



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

RENATO TINTI HERBELLA

**“FLUID RECOVERY” COMO GARANTIA DO ACESSO À
JUSTIÇA E DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

RENATO TINTI HERBELLA

**“FLUID RECOVERY” COMO GARANTIA DO ACESSO À
JUSTIÇA E DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Profº Drº Luiz Fernando Bellinetti

RENATO TINTI HERBELLA

**“FLUID RECOVERY” COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E
DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profº Drº Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Profª Drª Rozane da Rosa Cachapuz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profº Drº Jorge Luiz Fontoura Nogueira
Instituto Rio Branco

Londrina, 17 de outubro de 2019

Dedico este trabalho a Anacleto Tinti (*in memoriam*), meu avô, pelo carinho, amor, compreensão, inteligência e dedicação infinita.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho coroa o programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Sem dúvida, pela qualidade do programa e da instituição, meu vínculo será eterno e outras atividades acadêmicas vinculadas a ela virão.

Sem embargo, por todas as formas de apoio, injusto seria se não agradecesse as pessoas que contribuíram para que o meu caminhar nesta difícil, mas altamente satisfatória jornada acadêmica, fosse mais prazeroso.

Agradeço primeiramente a minha família. Vocês são indispensáveis em tudo! Obrigado!

Não seria quem sou não fosse os inúmeros conselhos e experiências trocadas com uma pessoa importantíssima em minha vida. Carol, amo-te!

Amigos do mestrado, o que seria de nós se não fosse o auxílio mútuo? Vocês me ensinaram valores que carregarei para vida toda. Alguns se tornaram verdadeiros irmãos. aguardo ansiosamente pelos nossos reencontros...

Aos meus colegas de escritório, destaco que a rotina com vocês amplia meus horizontes. Obrigado, meus amigos! Juntos somos mais fortes!

Aos amigos da vida, que entenderam minha ausência e me apoiaram em todas as escolhas e, especialmente, aos amigos da vida acadêmica, notadamente os Professores e demais colaboradores da Toledo Prudente Centro Universitário, com quem tenho o privilégio de compartilhar não só as vivências da sala de aula, mas também os prazeres e angústias do dia a dia, serei sempre grato!

Alunos, queridos, agradeço o constante aprendizado, a paciência, o carinho e, sobretudo, a perseverança que me transmitem. O futuro certamente será melhor com pessoas como vocês. Mantenham-se firmes em seus propósitos e contem sempre comigo. Obrigado!

Ao meu orientador, elogios são insuficientes. Sua serenidade e objetividade enquanto jurista – e Professor – são exemplares. Espero poder um dia alcançar um pouco do que suas lições foram, e ainda são, para o Direito. O Direito cresce com contribuições como as suas. As pessoas ao seu redor também. Professor Doutor Luiz Fernando Bellinetti, serei eternamente grato!

Aos examinadores, pelo dispêndio de tempo para a análise do que escrevi, obrigado. A academia cresce com vocês!

Creio que em minha trajetória acadêmica essa pessoa irá constar em todos os agradecimentos: Professor Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral, você é o grande responsável por despertar em mim o interesse na docência. E mais, fazer acreditar nesse sonho e, de certa forma, ajudar a concretizá-lo. Palavras me faltam para descrever a admiração que mantenho por você. Se existem pessoas cujo coração transborda amor e ilumina caminhos, sem dúvida você é uma delas. Muito obrigado, meu amigo!

Por fim, agradeço a toda secretaria e demais colaboradores da Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Estadual de Londrina – UEL, o que faço na pessoa do conhecido “Chico”, cuja disposição e afinco pelo trabalho são contagiantes. Muito obrigado!

“We still misunderstand class actions”.
(Stephen Yeazell –
Professor at UCLA School of Law)

HERBELLA, Renato Tinti. “**Fluid recovery**” como garantia do acesso à justiça e da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2019. 141 p. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito Negocial – Universidade Estadual de Londrina, Londrina - PR, 2019.

RESUMO

O objetivo do trabalho é demonstrar se a tutela jurisdicional coletiva brasileira, especialmente em demandas que versam sobre interesses individuais homogêneos, é capaz de, com os instrumentos normativos vigentes, garantir a um só tempo o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional – compreendida aqui na máxima chiovendiana, de que o processo deve dar tudo aquilo e exatamente aquilo que alguém tem o direito de conseguir. Nesse sentido ele investiga o principal instrumento normativo vigente para atingir essa finalidade, qual seja, a *fluid recovery*, prevista no artigo 100 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor que conta com forte influência da doutrina norte-americana, notadamente as *class actions*. A *fluid recovery* ou, reparação fluida, é uma técnica de execução coletiva utilizada nos casos em que não existe um número de habilitados individuais compatível com a gravidade do dano causado, dando ensejo à uma modalidade coletiva de execução com vistas a garantir tanto a reparação do dano, como a sanção ao agente causador do ilícito, para que este não saia impune e, conseqüentemente, as vítimas sejam indenizadas. Para alcançar o objetivo proposto o trabalho adota primordialmente a dedução como método científico e, como referencial teórico, os estudos de Hans Kelsen, valendo-se ainda de base filosófica bem definida, representada na teoria do juspositivismo estrito, já que investiga a legislação enquanto ordem normativa por excelência, a doutrina e a jurisprudência para, partindo de premissas genéricas, alcançar conclusões específicas. A despeito da importância que se dá à ordem normativa vigente, não se ignora a influência de outras áreas do saber, uma vez que as transformações sociais que proporcionaram o surgimento das sociedades de massas e, por conseguinte, os conflitos de massa, também são abordadas. O resultado alcançado evidencia que apesar da timidez do legislador ao regulamentar o instituto da *fluid recovery*, ele é sim um importante instrumento para trazer mais racionalidade à tutela jurisdicional coletiva, ampliando de forma significativa o acesso efetivo à justiça e ajudando a concretizar o devido processo legal coletivo. De outro lado, o trabalho evidencia outro resultado, qual seja, de que a utilização pouco criteriosa do instituto ou a desconsideração das situações concretas poderão representar o oposto da primeira conclusão, isto é, poderá caracterizar um entrave à prestação jurisdicional e uma barreira do acesso à justiça, demandando, portanto, uma atenção especial não só das partes diretamente envolvidas no caso, como de toda a sociedade que, naturalmente, é sempre vítima de demandas coletivas, ainda que por via reflexa.

Palavras-chave: Reparação fluida. Acesso à justiça. Interesses individuais homogêneos. Processo civil coletivo.

HERBELLA, Renato Tinti. “**Fluid recovery**” as a guarantee for access to justice and protection of individual homogeneous interests. 2019. 141 p. Dissertation (Master’s Degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina - PR, 2019.

ABSTRACT

The purpose of this work is to demonstrate whether Brazilian collective judicial protection, especially in demands that deal with homogeneous individual interests, is able, with the existing normative instruments, to guarantee the access to justice and the effectiveness of the judicial provision - understood here in the Chiovendian maximum, that the process must give all that and exactly what one has the right to achieve, at the same time. Therefore it investigates the main normative instrument available to achieve this goal, namely the fluid recovery, stated in Article 100 and sole paragraph of the Consumer Protection Code that has strong influence of American doctrine, notably class actions. The fluid recovery is a collective execution technique used in cases which there aren’t qualified individuals compatible with the severity of the damage caused, giving rise to a collective mode of execution that aims ensuring both the repair of the damage and punishing the responsible, so that the offending agent does not get away unpunished and, consequently, the victims are properly compensated. In order to achieve this proposed objective, the work adopts primarily the deduction as a scientific method and adopts the studies of Hans Kelsen as a theoretical framework, also using the well-defined philosophical basis represented in the theory of strict juspositivism, considering its investigations that view legislation mainly as an order, doctrine and jurisprudence to, starting from general premisses, reach specific conclusions. Despite the importance given to the current normative order, the influence of other knowledge areas is not ignored, as social transformations led to mass societies emergence and, consequently, mass conflicts, which, because of this scenario, are also addressed. The result shows that despite the shyness of the law when regulating fluid recovery, it is an important instrument to bring more rationality to collective judicial protection, significantly increasing effective access to justice and helping to achieve due collective process. On the other hand, the work shows another result, which is that the uncritical use of the institute or the disregard of concrete situations may represent the opposite of the first conclusion, in other words, it may characterize an obstacle to the judicial provision and a barrier to the access of justice, demanding special attention not only from the parties directly involved in the case, but also from society as a whole, that, of course, is always a victim of collective demands, albeit reflexively.

