra representação documental de todos os elementos substanciais da norma juridicamente individualizada”, especificamente “do seu sujeito ativo, do sujeito passivo e da prestação devida, com liquidez, certeza e exigibilidade

---

3 Voto da relatora Min. Nancy Andriighi no REsp 1.098.242/GO, 3ª T., rel. Min. Nancy Andriighi, j. 21.10.2010, Dje 28.10.2010.

perfeitamente definidas” (ZAVASCKI, 2011, 180), o titular do direito fica habilitado a requerer a promoção dos atos que visem à efetiva e definitiva satisfação da prestação devida. Passa-se à fase de execução, cujo procedimento obedece o estabelecido no CPC, estando subordinado à natureza da prestação devida (obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia). Arremata Teori Zavascki (2011, p. 183):

Assim, em se tratando de prestação de fazer ou não fazer (refazer, desfazer), ou de entregar coisa, as atividades executivas são promovidas na mesma relação processual da ação de cumprimento, nos termos previstos dos arts. 461 e 461-A do CPC. E, em se tratando de pagar quantia certa, a execução obedecerá ao procedimento previsto no Livro I, Título VIII, Capítulo X, introduzido pela Lei 11.232/2005, e o título executivo será o conjunto documental composto (a) pela sentença genérica proferida na ação coletiva e (b) pela decisão específica proferida na ação de cumprimento (=liquidação por artigos), que a complementou.

Posto isso, indaga-se: em se tratando de uma prestação de pagar quantia, no caso em que a soma das indenizações a serem pagas às vítimas habilitadas é por vezes menor que o valor do dano global praticado pelo agente do evento lesivo, o que ocorrerá?

É nesse nicho de estudos que se invocará o instituto da *fluid recovery*, assunto principal da presente monografia, no qual serão investigadas as vicissitudes e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que cercam o tema<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Em tempo: ressalte-se que, uma vez não ser a intenção deste trabalho esgotar todos os assuntos correlatos à *fluid recovery* (como liquidação, execução, etc.), mas, sim, apenas situar o instituto para, aí então, estudá-lo de forma científica, neste tópico não mais se estenderá sobre as demais matérias acerca da liquidação e execução, tais como competência e legitimidade, dentre outras (arts. 98 e 99 do CDC), embora a estas se fará referência oportuna e pontualmente.

#### 4. FLUID RECOVERY.

A *Fluid Recovery* (reparação fluida) é inspirada no modelo norte-americano da *class of actions for damages* e está prevista no art. 100 do CDC, o qual assevera:

**Art. 100.** 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.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985<sup>5</sup>.

Interessante notar que, embora inspirado na doutrina norte-americana, o instituto em questão possui aplicação diferenciada daquela utilizada no sistema da *common law*, no qual a indenização devida já é quantificada desde logo pelo magistrado. Como salienta Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 163), “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”.

Certo é que, independentemente das peculiaridades da *fluid recovery* constantes em cada sistema jurídico (*common law* ou *Civil law*), tal instituto foi criado, basicamente, com a finalidade de se adimplir o princípio da tutela integral do bem jurídico coletivo (DIDIER JR. e ZANETTI JR., 2011), ou seja, para que o dano causado a direitos e interesses individuais homogêneos não deixe de ser reparado em sua totalidade em razão da falta de habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Vislumbra-se que, mesmo em circunstâncias nas quais há procedência na demanda coletiva (especificamente quando se tratam de direitos individuais homogêneos), pode ocorrer de a vítima não manifestar interesse na execução

5 Fundo previsto no art. 13 da LACP, ora regulamentado pela Lei 9.008/1995.

individual em razão de seu valor pecuniário ser inferior aos custos da liquidação ou até mesmo porque desconhece sua condição de beneficiário de uma sentença coletiva. Tais hipóteses implicariam o enriquecimento sem causa do ofensor ao direito coletivamente tutelado, na medida em que haveria um resíduo decorrente da diferença entre o dano globalmente causado pelo réu e a soma das indenizações pagas às vítimas. Nesse sentido, valiosa a ilustração de Grinover (2011):

A hipótese é comum no campo das relações de consumo, quando se trate de danos insignificantes em sua individualidade, mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por exemplo, o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado.

