

LEONARDO FERIATO NOGUEIRA

**LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO NAS AÇÕES
DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

PUC/SP – COGEAE

Especialização em Direito Processual Civil

São Paulo

2015

LEONARDO FERIATO NOGUEIRA

**LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO NAS AÇÕES
DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Monografia apresentada ao à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Luciano Tadeu Telles

São Paulo

2015

LEONARDO FERIATO NOGUEIRA

**LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO NAS AÇÕES
DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica PUC/SP como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada com média _____

São Paulo, _____.

Banca Examinadora

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:

Prof. Orientador:

RESUMO

Palavras-chave: Direitos Coletivos – Direitos Transindividuais – Direitos Difusos e Coletivos – Direitos Individuais Homogêneos – Danos Morais Coletivos – Titularidade – Legitimidade – Coisa Julgada – Liquidação e Execução de Sentença Coletiva – *Fluid Recovery* – Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Key words: Collective Rights - Transindividual Rights - Difuse and Collective Rights - Individual Homogeneous Rights - Collective Moral Damages - Ownership – Legitimacy – Preclusive Effect – Liquidation and Execution of Collective Sentence - Fluid Recovery – New Civil Procedure Code.

Registra-se os profundos agradecimentos de um filho aos seus pais Roque e Marilza, pelo apoio incondicional e fraternal nesta caminhada, aos quais devo imensa gratidão pelos ensinamentos da vida terrena e também pelas lições do intangível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	11
1.1 Evolução Histórica.....	11
1.2 Conceito e Classificação dos Direitos Transindividuais.....	13
1.3 Direitos individuais homogêneos, origem histórica e natureza jurídica.....	16
1.4 Danos Morais Coletivos.....	18
1.5 Tratamento legislativo dos direitos ou interesses transindividuais com destaque aos individuais homogêneos.....	23
1.6 A legitimidade para exercício dos direitos transindividuais.....	26
1.7 A legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos individuais homogêneos.....	34
1.8 A Coisa Julgada <i>secundum eventum litis</i> previsto no Código de Defesa do Consumidor.....	41
1.9 A extensão territorial da coisa julgada nas ações coletivas.....	44
2 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	48
2.1 Liquidação de Sentença – Conceito e Natureza Jurídica.....	48
2.2 Destinação dos Valores Obtidos por Meio das Ações Coletivas e as <i>Fluid Recovery</i>	52
2.3 Liquidação Individual das Sentenças Coletivas de Direito Individual Homogêneo.....	57
2.4 Liquidação da Sentença e o Novo Código de Processo Civil.....	59

3 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	62
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	68
ANEXOS.....	70
AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO ELETRÔNICA DO TRABALHO.....	71

INTRODUÇÃO

As revoluções do Século passado mudaram o curso da história de nossa sociedade, marcadas pela migração do meio de produção de bens de consumo das sociedades capitalistas artesanais e manuais para a produção industrializada, caracterizada pela utilização do maquinário fabril em substituição à manufatura humana.

A alteração do *modus operandi* das sociedades capitalista, aliás como toda importante alteração ocorrida no seio social, gerou repercussões também e especialmente para o direito, que antes se caracterizava pela solução dos conflitos marcados pelo individualismo e patrimonialismo, passando, então, a ter uma feição mais social e com olhos voltados nos conflitos sociais.

Aqui no Brasil o reconhecimento do direito da coletividade, ou seja, os direitos pertencentes a um todo incerto e indivisível, tardou, mas chegou com força mostrando que veio mesmo para ficar.

É possível notar esse ímpeto de mudança a partir da edição da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985), donde extraímos a mensagem de veto parcial abaixo colacionada que, num sopro de desabafo, denuncia o espírito daquela alteração legislativa:

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais (Mensagem de Veto Parcial n.º 359/1985 à Lei n.º 7.347/1985).

Como toda mudança traz adaptações, aqui não foi diferente, a mudança de uma sociedade marcada pelos litígios individuais para esse novo modelo de entregar a tutela jurisdicional, caracterizado pela sua titularidade indeterminada, trouxe também muitas dificuldades de como operacionalizá-lo de forma eficiente e capaz de atender as expectativas geradas pelo reconhecimento desse novo direito material.

Surgiu ai a, talvez, maior problemática relacionada aos direitos coletivos *lato sensu*, a adaptação dos instrumentos e da técnica processual existente e conhecida à esse novo modelo de tutela jurisdicional.

Como é possível ver em capítulo abaixo, a adaptação desses novos direitos e interesses custou certa flexibilização de regras essenciais e basilares processo civil tradicional, tais como a legitimação para agir, a eficácia da sentença, a coisa julgada e a liquidação e execução dos títulos judiciais.

Todas essas inovações e dificuldades não foram totalmente superadas como teremos a oportunidade de ver, havendo, ainda nos dias de hoje algumas dificuldades práticas, mesmo após a colheita de bons frutos decorrentes da experiência obtida com a *praxis* forense decorrente da vigência das leis n.º 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) que, conjuntamente, formam um verdadeiro “Código dos Direitos e do Processo Coletivo”.

Porém, a preocupação com o aperfeiçoamento dessa nova gama de direitos nunca deve cessar, pois essa “nova” sociedade, marcada pela constante mutação e evolução, deposita em nós, operadores do direito, a confiança de colmatar o direito aos seus anseios e aspirações, direito inalienável de todo e qualquer partícipe de nossa sociedade marcada pela pluralidade.

1. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

1.1. Evolução histórica

Preliminarmente à conceituação e classificação dos direitos ou interesses transindividuais, importante perquirir acerca do momento histórico de seu nascimento, fazendo surgir esse que ainda é tido como um “novo direito”.

Arguta é a tarefa de precisar no tempo e no espaço o surgimento dos direitos meta ou transindividuais. Em que pese a utilização na doutrina e jurisprudência de ambas as denominações além de outras¹, optar-se-á neste trabalho pela nomenclatura transindividuais, por entender que de acordo com o léxico² é a expressão que mais se encaixa ao sentido pretendido por este texto.

Como reconhecido pela doutrina, os direitos transindividuais tem origem contemporânea à mutação dos meios de produção manufaturados para fabris, fruto do capitalismo efervescente do Século XVIII, cujo nascedouro fora a Revolução Industrial Francesa e a ascensão da classe burguesa.

O direito tradicional tinha como foco e objetivo a resolução de conflitos individuais cujo escopo era compor esses interesses individuais:

A atividade jurisdicional, na sua concepção tradicional, se destinava a resolver conflitos de interesses (ou, mais propriamente, a parte do conflito levada ao conhecimento da jurisdição) entre litigantes com paridade de armas e iguais oportunidades, porque, como muito bem destaca ADROALDO

¹ Supraindividuais é a nomenclatura preferida por Antonio Herman de Vasconcelos Bejjamin. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Coletânea Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – Reminiscências e Reflexões Após 10 Anos de Aplicação. Pág. 95 in WAMBIER. Luiz Rodrigueis. Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva, pág. 258.

² “**trans**”. Elemento que significa além de, para além de, em troca de, ao través, para trás, através. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. <http://www.priberam.pt/dlpo/trans>. Acessado em 06-01-2015. “**meta**”. Do Grego *metá*, significando no meio de, entre, com. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. <http://www.priberam.pt/dlpo/meta>. Acessado em 06-01-2015.

FURTADO FABRÍCIO, ao tratar da matéria relativa à legitimação para a causa, o direito era assunto *for gentlemen only*.³

Esses tradicionais conflitos tinham natureza de direito público ou de direito privado, seguindo a talvez mais famosa dicotomia conhecida dos estudantes do direito.

Porém, em razão da massificação dos meios de produção que culminou no fim e a cabo numa alteração de todo funcionamento das sociedades urbanas em geral, expandindo-se posteriormente para o campo, fez com se alterasse a fisionomia dos conflitos.

Os conflitos passaram de uma característica individualista para uma feição coletiva, acompanhando o ritmo e a característica dessa nova sociedade contemporânea:

Se a regra do *Ancien Régime* era jurisdição prestada individualmente, a conta-gotas, na sociedade pós-industrial, até por razões pragmáticas de deficiência e de sobrevivência do aparelho judicial, tem-se no acesso coletivo a única possibilidade de resposta à massificação dos conflitos, que se organizam em torno de direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (art. 81, do CDC).⁴

Surgem então, os direitos transindividuais, que não mais se enquadram no conceito trazido pela velha dicotomia direito público *versus* direito privado:

Esses novos direitos, por assim dizer, situam-se num campo dos direitos que pertencem a todos, mas que não são públicos, no sentido tradicional desse vocábulo. São, isso sim, transindividuais ou metaindividuais, derivados da massificação da vida em sociedade e do surgimento de novas “modalidades” de conflitos, em relação aos quais o sistema processual centrado na iniciativa exclusiva do titular do direito subjetivo não tem como fornecer respostas eficazes.⁵

As legislações, por sua vez, não poderiam ficar atrás, vindo então a disciplinar fortemente a matéria especialmente pelo advento da Lei de Ação Civil Pública de n.º 7.347/1985 e, também a partir da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva*, pág. 257.

⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 347.752/SP. Ministro Relator Herman Benjamin. Julgamento 08/05/2007. Publicação Oficial 04/11/2009.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Defesa do Consumidor – Reflexões acerca de eventual concomitância de ações coletivas e individuais*. RT 676/38.

do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990) e mais tarde o Estado do Idoso (Lei n.º 10.741/2003):

Em relação aos mecanismos de defesa dos novos direitos, há uma séria de bens jurídicos que configuram uma novidade na história do direito, à luz do universo precedente dos possíveis bens juridicamente defensáveis. Os bens protegidos pelas leis das sociedades de massa, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, não eram, no passado, objeto de preocupação do legislador.⁶

Aqui há que se fazer uma ressalva quanto aos direitos individuais homogêneos, porque enquanto os direitos difusos e coletivos são experimentados por todos as vítimas de forma indeterminada – veremos mais adiante a diferenciação entre esses direitos – os direitos individuais homogêneos possuem natureza de direitos subjetivos individuais e, portanto plenamente divisíveis, porém exercitáveis de forma coletiva:

O traço comum entre todos eles é a pluralidade de titulares, a justificar sua proteção por uma mesma a única demanda. Distinguem-se, entretanto, quanto ao traço da sua divisibilidade ou não. Enquanto os interesses e direitos difusos e coletivos caracterizam-se como transindividuais, ou seja, são indivisíveis e percebidos do mesmo modo por todos os seus titulares, os interesses e direitos individuais homogêneos são passíveis de proteção coletiva em vista de sua origem comum, mas percebidos por seus titulares de modo individual.⁷

Porém, o Código de Defesa do Consumidor, em que pese a natureza individualista dos direitos individuais homogêneos, deu-lhe tratamento juntamente com os direitos transindividuais propriamente ditos (difusos e coletivos), a fim de conferir-lhe maior efetividade no combate às violações de direitos que repercutem de forma pulverizada e coletiva no seio da sociedade.

1.2. Conceito e Classificação dos Direitos Transindividuais

A conceituação dos direitos transindividuais é trazida pelo Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 81 e abrange os direitos e interesses difusos, os coletivos

⁶ *Processo e Procedimento no Sistema Constitucional de 1988*. RePro 70/43.

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 630.

strictu sensu e os individuais homogêneos, todos espécies do gênero direitos coletivos *lato sensu*.

Para melhor análise e compreensão da diferenciação dessas espécies, importante a leitura do dispositivo legal:

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

Antes, todavia, de identificar seus traços característicos, importa destacar a nomenclatura trazida na legislação “interesses ou direitos”.

Surgiu outrora certa discussão acerca da inovação da nomenclatura, hoje atualmente superada pela doutrina ao argumento de que os direitos, subjetivos que são, somente seriam exercitáveis pelos seus próprios titulares, ao passo que os interesses poder-se-iam ser exercitados por quem não é legitimado para a causa, ou seja, por quem não goza da titularidade do direito.