Key words: Fluid recovery. Access to justice. Homogeneous individual interests. Collective civil proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
EUA	Estados Unidos da América
FDD	Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
FRCP	<i>Federal Rules Of Civil Procedure</i>
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
MP	Ministério Público
MPE	Ministério Público Estadual
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TPD	Teoria Pura do Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 PREMISSAS FILOSÓFICAS E METODOLÓGICAS	19
1.1 CONCEPÇÃO DE DIREITO	37
1.2 CONCEPÇÃO DE ORDENAMENTO JURÍDICO	43
1.3 CONCEPÇÃO DE PROCESSO JURISDICIONAL.....	48
2 TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA	54
2.1 CONCEPÇÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: A NECESSÁRIA PERSPECTIVA TRANSINDIVIDUAL	71
2.2 EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	84
3 <i>FLUID RECOVERY</i>: A EXECUÇÃO COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	89
3.1 ORIGEM, FUNDAMENTOS E A APROXIMAÇÃO COM INSTITUTOS ESTRANGEIROS.....	90
3.2 NOÇÕES GERAIS DA <i>FLUID RECOVERY</i> NO BRASIL.....	101
3.3 ASPECTOS POLÊMICOS DA <i>FLUID RECOVERY</i> E A ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL.....	108
3 3.1 A RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE A EXECUÇÃO INDIVIDUAL E A COLETIVA	109
3.3.2 A NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO PARA <i>FLUID RECOVERY</i> E O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE SEU TERMO INICIAL	113
3.3.3 INCOMPATIBILIDADE DO NÚMERO DE HABILITADOS COM A GRAVIDADE DO DANO	122
3.3.4 DESTINAÇÃO DO PRODUTO DA CONDENAÇÃO E O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS – FDD.....	124
CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

Falar sobre processo civil coletivo é sempre instigante. Até mesmo os estudiosos mais afetos ao direito material encontram motivações diversas para debatê-lo. Afinal, como garantir, por exemplo, que eventual causador de um dano coletivo seja responsável a repará-lo na exata medida em que causado? Mais do que isso, estaria o processo civil coletivo brasileiro, nos moldes em que estruturado, preparado para garantir de uma só vez a efetividade da prestação jurisdicional e o devido acesso à justiça nos casos de lesão aos interesses individuais homogêneos? Ainda, como compatibilizar essa nova organização social, de massas ávidas por consumo, com um sistema jurídico idealizado para defesa de interesses individuais?

Certamente essas angústias deram ensejo a este estudo.

Aparentemente, são indagações que soam distantes e extremamente técnicas, ligadas apenas à área jurídica. Porém, o que se constata é o contrário, pois a proximidade e a necessidade de se debater temas desta natureza diante de uma transformação política, jurídica e social que rompeu com a dimensão individual de mundo e formou as sociedades complexas contemporâneas é urgente.

A sociedade contemporânea se organiza de uma forma muito distinta de outrora. Não obstante o crescente individualismo – por vezes egoísta – é fato que as massas, os grupos, ganharam características que passaram a exigir uma proteção especial do ordenamento jurídico, principalmente o grupo de consumidores, que incessantemente motivados a consumir, por vezes acaba se envolvendo em conflitos de diversas ordens.

Observando esse contexto conturbado que o trabalho justifica a sua razão de existir. A solução para problemas jurídicos em dimensão macro, aliada à curiosidade científica, encontrou fôlego e oportunidade para aflorar nesta pesquisa, que conta com forte traços sociais, sem ignorar a técnica e a dogmática.

Sem embargo, considerando que o processo de escolha do tema conta com um catéter eminentemente subjetivo, pois ainda que se exija compatibilidade da pesquisa com a linha e interesse do programa do mestrado, é certo que o desejo de se investigar um assunto específico dentre tantos possíveis decorre essencialmente da vontade do cientista. Nesse ponto, a subjetividade nos estudos científicos transparece, rompendo-se com o mito da “neutralidade científica”. Tema que é enfrentado logo nos primeiros capítulos.

A filosofia há tempos já respondeu a questão sobre a impossibilidade de se alcançar a pretensa imparcialidade e neutralidade tão marcada no positivismo filosófico, oriunda de uma razão moderna, é verdade, mas que encontrou seu apogeu no pensamento comteano. A escolha do tema decorrente de motivações e angústias pessoais, demonstram isso.

A despeito de toda subjetividade que compõe a ciência, aparentemente o seu saber é o único que consegue de modo mais ou menos satisfatório apresentar panoramas válidos – ainda que com prazo de validade – para uma construção de conhecimento técnico e eficaz, permitindo-se a sua constante reavaliação e, eventualmente, substituição.

É o que se buscou com este trabalho. Apresentar respostas e estabelecer novas perguntas, reavaliar os paradigmas, encontrar suas falhas, propor alterações, enfim, buscou-se contribuir para o desenvolvimento do pensamento jurídico-científico na contemporaneidade.

A partir da observação e constatação dos limites epistemológicos, logo no início da pesquisa, apresentou-se a dimensão dos paradigmas científicos proposta por Thomas Khun, cuja teoria foi tida como fundamental para construção do saber aqui desenvolvido.

Com o rigor metodológico exigido na academia, estruturou-se a pesquisa para, também no início, apresentar os alicerces das questões centrais inicialmente destacadas, mas não só, também as que delas decorreram.

Precisamente, as premissas filosóficas e metodológicas foram delineadas no primeiro capítulo, de modo a proporcionar uma construção de conhecimento racional e coerente.

No tocante ao referencial teórico adotado, ele não é imune a críticas – nem se pretende isso, ou mesmo se deseja –, pois para muitos, autores como Hans Kelsen já estariam obsoletos ou teriam tido suas teorias superadas, o que se discorda com veemência. Mais do que isso, o trabalho trouxe à tona o quão vivo é o pensamento do jurista de Viena, revelando que esse é capaz de fornecer subsídios para reflexões até então não exploradas.

Escorado em pensadores clássicos, portanto, que alicerçaram toda a racionalidade da pesquisa, apresentou-se uma concepção de *direito*, de *ordenamento jurídico* e de *processo jurisdicional*. A partir dessas premissas outros problemas surgiram e também foram esmiuçados, como a compatibilização do

fenômeno jurídico liberal individualista com as sociedades de massas contemporâneas. Isto porque é muito difícil conciliar um ordenamento jurídico que exige uma métrica de mundo completamente atomizada e individual, fruto de um organizar-se econômico capitalista, com uma sociedade de consumidores, de grupos, de massas.

Uma visão de mundo que mede as relações a partir da ideia de indivíduos, classificados como sujeitos de direitos, que gozam de autonomia e liberdade para firmar seus negócios e manter relações com outros sujeitos, também livres e dotados de autonomia, encontra dificuldade para compreender e regular as massas, as dinâmicas de grupos, especialmente quando não é possível, por inúmeros motivos, identificar os indivíduos que compõem esse coletivo.

Buscou-se, então, encontrar uma resposta adequada para solucionar esse ponto que transcende a esfera jurídica, bem como, que fosse capaz de proporcionar uma coerente teorização do processo civil coletivo, conformando-o à natureza dos interesses que visa tutelar.

No terceiro capítulo, abordou-se o tema do acesso à justiça envolvendo os interesses transindividuais em suas nuances mais simbólicas. Debates doutrinários sobre a natureza e as classificações dos interesses transindividuais foram trazidos à tona para que, de modo coerente, fosse possível identificar os principais pontos para se estudar a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de lesões a interesses individuais homogêneos.

Mais do que isso, afinal, o processo civil contemporâneo busca não só a teorização do direito fundamental de acesso à justiça, mas principalmente a sua efetivação, cuja concretude não se limita a um acesso meramente formal à justiça, mas sim a um acesso substancial, efetivo, que solucione os conflitos sociais de forma justa e em tempo razoável.

O posicionamento adotado sobre a natureza dos interesses individuais homogêneos, fruto dos estudos de Luiz Fernando Bellinetti, foi ponto chave para a exata compreensão do processo coletivo que envolve essa modalidade de interesse transindividual.

Estabelecidas questões mais teóricas, o trabalho alcançou seu ápice no terceiro capítulo, momento em que a solução trazida pelo ordenamento jurídico pátrio para resolver a problemática central foi analisada a fundo.

Neste ponto, vale narrar uma situação fática que introduz o objeto da

pesquisa.

Supondo que um grande empresário do setor de grãos resolva colocar no mercado de consumo sacos de milho com descrição de conteúdo de 1kg do produto, porém, agindo de má-fé, e visando enriquecer-se ilicitamente, mantém as informações contidas na embalagem, mas altera o seu conteúdo, comercializando de fato apenas 850 gramas do grão. Decerto que os 150 gramas faltantes, se considerados individualmente, não representam uma lesão significativa a ponto do consumidor diretamente atingido ingressar com uma demanda judicial para reaver parte do seu dinheiro. Não só isso, a própria dificuldade de se provar a aquisição do produto com peso diverso do indicado na embalagem seria deveras complicado, pois o comprovante desse negócio jurídico – representado no cupom fiscal, por exemplo – provavelmente já teria se perdido.

Diante dessa situação concreta, surgem algumas reflexões: - Seria adequado que o empresário causador do dano ficasse impune? Um ordenamento jurídico que busca garantir a pacificação e a regulação social estaria atingindo a sua finalidade ao tolerar uma situação dessa natureza, induzindo, indiretamente, a permanência deste comportamento?

Perecebe-se que essa situação põe em xeque as estruturas do Direito, que enquanto fenômeno de regulação social por excelência, estaria muito distante dos seus objetivos.

Os exemplos de situações que representam lesões similares são inúmeros, como uma pequena taxa cobrada ilegalmente por uma instituição financeira, um serviço de fornecimento de água prestado com deficiência, valores cobrados a maior por operadoras de planos de saúde, entre outras hipóteses que são corriqueiras nas sociedades de massas marcadas pelo alto índice de consumo.

Visando dar uma resposta normativa satisfatória a esse problema, o ordenamento jurídico, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, previu a possibilidade de, através da jurisdição, impor consequências ao agente que se vale destas condutas, através da chamada *fluid recovey* ou, reparação fluida, compreendida como uma técnica de execução coletiva.

As origens do instituto, demonstradas no terceiro capítulo, remontam as *class actions* norte-americanas, mas apesar de sua proveniência estrangeira, constatou-se que no Brasil é aplicada com tantas peculiaridades que no seu DNA remanesce pouco – ou quase nada – da herança estadunidense.