Dessa forma, caso o instituto da *Fluid Recovery* não existisse na legislação condizente à sistemática dos direitos individuais homogêneos, inúmeras ações coletivas que fossem julgadas procedentes não obteriam qualquer resultado útil. Essa inutilidade prática iria de encontro a toda Teoria Geral do Processo, uma vez que violaria explicitamente os princípios do devido processo legal e o do acesso à justiça – ou melhor dizendo, o do acesso a uma “ordem jurídica justa” (WATANNABE, 1985, p. 163).

Nesse sentido se posiciona Wilson Alves de Souza (2011, p.142), ao afirmar que em um processo onde não se respeita o “princípio do processo devido em direito nas suas dimensões processual e material, também não se atendeu ao princípio do acesso à justiça, na medida em que o direito à jurisdição só faz sentido se o processo gerou uma decisão justa sob todos esses aspectos”.

Assim, cabe neste trabalho analisar diversas questões que envolvem a figura da recuperação fluida, tais como a sua natureza, os requisitos que permitem a sua aplicação, ilações a respeito do prazo que a reveste, dentre outros. Referido intento

passa a ser exposto nos tópicos seguintes.

#### 4.1.NATUREZA DA FLUID RECOVERY.

Primeiro ponto a se estudar é quanto à natureza da demanda liquidatória prevista no art. 100 do CDC. Seria ela difusa ou individual? Pois, embora o preceptivo em causa esteja inserido no Capítulo II do Título III do CDC – As ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos –, extrai-se da leitura do dispositivo em questão (art. 100 e p. único) a conclusão de que ali a tutela é de direito difuso, na medida em que o produto da indenização destina-se a um fundo, portanto, aquele mesmo previsto no art. 13 da LACP regulamentado pela Lei 9.008/1995 – Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Ademais, o interessante é que a identificação de sua natureza tem reflexos sobre as regras procedimentais a serem aplicadas, tais como competência, legitimidade para a sua propositura e incidência ou não do art. 99<sup>6</sup> (já que do mesmo fato podem decorrer prejuízos nas três esferas de direitos metaindividuais – difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo).

Marcelo Abelha (2005) sustenta que a demanda liquidatória/executiva da *fluid recovery* é sempre eventual e subsidiária de uma ação coletiva proposta para a proteção de direitos individuais homogêneos<sup>7</sup>. E, ainda, para que seja possível a aplicação do dispositivo da reparação fluida do art. 100, além de veicular pretensão

---

6 **Art. 99.** Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. **Parágrafo único.** Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo criado pela Lei 7.347, de 24 de junho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

7 Assevera que deve, portanto, veicular pretensão individual homogênea na sua origem. Dessa forma, exclui-se da hipótese do art. 100 do CDC as liquidações individuais oriundas da coisa julgada *in utilibus* a que alude o art. 103, p. 3º, segunda parte, do CDC.

individual homogênea na sua origem, mister a observância das seguintes exigências:

**a)** A pretensão deve consistir na prestação de pagar quantia (indenização pelos danos causados – art. 95 do CDC): ou seja, não há espaço para a incidência deste dispositivo quando a demanda individual homogênea veiculada presta-se a tutelar uma obrigação específica (fazer ou não fazer e entrega de coisa);

**b)** A ação civil coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos deve visar a um provimento condenatório (que será genérico – conforme art. 95) e não meramente declaratório ou constitutivo.

#### 4.2. UMA TERCEIRA VIA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA GENÉRICA.

Obtido o provimento condenatório genérico de obrigação de ressarcimento de danos, esta norma concreta ainda se encontra incompleta, como já exposto anteriormente, faltando-lhe dois elementos essenciais à constituição de título executivo: a identificação do *quantum* devido e a *individualização* da vítima ou sucessor.

Como bem ressalta Ada Pelegrine Grinover (2011), no caso das ações fundadas em direitos individuais homogêneos, antes da condenação, o bem jurídico tutelado é tratado de forma indivisível aplicando-se a toda coletividade de maneira uniforme a decisão favorável ou não. Após a condenação genérica, as liquidações a serem promovidas pelas vítimas (legitimidade ordinária) ou pelos legitimados do art. 82 (legitimidade extraordinária), conforme previsto no art. 97 do CDC, serão personalizadas e divisíveis.

Para tanto, na liquidação da sentença condenatória genérica do art. 95 do

CDC, como já visto, em regra, trata-se de liquidação por artigos, dada a necessidade de provar fatos novos.