Esse é exatamente o caso dos direitos transindividuais, pois exercitáveis por quem não goza sua titularidade no âmbito do direito material:

Nesse sentido afirma Rodolfo de Camargo Mancuso:

que o acesso à justiça não é só franqueado a quem se afirme a titularidade de um direito subjetivo resistido ou insatisfeito, bem podendo ser judicializado um interesse, desde que legítimo (direitos reflexamente protegidos). O que muda é o critério para se caracterizar o interesse que é jurisdicionável: antes era só a titularidade que conduzia ao regime da coincidência entre a pessoa titular do direito e o autor da ação (legitimação ordinária); hoje evoluiu-se para

o critério da relevância social, acoplado à idoneidade da representação em juízo.⁸

Seguiremos a ordem dada pelo dispositivo legal, iniciando a análise pelos direitos ou interesses difusos, que se identificam pela indivisibilidade de seu objeto e indeterminabilidade dos sujeitos lesados.

De certo, o que caracteriza esse direito ou interesse é impossibilidade fática de identificar o sujeito atingido, bem como a indivisibilidade do objeto, sendo esta característica natural de todo e qualquer direito transindividual propriamente dito.

Pode-se exemplificar a hipótese de algum poluente lançado no ar atmosférico, prejudicando todo e qualquer cidadão que daquele ar respire ou a propaganda enganosa veiculada nos meios de comunicação. Em ambos os exemplos, é impossível limitar a extensão dos danos quanto aos sujeitos em razão da impossibilidade de quantificar a extensão do seu efeito danoso.

É exatamente essa circunstância de fato que liga os titulares de direitos individuais difusos.

Ainda Rodolfo de Camargo Mancuso define os direitos difusos como:

Os interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil com um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.⁹

De forma diferente ocorre com os direitos individuais coletivos (*strictu sensu*), pois estes são marcados também pela indivisibilidade do objeto, mas de possível identificação quanto aos sujeitos, ou ao menos a identificação da categoria, grupo ou classe de pessoas atingidas.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 46/47.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 46/47.

O traço característico, portanto, e que define os direitos ou interesses coletivos é exatamente esse, a possibilidade de identificação dos sujeitos pela categoria, grupo ou classe de pessoas ligados por uma relação jurídica base, conforme consta do art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor acima.

Os direitos individuais homogêneos, dada sua peculiaridade será analisado em capítulo separado, beneficiando a didática e o entendimento.

1.3. Direitos individuais homogêneos, origem histórica e natureza jurídica

Denuncia a doutrina que a origem dos direitos individuais homogêneos teve como supedâneo inicial as *class actions* do direito norte americano.

As denominadas *class actions* podem ser conceituadas como a demanda individualmente manejada, até mesmo em litisconsórcio ativo, visando a defesa de interesse comum a um grupo de pessoas, ou melhor a uma classe de pessoas (*class*).

Conceituando o instituto que deu origem ao direito pátrio dos direitos individuais homogêneos, Cassio Scarpinella Bueno o faz com a precisão que lhe é peculiar:

A class action do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. Há precedentes jurisprudenciais onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como class action.¹⁰

Suas características principais identificam-se fortemente com a trazidas pelo art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor para os direitos

¹⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para uma Reflexão Conjunta*. Artigo extraído do portal eletrônico www.scarpinellabueno.com.br, pág. 02.

individuais homogêneos, notadamente as questões comuns para eles, ou origem comum para nós.

Também há semelhança no que toca a legitimidade, podendo ser ajuizada individual ou coletivamente, porém, o traço diferenciador é que lá nos Estados Unidos as *clas actions* mesmo que ajuizadas individualmente podem representar os demais titulares de igual direito violado.

Ainda nos utilizando dos ensinamentos do professor Cassio:

A classe tem de ser extensa o suficiente de modo a impossibilitar, ou, ao menos, não ser conveniente, a reunião de todos seus membros individualmente considerados em um só processo. As questões a serem postas perante a Corte têm que ser comuns, é dizer: deverão ser questões de direito ou de fato comuns para toda a classe. O autor (ou os autores) das class actions tem que demonstrar que é representante típico da classe. O objeto da ação ou da defesa - a class pode figurar, de acordo com o sistema norte-americano, também no pólo passivo da relação jurídica processual - tem que ser típico, característico, da classe.¹¹

Ultrapassada a questão histórica, importante adentrar no espinhoso terreno da natureza jurídica.

Alguns pensadores apoiam-se no diploma legislativo para afirmar se tratarem de direitos ou interesses coletivos, alguns outros discordam e atribuem natureza jurídica de direito individual, porém, por opção legislativa inserida no Código de Defesa do Consumidor, tais direitos podem ser exercitados de forma coletiva.

Dentre todos, pela atribuição de natureza jurídica de direitos individuais:

Tratam-se os direitos individuais homogêneos, antes de tudo, de direitos individuais. Logo, sua proteção pela via coletiva vai depender ainda de dois requisitos, quais sejam: sua homogeneidade e sua origem comum.¹²

¹¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para uma Reflexão Conjunta*. Artigo extraído do portal eletrônico www.scarpinellabueno.com.br, pág. 05.

¹² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 635.

Outros encontram uma classificação híbrida, denominando-os de “acidentalmente coletivos”¹³.

Outra questão importante e extremamente relevante é o critério para identificar o elemento identificador dos direitos individuais homogêneos. Ou seja, que ou o que deve ser considerado para se afirmar que determinado direito é homogêneo.

Esse elemento que liga e que atribui a qualidade de homogeneidade aos direitos, a própria legislação consumerista tratou denominar de origem comum (art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

Em que pese o nome, essa origem comum tanto pode decorrer de circunstância fática quanto de circunstância jurídica.

A intensidade dessa ligação da circunstância fática ou jurídica é que irá determinar o grau de homogeneidade dos direitos, cabendo ao juiz, em ação coletiva, identificar os seus elementos comuns, de fato e ou de direito, que ligam esses direitos.

Essa origem comum pode ser tanto próxima quanto remota, sendo esse fato também importante para definição do grau de homogeneidade dos direitos.

Exemplo disso é dado pelo professor Kazuo Watanabe:

Pode exemplificar como causa próxima ou imediata, a queda de um avião que vitima diversas pessoas; como causa remota ou mediata, a hipótese de dano à saúde, causada por produto nocivo, que pode ter tido como causa próxima questões pessoais, ou o uso inadequado do produto.¹⁴

1.4 Danos Morais Coletivos

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pág. 54.

¹⁴ WATANABE, KAZUO. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do projeto*. 8ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004, pág. 807.

Como se sabe os danos morais tiveram um longo caminho até seu inequívoco reconhecimento pela doutrina e jurisprudência. Isso porque, por vários motivos como a ausência de previsão legal expressa ou até mesmo o pensamento da imoralidade de atribuição econômica para a dor interna, negavam-lhe a vigência, deixando os danos indelevelmente causados a esse título sem o devido reconhecimento e sem a respectiva compensação, ficando o autor do dano, por consequência, isento de qualquer responsabilização:

Numa primeira fase nega-se ressarcibilidade ao dano moral, sob o fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de um *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente afligida à vítima.¹⁵

Superada a fase de reconhecimento legislativo dos danos morais, notadamente após o advento da Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e XX), bem como do Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, incisos VI e VII), restou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de traçar-lhe os elementos e características essenciais.

O professor Flavio Tartuce conceitua o dano moral como sendo:

... o prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa natural ou jurídica, os direitos da personalidade e os seus cinco ícones principais, a saber: a) o direito à vida e à integridade física; b) o direito ao nome; c) direito à honra; d) direito à imagem; e) direito à intimidade.

Dessa forma, em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, desgosto, tristeza, pesar, sofrimento, angústia, amargura, depressão. Em sentido impróprio ou amplo, abrange a lesão de todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, exceto econômicos, como a liberdade, o nome, a família, a honra subjetiva ou objetiva, a integridade física, a intimidade, a imagem.¹⁶

Já nas palavras de respeitado doutrinador da área de responsabilidade civil, conceituando o dano moral e afirmando situações em que este não estaria configurado, Sergio Cavalieri Filho afirma:

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 90.

¹⁶ TARTUCE, FLAVIO. *Questões Controvertidas Quanto à Reparação por Danos Morais. Aspectos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. Artigo Publicado no portal www.flaviotartuce.adv.br (http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_danomoral.doc). Acessado em 12/01/2015.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fungindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.¹⁷

Como se vê, o dano moral acha-se intimamente ligado aos atributos da personalidade de cada indivíduo.

Como visto acima, os direitos transindividuais (difusos e coletivos), possuem duas características principais, a indivisibilidade quanto ao seu objeto e a sua indeterminabilidade quanto ao sujeito – frisa-se que quanto aos direitos coletivos *stricto sensu* há a possibilidade de individualização pelo grupo, categoria ou classe de indivíduos afetados –.

Assim, sendo os danos morais intrinsecamente ligados à personalidade de cada sujeito, não se poderia falar em violação da “moralidade coletiva”.

Exatamente por esta aparente incompatibilidade é que surgiu na doutrina e também na jurisprudência forte resistência no reconhecimento dos danos morais coletivos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça andou firme durante bom tempo neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. REABERTURA. DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Egrégia Primeira Turma firmou já entendimento de que, em hipóteses como tais, ou seja, ação civil pública objetivando a reabertura de postos de atendimento de serviço de telefonia, **não há falar em dano moral coletivo, uma vez que não parece ser compatível com o dano moral a ideia da 'transindividualidade'** (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação).¹⁸ (**grifo nosso**).

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 93.

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) n.º 1.109.908/PR. Ministro Relator Hamilton Carvalhido. Julgamento 22/06/2010. Publicação Oficial 03/08/2010.

(...) 2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, **melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo**, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano. 3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006) 4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiana efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral"¹⁹ (**grifo nosso**).

Todavia, o mesmo tribunal, depois de amadurecer o pensar, passou a reconhecer os danos morais coletivos quando a violação tiver o condão de causar intranquilidade e agitação social relevantes ao ponto de gerar reflexos de ordem extrapatrimonial coletiva:

1 - A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. 2 - **Já foi realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fator transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.** Ocorrência, na espécie. (REsp 121756/RJ, Rel. Ministro MASAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/012, DJe 10/2/012). 3 - No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psíquico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 821.891/RS. Ministro Relator Luiz Fux. Julgamento 08/04/2008. Publicação Oficial 12/05/2008.

sociedade. 4 - Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, o lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.²⁰ (**grifo nosso**)

Certamente, a problemática cinge-se à fixação de parâmetros objetivos para conceituação da exigida intranquilidade e agitação social geradoras de consideráveis reflexos extrapatrimoniais à coletividade, em razão de sua alta subjetividade semântica.

Tarefa que incumbe à jurisprudência, a qual nos fornece bons exemplos:

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é claro ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - **Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento aos consumidores.** IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido.²¹ (**grifo nosso**)

A temática foi inclusive, objeto de estudo e elaboração de enunciado pelas Jornadas de Direito Civil, organizado pelo Conselho da Justiça Federal, a qual caminha no sentido do seu pleno reconhecimento:

Enunciado 456 – Art. 944: A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Como se vê pelo aresto cima colacionado, o dano moral coletivo também possui imensa dificuldade de objetividade quanto às hipóteses de seu cabimento, em

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.291.213/SC. Ministro Relator Sidnei Beneti. Julgamento 30/08/2012. Publicação Oficial 25/09/2012.

²¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.217.756/RJ. Ministro Relator Massami Uyeda. Julgamento 02/02/2012. Publicação Oficial 10/02/2012.

razão, repita-se, da imprecisão semântica que o envolve, ficando à cargo da análise concreta e individualizada de cada situação para definir se se configura hipótese de sofrimento ou intranquilidade social geradora de relevantes consequências na ordem patrimonial coletiva, configurando, então, os danos morais coletivos.

1.5 Tratamento legislativo dos direitos ou interesses transindividuais com destaque aos individuais homogêneos

A tutela dos direitos individuais coletivos foi inaugurada no Brasil pelo advento Lei da Ação Civil n.º 7.347/1985, que disciplina, ainda hoje, as ações civis públicas por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Vale ressaltar que, em que pese se reconhecer que a Lei de Ação Civil Pública fora o verdadeiro diploma pioneiro dos direitos coletivos no Brasil, a Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965) teria sido o embrião gerador dos diplomas coletivos no Brasil por autorizar o ajuizamento de ação por qualquer popular para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público que, sabidamente, pertencem à coletividade:

Ação popular é a garantia de nível constitucional que visa à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. Como as anteriores, cuidava-se de ação, já que a tutela é requerida através de processo com partes ativa e passiva, a ser decidido pelo órgão jurisdicional. O procedimento é contencioso e especial, nesse caso porque a tramitação do feito obedece a regras especiais para a ação.²²

A Lei de Ação Civil Pública representou, à época, grandiosíssimo avanço no reconhecimento e tutela dos direitos transindividuais porque fora, seguramente, o diploma pioneiro na proteção e defesa de direitos dessa natureza.