Buscou-se evidenciar, deste modo, não só as origens do instituto, mas também a sua sistemática de aplicação no Brasil, que encontra severas dificuldades diante de uma legislação tão tímida a seu respeito.

Assim, em uma seara mais técnica e dogmática, apresentou-se questões práticas que dificultam a aplicação desta modalidade de execução coletiva, como a existência de eventual relação de prejudicialidade entre execuções individuais e a reparação fluida, ou mesmo a natureza jurídica do prazo e os desdobramentos deste. Enfim, apresentou-se como a jurisprudência e a doutrina brasileira tem encontrado meios para impedir a reiteração de lesões a interesses individuais homogêneos e, ainda, garantir a reparação dos indivíduos que foram lesados por essas condutas.

Para tanto, o estudo se guiou pela dedução enquanto método científico, vez que partiu da análise da legislação, como ordem normativa por excelência, da doutrina e da jurisprudência, para somente então alcançar conclusões específicas e que foram devidamente destacadas no trabalho.

É certo que a problemática investigada não encerra seus reflexos com o trabalho que ora se introduz. Todavia, também é certo que mais um passo foi dado para encontrar maneiras democráticas, racionais e coerentes para resolver problemas fáticos – e jurídicos – cada vez mais corriqueiros em sociedades contemporâneas complexas e marcadas pelo consumo.

Portanto, tem-se como fundamental o aprofundamento em temas como o processo civil coletivo e a teoria do direito para a construção de uma sociedade que garanta o acesso efetivo à justiça, mantenha as relações mais sólidas e induza negócios jurídicos realmente estruturados pela boa-fé.

No árduo caminhar rumo ao objetivo mencionado, a pesquisa que ora se introduz, representa um passo.

1 PREMISSAS FILOSÓFICAS E METODOLÓGICAS

Como todo trabalho científico exige rigor metodológico, o que se apresenta não é diferente. Logo, fundamental estabelecer sobre quais premissas o tema debatido se assentará, bem como, o que lhe confere a característica de ser científico.

O saber científico é destacado sobre as outras formas de compreensão da realidade, pois ele amplifica a racionalidade na produção e no compartilhamento de ideias a partir de métodos que proporcionam controle, sistematização, revisão e segurança sobre o campo em que são aplicados. Foi esse conhecimento sistematizado e objetivo, que possibilitou uma ação humana mais eficiente e segura sobre os fenômenos da natureza (MEZZARROBA, 2017, p. 70), proporcionando um prognóstico mais preciso dos fatos naturais e a consequente previsibilidade e racionalidade das condutas humanas.

Todavia, o pensamento científico não é ahistórico, ou seja, também é influenciado diretamente pelo paradigma de pensamento vigente em determinado período de tempo. Assim, para não fugir dos propósitos aqui delineados, apresenta-se o conceito de ciência, com a especificidade da ciência moderna.

Nicola Abbagnano (2007, p. 136) afirma que ciência é o:

Conhecimento que inclua, em qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade. A limitação expressa pelas palavras "em qualquer forma ou medida" é aqui incluída para tornar a definição aplicável à C. moderna, que não tem pretensões de absoluto. Mas, segundo o conceito tradicional, a C. inclui garantia absoluta de validade, sendo, portanto, como conhecimento, o grau máximo da certeza. O oposto da C. é a opinião (v.), caracterizada pela falta de garantia acerca de sua validade. As diferentes concepções de C. podem ser distinguidas conforme a garantia de validade que se lhes atribui. Essa garantia pode consistir: 1º na demonstração; 2º na descrição; 3º na corrigibilidade.

Na modernidade, portanto, a ciência não é considerada como um saber absoluto e puro, cuja racionalidade é totalmente transparente e o método se constitui na garantia de uma objetividade incontestável. É certo que as ideias científicas não são completamente independentes da filosofia, da religião e das ideologias que impregnam a visão de mundo do pesquisador. Por isso, há algum tempo, o chamado "*princípio da neutralidade*" é questionado. Segundo ele, os cientistas estariam isentos, imunes, em nome de sua racionalidade objetiva, de

formularem *juízos de valores*, bem como, de manifestarem preferências pessoais, de serem responsáveis por toda e qualquer decisão de ordem política, vez que, por seu objetivo, seu conhecimento seria universal, válido em todos os tempos e lugares, para além das sociedades e das formas de cultura particulares (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, s. p.).

Toda construção científica, portanto, é fruto de um gênio histórico.

Não se nega o caráter humano e histórico da pesquisa. Porém, para que ela galgue o nível da cientificidade, deve submeter-se a algumas condicionantes que confirmarão ou não seu *status* na hierarquia do conhecimento, como por exemplo, o cuidado na seleção de fontes de pesquisa, na construção da linguagem, na aplicação da metodologia, entre outros, farão com que a pesquisa deixe de ser mera manifestação de uma opinião para alcançar um conhecimento objetivamente construído (BITTAR, 2016, p. 56-57).

Todas essas ressalvas deixam evidente, logo no início, os limites objetivos e subjetivos inerentes a qualquer pesquisa, de modo que ao leitor, eventualmente, alguns pontos que pudessem ser essenciais, por vezes não foram assim considerados pelo pesquisador. Isso, todavia, não pode representar demérito do trabalho, mas apenas escancara a dinamicidade do pensamento científico, sobretudo nas chamadas ciências humanas, ou ciências sociais aplicadas, que comportam novos olhares e perspectivas na busca de um constante diálogo pelo conhecimento que melhor explica os aspectos da vida.

Sem embargo, a modernidade também trouxe consigo o questionamento sobre a possibilidade do predomínio técnico-científico da vida conseguir se relacionar com o constante desenvolvimento da sociedade e da sua crescente complexidade.

A nova realidade proporcionou situações inéditas, as quais tornaram as ciências, na sua forma ordinária de trabalho, obsoleta, ou no mínimo, insuficiente para solução dos problemas que foram surgindo e que passaram a demandar novas respostas. De certo modo, é nesse contexto que as novas ciências emergiram, aqui compreendidas na especificidade e ramificações do saber. Ainda, também nesse contexto que surgiram outros ramos do direito, como o processual coletivo, o ambiental, do consumidor, etc.. Isto é, com as transformações sociais, novos paradigmas científicos foram exigidos para explicar a realidade.

A noção de paradigmas científicos¹, cunhada pelo norte americano Thomas Samuel Khun, ganha bastante relevância nesse ponto.

Para Khun (1998, p. 19-28), o progresso científico não ocorre como um processo de acumulação de descobertas e invenções individuais, mas sim mediante sucessivas revoluções, as quais a comunidade científica adota uma nova base teórica (paradigma) que não está sujeita à crise instalada no modelo anterior.

Portanto, aliado à noção de *paradigma*, para compreensão da estrutura de revoluções propagadas por Kuhn, faz-se necessário ter a dimensão correta do que vem a ser *comunidade científica*, entendida como aquela formada pelos praticantes de uma determinada área, que foram submetidos a uma iniciação profissional e educacional similares, numa extensão sem paralelos na maioria das disciplinas, de modo que possuem uma linguagem e objeto de estudo próprio (KHUN, 1998, p. 220) e, ainda, *revolução*, como um sentimento crescente, inicialmente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente em determinada exploração que se propunha, demandando a sua substituição por outro que melhor irá cumprir essa função (KHUN, 1998, p. 126).

A partir desses conceitos, Khun estabelece uma série de fases que explicam detalhadamente os momentos imediatamente anteriores à crise paradigmática, e posteriores, com a concepção de um novo paradigma. Para tanto, ele dá exemplos de transições paradigmáticas como os estudos de Nicolau Copérnico na astronomia, de Isaac Newton na física, entre outros.

Sintetizando os ensinamentos de Khun, Orlando Luiz Zanon Jr. (2013, p. 34) diz que:

[...] pode-se conceber ciência como a atividade cognitiva, explicativa e preditiva da realidade, efetuada com base em metodologia (métodos e técnicas) racional, para fins de sistematizar, disseminar, controlar, rever e conferir segurança à produção do conhecimento, dentro dos quadros de um determinado Paradigma. De acordo com tal conceito operacional, a ciência é regida, em cada período de tempo, por um grupo específico de Paradigmas setoriais, que determinam a consecução das atividades de pesquisa e profissionais na respectiva área. A matriz teórica pode ser compreendida em dois âmbitos complementares, consistente, primeiro, no seu aspecto descritivo, que visa estabelecer um padrão de leitura da realidade empírica, e segundo, nos seus elementos prescritivos, os quais

¹ “Considero ‘paradigma’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KHUN, 1998, p. 13).

dizem respeito aos mecanismos para avaliar o contexto fático e permitir proposições sobre ele.

Não obstante a ciência se divida em diversos ramos, a ciência jurídica é a preocupação desta pesquisa e, em que pese suas subdivisões internas², todas elas contam com o mesmo objeto de estudo, o Direito, o qual em menor ou maior grau se submete ao mesmo paradigma.

Nessa área do saber, com certa concordância da comunidade científica, concebe-se a existência de dois grandes paradigmas, consubstanciados nos modelos do Jusnaturalismo³ e do Positivismo Jurídico^{4 5}.