Dessa forma, ao contrário do que preconiza o art. 98, nem a liquidação e nem a execução, nos casos mencionados anteriormente de legitimidade ordinária ou extraordinária, será coletiva, mas, sim, individual, em razão de que o direito tutelado é individual puro (GRINOVER, 2011; ABELHA, 2005).

Marcelo Abelha (2005) expõe, portanto, que uma “terceira via” liquidatória do art. 95 do CDC é justamente a prevista no art. 100, *caput*, e é absolutamente distinta das liquidações individuais mencionadas anteriormente, pois essa terceira via, sim, corresponde à liquidação coletiva, que, da forma como descrita no CDC, apresenta-se como subsidiária e residual às liquidações individuais, já que depende do respeito às exigências do *caput* do art. 100. Afirma, também, que, no caso, se tem liquidação sujeita à condição, porque para ser proposta é necessário o preenchimento de certos aspectos descritos no próprio dispositivo. É que a hipótese de reparação fluida do art. 100 do CDC só terá lugar se, e quando, sucessivamente:

a) Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica que obrigar o demandado a pagamento de quantia (art. 95);

b) O número de liquidações individuais, após esse ano, tenha sido incompatível com a gravidade do dano causado.

Assim, essas são as duas condições essenciais para que emane o direito à reparação fluida. Como dito, a finalidade aí é justamente evitar um enriquecimento ilícito do demandado, tendo em vista a disparidade entre as liquidações promovidas e a extensão do dano causado.

#### 4.3. CARÁTER SUBSIDIÁRIO E EVENTUAL.

Diz-se que a demanda é eventual porque a primeira condição para sua existência é que tenha existido uma ação de responsabilidade civil por danos causados a direitos individuais homogêneos que tenha formado uma sentença condenatória genérica tornando certa a obrigação de pagar quantia às vítimas (ou sucessores) do evento danoso.

Além disso, também como condição de sua existência, é mister que, após um ano, o número de liquidações individuais não tenha sido compatível com a gravidade do dano causado, de forma que se permita reconhecer, mesmo depois de tudo, uma situação de vantagem para o demandado, quando se compara o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação a qual foi submetido judicialmente – é daí que nasce a subsidiariedade – capaz de justificar a utilização da demanda prevista no p. único do art. 100 do CDC (caráter residual).

Assim, uma vez caracterizada a “compatibilidade” entre o número de habilitações (liquidações individuais) com a gravidade do dano, será incabível qualquer direito à reparação fluida.

#### 4.4. REQUISITOS PARA O ADIMPLEMENTO DA RECUPERAÇÃO FLUIDA.

Extrai-se da leitura do art. 100 do CDC que há dois requisitos para que exsurja o direito à reparação fluida, quais sejam: prazo de um ano e gravidade do dano incompatível com o número de liquidações.

Ensina a doutrina especializada que, uma vez preenchidas as exigências legais, evoca-se a proteção à tutela liquidatória e executiva difusa, vez que não mais

os créditos irão para as vítimas, consideradas individualmente, mas, sim, ao Fundo Federal para a Defesa dos Direitos Difusos, com o fito de se recuperar integralmente o dano sofrido e, como já dito, coibir o locupletamento ilícito pelo agente causador do evento lesivo.

#### 4.5. PRAZO DE UM ANO.

A primeira questão a enfrentar é se esse prazo de um ano é ou não decadencial, ou seja, se as vítimas ou seus sucessores só teriam um ano para reclamar em juízo a liquidação a partir da sentença condenatória genérica (art. 95).

Para Teoria Zavascki (2011, p. 188), o prazo é irremediavelmente decadencial, afirmando o autor que:

(...) não se pode negar a natureza decadencial do prazo do art. 100 do CDC. Com efeito, passado o prazo, o direito de executar se transfere aos legitimados como representantes do Fundo, e não seria sustentável considerar como ainda subsistente, nessas circunstâncias, o mesmo direito em favor do titular individual que até então não se habilitou. Isso abriria a possibilidade de dupla execução do mesmo crédito. Pois bem, admitida a natureza decadencial do prazo previsto no art. 100, não há como estender a sua aplicação a outras situações, já que isso importaria criar, por via de interpretação analógica, uma hipótese de decadência não prevista pelo legislador.