Pouco tempo depois e já contando com alguma experiência obtida com o seu advento, fora promulgado o Código de Defesa do Consumidor, trazendo em seu

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 1.067.

Capítulo I do Título III, a defesa individual e também coletiva dos direitos dos consumidores, valendo lembrar que os legitimados ao manejo das ações de direitos individuais tanto podem ser os consumidores propriamente ditos, quanto as vítimas do evento do artigo 17²³, conhecidos pela doutrina como consumidores por equiparação.

É verdade que a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, passou a coexistir diplomas distintos no trato da mesma matéria, todavia, a antinomia era e é apenas aparente, ela nunca existiu na verdade.

Isso porque o Código de Defesa do Consumidor veio, em verdade, complementar a Lei de Ação Civil Pública no que toca às ações coletivas. Todavia, há distinções que merecem ser comentadas.

Embora a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor e a ação civil pública da Lei n.º 7.347/1985 guardem fortes semelhanças, possuem divergência de fundamento e de objeto.

A ação civil pública atua na defesa dos direitos transindividuais propriamente ditos (direitos difusos e coletivos), causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e a direitos de valor artístico, estético, histórico, turística e paisagístico, estando, portanto, excluído de proteção qualquer direito individual, inclusive os homogêneos.

É o que se conclui pela leitura do artigo 1º, parágrafo único, da LACP:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS **ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (grifo nosso).**

Aqui vale fazer a ressalva de que alguns doutrinadores entendem possível o manejo da ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos de caráter social²⁴.

²³ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

²⁴ Podendo citar como exemplo João Batista Almeida, in MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 642.

Já a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor tem como objeto a defesa dos direitos ali previstos, ou seja, derivados direta ou indiretamente da relação de consumo, podendo ser manejada para proteção dos direitos transindividuais (difusos e coletivos), e, por expressa autorização legal, também para os direitos individuais homogêneos (art. 81, inciso, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Ainda quanto ao diploma legislativo aplicável às ações para defesa dos direitos e interesses coletivos, cumpre destacar a tramitação de um Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos²⁵, liderado e coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover que revoga integralmente a Lei n.º 7.347/1985 e os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor no que toca aos direitos transindividuais.

Na justificativa de apresentação do mencionado projeto de lei, o parlamentar responsável por sua apresentação se apoiou na necessidade de atualização e modernização dos atuais diplomas regedores dos direitos coletivos *lato sensu* atualmente vigentes, fazendo-o com as seguintes palavras:

A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual – IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, respectivamente.

Porém, enquanto não aprovado e sancionado tal projeto ou, enquanto não revogadas as disposições legais vigentes, é a Lei de Ação Civil Pública juntamente com o Código de Defesa do Consumidor os principais diplomas regentes da matéria.

²⁵ Projeto de Lei n.º 5139/2009, tendo como autor o próprio Poder Executivo, sendo que atualmente aguarda finalização dos pareceres das Comissões para encaminhamento à deliberação e votação da Câmara dos Deputados.

1.6. A legitimidade para exercício dos direitos transindividuais

Alguns doutrinadores reconhecem que o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor²⁶, dispositivo que traça a legitimidade para o exercício do direito nas ações envolvendo direitos transindividuais, acabou desnaturando a dicotomia até então existente entre a legitimidade *ad processum* e a legitimidade *ad causam*, sendo respectivamente a legitimidade para o exercício do direito de ação e a titularidade do direito material perseguido em juízo.

Nas palavras da eminente processualista Teresa de Arruda Alvim Wambier:

O art. 82 do Código de Defesa do Consumidor alterou o conceito clássico de legitimidade, que pressupunha haver uma coincidência entre a titularidade da relação jurídica de direito material posta sob análise do Judiciário e a titularidade da relação jurídica de direito processual, ou seja, aquele que, no plano do direito material, tivesse contratado, seria que teria, agora, legitimidade para figurar num dos polos da relação jurídica de direito processual em que se discutisse a validade daquele mesmo contrato²⁷.

Tal dispositivo inovou na ordem jurídica tradicional e quebrou o dogma de legitimação ordinária e extraordinária ditadas pelos Código de Processo até então vigentes.

Em que pese os maus olhos de alguns doutrinadores mais ligados à tradicional posição da academia processual, a inovação veio em bom momento, talvez tardia, mas ainda em tempo.

Outra discussão preliminar envolvendo a legitimidade para o exercício dos direitos e interesses transindividuais diz com a possibilidade de exercício individual de um direito coletivo ou difuso, ou seja uma ação individual proposta por um particular

²⁶ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

²⁷ Apontamentos sobre as ações coletivas. Revista de Processo 75/279.

tendente a defender um direito notadamente difuso, tal como a preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e social de determinada localidade.

Como visto na classificação dos direitos transindividuais acima, só é tecnicamente correto considerar essa classificação para os direitos e interesses difusos e os coletivos, ficando excluídos os direitos individuais homogêneos em razão da sua natureza jurídica de direito subjetivo individual. Porém, por questão legislativa, fora incluído no rol de direitos transindividuais trazido pelo Código de Defesa do Consumidor somente para fins de exercício.

Pelo que se vê parte da doutrina entende ser impossível a defesa de um direito propriamente transindividual – difusos e coletivo – em razão da indivisibilidade dos titulares, somente estando autorizado, nesses casos, a defesa pelos órgãos ou entes legalmente autorizados a defesa em âmbito coletivo, excluída qualquer tentativa de defesa individual.

Essa é a posição de Rosa Maria de Andrade Nery:

Os direitos difusos, assim como os direitos coletivos, espécies dos chamados direitos transindividuais, possuem natureza indivisível, não podendo, portanto, obter tratamento semelhante ao que se dá para os direitos individuais.²⁸

Porém tal posição se mostra longe da unanimidade, havendo posição altamente sustentável em sentido oposto, por nomes igualmente consagrados da letra jurídica de nosso país.

Os que contrariamente entendem, afirmam que o direito transindividual tem como titular a coletividade, porém excluir a possibilidade de exercício individual desse direito é igualmente negar sua vigência, situação que não seria a mais indicada.

Inclinam-se os adeptos dessa posição no sentido de que os direitos transindividuais (difusos e coletivos) devem sim receber tratamento diferenciado no

²⁸ NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pág.70.

que tange ao exercício individual, mas não simples e puramente negar a tutela de forma individual ao jurisdicionado igualmente lesado pela prática lesiva de tais direitos.

Nesse sentido é a posição de Luiz Rodrigues Wambier:

Se o interessado, titular de uma posição individual, encartável no espectro de abrangência dos direitos indivisíveis (pretensão a respirar ar puro, por exemplo), não conseguir sensibilizar os legitimados para agir em nome da coletividade, certamente deverá valer-se do sistema processual comum, da legitimidade ordinária, previsto no Código de Processo Civil, buscando a tutela jurisdicional também com fundamento em direito subjetivo individual.²⁹

No mesmo sentido é a renomada processualista Ada Pellegrini Grinover:

A questão é, diante desses novos direitos, buscar mecanismos que permitam definir um esquema possível de legitimação para agir.³⁰

Pois bem, voltando à temática da legitimidade para exercício do direito de ação envolvendo direitos transindividuais, importante resgatar o caminho percorrido até os dias de hoje.

Como se sabe, a temática dos direitos transindividuais, ao menos assim reconhecido, teve sua primeira regulação com o advento da Lei de Ação Civil Pública de n.º 7.347/1985 que, dentre outras funções tinha como tarefa primeira a defesa de direitos dessa natureza que decorressem da relação de consumo ou ao meio ambiente, exemplos emblemáticos de direitos transindividuais.

No seu artigo 5º, na sua redação inicial, somente tinham legitimidade para manejo da ação civil pública o Ministério Público, a União, Estados, Municípios e pelos entes da administração direta, autarquias, fundações e empresas públicas ou, ainda sociedade de economia mista e associação que preenchesse os requisitos ali exigidos.

Após a alteração do mencionado dispositivo por meio do advento da Lei n.º 11.448/2007, incluiu-se no rol de legitimados a Defensoria Pública.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigueis. *Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 264.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Problemática dos Interesses Difusos. A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, pág. 38.

Pouco tempo depois seguiu-se a edição do Código de Defesa do Consumidor que, absorvendo as experiências até então colhidas com a Lei de Ação Civil Pública, a complementou introduzindo, por exemplo, os efeitos da coisa julgada (artigos 103 e 104) e a possibilidade de manejo da ação civil pública para direitos individuais homogêneos (artigo 81, inciso III e artigo 91 e seguintes).

Ambas legislações passaram então, a trabalhar em conjunto, formando um verdadeiro “Código” das ações civis públicas.

Esse diálogo é bem aceito e reconhecido pela doutrina pátria:

Em grande medida o CDC e a Lei de Ação Civil Pública constituem, em matéria de tutela de direitos, um só universo, cujas normas de ambos os diplomas legislativos dialogam entre si.³¹

Essa interação foi reconhecida inclusive por esses diplomas, pois o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 117 acrescentou o art. 21 à Lei de Ação Civil Pública que conta com a seguinte redação:

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

Analisando o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor o qual traz a legitimidade para o exercício das ações coletivas envolvendo direitos do consumidor, pode-se concluir, após comparação com o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública que os agentes legitimados são os mesmos, à exceção da Defensoria Pública inserida por meio da Lei n.º 11.448/2007.

Além disso também se pode notar a exigência do requisito da pertinência temática exigido para as entidades e órgãos da administração direta e indireta e também para as associações, respectivamente previstos no art. 82, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Esse requisito exige que tais entidades, se pretenderem manejar ações coletivas, devem conter em seu fim institucional a defesa e a promoção desses mesmos direitos.

³¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 637.

Pois bem, quanto à essa legitimação conferida a tais entes tanto pela Lei de Ação Civil Pública (art. 5º), como pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82), houve outrora certa discussão acerca da natureza jurídica desta legitimidade.

Alguns doutrinadores, ainda com pensamento nas lições tradicionais do processo civil de outrora encontraram dificuldade para classificar sua natureza jurídica, notadamente porque tal modalidade não se encaixa com perfeição à clássica lição da legitimidade ordinária e extraordinária.

Como se sabe, a legitimidade ordinária é aquela a qual há identidade entre o titular do direito e aquele que o exercita em juízo, ao passo que a legitimidade extraordinária não encontra essa mesma correlação, surgindo aí, para alguns, a dificuldade para classificar sua natureza jurídica.

Alguns ainda insistem na legitimação extraordinária pela razão de inexistir titular de direito subjetivo para ajuizar a demanda. Porém outros atribuem outra classificação, tais como legitimação autônoma mediante previsão legal³², legitimação anômala³³ e legitimação institucional³⁴.

Em que pese o inquestionável saber jurídico dos pensadores citados, com eles não se concorda, porque acredita-se que os direitos transindividuais trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor são de dois gêneros distintos, os transindividuais propriamente ditos, compreendendo os direitos difusos e os coletivos, e os direitos individuais homogêneos.

Nos direitos transindividuais propriamente ditos concorda-se com a posição que classifica a legitimidade de exercício em autônoma, pela razão de que a natureza dos direitos violados pressupõe a defesa de forma coletiva e concentrada, pois a violação

³² NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. Vol 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pág. 220.

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo et alli. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 340.

³⁴ ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pág. 119.

do direito surte efeitos diretamente na coletivamente, tanto é verdade que os efeitos dessa violação é a indivisibilidade dos seus efeitos.

Como dito acima, os direitos transindividuais englobam tantos os direitos difusos como também os coletivos, diferenciando-se o primeiro do segundo pelo fato de existir neste a possibilidade de identificação dos sujeitos afetados porque fazem parte do mesmo grupo, categoria ou classe.