² “A Ciência do direito produz enunciados sobre o seu objeto, isto é, produz enunciados sobre o direito. Sucede que não há apenas uma ciência do direito, porém um conjunto de ciências do direito. Assim, entre as ciências do direito, encontramos a Filosofia do Direito, a Teoria Geral do Direito, a História do Direito, a Sociologia do Direito, a Dogmática Jurídica ou a Jurisprudência teórica”. (GRAU, 2014, p. 38).

³ “O Jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um “direito natural” (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer. O Jusnaturalismo é, por isso, uma doutrina antitética à do “positivismo jurídico”, segundo a qual só há um direito, o estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos. [...] Jusnaturalismo é uma expressão perigosamente equívoca, porque o seu significado, tanto filosófico como político, se revela assaz diverso consoante as várias concepções do direito natural. Na história da filosofia jurídico-política, aparecem pelo menos três versões fundamentais, também com suas variantes: a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; a de uma lei “natural” em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto; finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem que a encontra autonomamente dentro de si. São concepções heterogêneas e, sob certos aspectos, contrastantes, mesmo que às vezes coexistam em doutrinas particulares, como as panteístas, que identificam divindade, natureza física e razão. Todas partilham, porém, da idéia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores às do Estado, a cujo poder fixam um limite intransponível: as normas jurídicas e a atividade política dos Estados, das sociedades e dos indivíduos que se oponham ao direito natural, qualquer que seja o modo como for concebido, são consideradas pelas doutrinas jusnaturalistas como ilegítimas, podendo ser desobedecidas pelos cidadãos.” (BOBBIO, 1998, p. 665-666).

⁴ Conforme se demonstrará, o positivismo jurídico se apresenta em diversas facetas, a depender do seu momento histórico, todavia, grosso modo: “Entre os seus aspectos mais marcantes, cabe mencionar a separação entre Direito e Moral, a formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou, ao menos, prevalecentemente) por Regras positivadas, a construção de um sistema escalonado só pelo critério de validade formal, a aplicação do Direito posto mediante subsunção e a discricionariedade judicial para solução dos chamados casos difíceis (*hard cases*). Tais peculiaridades foram cunhadas pelos cientistas do Direito justamente para superar as deficiências do modelo anterior do Jusnaturalismo e, assim, assegurar uma vinculação dedutiva (subsunção) da autoridade à *lai* (Direito posto), num esforço para afastar as incertezas e inseguranças decorrentes do uso ilimitado de uma suposta razão superior, lastrada em alegados valores morais absolutos e inquestionáveis, ficticiamente válidos e eficazes em todo tempo e lugar.” (ZANON JUNIOR, 2016 p. 125).

⁵ Importante destacar a existência de um possível paradigma que vem surgindo, o chamado Pós-positivismo, compreendido como: “O pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento de (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno. Também pode ser observado como uma tentativa de um novo modelo teórico, em que o problema da razão prática passa a receber uma espécie de “dignidade epistemológica”. Isto é, o Direito antes elevado a sua autônoma

O modelo Jusnaturalista é, contemporaneamente, tido por superado e, de certo, restringe-se a uma parcela ínfima do pensamento científico, especialmente diante de suas incertezas, pois como leciona Dimitri Dimoulis (2011, p. 90-98):

Finalmente, a referência ao direito natural, como conjunto de regras superiores e estáveis no tempo e no espaço que exprime os valores da justiça, é uma constante da filosofia e da doutrina jurídica ocidental, mas revela-se também repleta de problemas. Não havendo acordo sobre o conteúdo do direito natural, a posição dos jusnaturalistas de que o direito natural prevalece em caso de conflito com o direito positivo, pelo menos quando esse último provoca extrema injustiças, revela-se como uma tentativa ideológica para legitimar (ou deslegitimar) o direito vigente, segundo opiniões subjetivas.

Rechaça-se, deste modo, a adoção do modelo Jusnaturalista, adotando-se, por consequência, o modelo do Juspositivismo.

Para além das questões paradigmáticas, merece destaque também as vertentes teóricas setoriais, desenvolvidas nos limites dessas matrizes teóricas, as quais representam, por vezes, propostas de aperfeiçoamento ou mesmo a superação destas. Todavia, a delimitação uma a uma dessas vertentes ultrapassaria os limites científicos do trabalho, de modo que a problemática será abordada, essencialmente, a partir do paradigma adotado, da justificativa filosófica que o sustenta e das bases para solução do problema central, qual seja, analisar se o processo coletivo, internamente, em especial aqueles que tutelam os interesses individuais homogêneos, conta com uma sistemática executiva que realmente garanta a efetividade da prestação jurisdicional e o devido acesso à justiça.

Destaca-se, novamente, que não se pretende ares de definitividade com o aqui apresentado. Afinal, não só seria imprópria tamanha pretensão, como também, ignorar-se-ia a adoção da perspectiva desenvolvida por Kuhn e suas revoluções científicas. Entretanto, é certo que a contribuição para o desenvolvimento

objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral. Em termos históricos, as várias correntes do pós-positivismo jurídico começaram a se desenvolver a partir da segunda metade do século XX e persistem até os dias atuais. Sua origem se deu como uma resposta aos lindes teóricos do modelo positivista para compreender o papel do Direito ante a barbárie das duas guerras mundiais. Dito de outro modo, o que dizer a esta realidade a partir de um ideal descritivista a que afastava quaisquer elementos justificatórios? Para alguns, isto demonstrou as insuficiências que precisavam e poderiam ser aprimoradas, como pensam os positivistas inclusivistas e normativistas, e para outros seria o sinal de falência de um paradigma, onde estariam os pós-positivistas, que também se denominam como anti-positivistas ou não-positivistas.” (STRECK, 2017, p. 211-212).

do fenômeno jurídico e de sua compreensão são objetivos a serem alcançados.

Como premissa fundamental, reconhece-se a complexidade do saber jurídico, que não admite posicionamentos teóricos unânimes e incontroversos, pois ele é essencialmente complexo e conturbado. Por isso, é essencial trabalhar seus conceitos a partir da operacionalidade e dos problemas que o próprio direito propicia.

Contemporaneamente não é incomum encontrar uma didática divisão a respeito dos possíveis caminhos para a filosofia do direito. Ou seja, jusfilósofos optam por divisões, ou agrupamentos, a respeito das correntes jurídico-filosóficas, para facilitar a compreensão e estabelecer com clareza os limites sobre “o quê” se fala, evitando, deste modo, mixagens teóricas maculadas pela incoerência.

É certo que essas divisões não são fechadas e admitem uma organicidade e sistematicidade. Não refletem ou pressupõem, necessariamente, a existência de uma linearidade de pensamento entre elas. Porém, como dito, são divisões úteis em razão de sua didática.

Alysson Leandro Mascaro (2014, p. 310), por exemplo, afirma que em boa parte de sua evolução, a história da filosofia se revelou, de certo modo, linear, pois encontrou uma sequência no pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles, posteriormente com Paulo, Agostinho e Tomás, ainda, Hobbes, Locke e Rousseau, e, então, os alemães Kant, Hegel e Marx. Contudo, em tempos contemporâneos isso não se repetiu, vez que muitas das correntes filosóficas se deram ao mesmo tempo, umas em contraposição a outras, inclusive.

Deste modo, ainda que a divisão da filosofia contemporânea⁶ se dê apenas por razões didáticas, similaridades existentes no pensamento de três grandes vertentes permitem o seu agrupamento: a primeira delas, que se revela como um campo de legitimação e de aceitação do direito e de suas instituições políticas e jurídicas, é chamada de juspositivismo; a segunda, que adota uma visão menos liberal, apresenta-se em um campo não juspositivista com uma análise existencialista, tendo como principal objeto de estudo o poder, podendo ser classificada como não juspositivista; por fim, a terceira, que é enquadrada como a

⁶ O uso da expressão “contemporânea” tem relação direta com as Revoluções Burguesas. Logo, refere-se, fundamentalmente, ao que fora produzido no momento posterior ao século XIX e que vai até os dias atuais.

filosofia do direito crítica, que tem no marxismo o seu mais importante caminho (MASCARO, 2014, p. 311-312).

Apesar de críticas dirigidas a primeira corrente, especialmente aos estudos do seu maior expoente, o jurista austríaco Hans Kelsen, é possível perceber que algumas delas não se sustentam por incompreensão de suas peculiaridades, ou por confusões políticas, pois como esclarece Luis Regis Prado (1984, p. 12) ao narrar a vida e a obra de Kelsen no “II Encontro Nacional de Filosofia do Direito”, nacionalistas e fascistas reprovavam seus estudos, vez que eram tidos por democráticos, e a democracia era coisa passada. Os socialistas, reprovavam da mesma forma, mas o argumento é de que se tratava de uma doutrina fascista, que justificaria regimes totalitários. Autores antissemitas afirmavam que era uma teoria semita, por ser vazia, formal e abstrata. Católicos, viam uma teoria protestante, enquanto os protestantes viam uma teoria católica. Enfim, todas as reprovações políticas decerto evidenciam não só a magnitude da obra, mas também a neutralidade e objetividade científica do seu criador.

Não obstante, é evidente que a sua principal obra, intitulada “Teoria Pura do Direito”, constitui um monumento da teoria jurídica do Século XX, e que certamente adentrou ao Século XXI ainda com muito vigor.

A apresentação ao pensamento de Kelsen se justifica, pois é a base jusfilosófica aqui adotada. Ressalta-se, todavia, que não se trata de aceitação cega e irrestrita ao pensamento kelseniano que, por óbvio, e no mesmo sentido da complexidade já mencionada, admite complementações e críticas. Porém, enquanto marco teórico, adota-se Kelsen e, especificamente, a corrente do juspositivismo estrito.