Em posição diametralmente oposta, Marcelo Abelha (2005) afirma que não se trata de prazo decadencial nem para a propositura da demanda de liquidação individual e menos ainda com relação à perda do direito reconhecido pela sentença condenatória genérica, destacando que:

Nem poderia sê-lo por razões teóricas e práticas, pois não faria o menor sentido que o CDC estimulasse a demanda coletiva individual homogênea, mas por outro lado criasse prazo prescricional para aproveitamento de seu resultado pelo indivíduo que fosse muito menor que o previsto para o exercício de ação individual, que é de 5 anos (art. 27). Por outro lado, não faria sentido, também, que a parte processual do CDC contrariasse o dispositivo específico do mesmo código que cuidou da prescrição e da decadência do direito ali

previsto.

Conclui o autor que “o que se tem neste caso é típica condição ou termo para existência e tutela de um 'interesse difuso'”, sustentando ainda:

A ultrapassagem do prazo de um ano servirá para que, havendo condenação genérica de pagar quantia, e desde que o número de liquidações individuais não seja compatível com a gravidade do dano, qualquer legitimado poderá propor a ação de reparação fluida, cujo produto será destinado ao fundo para a defesa dos interesses difusos, nos termos do p. único do art. 100 do CDC.

Outras questões levantadas por Marcelo Abelha (2005): passado um ano da sentença condenatória genérica, nem todas as ações individuais liquidatórias terão chegado ao seu fim. Ao contrário, a maioria delas estará na fase inicial ou nem sequer terá sido proposta ainda, sendo inviável pensar em execução ou satisfação do crédito. Nesse caso, duas situações podem ser imaginadas:

a) Supondo que a ação de reparação fluida seja proposta tão logo seja ultrapassada a barreira do prazo anual, não será inconcebível imaginar a possibilidade de coisa julgada na reparação fluida antes mesmo de ter sido proposta ou de ter terminado demandas liquidatórias individuais, criando uma esdrúxula situação em que as sobras (resíduo) foram apuradas antes mesmo de o principal ter sido liquidado ou satisfeito! Diante desse absurdo, questiona-se: teria havido *bis in idem*? O responsável estaria pagando duas vezes pela mesma responsabilidade? Poderia ser acionado o fundo, caso a verba já tivesse sido para lá endereçada? O próprio autor responde:

Conforme outros entendimentos estudados, não incorreria em *bis in idem*, bastando que o réu comprovasse que já havia adimplido a obrigação ao repassar os valores para o fundo. Nesse caso, poderá o interessado conseguir, inclusive, receber parcialmente ou totalmente o valor que lhe for devido, junto ao próprio Fundo ao qual foram destinados os valores levantados na execução coletiva. Contudo, em virtude da autonomia do Fundo, e da inexistência de vinculação deste aos órgãos judiciais ou processos específicos, estará o credor individual sujeito ao procedimento administrativo que

vier a ser adotado pelo conselho gestor daquele órgão. Não haverá qualquer ingerência ou vínculo, ao menos a princípio, com o juízo no qual tramitou a demanda coletiva de cognição, e posteriormente a executiva. Em síntese: perdendo o prazo preclusivo de um ano para iniciar sua liquidação, o credor individual: (a) terá que fazê-lo individualmente, por sua conta e risco, movendo medidas satisfativas (execução propriamente dita) diretamente ao devedor, (b) ou então buscará receber o que lhe for devido junto ao Fundo de reparação dos interesses difusos lesados.

b) Outra situação é a de concomitância de demandas liquidatórias individuais em curso com a demanda de reparação fluida. Nesse caso, por analogia, aplicar-se-ia a regra do art. 99, que em caso de curso de créditos manda suspender a coletiva em prol das individuais? Mais uma vez, o próprio autor assevera:

Em razão do fato de que a reparação fluida prevista no art. 100 do CDC deriva de uma ação coletiva originariamente veiculada para a tutela de direito individual homogêneo, não há a possibilidade de que seja possível a utilização da reparação fluida (art. 100) quando as liquidações individuais sejam oriundas da coisa julgada *in utilibus*. É que o pressuposto para a utilização da coisa julgada *in utilibus* (art. 103, p. 3º, do CDC) é que a coisa julgada tenha se formado sobre uma pretensão difusa, anteriormente tutelada. Dessa forma, caso fosse possível a reparação fluida resultante do resíduo resultante dos prejuízos não reclamados a título individual, haverá duplamente a proteção dos interesses difusos, só que um nascido da violação de uma norma jurídica cujo objeto tutelado seria um bem difuso (que deu origem à coisa julgada *in utilibus*), e outra resultante do resíduo deixado pela ausência de liquidações individuais, quando comparado à gravidade do dano sob o ponto de vista de indivíduos lesados.