Contrariamente se passa com a legitimidade para os direitos individuais homogêneos, que melhor se encaixa na legitimidade extraordinária – melhor seria: legitimidade extraordinária concorrente – porque os verdadeiros titulares daqueles direitos, direitos individuais por natureza, podem exercê-los diretamente, sem prejuízo do exercício da demanda coletiva pelos legitimados por força de lei.

Nesse exato sentido é o pensamento do professor Bruno Miragem:

Já no que se refere aos interesses ou direitos individuais homogêneos, considerando que os legitimados para a ação não são titulares do interesse ou direito postulado em juízo, havendo no caso, sua substituição processual pelos órgãos e entidades indicados na lei, é possível falar-se neste caso de legitimação extraordinária, mediante expressa previsão legal, uma vez que quem pode interpor a ação não será o titular do direito a que ele visa, mas ao contrário, aparece como substituto processual dos titulares, que inclusive poderão optar por promover a demanda individual a par da ação coletiva, em face da chamada legitimação concorrente disjuntiva.

Ainda quanto à legitimidade para propositura das ações coletivas, especialmente quanto as entidades e órgãos da administração direta e indireta, bem como as associações, importante discorrer acerca do nível de sua representatividade.

Como visto, as ações coletivas no direito pátrio tiveram como fonte inspiradora as *class actions* do direito norte-americano. Lá, é plenamente possível que um indivíduo ajuíze demanda com caráter coletivo, ou seja, que surta efeitos e que represente toda uma classe de pessoas ligadas por um interesse em comum (*class*).

Todavia, para que isso seja possível, importantíssimo perquirir e assegurar o nível de representatividade de tal ação perante os demais interessados.

Com as lições das *class actions* aprendemos que o nível seguro de representatividade no direito norte americano se dá por meio de uma autorização

concedida pelo tribunal, denominada “*certification order*”³⁵, que funciona como verdadeira autorização para tramitação daquela demanda representando determinada categoria (*class action*) surtindo, assim, os efeitos desejados e esperados para toda a categoria ou classe.

O nível de representatividade, portanto, assegura a legitimidade necessária à demanda individual, a princípio, para gerar e fazer surtir efeitos para toda uma classe de pessoas, ligadas por um interesse em comum.

Há aqueles doutrinadores que sustentam a possibilidade de utilização desse critério do direito norte americano para o direito pátrio, com a mesma finalidade que possui lá, qual seja, atestar e certificar o nível de representatividade do órgão pretendente ao ajuizamento de demanda coletiva.

Nesse sentido adverte Kazuo Watanabe:

As demandas coletivas levadas a efeitos por associações que, embora obedecendo aos requisitos legais não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma representatividade idônea e adequada.³⁶

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado à conhecimento e deliberação do Congresso Nacional pelo próprio Poder Executivo (PL n.º 5139/2009, que teve como líder dos trabalhos a professora Ada Pellegrini Grinover, continha em sua versão inicial³⁷ os critérios para se aferir a representatividade necessária do órgão ou entidade pretendente ao ajuizamento de uma ação coletiva.

Dentre os vários critérios ali inseridos, podem ser citados a capacidade e experiência, credibilidade, seu histórico na proteção judicial e extrajudicial de

³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 639.

³⁶ WATANABE, KAZUO. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do projeto*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pág. 825.

³⁷ Anexo ao presente trabalho encontra-se a versão apresentada à deliberação da Câmara dos Deputados.

interesses difusos e coletivos, sua conduta perante eventuais processos coletivos que tenha atuado, dentre outros.

Sem embargo, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, versão janeiro/2007, incluía no rol dos colegitimados à ação coletiva ativa “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado” (art. 20, I). (Já o PL da Câmara Federal n. 5.139/2009, sobre a nova ação civil pública, não contempla o cidadão dentre os colegitimados ativos – art. 6º e incisos).³⁸

A jurisprudência pátria, ao menos por hora, não chegou a tanto e, para fins de confirmação da legitimidade se satisfaz com presença da pertinência temática, sem exigir determinado nível de representatividade para confirmar a legitimidade do postulante.

Exige-se, portanto, que haja apenas a pertinência temática entre os direitos transindividuais postulados em juízo e o seu fim institucional.

Essa é a posição que predomina nos Tribunais Superiores:

A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "(...)A pertinência temática significa 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 assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria das Ações Coletivas*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 458.

conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses." in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278.³⁹

Como visto, a questão da legitimidade nas ações coletivas traz questões e discussões complexas porque envolve aspectos materiais e processuais para sua solução, o que acaba por trazer certo nível de dificuldade para o tema.

Mas a problemática não cessa nestas poucas palavras, há ainda que perquirir, talvez, a mais espinhosa questão envolvendo legitimidade nas ações coletivas, relativas ao Ministério Público e os direitos individuais homogêneos que, por questão didática e de entendimento será visto em tópico separado.

1.7 A legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos individuais homogêneos

Não se discute que o Ministério Público exerce função da mais alta importância no cenário nacional, relevantíssimo para a federação e para a democracia brasileira, que consiste na diretriz geral para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴⁰.

Dentre as atividades constitucionalmente reservadas à ele encontra-se o ajuizamento de inquérito civil e ação civil pública para defesa de direitos difusos e coletivos, tal como previsto no art. 129, inciso III, da Constituição Federal:

³⁹ Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) n.º 901.936/RJ. Ministro Relator Luiz Fux. Julgamento 16/10/2008. Publicação Oficial 16/03/2009.

⁴⁰ Constituição Federal. Art. 127. O Ministério Público é 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.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – (...)

II – (...)

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;

As legislações infraconstitucionais reforçam essa função de guardião dos direitos difusos e coletivos, por todos: o Código de Processo Civil⁴¹, A Lei de Ação Civil Pública⁴², o Código de Defesa do Consumidor⁴³ e o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴.

Assim não se discute – aliás, nunca se discutiu – a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento e condução de ações civis públicas ou coletivas envolvendo os direitos transindividuais propriamente ditos que, como visto acima, abrangem os direitos difusos e os coletivos.

A problemática toda, sem dúvida, gira em torno dos direitos individuais homogêneos que, como já tivemos a oportunidade de ver, possui natureza jurídica de direito individual, porém se diferenciando do direito individual puro ou propriamente dito pelo fato de poder ser exercido a título coletivo.

A possibilidade de defesa coletiva dos direitos individuais, inaugurada no cenário legislativo nacional pelo Código de Defesa do Consumidor, tem como norte vários princípios constitucionais, dentre os quais se destacam os princípios da eficiência (art. 37) e o da economia e celeridade processual (art. 5º, inciso LXXVIII),

⁴¹ Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte

⁴² Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público

⁴³ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público

⁴⁴ 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;

evitando-se decisões contraditórias e a multiplicação de processos envolvendo a mesma questão jurídica:

A circunstância de serem tutelados de modo coletivo deve-se a dois fatores principais, quais sejam: sua origem comum e sua homogeneidade, assim como a possibilidade e conveniência de sua tutela coletiva, de modo a evitar a multiplicação de processos e o risco de decisões contraditórias.⁴⁵

No que toca à legitimidade do Ministério Público para a defesa e promoção desses interesses e direitos, como não é de se estranhar, em razão da complexidade da questão, possui entendimento tanto para defendê-la arduamente, como para negá-la veementemente, ambas com argumentos e fundamentos sólidos e plenamente justificáveis.

Àqueles que afirmam pela ausência de legitimidade ativa do Ministério Público, apoiam-se na inconstitucionalidade do artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, primeiro porque a constituição outorga a legitimidade para tal ente apenas e tão somente para a defesa dos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127), dentre os quais se encontram os direitos difusos e coletivos (art. 129, inciso III).

Desta forma, concluem, carecendo aos direitos individuais homogêneos o *status* de direitos coletivos, porque sua natureza jurídica é inegavelmente de direito individual, restaria afastada a legitimidade do Ministério Público.

Confirmando a posição existente na doutrina:

Por outro lado, há os que reconheçam nestes interesses previstos no CDC, espécies de interesses ou direitos disponíveis (ou seja, que poderiam ser manejados ou passíveis de demanda de seus respectivos titulares), razão pela qual sua defesa pelo Ministério Público estaria em contradição com o disposto na Constituição da República, ao reservar a atuação do Órgão à defesa dos interesses individuais indisponíveis.⁴⁶

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 644.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pág. 644.

Alguns ainda chegam a afirmar, nessa mesma linha, que seria possível a defesa dos direitos individuais homogêneos desde que indisponíveis, tal como reza o dispositivo constitucional.

Em posição diametralmente oposta encontram-se aqueles que afirmam pela plena constitucionalidade da legitimidade do Ministério Público previsto no art. 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, desde que o direito individual homogêneo contiver manifesto interesse ou caráter social, o que autorizaria e legitimaria a sua atuação.

Tal posição, como se vê, há pouco tempo recebeu a predileção dos Tribunais Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça:

A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão. Recurso especial provido.⁴⁷

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade ad causam do Ministério Público, seja para a tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, seja para a proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, sempre que caracterizado relevante interesse social.⁴⁸

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública com vistas à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado.⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo entendimento – da legitimidade do Ministério Público – porém sob o fundamento de que os direitos individuais homogêneos não formariam um *tertium genus*, mas comporia em verdade uma subespécie de direito coletivo:

⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 509.654/MA. Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Ministro Relator do acórdão Nancy Andrichi. Julgamento 24/08/2004. Publicação Oficial 16/11/2004.

⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) n.º 562.857/RS. Ministro Relator Humberto Martins. Julgamento 06/11/2014. Publicação Oficial 17/11/2014.

⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.331.690/RJ. Ministro Relator Og Fernandes. Julgamento 04/11/2014. Publicação Oficial 02/12/2014.

A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como 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 (CF, art. 127). 2. 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). 3. 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. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. **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.** 4.1. 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.⁵⁰ (**grifo nosso**).

Talvez um forte argumento utilizando para reforçar a fundamentação supra poderia ser encontrado nas palavras de um dos integrantes da comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Ministro Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, o qual afirma que o fato de existir a homogeneidade entre os direitos individuais que possuam origem comum, teria o condão de transformá-lo num direito transindividual:

No tocante aos direitos individuais homogêneos, há origem comum, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato, e a homogeneidade que os caracteriza implicam a perda de sua condição atômica e estruturalmente isolada e a sua transformação em interesses mercedores de tratamento processual supraindividual.⁵¹

Como visto acima e reconhecido por respeitosa doutrina, os direitos individuais homogêneos possuem mesmo a natureza jurídica de direitos individuais – e, aqui discordamos da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal –, porém, receberam

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário n.º 163.231/SP. Ministro Relator Maurício Corrêa. Julgamento 26/02/1997. Publicação Oficial 29/06/2001.

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.281.023/GO. Ministro Relator Humberto Martins. Julgamento 16/10/2014. Publicação Oficial 11/11/2014.

tratamento de direito coletivo pelo Código de Defesa do Consumidor para fins de economia e segurança jurídica.

Isso porque, com apenas um ou pouquíssimos processos sobre o tema jurídico de fundo resolve-se centenas ou milhares de possíveis lides individuais, além de trazer maior segurança jurídica aos jurisdicionados, ao passo que diminui o chamado risco da “loteria do judiciário”, donde a mesma questão fática e jurídica recebe decisão de mérito diferentes por magistrados igualmente diferentes.

Desta forma, depositamos maior credibilidade e fiabilidade na teoria encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, como visto acima, por entendermos que melhor representa as características peculiares desse novo direito individual homogêneo.

Porém, como visto, tal corrente entende que o Ministério Público esteja autorizado e legitimado à defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, estes devem conter uma característica essencial, qual seja, o “relevante interesse social”.

Hercúlea ou no mínimo difícilíssima é, todavia, a tarefa de precisar com critérios objetivos o que configura o aludido “interesse ou relevância social”.