Ainda, vale destacar que não se desconhece a importância daqueles que o sucederam, ou mesmo apresentaram outras perspectivas dentro do paradigma juspositivista. Todavia, é certo que Kelsen permanece como pensador fundamental quando se estuda o Direito e, mesmo com a existência de vozes que advogam o contrário, não é o que aqui se pretende.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao prefaciar a obra de Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 19-20), intitulada “Para entender Kelsen”, responde ainda o porquê de se continuar estudando o jurista austríaco:

A obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência

jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente.

Com efeito, qualificá-lo de imediato como reducionista, ou mesmo ignorar a sua construção teórica, não parece ser correto. E mais, a concepção de ordem social e ordem jurídica que será oportunamente apresentada, revela-se como adequada à construção teórica que aqui se propõe, especialmente na reparação e restabelecimento da ordem, ou melhor, na sanção decorrente da violação da norma. Isto porque, um dos vieses deste trabalho é a análise do acesso à justiça em situações fáticas corriqueiras nas sociedades de massas. Algumas delas, como se demonstrará, por inúmeros motivos poderiam incentivar o causador do dano que agiu de forma contrária a uma norma jurídica, a perpetuar sua conduta, não sofrendo qualquer sanção ou coerção. Algo que, definitivamente, não se mostra coerente. Não sob a perspectiva de um ordenamento jurídico que se propõe racional e regulador das condutas humanas, como o concebido por Hans Kelsen.

Sem embargo, falar de positivismo jurídico não é tarefa fácil. Afinal, de qual positivismo⁷ se fala? Ou melhor, de qual momento histórico?

É fundamental essa distinção para que distorções como as que pressupõe a “urgência” na superação do “juiz boca da lei” sejam, definitivamente,

⁷ Sobre o positivismo enquanto postura científica e não apenas jurídica, Lênio Luiz Streck (2010, p. 160) explica que: “o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.”. Ainda, sobre positivismo cf. COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978. Por fim, Hans Kelsen (2010, p. 85) esclarece que: “O positivismo jurídico tem de ser distinguido do filosófico; porém, ele está para com esse em uma relação próxima. Sob o positivismo filosófico entende-se “cada direção da filosofia e ciência que parte do positivo, dado, compreensível, somente nisso ou nessa ‘descrição’ exata vê o objeto da investigação, rejeita cada metafísica de tipo transcendental e quer eliminar todos os conceitos do supra-sensível, de forças, causas, sem, até, muitas vezes, as formas do pensar apriorístico (categorias) da ciência”. Sob o positivismo jurídico entende-se cada teoria do direito que como “direito” entende somente o direito positivo e cada outra ordem social, também quando ela, no uso do idioma, é designada como “direito”, como especialmente o “direito natural”, não deixa de valer como “direito””.

abandonadas. Ora, essa superação já aconteceu. Kelsen, aliás, foi um dos responsáveis por ela.

Explica Orlando Luiz Zanon Júnior (2016, p. 126) que na primeira etapa do movimento positivista, chamada de positivismo jurídico exegético ou legalista, acreditava-se que seria possível construir um Direito Positivo tão completo e perfeito que o juiz se limitaria a aplicar a regra estabelecida pelo parlamento sem maiores questionamentos, isto é, sem interferências subjetivas e inseguras.

Adverte Lenio Luiz Streck (2010, p. 160), todavia que:

[...] Percebe-se, portanto, que nesse primeiro momento o produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos). No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direito privado. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” – mas sim em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Este texto era – no período pré-codificação – o Corpus Juris Civilis. A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A idéia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900). A partir de então, a função de complementariedade do direito romano desaparece completamente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”. De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese, na França, e A Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

É a época do Código de Napoleão e da Escola da Exegese. Este modelo, suplantando a ideia de que existiria um Direito Natural extraído da Moral, propôs que simplesmente o Direito não tinha relação com a Moral. A juridicidade,

portanto, seria um outro produto social, diferente e externo à moralidade (ZANON, 2016, p. 126).

Sem embargo, além da percepção de que os Códigos não são capazes de cobrir a realidade, merece destaque a compreensão de que o magistrado é um agente político e, por inúmeros fatores, é incapaz de agir como um mero reproduzidor da lei, mormente considerando o problema inicialmente mencionado, que dá ensejo às lacunas normativas, ou ainda, às antinomias, em razão da ambiguidade dos textos normativos.

Neste contexto, é possível afirmar que o positivismo exegético, primitivo, não conseguia mais apresentar respostas satisfatórias às necessidades da época. E é exatamente nesse momento que se inaugurou uma nova fase do positivismo jurídico, cujos principais expoentes são Kelsen e Hart, posteriormente, também desenvolvida por Bobbio. Essa fase pode ser chamada de positivismo normativista.

É certo que Kelsen não pretendeu destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos, por exemplo. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas, agindo contra o desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre, as quais favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito (STRECK, 2010, p. 161).

Assim, diante da impossibilidade de existir um juiz do tipo “boca da lei”, seja pela ambiguidade ou contradição prevista nas regras positivadas, ou ainda, pela ausência de normas disponíveis para solução do caso concreto, o que daria margem ao julgador para criação de normas, como se legislador fosse, surgiu um novo positivismo.

Antes porém, há que se distinguir o positivismo jurídico do positivismo filosófico. O último rejeita a metafísica para investigação dos objetos que se propõe a estudar, isto é, ele parte do positivo, do dado, do compreensível, relegando conceitos suprassensíveis de forças ou causas. O primeiro, por sua vez, entende que cada teoria do direito é compreendida apenas pelo direito positivo. Surge, então, outra questão, o que é a “positividade do direito”? Para tanto é fundamental entender o conceito de Direito, que deve ser compreendido como uma ordem normativa que procura produzir uma conduta humana que, se contrária ao

que ela prescreve, estará sujeita a sofrer um ato de coerção. Isto é, como consequência da conduta antijurídica, uma sanção deverá ser aplicada (KELSEN, 2010, p. 85). Assim, entende-se que o Direito é um ordenamento normativo de coerção.

Neste ponto já começa a ficar mais evidente o que se entende por “pureza do Direito”, pois ao reduzir – o que não se confunde com a concepção negativa de reducionismo⁸ – o conceito de Direito à ordem normativa que prescreve que uma conduta humana contrária a ela sofrerá uma coerção como consequência do ato antijurídico, está-se, de fato, buscando desenvolver uma teoria do Direito que garanta um conhecimento livre de influências de outras áreas do saber, as quais, mesmo contando com uma conexão, não devem obscurecer a sua essência ou diluir os limites impostos pela natureza do objeto.

Kelsen esclarece (1998, p.118):

Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” e “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência ela não se considera obrigada a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura.

Nota-se, portanto, que Kelsen está preocupado na construção de um

⁸ Importante destacar que as críticas do reducionismo em face da crise da razão moderna, causada em grande parte pela imposição do método, não são ignoradas. Entretanto, eventuais exageros e a desconsideração da importância da ciência moderna para transformação e superação de outros paradigmas não são adequados. Ademais, Kelsen não foi um reducionista no sentido negativo que se pode atribuir ao termo. Muito pelo contrário, a sua tentativa de ignorar matérias como a sociologia, psicologia, ética ou teoria política se deu para consolidação do seu princípio metodológico fundamental, que buscava uma estrita definição do objeto e a neutralidade da investigação. Portanto, se classificado como reducionista, é certo que deve ser feito nos moldes pregado pela ciência moderna, isto é, naquilo que se compreende por reducionismo epistemológico desenvolvido por Descartes (2001, p. 23) na clássica obra “O Discurso do Método”, especialmente no seguinte trecho: “O primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las. O terceiro, conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros. E, o último, fazer em tudo enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse certeza de nada omitir”. Logo, o reducionismo kelseniano não é algo necessariamente negativo ou já completamente superado pela epistemologia.

conhecimento consistentemente científico, tratando-se verdadeiramente de um trabalho de epistemologia jurídica, ou seja, o estudo do conhecimento das normas jurídicas. O princípio fundamental do método proposto orbita a partir de dois vetores. O primeiro diz respeito ao objeto do conhecimento, qual seja, exclusivamente a norma posta. O segundo, por sua vez, a neutralidade desse conhecimento, isto é, em que pese a conexão de outros valores envolvidos com a norma, deve o cientista do direito ignorá-los, não por serem irrelevantes, mas para não viciar a veracidade de suas informações. Deste modo, alcança o pensador de Viena a pureza de sua teoria, com a estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e a neutralidade (corte axiológico) (COELHO, 1995, p. 21-23).

Pois bem. É no aperfeiçoamento do rigor lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo que Kelsen desenvolve sua teoria. E mais, explica o pensador:

Se, no sentido do positivismo filosófico, objeto de uma ciência somente pode ser o “dado” e o dado – como *Ernst Lass*, em sua obra “idealismo e positivismo” diz – são *fatos*, não pode o postulado do positivismo filosófico encontrar nenhuma aplicação ou então nenhuma imediata em normas jurídicas, uma vez que normas jurídicas não são fatos, mas o *sentido* de fatos, ou seja, o sentido de atos de vontade dirigidos à conduta humana. Mas validade de um ordenamento jurídico, no geral, e de uma norma jurídica, no particular, é condicionada por fatos. Nisso, deve ser observado que esses fatos, como fatos do *ser*, somente são a *condição* da validade, não a validade, que é um dever. *Nisto, que a validade do direito é condicionada por esses fatos, consiste a positividade do direito* (KELSEN, 2010, p. 86).