Uma saída apresentada pela doutrina majoritária é que melhor teria feito o legislador se, ao invés de haver fixado o prazo de um ano após a sentença condenatória genérica, tivesse determinado o prazo de início de ação de reparação fluida para o fim do prazo prescricional de exercício judicial do direito reconhecido como existente na sentença condenatória genérica. Nesse caso, seria possível obter alguma segurança não só em relação às indenizações já pagas, mas também em relação às que estivessem em curso, tendo em vista a existência de certeza de que não poderia surgir ação nova.

Em sentido oposto, Érica Barbosa e Silva (2006) argumenta que este seria

apenas “mais um entrave para a reparação fluida e que pode haver compensação entre eventuais execuções individuais e o fundo, até o limite do montante depositado”. Elton Venturi (2003) compartilha da ideia da autora<sup>8</sup>.

Nada obstante, o dispositivo também não estabeleceu o termo inicial do prazo de um ano para que os lesados se habilitassem, nem esclarece de que modo eles tomarão conhecimento do início do seu fluxo.

No entanto, disciplina a doutrina que o prazo se inicia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, sugerindo que, para fins de publicidade do início de seu curso, e em analogia ao art. 94 do CDC, publique-se um edital no diário oficial (conquanto, reitera-se, o prazo comece a fluir do trânsito em julgado da sentença condenatória).

#### 4.6. GRAVIDADE DO DANO INCOMPATÍVEL COM O NÚMERO DE HABILITAÇÕES À TUTELA LIQUIDATÓRIA.

Quanto a este outro requisito, há determinados problemas que podem surgir que poderão até mesmo inviabilizar a utilização da reparação fluida. Abelha (2005) cita alguns exemplos:

a) Como é feita a ponderação e sopesamento do número de liquidações com a gravidade do dano?

b) Como ter certeza de que o prazo de um ano é prazo suficiente para saber que o número de liquidações será incompatível com a gravidade do dano, se o prazo prescricional para o direito é na maioria das vezes quinquenal (art. 27 do CDC)? Isso quando não for imprescritível?

---

<sup>8</sup> Afirma haver natureza diversa entre o prazo prescricional e o prazo de um ano da *fluid recovery* e que, em razão disso, não há que se falar em *bis in idem*. A abordagem mais detida será feita no tópico seguinte.

c) Como saber da existência de outras liquidações oriundas de ações individuais em que o indivíduo optou por não aderir à ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos?

Por isso, extrai-se, em conclusão, que ainda perduram diversas questões a ser enfrentadas, no que toca à propositura da ação de reparação fluida do art. 100 do CDC.

Ademais, superada esta fase, Marcelo Abelha (2005) confirma que ainda existe uma enorme dificuldade no que se refere à apreciação e julgamento da pretensão veiculada:

É que sendo o seu objetivo obter uma reparação residual do que não foi reclamado a título individual, deverá o juiz enfrentar o problema do “*quantum* residualmente devido” e o critério para saber quão grave foi o dano, que, eventualmente, o torna desproporcional ao valor individualmente reclamado, certamente que não será o “dano causado propriamente dito”, afinal de contas este é individual e, sendo individual, os prejuízos de cada pessoa (morais e materiais) só ela mesma pode fornecer elementos para a sua mensuração.

Contudo, ainda que parem dúvidas acerca da aplicação do instituto, a doutrina balizada sugere uma solução.

#### 4.7. SOLUÇÃO SUGERIDA.

Para Marcelo Abelha (2005), existem enormes ou até mesmo insuperáveis dificuldades na adoção do critério residual da reparação fluida. Por isso, o renomado autor pensa que uma boa saída seria atribuir um caráter punitivo à reparação fluida, não residual (dada a impossibilidade de se aferir o resíduo de uma condenação *erga omnes* – art. 103, III, do CDC), cujo critério “seria o lucro ou vantagem econômica obtida pelo responsável pelo dano causado”. A comparação do que foi efetivamente pago (portanto, bem depois de um ano das liquidações) com o

“lucro” obtido pelo responsável “forneceria um mínimo de segurança para se aplicar uma punição mais próxima da realidade”, assevera. Conclui que, uma vez interpretada a norma dessa forma, haveria uma independência entre a reparação fluida e os prejuízos individuais reclamados (ou não) em liquidação de condenação genérica.