O Superior Tribunal de Justiça vem tentando sistematizar tais conceitos, em razão da sua alta abstração semântica, pois formam verdadeiras cláusulas gerais ou com conceitos de impossível determinação objetiva:

A relevância social pode ser objetiva (decorrente da própria natureza dos valores bens em questão, como a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde, a educação) ou subjetiva (aflorada pela qualidade especial dos sujeitos – um grupo de idosos ou de crianças, p.ex. – ou pela repercussão massificada da demanda). 13. Há relevância social na tutela dos interesses diretos dos consumidores de Sociedades de Capitalização, grandes captadoras de poupança popular mediante remuneração, cuja higidez financeira importa à economia nacional, tendo por isso mesmo Estado dever de controlar “todas operações” e de fazê-lo “no interesse dos portadores de títulos de capitalização” (arts. 1º e 2º, do Decreto-Lei 261/67).⁵²

⁵² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 347.752/SP. Ministro Relator Herman Benjamin. Julgamento 08/05/2007. Publicação Oficial 04/11/2009.

A fim de demonstrar que os conceitos de relevância e interesse social possuem alta carga subjetiva, traz à colação as palavras do eminente Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rizzato Nunes:

Insista-se nesse ponto: o do interesse social que legitima o Ministério Público na defesa de interesses metaindividuais. A atividade dos empresários fornecedores no mercado de consumo de massa, quando desviada da licitude, não raro dissemina lesões a uma infinidade de consumidores que, isoladamente, são de todo impotentes para obter correção jurídica do comportamento lesivo e a reparação dos danos e prejuízos correlatos. Interessa então a toda sociedade que o próprio Estado, por intermédio do Ministério Público intervenha, judicial ou extrajudicialmente, para o restabelecimento da ordem jurídica e da paz social.⁵³

O próprio Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhando o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, editou verbete sumular atestando e confirmando sua legitimidade para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, desde que presente a relevância social:

SÚMULA n.º 7. “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art.82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art.21º da LAC 7.347/85, **que tenham relevância social**, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes. (ALTERADA A REDAÇÃO NA SESSÃO DO CSMP DE 27.11.12 – Pt. nº 51.148/10) (**grifo nosso**).

Fornecendo a seguinte justificativa para sua edição:

Fundamento: (i) conveniência de se fazer constar, de forma expressa a legitimidade do Ministério Público, para a defesa de interesses individuais homogêneos de “consumidores”, a qual decorre não só dos termos do art.129, III, da CF, uma vez que tal categoria de direitos ou interesses se constitui em subespécie de interesses coletivos, como dos expressos termos do art.81, III, c/c o art.82, I, do CDC, e da jurisprudência atual e consolidada de nossos Tribunais Superiores, já tendo sido, inclusive, editada a Súmula 643 pelo E. STF, em matéria de mensalidades escolares, sendo incontáveis os julgados, tanto do E. STF, como do E. STJ, que reconhecem a legitimidade ministerial para a propositura de ações civis públicas visando à defesa de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo, tais como daqueles originários de contratos bancários, consórcios, seguros, planos de saúde, TV por assinatura, serviços telefônicos, compra e venda de imóveis, etc., **cabendo lembrar aqui que todos os direitos dos consumidores são de ordem pública e interesse social** (art.1º do CDC), possuem fundamento constitucional (art.5º, XXXII e 170, V, da CF), sendo irrenunciáveis e, pois, indisponíveis, enquanto tais pelo consumidor, nos termos do art. 51, I, do

⁵³ NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 815.

CDC; (ii) conveniência de se evitar a defesa de teses e interpretações errôneas, de que a Súmula 07 do Conselho Superior não se aplicaria aos direitos individuais homogêneos dos consumidores; (iii) conveniência de se explicitar que também em outras áreas de atuação do MP, além da proteção do consumidor, podem ser movidas ações civis públicas, para a defesa de interesses individuais homogêneos, eis que o art.81, III, do CDC, se aplica a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21º da LAC; (iv) conveniência de se reafirmar a necessidade de existir relevância social para a atuação do MP, em qualquer hipótese; (v) conveniência de se expressar, de forma mais clara, simples e objetiva, as circunstâncias que podem denotar relevância social, sempre em caráter expressamente exemplificativo.

Assim pode-se concluir, respeitadas as opiniões em sentido contrário, que a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos parece mesmo inquestionável, confirmando a constitucionalidade do artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, relegando ao caso concreto posto *sub judice* a análise da relevância ou interesse social da questão, deixadas ao exclusivo crivo do magistrado, por se tratar, como visto, de questões com alto grau de subjetividade interpretativa.

1.8 A Coisa Julgada *secundum eventum litis* previsto no Código de Defesa do Consumidor

A coisa julgada, como dizem os processualistas, é tema da mais alta problemática, pois seguramente é dele que decorrem as mais complexas discussões teóricas e práticas de que temos notícia.

A coisa julgada, é certo, possui inegável importância e função no sistema democrático, eis que acha-se intimamente ligada à segurança jurídica e das instituições democráticas.

Tamanho sua importância que goza de *status* constitucional, sendo também um direito e uma garantia fundamental, já que encontra-se no rol mínimo do artigo 5º da Constituição Federal, precisamente no inciso XXXVI:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A problemática já se inicia ao se afirmar sua natureza jurídica, que para alguns trata-se de um mero efeito da sentença. Porém, doutrina contemporânea tratou de defini-la não como um simples efeito da sentença, mas sim como um atributo ou qualidade que se agrega à sentença:

O que vale destacar sobre a natureza jurídica da coisa julgada é que de uma concepção que entendia a coisa julgada como um “efeito” da sentença, o qual se vinculava, única e exclusivamente, a seu efeito declaratório, quase como uma necessidade que se impunha para justificar como “correta”, quiçá como única, a declaração de um direito obtida jurisdicionalmente, a doutrina mais recente – e para esta finalidade o papel de Enrico Tullio Liebman não pode deixar de ser referido – passou a entender a coisa julgada não como um efeito da sentença, mas, bem diferentemente, como uma especial qualidade atribuída a seus efeitos; a quaisquer de seus efeitos e não somente aos efeitos declaratórios.⁵⁴

A diferença prática consiste na constatação de que se a tomarmos como simples efeito da sentença, inexistiria a possibilidade de autoexecutoriedade das decisões, dependendo esta, da formação da coisa julgada para que possa surtir efeitos práticos.

Diferentemente, se considerarmos a coisa julgada como uma qualidade que se agrega à sentença/decisão judicial, há a possibilidade de autoexecutoriedade das decisões judiciais. Ou seja, a sentença ou decisão judicial mesmo antes de “transitar em julgado”, em outras palavras, antes de se revestir da imutabilidade da coisa julgada, pode, gerar e surtir os efeitos dela desejados, exemplos disso está contido nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, que tratam das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

Outro exemplo emblemático é a execução provisória do julgado prevista no artigo 475-O, também do Código de Processo Civil que, também apesar de igualmente não gozar do *status* de coisa julgada, resulta efeitos práticos como a penhora, avaliação dos bens e, nos casos de dispensa da caução, até a satisfação da execução.

Assim, a coisa julgada pode ser sintetizada como uma qualidade que se agrega à sentença ou decisão judicial em seus mais diversos capítulos, não devendo

⁵⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. Volume 2, Tomo I, 6ª edição. São Paulo: Saraiva: 2013, pág. 367.

confundir, repita-se, os efeitos práticos que surte a decisão judicial com a qualidade da imutabilidade que a reveste.

Nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, os efeitos da coisa julgada são, de alguma forma, relativizados quanto ao objeto e quanto ao sujeito, o que a doutrina tratou de denominar de efeitos da sentença *secundum eventum litis*.

Para melhor análise importante a leitura do dispositivo legal:

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

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

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

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

Como se vê pelo estudo das hipóteses legais, que são aliás, autoexplicativas, a coisa julgada terá repercussões diversas de acordo com o resultado da demanda.

Nas ações envolvendo direitos difusos (inciso I do artigo 103), o efeito da sentença será *erga omnes*, ou seja, extensível à todos os envolvidos, salvo se for de improcedência por insuficiência de provas, ocasião em que estará autorizado o ajuizamento da ação individual com base outras provas.

O mesmo ocorre com os direitos coletivos *stricto sensu*, todavia esse efeito geral fica limitado ao grupo ou categoria de pessoas afetadas, o que o dispositivo legal tratou de denominar "*ultra partes*":

O sentido de "*ultra partes*" é o de estender os efeitos da coisa julgada a todos os consumidores integrantes do grupo, categoria ou classe, quando a ação visar a proteção dos chamados direitos coletivos previstos no inciso II do parágrafo único do art. 82.

Se a ação for julgada improcedente com avaliação das provas produzidas, da mesma maneira o efeito é ultra partes e impede a propositura de nova ação coletiva, mas não fica impedido o ajuizamento de ações individuais.⁵⁵

Diferentemente se dá quanto aos direitos individuais homogêneos (inciso III do art. 103), que terá efeito *erga omnes* apenas no caso de procedência da ação coletiva, ou seja, em raciocínio inverso, se ação for julgada improcedente, por qualquer motivo, poderá ser ajuizada a ação individual, portanto, não há vinculação alguma.

Aqui vale a pena lembrar que, por se tratar de direitos individuais, há plena possibilidade de ajuizamento das demandas individuais pelos consumidores afetados, porém, eles também podem atuar como litisconsortes das ações coletivas.

É a conclusão extraída do artigo 94, que exige a publicação dos editais de intimação dos consumidores a fim de que, caso queiram, ingressem no feito como litisconsortes ativos:

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

1.9 A extensão territorial da coisa julgada nas ações coletivas

Vivemos em uma federação que, como se sabe, é dividida entre poderes institucionais diversos, diferenciando-se, portanto, do estado unitário, o qual concentra todo poder político e administrativo num único legitimado.

Isso significa que todos os entes participantes da federação gozam de autonomia política, elegendo seus próprios governantes e administrativa, consistente na organização da estrutura mínima dos serviços essenciais, nestes incluídos o poder

⁵⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 872.

jurisdicional, exceto quanto aos municípios que não gozam de Poder Judiciário próprio⁵⁶.

O Poder Judiciário, assim, organiza-se no âmbito federal e estadual, tendo como limite de atuação a sua circunscrição territorial.

Após o surgimento das ações coletivas, surgiram também os problemas práticos decorrentes, como já tivemos a oportunidade de ver em relação à legitimidade e, agora com a coisa julgada.

A questão cinge-se ao efeito espacial de que surge de uma ação coletiva. Ou seja, qual a extensão territorial que tem eficácia uma sentença proferida em ação coletiva, se em âmbito estadual, municipal ou até mesmo se em âmbito federal ou se, neste último caso, seria necessário a provação da justiça federal para validade e eficácia desta decisão.

Há algumas vezes no sentido da restrição territorial dos efeitos das ações coletivas, por respeito à competência territorial de cada um dos entes federados, afirmando, exemplificativamente que não se poderia conceber que uma decisão tomada no âmbito municipal (destaca-se, pela Justiça Estadual) irradiasse efeitos para os âmbitos estaduais e federais sem interferir na competência constitucional de tais entes federativos.

Esse argumento não se sustenta porque a vinculação de um órgão jurisdicional diverso ou até mesmo hierarquicamente superior à uma decisão judicial de órgão inferior, não lhe retira a competência constitucional.

Ademais, limitar os efeitos espaciais de uma ação coletiva é tirar-lhe todo o seu potencial defensivo, esvaziando seu próprio objetivo, qual seja, a defesa dos direitos e interesses transindividuais, e também dos individuais homogêneos, para os direitos decorrentes da relação de consumo.

⁵⁶ Art. 30. Compete aos Municípios: (...) § 4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Já temos, inclusive, exemplos disso com a sentença que decreta a falência ou recuperação judicial de empresas proferida por juízo Estadual, a qual, de forma inegável, gera efeitos *erga omnes*, inclusive em relação à justiça federal.

Assim, a doutrina pátria seguia no sentido da consolidação da ampla eficácia territorial da sentença proferida em ação coletiva, se restringindo à poucas e fracas vozes no cenário nacional com posição contrária.

Ocorre que tal corrente se fortaleceu em razão da alteração da Lei de Ação Civil Pública (n.º 7.347/1985) por meio da edição da Lei n.º 9.494/1997 que alterou a redação do artigo 16, o qual passou a contar com a seguinte redação:

Art. 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. (**grifo nosso**).