Portanto, o termo norma significa algo que deve ser ou acontecer (*Sollen*), isto é, direciona a conduta humana a partir de uma regra indicativa do que precisa ocorrer. Melhor dizendo, “ *com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homo se deve conduzir de determinada maneira*” (KELSEN, 1999, p. 5).

O acontecer fático que está de acordo com a norma, constitui-se em um ato jurídico (lícito ou ilícito). Lícito, se ocorrido de acordo com o que deveria ser, e ilícito se ocorrido em desarmonia com ela, a norma. Com efeito, a norma também funciona como esquema de interpretação, pois por meio dela que o jurista conhece e descreve a realidade fática (KELSEN, 1999, p. 4).

Partindo dessa premissa, Kelsen ressalta que o sentido jurídico da facticidade não decorre da causalidade, como nas ciências naturais, mas sim através daquilo que chama de imputação. Embora análoga à relação de

causalidade, se distingue de maneira característica, isto porque, ainda que uma proposição jurídica ligue dois elementos (como se alguém comete um crime, deve se sujeitar a uma pena), ela tem um significado completamente diferente da causalidade natural e afirma (KELSEN, 1999, p. 87):

Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação da causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.

Logo, enquanto as chamadas ciências da natureza debruçam seus esforços no conhecimento do ser, ou seja, daquilo que efetivamente se é a partir da chamada relação de causalidade, a ciência jurídica tem como escopo o conhecimento do dever ser, mais especificamente, da norma, a partir da relação existente entre elas.

Vale destacar que nem todas as normas são objetivamente válidas ou vinculantes para todos, pois somente ostentam essas características aquelas que foram produzidas por alguém com competência para tanto. Assim, a ordem de um assaltante para que uma pessoa lhe entregue determinada quantia em dinheiro não pode ser compreendida como um dever ser objetivamente válido, já que nenhuma outra norma outorga a ele esse tipo de poder. Todavia, se essa mesma ordem advém de outro agente, como um servidor do fisco, ela passa a ser vinculante, pois nesse caso, o seu poder é franqueado por uma norma, que por sua vez está em consonância com a Constituição (KELSEN, 1999, 8-9). E, deste modo, mostra-se objetivamente válida e subjetivamente vinculante.

Mas e os dispositivos constitucionais, retiram sua validade de qual fonte? Para Kelsen há uma lógica ascendente, a partir da norma fundante, chamada por ele de Norma Fundamental (*Grundnorm*), em outras palavras:

Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser

derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). [...] É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 1999, p. 217).

Com efeito, não há necessariamente uma relação entre a norma fundamental de validade última e a Constituição vigente, mas sim uma norma primeira e suprema que inaugurou a ordem jurídica de determinado Estado e lhe conferiu juridicidade. Logo, trata-se de uma norma pressuposta.

Deste ponto, alcançam-se dois resultados. O primeiro é que a chamada norma fundamental inaugura um ordenamento jurídico unitário, já que todas as normas abaixo dela somente terão validade se suas disposições forem convergentes. E o segundo, alinhado ao primeiro resultado, é a de que o sistema jurídico deverá se escalonar a partir de um critério de validade formal, cuja hierarquia, em sequência, compreende à Constituição, que regulará a produção de outras normas, perpassando por todas as demais normas, até se chegar a norma de decisão individual dos agentes públicos no exercício de suas funções, estas últimas, na base do ordenamento.

Dessas conclusões, Orlando Luiz Zanon (2016, p. 131) infere que:

[...] pode-se delinear outro ponto de suma relevância para a teoria do Direito em exame, justamente a configuração do Ordenamento Jurídico como uma pirâmide escalonada de Normas segundo critério de validade meramente formal, cujo ápice é a Constituição do Estado. Não se pode olvidar que Kelsen não empregou o termo "pirâmide" ao tratar da ordem escalonada de Normas, contudo, tal figura geométrica bem representa a visualização gráfica de sua teoria da ordem jurídica e, justamente por isto, é amplamente empregada pela doutrina [...].

Sem embargo, dentre as lições deixadas pelo jurista austríaco, talvez a que melhor caracteriza o positivismo jurídico e, conseqüentemente, merece destaque, é a distinção entre direito e moral.

A moral⁹, resumidamente, pode ser definida como um conjunto de

⁹ Destaca-se também os significados de Moral trazidos por Nícola Abbagnano (2007, p. 682), em seu dicionário de filosofia: "**MORAL**¹ (lat. *Moralia*; in. *Morais*; fr. *Mora It** ai. *Moral*; it. *Morale*). 1. O mesmo que *Ética*. 2. Objeto da *ética*, conduta dirigida ou disciplinada por normas, conjunto dos *mores*. Neste significado, a palavra é usada nas seguintes expressões: "M. dos primitivos", "M. contemporânea", etc. **MORAL**¹ (gr. *ῥῆθKÓÇ*; lat. *Moralis*-. in. *Moral*; fr. *Moral*; ai. *Moral*; it. *Morale*). Este adjetivo tem, em primeiro lugar, os dois significados correspondentes aos do substantivo moral: 1-1 atinente à doutrina *ética*, 2" atinente à conduta e, portanto, suscetível de avaliação M, especialmente de avaliação M.

convicções que contam com três perspectivas: (i) ter como objeto a distinção entre o bem e o mal; (ii) orientar o comportamento dos indivíduos (fazer o bem e evitar o mal); (iii) permitir a avaliação das condutas individuais, impondo sanções ao transgressor (DIMOULIS, 2018, p. 99).

Não se olvida da correlação entre direito e moral. Todavia, correlação não impede que teoricamente se adote a postura positivista, cujo ponto elementar consiste exatamente na separação.

Kelsen (2010, p. 92) esclarece que:

A consequência essencial do positivismo jurídico é a *separação do direito da moral* e, por isso, também do chamado *direito natural*, que forma um componente da moral, que pode ser considerado como metafísica do direito e que não fixado por atos de vontade humana, mas – segundo a doutrina do direito natural – deduzido da natureza; o que, contudo, somente seria possível sob a suposição teológica: que na natureza, criada por Deus, manifesta-se a vontade de Deus. A separação do direito da moral não significa, naturalmente – como frequentemente é entendido mal –, a recusa da exigência, que o direito deve corresponder à moral e, especialmente, à norma moral da *justiça*, que o direito deve ser justo.

Isso não quer dizer, todavia, que o juspositivista será amoral ou que suas premissas e análises não terão relação com valores, mas sim que a avaliação de como o direito deve ser, o que é um direito correto ou justo, é um campo reservado à filosofia do direito, a qual exerce uma função da política jurídica e que permite, como se sabe, a adoção de inúmeros ideais de justiça. Portanto, a adoção do positivismo jurídico, significa a busca por um conhecimento mais objetivo do Direito, ou que em suas premissas essa pretensão esteja contida.

Por isso, adverte Dimitri Dimoulis (2018, p. 100):

A tese da separação decorre de uma opção teórica que pode ser feita mesmo por quem estiver convencido da existência de princípios morais adequados, vinculantes e até mesmo universais. O juspositivista pode considerar que certas normas são imprescindíveis em qualquer sociedade humana [...]. Pode também defender posicionamentos morais pessoais. Pode reivindicar, como cidadão, a inclusão de normas que considera moralmente adequadas ou criticar certas normas como disfuncionais ou injustas. Tais posturas não afetam a tese da separação que decorre de uma opção teórica e não da inexistência ou da relatividade da moral. Um fervoroso católico com inabalável fé nos ensinamentos morais de sua religião pode ser positivista, analisando qualquer sistema jurídico objetivamente e sem modificar sua postura perante a moral enquanto indivíduo.

positiva. Assim, não só se fala de atitude M. para indicar uma atitude moralmente valorável, mas também coisas positivamente valoráveis, ou seja, boas”.

A adoção teórica pelo positivismo jurídico estrito, portanto, definitivamente não pode ser confundida com qualquer falha de caráter ou demais argumentos que não resistem a poucos segundos de teoria e contra argumentação. Pelo contrário.

Busca-se, ao se adotar a perspectiva do positivismo estrito, analisar o objeto da pesquisa a partir de uma ótica racional, objetiva e neutra, como bem prega essa dimensão de análise, ainda que ela se limite a uma mera pretensão. Isto é, não se pretende corrigir o direito ou discutir sobre a justeza das normas, mas sim investigá-lo cientificamente na tentativa de solucionar os problemas concretamente postos.

Aliás, essa deve ser a postura do jurista, pois diante de problemas concretos, deve abandonar seus juízos ideológicos, por mais bem intencionados que sejam, e buscar resolvê-los de maneira a garantir integridade e coerência do sistema, proporcionando, conseqüentemente, segurança jurídica para as relações sociais.

Estabelecidas as premissas filosóficas, apresenta-se, neste momento, as bases metodológicas.

As ciências são caracterizadas pela utilização de métodos científicos. Entretanto, a simples utilização de métodos não significa necessariamente que se está a fazer ciência. Logo, a utilização de métodos científicos não é da alçada exclusiva da ciência, mas definitivamente, não há ciência sem o emprego de métodos científicos (MARCONI; LAKATOS, 2005, p. 83).