No mesmo sentido, Elton Venturi (2003) defende que a recuperação fluida do art. 100 do CDC não condiz apenas ao montante de indenizações individuais não pleiteadas, pois “ainda que o número de interessados que tenham se habilitado seja 'compatível com a gravidade do dano', mesmo assim não se afasta a mensuração da reparação indivisível, destinada ao fundo”.

Conclui o citado autor que a *fluid recovery* advém de uma “lesão social” causada pelo agente do evento danoso e, portanto – neste ponto a discordar de Marcelo Abelha (2005) –, o prazo de um ano para a liquidação coletiva não sugere um possível *bis in idem*, já que a natureza das reparações é diversa; ao contrário, cria um parâmetro justo para a fixação do montante da indenização fluida.

De qualquer forma, quanto à ideia de caráter punitivo, ainda que aceita com bons olhos, certo é que será necessário analisar caso a caso, a fim de se respeitar o devido processo legal coletivo, e garantir maior segurança jurídica e confiabilidade à aplicação do instituto da recuperação fluida.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como um apanhado geral do presente trabalho, tem-se que houve o propósito de demonstrar, em breves linhas, o conceito do instituto da *fluid recovery* e como ele está sendo encarado na prática, bem como pelos estudiosos do processo coletivo.

Primeiramente, após uma introdução ao mundo do direito coletivo, passando por uma rápida olhada em sua evolução histórica, bem como em sua estrutura de microsistema adotada no Brasil, progrediu o trabalho rumo ao desenvolvimento do tema central da presente pesquisa científica.

A partir daí, foram delineadas explicações a respeito de outros institutos processuais, no intuito de situar o contexto no qual seria explorado o estudo da *fluid recovery*. Assim, foram abordados assuntos acerca dos direitos coletivos, dos princípios que embasam o processo coletivo e da liquidação e execução individual no âmbito dos direitos individuais homogêneos – sendo tecidos comentários também às outras duas categorias de direitos coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), ainda que de maneira sutil, apenas para, mais uma vez, reforçar o contexto do assunto. Após, foram enfrentadas, finalmente, as questões que circundam o instituto da *fluid recovery*.

Conclui-se que ainda há diversos pontos acerca da recuperação fluida que devem ser questionados e enfrentados, tanto pelos operadores do direito, aplicadores da lei – que interpretam e solucionam as lides concretas –, quanto pelos que elaboram a lei. Urge a atuação legislativa nos casos em abstrato, baseada no empirismo do cotidiano, como no caso do prazo de um ano para que se aplique a recuperação fluida, o qual, de *lege ferenda*, e segundo alguns afirmam, deve coincidir com a prescrição do direito, a fim de se evitar as complicações que

decorrem desse exíguo interstício processual, já ventiladas em tópicos pretéritos.

Portanto, é de se dizer que o instituto da *fluid recovery* é de fundamental importância para a efetivação de todo o aparato juscoletivo, uma vez que é através dele que se garante o princípio da reparação integral do dano – em combate à locupletação ilícita do agente causador do evento lesivo –, bem como os demais postulados que circunscrevem o microssistema do processo coletivo. Ou seja, a recuperação fluida concretiza a eficácia e segurança jurídicas no desfecho dos litígios de massa, no que pertine aos interesses individuais homogêneos – sendo de vital prestígio o debate e a *praxis* jurídica para seu aperfeiçoamento e real aplicação.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos: esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual do processo de execução*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, Édis Milaré (coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 abr. 1974 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificado em 27 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990 e retificado em 10 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm)>. Acesso em: 23 jan.

2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n° 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num\\_registro=200300078957&data=29/3/2004](https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200300078957&data=29/3/2004)>. Acesso em: 3 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n° 1.098.242/GO, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2010, Dje 28.10.2010*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802244991&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 3 maio 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1983.

DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 4.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, Luiz Manoel Gomes Jr. (Coord.), *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

PICAZO, 1983, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC.” In: *Processo Civil Coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 459-468.

SILVA, Érica Barbosa e. “A Fluid Recovery no Sistema Brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos”. In: *Processos coletivos e tutela ambiental*. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo (coords.). Santos: Leopoldianum, 2006. P. 83-102.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

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

WATANABE, Kazuo. “Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas”, in *Juizado especial de pequenas causas*, coord. Kazuo Watanabe, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ZANETTI, Hermes. *Processo Constitucional*. Ed. Lúmen Júris, RJ. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.