Como se vê, talvez por técnica legislativa questionável, a redação, de fato, é capaz de gerar dúvidas nos espíritos mais convencidos de que a eficácia da sentença em ações coletivas teria limitação territorial à circunscrição judiciária prolatora da decisão. Cumpre destacar que aqui se trata de direitos transindividuais, ou seja, difusos e coletivos, pois a Lei de Ação Civil Pública, como visto acima, não trata dos direitos individuais homogêneos.

Porém, felizmente a doutrina e jurisprudência mantiveram o entendimento anterior e descartaram tal hipótese, com apoio nas diretrizes e na finalidade maior da própria ação coletiva, qual seja, pulverizar, de forma sistemática, igualitária e com respeito a todos os valores democráticos, a entrega da tutela jurisdicional:

Mas a verdade é que o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública não tem como vingar no sistema jurídico constitucional brasileiro, uma vez que está em plena contradição com as normas e os princípios do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, ele contradiz a própria estrutura da LACP, enquanto o Código de Defesa do Consumidor é firme, claro e coerente ao dizer que os efeitos são erga omnes e, pois, estendem-se a todo território nacional, gerando conteúdo formal adequado e condizente com os princípios e normas constitucionais e para além dos limites de competência territorial do órgão prolator da decisão.

Ademais, ir de encontro com tal pensamento seria contrariar o próprio espírito tanto do Código de Defesa do Consumidor, como da Lei de Ação Civil Pública que, como visto, constituem hoje um verdadeiro “microsistema do direito coletivo”:

(...) por força do art. 21 da Lei n.º 7.347/85, é de se considerar, seguramente, que o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, um microsistema próprio do processo coletivo de defesa dos direitos do consumidor, devendo ser, portanto, interpretados sistematicamente.⁵⁷

Os tribunais tem se mantido firme nesse sentido, notadamente o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS. 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. **O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos**, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. 4. Recurso especial provido.⁵⁸ (**grifo nosso**).

Como se vê pela leitura do julgado colacionado supra, os tribunais tem levado em consideração, para fins de atribuir legitimidade às decisões proferidas em ação coletiva, não a competência territorial do órgão prolator, mas sim a extensão territorial dos danos.

Contra esse entendimento não se pode discordar, haja vista que, como visto acima, entendimento em sentido contrário diminuiria ou até mesmo anularia o objetivo maior das ações coletivas.

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 951.785/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgamento 15/02/2011. Publicação Oficial 18/02/2011.

⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 557.646/DF. Ministro Relator Eliana Calmon. Julgamento 13/04/2004. Publicação Oficial 30/06/2004.

2. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

2.1 Liquidação de sentença – Conceito e Natureza Jurídica

A liquidação da sentença, atualmente, inaugura nova fase procedimental, mas nem sempre foi assim.

Ainda remanesce certa divergência no que toca a natureza jurídica da liquidação da sentença após as últimas reformas promovidas no Código de Processo Civil na parte que disciplina a execução dos títulos judiciais e dos títulos extrajudiciais, pelos respectivos diplomas restauradores as leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006.

Essas legislações alteraram de modo significativo toda a sistemática executiva, incluindo a liquidação do título, ou seja, o *quantum debeatur*, e à essa unificação dos procedimentos a doutrina tratou denominar de sincretismo processual.

A exposição de motivos do projeto de lei que se converteu na lei n.º 11.232/2005, fornece e muito o espírito que motivou aquela importante reforma:

Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da mora (quando menos o 'dammo marginale in senso stretto' de que nos fala ÍTALO ANDOLINA), o demandante logra obter alfim a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o 'bem da vida' a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante 'embargos', com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos.

Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes e agravos.

(...)

As teorias são importantes, mas não podem se transformar em embaraço a que se atenda às exigências naturais dos objetivos visados pelo processo, só

por apego ao tecnicismo formal. A velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento é hoje idéia do passado, de sorte que a verdade por todos aceita é a completa e indispensável integração das atividades cognitivas e executivas.⁵⁹

Superada a fase histórica-legislativa impulsionadora da reforma dos mencionados diplomas legais, retomamos a problemática da natureza jurídica da liquidação de sentença, a qual não fora, inclusive nos dias atuais, totalmente superada pela doutrina processualista.

Para o professor Cassio Scarpinella Bueno trata-se de mera fase procedimental:

A liquidação é mera fase do processo, em que a atenção do juiz e das partes volta-se fundamentalmente a encontrar, em amplo contraditório, o valor da obrigação por cumprir, viabilizando, com isto, seu cumprimento (voluntário ou forçado, pouco importa).⁶⁰

Já para o professor José Miguel Garcia Medina trata-se de ação autônoma:

O elemento fundamental para caracterização da autonomia da liquidação de sentença, assim, reside na diversidade de objetos da ação condenatória genérica e da ação de liquidação. No caso, a ação condenatória terá como objeto a obtenção de sentença que determine a responsabilidade do réu pelo dano causado (ou seja, o na debeatur); diferentemente, a liquidação terá por objeto a apuração do quantum debeatur.⁶¹

Nesse tópico importante informar que o provável futuro Novo Código de Processo Civil, por meio de sua versão final, votada em sessão deliberativa do Senado Federal no dia 17/12/2014, aparentemente seguiu a corrente que atribui a natureza jurídica de ação autônoma, pois determina a citação do requerido para apresentar contestação:

Art. 508. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de quinze dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código.

⁵⁹ Encontrada em:

<http://imagem.camara.gov.br/MostrarIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3253&intAnoProp=2004&intParteProp=1>. Acessado em 09/01/2015.

⁶⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. Volume 2, Tomo I, 6ª edição. São Paulo: Saraiva: 2013, pág. 132.

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 234.

Todavia, mesmo que seja exigida a “citação” do requerido, é mantido o agravo de instrumento para impugnação da decisão que encerra a fase de liquidação, permanecendo, assim, a dúvida acerca da sua real natureza jurídica:

Art. 1.012. (...)

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Outra questão de igual importância e também geradora de acirrada divergência na doutrina, diz respeito à natureza jurídica da decisão que decide o incidente de liquidação de sentença, se se trata de decisão interlocutória por decidir questão incidente (o *quantum debeatur*), ou se é uma verdadeira sentença com conteúdo declaratório, nesse caso enquadrando-se na hipótese do inciso I do art. 269, Código de Processo Civil.

Novamente a doutrina moderna diverge, sendo que a primeira corrente entendendo se tratar de questão incidente:

*“Ela não desempenha mais função de sentença e, portanto, observe-se, ainda, o pouco que sobrou do sistema do CPC desde sua formulação em 1973, dela não caberá apelação. (...). Assim, e não obstante a polêmica aventada, o melhor entendimento é o de que a decisão a que se refere o art. 475-H é verdadeira interlocutória(...). Ela dá por encerrada uma fase do processo, sendo insuficiente para esse fim, que seu conteúdo possa, de alguma forma, ajustar-se aos incisos do art. 267 ou 269”.*⁶²

Já a segunda corrente afirma tratar-se de sentença:

*“Como consequência desta nossa concepção acerca da natureza da liquidação (...), pensamos que no caso se está diante de pronunciamento que tem conteúdo de sentença, daí se devendo extrair as respectivas consequências jurídicas. Assim pensamos porque no referido pronunciamento, o juiz decidirá porção da lide ainda não decidida, consistente exatamente na extensão do quantum debeatur, encartando-se a decisão no art. 269, I, CPC”.*⁶³

⁶² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Processo Civil*. Volume 2, Tomo I, 6ª edição. São Paulo: Saraiva: 2013, pág. 141.

⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 236.

Independentemente da corrente que se adota, ambas correntes doutrinárias concordam com a utilização do princípio da fungibilidade justificando na existência de sérias dúvidas acerca da sua verdadeira natureza jurídica.⁶⁴

Em que pese a doutrina convergir nesse sentido, ou seja, de que, em razão de postulados maiores como da segurança jurídica e da instrumentalidade das formas, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal, o Superior Tribunal de Justiça nega taxativamente a aplicação de tal princípio para as decisões que resolvem a liquidação de sentença, após o advento das leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006, ao argumento de que há lei expressa nesse sentido⁶⁵, negando a existência de dúvida séria e real quanto a qual recurso deve ser manejado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. LIQUIDAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. 1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356/STF quando a questão infraconstitucional suscitada no recurso especial não foi enfocada no acórdão recorrido, nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração. 2. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 3. **Publicada a decisão de liquidação quando já estava em vigor a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que inseriu o artigo 475-H no Código de Processo Civil, o recurso cabível é o agravo de instrumento.** 4. Agravo regimental desprovido.⁶⁶ (grifo nosso).

PROCESSO CIVIL. LIQUIDAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. Publicada a decisão de liquidação quando já estava em vigor a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que inseriu o artigo 475-H no Código de Processo Civil, o recurso cabível é o agravo de instrumento. **Havendo previsão expressa na lei, a utilização do recurso de apelação configura erro grosseiro, sendo inadmissível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.** Agravo regimental não provido⁶⁷. (grifo nosso).

⁶⁴ No entanto, na medida em que a controvérsia atinja níveis de desorientação do jurisdicionado, enquanto ela não for solidamente unificada, à hipótese é irrecusável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. cit. Pág. 141/142.

⁶⁵ Código de Processo Civil. Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.

⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AgRg no Ag) n.º 987.290/RS. Ministro Relator João Otávio de Noronha. Julgamento 23/09/2008. Publicação Oficial 28/10/2008.

⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AgRg no Ag) n.º 946.131/RS. Ministro Relator Ari Pargendler. Julgamento. 27/05/2008. Publicação Oficial 05/08/2008.

Estamos aqui em um dos infelizes casos em que a jurisprudência segue em rumo totalmente oposto à doutrina majoritária, contribuindo, quiçá, para o aumento da sensação de descrédito da Justiça do Poder Judiciário.

2.2 Destinação dos Valores Obtidos por Meio das Ações Coletivas e as *Fluid Recovery*

Superada a fase inicial envolvendo as discussões doutrinárias relativas à natureza jurídica e conceito do instituto da liquidação de sentença, trataremos neste tópico quanto a destinação dos valores obtidos com a execução de sentença coletiva.

Inicialmente falaremos dos direitos transindividuais propriamente ditos, ou seja, os difusos e coletivos, dispondo a Lei de Ação Civil Pública que:

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

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

Já o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, inserido no Capítulo II (Das Ações Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos) do Título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo), dispõe que:

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Art. 97. 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.

Pela análise dos dispositivos supra, pode-se constatar que a destinação dos valores obtidos numa eventual execução de sentença de ação coletiva, quando se tratar de direitos difusos e coletivos, terão como destinação um fundo cuja gestão terá participação necessariamente o Ministério Público.

Quanto aos direitos individuais homogêneos de que trata os artigos 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor, a liquidação e a execução serão propostas diretamente pelos consumidores legitimados àquele direito, devendo, para tanto, comprovarem a origem comum do direito, bem como a sua legitimidade, para se considerarem legitimados da indenização dos danos que suportaram.

Aqui vislumbra-se uma gritante diferença entre as ações provenientes de direitos difusos ou coletivos daquelas que se fundam em direitos individuais homogêneos.

Enquanto as ações coletivas calcadas em direitos difusos e coletivos, muito em razão da origem indivisível desse direito, dão origem às condenações em dinheiro, portanto já líquidas ou passíveis de liquidação *prima facie*, as sentenças coletivas provenientes de direitos individuais homogêneos são genéricas e fixam apenas as bases da responsabilidade do réu, deixando para a liquidação da sentença a fixação do *quantum debeatur*.

Ocorre que, nas liquidações de sentença de direitos individuais homogêneos, deverá, o autor se dizente lesado, provar não apenas o *quantum debeatur*, mas também a sua legitimidade *ad causam*, ou seja, a titularidade do próprio direito invocado.

Desta forma, a legitimidade nas ações individuais, consistente na prova da existência do direito reconhecido em ação coletiva acaba sendo o mérito do próprio incidente de liquidação individual de sentença coletiva, é o que parte da doutrina denomina de *cui debeatur*.