Para que o trabalho alcance o *status* de científico, como narrado no início deste tópico, é fundamental a apresentação de suas bases metodológicas, as quais devem garantir que a narrativa apresentada seja passível de confirmação. E mais, que seja capaz de trazer uma segurança objetiva para a pretensão de verdade almejada.

Assim, método é:

[...] o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros –, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista (MARCONI; LAKATOS, 2005, p. 83).

Sem o método, não é possível falar em ciência. E o método científico deve encontrar fundamento na razão.

Métodos racionais são aqueles que fazem parte da estrutura do raciocínio, isto é, de um procedimento coerente de coleta de elementos disponíveis no mundo e que são processados pelo método indutivo (análise) e pelo método dedutivo (síntese). Assim, por meio de procedimentos fundamentais à compressão dos fatos pela ciência é que o ser humano alcança as conclusões do raciocínio, que são chamadas de compreensão (FACHIN, 2003, p. 29-30).

Infere-se, portanto, que a compreensão é alcançada a partir da utilização de análises e sínteses, que são posições que não se opõem. Pelo contrário, que se formam em uma única cadeia de raciocínio, como explica Odília Fachin (2003, p. 30-31):

O método indutivo é um procedimento do raciocínio que, a partir de uma análise de dados particulares, se encaminha para noções gerais. Neste caso, apresenta-se como forma ordenada do raciocínio dos dados singulares para uma verdade geral. O raciocínio parte da enumeração completa do grupo de um gênero para alcance do conhecimento geral desse grupo, ou seja, a análise racional ocorre com elementos gerais; assim, a marcha do conhecimento principia pelos elementos singulares e vai caminhando para os elementos gerais. [...] Pelo método dedutivo, de duas proposições necessariamente surge uma conclusão. É um conhecimento que se obtém de forma inevitável e sem contraposição. Parte do geral para o particular, do conhecimento universal para o conhecimento particular. [...] os métodos indutivo e dedutivo não são proposições que se opõem; eles compõem uma única cadeia de raciocínio.

Não obstante exista reciprocidade entre esses métodos, a dedução prevalecerá, vez que parte da análise da legislação, enquanto ordem normativa por excelência, da doutrina e da jurisprudência, ou seja, torna-se nítida a prevalência de premissas genéricas que visam alcançar conclusões específicas. Isto porque ao se analisar as transformações sociais, a ordem normativa e os instrumentos que têm objetivo de garantir a concretização do acesso à justiça, especialmente nas situações fáticas que envolvam interesses individuais homogêneos, busca-se encontrar se esses instrumentos estão, de fato, proporcionando eficazmente a plenitude do direito fundamental que tutelam.

Adota-se também a metodologia kelseniana – Teoria Pura do Direito –, cuja premissa fundamental é estudar o Direito enquanto uma estrutura de Direito positivo. Ou seja, ainda que se analise ou comente casos, a ordem normativa base

sempre servirá de alicerce para as conclusões que serão alcançadas. O estudo dogmático é o que prevalece.

Para formulação da TPD Kelsen se baseou em um estudo comparativo das ordens sociais existentes – e que já deixaram de existir –, as quais historicamente tiveram o nome de Direito. Portanto, qualquer dimensão que se busca encontrar a origem do Direito, ou mesmo a existência de um Direito em geral, foge da opção metodológica desenvolvida por ele.

Como destaca o autor:

São problemas da sociologia e da história e, como tais, exigem métodos totalmente diferentes dos de uma análise estrutural de ordens jurídicas dadas. A diferença metodológica entre uma análise estrutural do Direito, por um lado, e a sociologia e a história do Direito, por outro, é similar à diferença entre a teologia e a sociologia ou a história da religião. O objeto da teologia é Deus, tido como existente; o objeto da sociologia e da história é a crença dos homens em Deus ou em deuses, quer exista que não o objeto dessa crença. A Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos. É uma abordagem jurídica do problema do Direito. (KELSEN, 1998, p. 291)

Por óbvio que não se ignora a existência de outras ciências com o mesmo objeto. Aliás, a sociologia e a história do Direito, por exemplo, são essenciais para uma análise completa desse fenômeno extremamente complexo que chamamos de Direito.

A TPD, por sua vez, jamais pretendeu ser a única ciência ou a mais legítima. Pelo contrário, suas limitações se apresentam na exata dimensão proposta por ela.

Deste modo, a sua adoção não ignora a relevância de outras abordagens possíveis para solução de problemas ligados ao acesso à justiça, à proteção dos direitos transindividuais em sua modalidade individuais homogêneos, especialmente em sua fase executiva, ou demais desdobramentos possíveis que o recorte da pesquisa pode proporcionar.

Todavia, é certo que no presente caso, pelo fato de ter se adotado a TPD, ainda que em alguns momentos haja diálogos com outras áreas do saber, ele se concentrará no estudo do Direito positivo e das premissas acima delineadas.

1.1 CONCEPÇÃO DE DIREITO

O estudo do direito possibilita um sem-número de possibilidades, seja em sua concepção etimológica, etnológica, filosófica ou mesmo a partir de suas condicionantes sociais, perpassando pela sua função, eficácia, crítica, enfim, configura-se tarefa árdua – porém fundamental – definir o que vem a ser o direito. Apesar da dificuldade, essa definição é, sem dúvida, a pedra de toque do jurista, pois não é possível conhecer um sistema jurídico sem a prévia representação intelectual do direito.

É cediço que o direito pode ser compreendido como um fenômeno social. Mas o que isso quer dizer?

O homem que nasce e se desenvolve em sociedade é diferente daquele que se desenvolveria isolado do convívio de seus semelhantes¹⁰. Apenas o contato com outros humanos faz com que o indivíduo se torne pessoa capaz de levar dentro de si, ao mesmo tempo, as percepções de individual e coletivo (SOUTO; SOUTO; 2003, p. 23).

A despeito das propostas contratualistas¹¹, é no tecido social que surge a figura do ser social.

Propõe o sociólogo francês Émile Durkheim (1955, p. 42-42) que em cada um dos indivíduos existem dois seres, um, chamado de *ser individual*, que se

¹⁰ Cf. BANKS-LEITE, Luci; GALVÃO, Izabel. *A educação de um selvagem: as experiências pedagógicas de Jean Itard*. (orgs.). São Paulo: Cortez, 2001.

¹¹ Não obstante as inúmeras peculiaridades existentes no pensamento contratualista é certo que todo possuem alguma similaridade em sua visão de mundo. Noberto Bobbio (1998, p. 272) esclarece que: *“Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, potestas, imperium, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso. É igualmente necessário fazer uma distinção analítica entre três possíveis níveis explicativos; há os que sustentam que a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade é um fato histórico realmente ocorrido, isto é, estão dominados pelo problema antropológico da origem do homem civilizado; outros, pelo contrário, fazem do estado de natureza mera hipótese lógica, a fim de ressaltar a idéia racional ou jurídica do Estado, do Estado tal qual deve ser, e de colocar assim o fundamento da obrigação política no consenso expresso ou tácito dos indivíduos a uma autoridade que os representa e encarna; outros ainda, prescindindo totalmente do problema antropológico da origem do homem civilizado e do problema filosófico e jurídico do Estado racional, vêem no contrato um instrumento de ação política capaz de impor limites a quem detém o poder”*.

constitui em todos os estados mentais relacionados exclusivamente ao indivíduo e a sua vida pessoal, e outro, caracterizado por um sistema de ideias, sentimentos e hábitos, que exprimem não a individualidade, mas o grupo, ou os grupos que os indivíduos fazem parte, por exemplo, as crenças religiosas, as tradições nacionais ou profissionais, as opiniões coletivas, entre outras. Seu conjunto forma o segundo ser, chamado de *ser social*.

Esse último, não é inato ao indivíduo, tampouco resulta de um desenvolvimento espontâneo, mas sim de um processo educacional de assimilação que cria no homem um ser novo.

Quando se observa a criação das crianças, por exemplo, constata-se que toda educação consiste em um esforço contínuo para impor maneiras de ver, de sentir, de se comportar, de forma que elas certamente não as teriam alcançado espontaneamente. Forçam-nas a comer, a beber, a dormir em horários regulares, a se limpar, a manter a calma, a obedecer; posteriormente, são educadas para que respeitem os costumes, as conveniências; depois, para que trabalhem, etc. Assim, a educação atinge o seu objetivo, qual seja, produzir o ser social^{12 13}(DURKHEIM, 2007, p. 6).

Por óbvio que isso não se nota apenas no processo educacional de crianças, pois à medida que a pessoa humana se adapta como um ser social, às exigências do grupo de convívio, o seu comportamento e as expectativas de comportamento se tornam semelhantes, cuja padronização – embora relativa – se torna evidente (SOUTO; SOUTO; 2003, p. 24).

Diz-se ser relativa, pois a conduta humana não se limita apenas no atuar de acordo com os estímulos provocados por agentes externos. Seus desejos, sentimentos e ideias, também influenciam em sua visão de mundo. Portanto, o transformar do indivíduo em pessoa humana, certamente é atividade fundamental da sociedade. Entretanto, se essa é uma tarefa simples, já que o convívio social ocorre de forma natural, a permanência desse coletivo já não é tão fácil assim, pois se torna necessário a criação de normas e o engrandecimento da consciência de grupo para

¹² É importante destacar que o próprio autor reconhece o caráter coercitivo não é benéfico, porém, segundo ele, não há registro histórico de outra prática pedagógica, vejamos: “*É verdade que, segundo Spencer, uma educação racional deveria reprovos tais procedimentos e deixar a criança proceder com toda a liberdade; mas como essa teoria pedagógica jamais foi praticada por qualquer povo conhecido, ela constitui apenas um desideratum pessoal*”. (DURKHEIM, 2007, p. 6).