Vê-se, assim, que a liquidação individual da sentença coletiva tem por objeto não apenas a definição do quantum debeatur. A própria condição de titular do direito deverá ser objeto de prova. Assim, o processo de liquidação, nesses casos, especificamente ligados à tutela coletiva de direitos individuais

homogêneos, tem por objeto, também, o *cui debeat* (isto é, saber a quem se deve).⁶⁸

Nesse sentido já se assentou a jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. APLICAÇÃO DE TESE JURÍDICA DIVERSA DAQUELAS DEFENDIDAS NOS ACÓRDÃOS EMBARGADO E PARADIGMA. CABIMENTO. AÇÃO CIVIL COLETIVA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 9.494/97, ART. 1º-D. INAPLICABILIDADE. 1.O exame dos embargos de divergência não se restringe às teses em confronto do acórdão embargado e do acórdão paradigma acerca da questão federal controvertida, podendo ser adotada uma terceira posição, caso prevalente. Precedentes das 1ª e 2ª Seções. 2. **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 promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material.** 3. A regra do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva. 4. Embargos de divergência improvidos.⁶⁹

3. O cumprimento individual de sentença coletiva, voltada esta à satisfação de interesses individuais homogêneos, pressupõe fase prévia de liquidação que não se limita apenas à apuração do quantum **debeat** (valor devido), incluindo também avaliação acerca da legitimidade (ou titularidade do direito) daquele que se afirma credor (**cui debeat**). 4. Tendo sido o montante da condenação apurado desde logo pelo credor por simples cálculo aritmético, a exceção de pré-executividade voltada à melhor apuração do **cui debeat** mais aproxima o processo da etapa de liquidação do que propriamente o encaminha à fase de efetivo cumprimento da sentença.⁷⁰

Assim, se devidamente comprovado, em “ação” individual tanto o *cui debeat*, como o *quantum debeat*, será devido ao consumidor lesado os valores dos danos causados pelo réu da ação coletiva.

Quanto à satisfação do título judicial propriamente dita, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 100 previu a hipótese em que os consumidores deixem de exercer seu direito à “habilitação”, ou seja, quando não há o ajuizamento das

⁶⁸ WAMBIER. Luiz Rodrigueis. *Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 324.

⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) n.º 475.566/PR. Ministro Relator Teori Albino Zavascki. Julgamento 25/08/2004. Publicação Oficial 19/09/2004.

⁷⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.239.430/PR. Ministra Relatora Nancy Andrigui. Julgamento 05/11/2013. Publicação Oficial 13/11/2013.

liquidações e execuções individuais em número compatível com a gravidade e extensão do dano:

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

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

Isso é o que a doutrina tem chamado de *fluid recovery* (tradução livre: recuperação do fluido), ou seja, quando os consumidores deixam de ingressar com a liquidação e execução individual das sentenças condenatórias obtidas em ações coletivas.

Neste caso o Ministério Público, um dos legitimados ao ajuizamento da ação coletiva, retoma, em caráter subsidiário, a legitimidade também para a execução e satisfação do título judicial.

O objetivo de tal instituto é, sem dúvida, não fazer com que a sentença da ação coletiva se torne inócua ou não produza efeitos, bem como impedir que o fornecedor lesante, escape à sua responsabilidade de tornar indene os danos causados à coletividade de consumidores:

Nesse contexto, portanto, insere-se o instituto da reparação fluida (*fluid recovery*), positivado no artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade consiste em evitar que a sentença proferida nos autos da ação coletiva se torne inócua, deixando impune o fornecedor que atuou ilicitamente, nos casos em que não haja habilitação dos consumidores lesados e interessados ou que esta tenha se dado em número incompatível com a gravidade do dano.

Trata-se, em essência, de instrumento para garantir a utilidade do provimento obtido por meio da ação coletiva, ainda que não tenha havido habilitação das vítimas ou que essa tenha se dado em número insuficiente. O procedimento em tela, no então, é caracterizado pelos aspectos da eventualidade e subsidiariedade, possuindo hipóteses bastante restritas de aplicação, isto é, após o transcurso do prazo de 1(um) ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano. Cumpre destacar, neste ponto, a característica da subsidiariedade, pois, diversamente do que ocorre na fase cognitiva dação coletiva ajuizada para defesa de interesses individuais homogêneos, em que objeto afigura-se indivisível, quando se trata de pleitear efetivamente a reparação do dano, essa indivisibilidade é

superada pela necessária individualização dos prejuízos, com apuração da extensão das lesões sofridas por cada uma das vítimas/interessados.⁷¹

Ocorre que, para que os consumidores possam exercer seu direito ao ingresso da liquidação e execução individual das sentenças coletivas é preciso dar-lhe ciência, sem a qual, não seria correto nem justo correr prazo prescricional.

Ocorre que o artigo 96 do Código de Defesa do Consumidor, que tratava sobre o tema recebeu veto jurídico ao argumento de que “o art. 93 não guarda pertinência com a matéria”:

Ou seja, transitada em julgado a sentença condenatória da ação coletiva de direitos individuais homogêneos, ter-se-á que oportunizar os consumidores para que se “habilitem”, ou seja, para que ingressem com suas respectivas liquidações e execuções individuais, porém, com o veto do artigo 96, a matéria ficou carente de regulação.

Nesse passo a doutrina e a jurisprudência se inclinaram a manter a exigência de publicação dos editais de cientificação dos consumidores para que, caso queiram, ajuízem suas respectivas liquidações e execuções individuais:

Neste particular, importante repisar que o processo coletivo tem como característica a efetivação da tutela jurídica de direitos referentes à coletividade. Contudo, tendo em vista possibilidade de individualização do interesse/objeto, bem assim de determinação de seus titulares, faculta-se às vítimas ou seus sucessores que venham a requerer o cumprimento, de forma individual, do julgado. Desse modo, imprescindível a cientificação dos interessados, por meio da divulgação da sentença condenatória, para efetivação do provimento jurisdicional, ainda que tenha sido vetado artigo 96 do Código de Defesa do Consumidor, que previa: “Art. 96. Vetado – Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado disposto no art. 93.”⁷²

6. A legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente

⁷¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.156.021/RS. Ministro Relator Marco Buzzi. Julgamento 06/02/2014. Publicação Oficial 05/05/2014.

⁷² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 1.156.021/RS. Ministro Relator Marco Buzzi. Julgamento 06/02/2014. Publicação Oficial 05/05/2014.

causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilícitamente de arcar com a reparação dos danos causados. 7. **No caso sob análise, não se tem notícia acerca da publicação de editais cientificando os interessados acerca da sentença exequenda, o que constitui óbice à sua habilitação na liquidação, sendo certo que o prazo decadencial nem sequer iniciou o seu curso, não obstante já se tenham escoado quase treze anos do trânsito em julgado.** 8. No momento em que se encontra o feito, o Ministério Público, a exemplo dos demais entes públicos indicados no art. 82 do CDC, carece de legitimidade para a liquidação da sentença genérica, haja vista a própria conformação constitucional desse órgão e o escopo precípua dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem sua natureza disponível.⁷³ (**grifo nosso**).

Quanto à destinação dos valores obtidos por meio das liquidações e execuções conhecidas como *fluid recovery*, como se pode ver pela redação do parágrafo único do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, terá o mesmo destino dos valores obtidos por meio da execução das sentenças em ações coletivas envolvendo direitos difusos e coletivos, qual seja, os fundos de que trata o artigo 13 da Lei n.º 7.347/1985 que, necessariamente conta com a participação do Ministério Público em sua gestão.

2.3 Liquidação Individual das Sentenças Coletivas de Direito Individual Homogêneo

Superadas todas as questões problemáticas envolvendo as ações coletivas tendo como pano de fundo os direitos individuais homogêneos e, obtido o título judicial condenatório por um dos legitimados, bem como publicado o edital de cientificação dos consumidores é chegado o tão aguardado momento da satisfação do crédito.

Todavia, antes da derradeira satisfação, necessário se faz liquidar o título judicial da ação coletiva, pois a carga condenatória é tão somente genérica e se limita a fixar a responsabilidade do réu pelos danos (artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor).

Suscita-se a dúvida, então, qual a modalidade de liquidação de sentença prevista no Código de Processo Civil mais adequada para este caso, por simples

⁷³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n.º 869.583/DF. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgamento 05/06/2012. Publicação Oficial 05/09/2012.

cálculo aritmético (art. 475-B), por arbitramento (art. 475-C e D), que se dará quando exigir a natureza da causa, estiver determinado na sentença ou for convencionado pelas partes ou, por artigos (art. 475-E e F), que se dá quando há necessidade de demonstrar e provar fato novo.

Como visto acima, na liquidação individual de sentença coletiva, o seu mérito é justamente a legitimidade ou titularidade do direito (*cui debeat*), portanto, necessário se faz nesta liquidação a prova deste fato novo.

Sendo assim, a modalidade de liquidação que mais se encaixa ao caso é por arbitramento:

Quanto ao procedimento que se deva utilizar para a liquidação da sentença condenatória genérica relativa a direitos individuais homogêneos defendidos coletivamente, pensamos que necessariamente o autor do pedido de liquidação terá que se servir da liquidação por artigos. Segundo nosso entendimento, haverá sempre, nesses casos, necessidade de prova, porque as vítimas ou seus sucessores deverão demonstrar sua vinculação ao conteúdo do decisum, em decorrência da ligação dos fatos descritos no pedido de condenação com a esfera jurídica de cada vítima e a extensão dos danos sofridos em seu patrimônio ideal.⁷⁴

Chegado ao *quantum debeat* por meio da sentença de liquidação proferida nos autos da ação de liquidação individual promovida pelo consumidor, em que pese inexistir determinação legal nesse sentido, acreditamos que a legislação aplicável é o Código de Processo Civil, com o procedimento previsto para o cumprimento de sentença, previsto no art. 475-I e seguintes.

Por fim, importa destacar importante problemática envolvendo as liquidações individuais das sentenças coletivas de direitos individuais homogêneos, havendo concomitância de execuções coletiva e individuais, qual haveria de prevalecer?

Pela leitura fria do artigo 99 do Código de Defesa do Consumidor, pode-se concluir que a prevalência é mesmo do consumidor, exequente individual:

Na hipótese de existência de liquidações distintas e concomitantes, umas promovidas pelas vítimas do dano ou seus sucessores e outra de iniciativa de qualquer dos legitimados do art. 82, incide o disposto no ar. 99 do CDC,

⁷⁴ WAMBIER. Luiz Rodrigueis. *Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 331.

cuja redação é a seguinte: Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.⁷⁵

2.4 Liquidação da Sentença e o Novo Código de Processo Civil

No dia último dia 17 de dezembro, fora promovida a última votação no Senado Federal do então projeto de lei do novo Código de Processo Civil, cujo resultado foi frutífero, encerrando a etapa de deliberação legislativa, restando, agora, à Presidenta da República exercer sua função constitucional, aprovando e promulgando na íntegra ou, por motivos jurídicos ou de interesse público, veta-lo total ou parcialmente.

A liquidação de sentença não sofre grandes alterações, sendo a mais significativa a exclusão da modalidade de liquidação por simples cálculo aritmético (art. 475-B do Código de Processo Civil vigente), e a inclusão da liquidação como *procedimento comum*, quando houver necessidade de provar e alegar fato novo, que hoje a conhecemos como liquidação por artigos:

Art. 506. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á a sua liquidação, a requerimento do credor ou devedor:

I – por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II – pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Para os casos em que a liquidação da sentença depender apenas de cálculo aritmético, a redação remete diretamente ao cumprimento de sentença:

Art. 506. (...)

§ 1º (...)

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

⁷⁵ WAMBIER. Luiz Rodrigueis. *Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 330.

Outra questão interessante é a determinação de que o título judicial será corrigido e atualizado monetariamente por índice fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo que hoje os índices são fornecidos pelos próprios Tribunais em âmbito federal e estadual:

Art. 506. (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

Atualmente se dá a liquidação por arbitramento por convenção das partes ou determinado na própria sentença (475-C do Código de Processo Civil vigente), devendo, o Juiz, necessariamente nomear um perito para apresentação do laudo (475-D do Código de Processo Civil vigente).

O futuro diploma processual, na liquidação por arbitramento, facultou ao juiz, com a apresentação de documentos elucidativos pelas partes e, se suficientes, prolatar sentença do *quantum debeatur*.

Art. 507. Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar; caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.

Já na liquidação por artigos, renomeada para liquidação pelo procedimento comum, incluiu-se a possibilidade de intimação tanto do advogado, como da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para inaugurar esta fase, sendo assinalado o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação da contestação:

Art. 508. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de quinze dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código.

Como adiantado acima, não há alterações significativas na sistemática da liquidação de sentença pelo provável futuro Código de Processo Civil, mas sim, mera

atualização e adaptação desta “fase” às alterações promovidas em todo o sistema processual.

3. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como se tem noticiados nos vários meios de comunicação, o Novo Código de Processo Civil está em fase final de “gestação”, estando bem próximo de seu nascedouro legislativo.

No dia 17/12/2014, em sessão deliberativa do Senado Federal, fora aprovada a sua redação final, sendo encaminhado à presidência da República para sanção ou veto.

Trata-se do projeto de lei substitutivo da Câmara dos Deputados de n.º 166/2010, que tramitou durante longos 4 (quatro) anos, em ambas Casas Legislativas, que gerou infindáveis discussões até se chegar a um consenso, sendo importante destacar o noticiado trabalho duro dos acadêmicos e profissionais envolvidos.

Entre as alterações e modificações promovidas, em comparação ao sistema processual ainda vigente, alguns críticos o desmerecem afirmando serem as inovações de pouca significância, outros chegam ao extremo de afirmar que houve retrocesso, mas há aqueles que contrariamente, reverberam a sua característica futurista e feição inovadora.

Alheios a todas as críticas feitas ao futuro e novel Código de Processo Civil, nos deteremos à análise das alterações ou possíveis modificações que repercutem direta ou indiretamente no processo coletivo.

Não houve alterações ou revogações expressas por parte do Novo Código de Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor ou Lei da Ação Civil Pública, é o que se conclui da análise do seu artigo 1.068:

Art. 1068. Ficam revogados:

I – o art. 22 do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937;

II – os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

III – os arts. 2º, 3º, 4º, caput e §§ 1º a 3º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950;

IV – os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990;

V – os arts. 16 a 18 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968; e

VI – o art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Assim, tanto ao Código de Defesa do Consumidor, quanto à Lei das Ações Cíveis Públicas que, como vimos, formam um “microsistema” das ações coletivas continuam sendo os diplomas regentes dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Todavia, o provável novo diploma processual traz uma inovação que, seguramente, repercutirá na temática das ações coletivas, é o Incidente de Demandas Repetitivas, inserido no Capítulo VIII, do Título I, do Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais).

Alguns doutrinadores, discorrendo sobre os temas inovadores desse novo diploma, atribuem ao incidente de demandas repetitivas a natureza jurídica de recurso, pelo fato de estar geograficamente inserto no Livro III, que regula os recursos e os meios de impugnação das decisões judiciais, bem como pelo fato de seu julgamento se dar no âmbito recursal, pelos Tribunais:

Art. 975. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado, incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.

O novo diploma traz em seu artigo 973 as hipóteses de cabimento e o dispositivo seguinte delinea a legitimidade para seu pedido:

Art. 973. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Art. 974. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Já o artigo 982 do novel futuro diploma, disciplina os efeitos e a abrangência do julgamento da demanda repetitiva:

Art. 982. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – **a todos os processos individuais ou coletivos** que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região; (**grifo nosso**).

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 983.

Em conclusão, podemos afirmar que as ações coletivas, seja postulando direitos transindividuais propriamente ditos (difusos e coletivos) ou direitos individuais homogêneos, tem como objetivo a maior celeridade na resolução das demandas nas sociedades ditas de massa, substituindo o antigo modelo individual de entrega da tutela jurisdicional, decorrente, seguramente, da característica própria do meio de produção de outrora.

Nesse ponto as ações coletivas convergem com esse novo futuro sistema de julgamento de demandas, pois possuem, sem dúvida, um objetivo em comum, qual seja, a resolução massificada dos dissídios gerados nas sociedades contemporâneas.

Divergem, todavia, quanto ao procedimento adotado. Enquanto nas ações coletivas o dissídio (a questão jurídica posta) é resolvido de forma centralizada, no incidente de demandas repetitivas, a quantidade e o volume de ações individuais é que irá determinar a escolha daquele tema (a questão jurídica posta) que será decidida sob tal ritualística, privilegiando a segurança jurídica e a tranquilidade social.

Outra diferença merece destaque, como se vê, o incidente de demandas repetitivas pode ser instaurado quando houver *efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e, gerem risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica* (artigo 973, Redação Final).

Pela sistemática adotada no incidente de demandas repetitivas, podemos concluir que as causas que serão admitidas à essa sistemática de julgamentos serão provenientes de direitos individuais homogêneos, já que somente após o ajuizamento

das demandas e o reconhecimento da repetição de processos, como da controvérsia jurídica da questão, é que se poderá falar em “afetar” a matéria à tal ritualística de julgamento.

Portanto, a análise dos dispositivos somente autoriza essa conclusão, de que não se poderá falar em manejo dessa sistemática de julgamentos em ações coletivas, tanto é verdade que o abandono da causa – necessariamente ligado aos direitos disponíveis – não obsta o julgamento da matéria reconhecida no incidente de demanda repetitiva seu interesse:

Art. 973. (...)

§ 1º A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente.

Decidida a tese no incidente de demandas repetitivas, esta deve ser aplicada para os casos análogos, em razão de sua força obrigatória e vinculante, pelos órgãos jurisdicionais vinculados ao Tribunal que proferiu tal decisão.

Sistemática muito assemelhada com o que ocorre com as súmulas vinculantes, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n.º 11.417/2006.

Isso porque tanto como no incidente de resolução de demandas repetitivas⁷⁶, como com nas súmulas vinculantes⁷⁷, o descumprimento de sua orientação pelos demais órgãos jurisdicionais, enseja o ingresso de reclamação para manutenção da sua força cogente, no caso das súmulas vinculantes diretamente no Supremo Tribunal Federal e, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, juntos ao órgão de segunda instância prolator da decisão contrariada.

⁷⁶ Projeto do Novo Código de Processo Civil. Art. 982. (...): § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

⁷⁷ Lei 11.417/2006. Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Assim, podemos afirmar que, ao menos quanto aos efeitos, o incidente de demandas repetitivas possui efeito vinculante e obrigatório, tal como as súmulas vinculantes.

Com este raciocínio, não se pode fugir de algumas indagações advindas da reflexão, como por exemplo da sua inconstitucionalidade. Pois, possuindo as decisões dos incidentes de resolução de demandas repetitivas efeito vinculante e obrigatório, porém, decisões estas proferidas pelos Tribunais locais (Estaduais e Federais), estar-se-ia sendo descumprido o comando Constitucional que outorga exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de tomar e adotar decisões e orientações com força vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário?

Estas e muitas outras questões certamente tomarão conta daqueles que se dedicam ao aprimoramento das técnicas processuais, devendo tais questões serem pensadas, repensadas e amadurecidas junto ao seio da comunidade jurídica, para, assim, lograr, alcançar o ideal de uma justiça mais célere, justa e que transpareça segurança jurídica e confiabilidade aos operadores do direito, mas e, principalmente aos jurisdicionados.

CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos afirmar que as ações coletivas, seja postulando direitos transindividuais propriamente ditos (difusos e coletivos) ou direitos individuais homogêneos, tem como objetivo a maior celeridade na resolução das demandas nas sociedades ditas de massa, substituindo o antigo modelo individual de entrega da tutela jurisdicional, decorrente, seguramente, da característica própria do meio de produção de outrora.

Passamos, seguramente, por um processo de adaptação à essa nova forma de operar e entregar a justiça em favor daquele que a reivindica, nitidamente em decorrência da alteração do modo de sociedade.

Com as experiências obtidas especialmente com os diplomas que formam a base do processo coletivo nacional, o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública, bem como os frutos colhidos da experiência doutrinária e da jurisprudência, inclino-me a afirmar que caminhamos em um rumo sem volta às ações pulverizadas, ou seja, é uma nova forma de entregar a tutela jurisdicional, sem, contudo, acarretar na violação do direito subjetivo de ação, aliás, pelo contrário, é a colmatação desse essencial e fundamental direito com as novas acepções da sociedade moderna, notadamente a justa e eficaz entrega da tutela jurisdicional, sem prejuízo da sua rápida e célere tramitação judicial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVIM, Thereza. O Direito Processual de Estar em Juízo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Problemática dos Interesses Difusos. A Tutela dos Interesses Difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Manual do Consumidor em Juízo. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria das Ações Coletivas. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. Processo Civil Moderno. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. Vol 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso Sistematizado de Processo Civil. Volume 2, Tomo I, 6ª edição. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta.* Artigo extraído do portal eletrônico www.scarpinellabueno.com.br.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses Difusos e Coletivos. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flavio. Direito Civil. Volume 2. 8ª edição. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Volume IV. sexta edição. São Paulo: Atlas, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigueis. Liquidação da Sentença Civil – Individual e Coletiva. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WATANABE, KAZUO. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do projeto. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANEXOS

1 Versão original do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado para conhecimento e deliberação do Congresso Nacional pelo Poder Executivo (Projeto de Lei n.º 5139/2009).

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Biblioteca Digital Sapientia

Termo de Autorização para Publicação Eletrônica na Biblioteca Digital da PUC-SP

1) Tipo do documento: [X] MLS

2) Identificação do documento/autor

Curso: Especialização em Direito Processual Civil

Autor: Leonardo Feriato Nogueira

Título: Ação e Liquidação nas Ações de Direitos Transindividuais

Número de páginas: 70

E-mail: leoferiato@hotmail.com

RG: 32.513.590-3 / CPF: 228.600.698-95

Orientador: Luciano Tadeu Telles

Data de entrega à COGEAE: _____/_____/_____

Serão publicadas na Biblioteca Digital somente as Monografias que obtiverem nota entre 9 e 10. As monografias com nota inferior a 9, serão publicados apenas os dados referenciais e o resumo.

3) Autorização de divulgação do trabalho completo na Biblioteca Digital (preenchimento obrigatório):

[X] Sim

[] Não

Na qualidade de titular dos direitos de autor da publicação supracitada, de acordo com a lei nº 9610/98, autorizo, à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, conforme permissão assinalada acima, do documento, em meio eletrônico, no formato PDF, para fins de leitura, impressão e/ou download pela Internet, a título de divulgação científica gerada pela Universidade.

Assinatura do autor: _____.

Local e data: _____.

Informe do Expediente da Secretaria

Nota obtida _____ **Data de conclusão e ou Argüição** _____

PROJETO DE LEI

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos 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; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a

mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2º O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o **caput** do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no **caput**, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no **caput**, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do **caput**, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogoratórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogoratórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o

ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada **erga omnes**, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no **caput** e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do **caput** à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual

beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no **caput**, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos **ex nunc**.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no **caput**, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no **caput**.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; e

XII - a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,

EM nº 00043 - MJ

Brasília, 8 de abril de 2009.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência anteprojeto de lei que regula a Ação Civil Pública, com vistas a adequá-la ao comando normativo da Constituição.

2. O anteprojeto também objetiva ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985.

3. O Código de Processo Civil, de 1973, balisador da disciplina processual civil, mas ainda fundado na concepção do liberalismo individualista, não responde neste novo estágio de evolução jurídico-científica ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual - IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, respectivamente.

5. Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido em junho de 2008 pela Advocacia-Geral da União, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil.

6. Diante desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva.

7. Dentre as inúmeras inovações do anteprojeto, destacam-se:

a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma;

b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública;

c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos;

d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos;

e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça;

f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Cível Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal;

g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos;

h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade;

i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador;

j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário;

k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e

l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94).

8. As propostas foram discutidas com a sociedade em diversas oportunidades. As sugestões apresentadas foram amplamente debatidas na Comissão.

9. Por derradeiro, os avanços consubstanciados na proposta terão amplo e imediato reflexo na forma de tutelar os direitos coletivos no Brasil, o que representa um passo importante rumo ao acesso à justiça e à efetividade da tutela coletiva.

10. Essas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, são as razões que fundamentam a proposta que ora submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Assinado por: Tarso Fernando Herz Genro