¹³ Em tom mais crítico e mais contemporâneo sobre a construção do ser social através do processo educacional Cf. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2009 e BOURDIEU, Pierre. Meditações Pascalianas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

que exista preponderância de semelhanças e redução de individualidades (SOUTO; SOUTO; 2003, p. 24-25) – as quais são benéficas, pois criativas e transformadoras, mas para coesão social não podem se sobrepor à consciência do grupo.

Nesse ponto, surge o principal objeto de estudo da antropologia, pois explica Marilena Chauí (2000, p. 374) que a diferença homem-Natureza surge quando os humanos decretam uma lei que não poderá ser transgredida sem a devida responsabilização, isto é, o exato surgimento da cultura¹⁴, cuja regra ou norma humana opera como lei universal, válida para toda a comunidade.

Assim, a lei humana é um imperativo social que organiza a vida dos indivíduos e da comunidade, determinando a criação dos costumes, a transmissão destes, as formas de poder, etc. Não se trata de mera proibição de condutas ou permissão para outras, mas a afirmação de que os humanos são capazes de criar uma ordem que não é natural (física, biológica), mas sim uma ordem simbólica (CHAUÍ, 2000, p. 374).

Se é a lei humana um imperativo social, é possível afirmar que o direito constitui-se em um produto de atos de vontade da autoridade política de determinado período e que gozará da característica de ser coercitiva perante os membros de determinada sociedade.

Isso significa dizer que o direito, a partir da perspectiva positivista estrita adotada no trabalho, é definido com base em elementos empíricos e que, necessariamente, variam ao longo do tempo, rejeitando, todavia, qualquer dependência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e com pretensão de imutabilidade, como mandamentos divinos ou imperativos advindos da razão humana (DIMOULIS, 2018, p. 33). Isto é, afasta-se, definitivamente, de concepções naturais, transcendentais e universais. No mesmo sentido, Kelsen (2010, p. 84):

¹⁴ Afirma Olney Queiroz Assis (2011, p. 235) que não há consenso sobre o conceito de cultura, pois já foram classificadas 164 definições, o que demonstra imensa ambiguidade. Entretanto, Nicola Abbagnano (2007, p. 225) afirma que "*Esse termo tem dois significados básicos. No primeiro e mais antigo, significa a formação do homem, sua melhoria e seu refinamento. F. Bacon considerava a C. nesse sentido como "a geórgica do espírito" (Deaugm. scient., VII, 1), esclarecendo assim a origem metafórica desse termo. No segundo significado, indica o produto dessa formação, ou seja, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, polidos, que também costumam ser indicados pelo nome de civilização [...]. No significado referente à formação da pessoa humana individual, essa palavra corresponde ainda hoje ao que os gregos chamavam paidéia e que os latinos, na época de Cícero e Varrão, indicavam com a palavra humanitas: educação do homem como tal, ou seja, educação devida às "boas artes" peculiares do homem, que o distinguem de todos os outros animais [...].*"

Como direito, é aqui entendido uma ordem normativa que procura produzir uma conduta humana determinada pelo fato de ela prescrever que, no caso de uma conduta oposta, da chamada antijurídica, do “antijurídico”, deve realizar-se um ato de coerção como consequência do antijurídico, como chamada sanção. Nesse sentido é o direito um ordenamento de coerção normativo.

O Direito, portanto, deve ser analisado de forma distinta das ordens sociais. Não que ele também não seja fruto da criação humana. Porém, isso não significa que ele terá a mesma função ou sistemática no tecido social.

Por vezes as ordens sociais preveem a possibilidade de sanções, ainda que simbólicas, mas a maneira com que essas atuam ou interferem na conduta humana, distingue-se da forma com que o Direito age, especialmente nas chamadas condutas ilícitas, isto é, contrárias as prescrições normativas. E mais, a intensidade com que o Direito age também é distinta das ordens sociais.

Nesse ponto, Kelsen (1999, p. 37-38) afirma:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento da coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física. Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção. Dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa – como às vezes se afirma – que pertença à essência do Direito “forçar” (obter à força) a conduta conforme ao Direito, prescrita pela ordem jurídica. Esta conduta não é conseguida à força através da efetivação do ato coativo, pois o ato de coação deve precisamente ser efetivado quando se verifique, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito. Precisamente para este caso que é estatuído o ato coativo, que funciona como sanção.

Portanto, as condutas humanas ilícitas, contrárias às prescrições normativas, se sujeitarão a uma sanção que será aplicada independentemente da vontade do agente, podendo o Estado se valer da força física para garantir a necessária manutenção da ordem, inclusive.

Considerando o tema aqui estudado, as situações concretas deixam evidente a necessidade de se aplicar a sanção diante de violações das normas, isto

é, imagine a situação em que uma grande empresa¹⁵, voluntariamente resolva ludibriar seus consumidores na tentativa de lucro fácil impondo a eles um produto cuja quantidade difere daquela estabelecida nas embalagens. É óbvio que nesse caso a conduta praticada pela empresa é contrária a prescrição normativa, pois viola o direito desses consumidores.

Pois bem. Nessa situação, como o ordenamento jurídico prescreve que as relações consumeristas se pautam, entre outros elementos, pela boa-fé, tem-se que a conduta praticada pela empresa citada no exemplo é contrária ao preceito normativo. Logo, para trazer conformidade do agir da empresa com o ordenamento jurídico, uma sanção deverá ser imposta e, isto, conforme se demonstrará em momento oportuno, será possível e legítimo, pois os órgãos que atuarão na aplicação dessa coerção encontram o fundamento de validade de suas ações nas normas postas.

Tem-se, portanto, sem ares de definitividade, mas como pressuposto de análise, que o Direito pode ser concebido como um apanhado de normas criadas pela vontade humana, cujas condutas que não encontram conformidade com o que nele está prevista se sujeitarão a uma sanção. Ainda, que este apanhado de normas encontra fundamento em uma norma fundamental pressuposta que dela decorre todas as demais normas em um grau hierárquico inferior.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 82) ao descrever o Direito nessa quadra da história indicando a postura do jurista contemporâneo, afirma que:

[...] a ciência dogmática do direito costuma encerrar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientando para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente.

Em que pese as críticas que possam ser feitas a essa concepção de

¹⁵ Emprega-se o termo empresa não no sentido técnico do Direito Empresarial, mas no sentido do senso comum, ou seja, concebida como uma pessoa física ou jurídica que explora a atividade empresarial a partir da colocação de bens ou serviços no mercado de consumo. Explica Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 123): “A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados de “empresários”. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresária (o sócio) não é empresário; não está, por conseguinte, sujeito às normas que definem os direitos e deveres do empresário”.

Direito, como por exemplo o fato de ser excessivamente liberal e teórica, pois supostamente desconsideraria as condições materiais naturalmente – ou não – postas, ou mesmo pelo fato de, em tese, não proporcionar uma transformação ou emancipação social significativa, constata-se que elas não se sustentam diante da própria teorização que buscam criticar, já que não cabe ao cientista do Direito a valoração das normas ou a transformação social. Este deve, sobretudo, buscar encontrar um objeto de estudo que seja objetivamente verificável e válido para solução dos conflitos sociais.

E mais, acaso as condutas humanas estejam em desconformidade com a prescrição normativa, o jurista deve ser o primeiro a denunciar eventuais abusos e práticas ilícitas para garantir uma mínima ordem dentro do contexto social.

Portanto, ao se questionar no início deste tópico sobre o que se queria dizer do Direito enquanto fenômeno social, após as considerações apresentadas, fica mais fácil afirmar que essa é, de fato, a natureza dele, pois, trata-se de fenômeno criado pelos homens a partir de sua socialização para regular as condutas tendo em vista uma norma pressuposta que garante a validade das demais, cuja finalidade principal é estabelecer uma ordem em determinada sociedade, especialmente quando essas prescrições normativas são violadas.

Ademais, ele é sem dúvida o mais social dos fenômenos de controle social, vez que outras ordens sociais, como as religiosas, ou mesmo a educação imposta pela família, não são tão aceitas dentro de determinado contexto social.

A aceitação de regras sociais ou religiosas que impõem determinados comportamentos aos indivíduos, como a forma de se vestir ou interagir com o outro, a castidade, entre outras, é evidentemente menos aceita do que o Direito. As regras jurídicas, ao contrário daquelas, permitem a sua imposição por meio da força física, através do exercício da jurisdição, por exemplo.

Constata-se, deste modo, que o Direito além de ser um fenômeno social, ele é o fenômeno social com maior índice de socialização se comparado com qualquer outro com natureza semelhante. Assim:

Na capacidade jurídica de ser, praticamente, o fenômeno jurídico o mais essencial dos fenômenos de regulamentação social, revela-se um importante conteúdo do próprio direito enquanto sendo este fundamentalmente fenômeno social. A regulação de que trata o direito possui forte conteúdo político, compromissado com a sua capacidade de emancipação social, projetando-se, ou melhor, devendo-se projetar com o

escopo de contribuir com o desenvolvimento humano e seu bem-estar social. [...] o que interessa é frisar o fato do direito estar necessariamente engendrado, desde sua formação, no processo de humanização, cabendo a todos que com ele laborem – desde aportes teóricos até práticos – o reconhecimento desta significativa potencialidade de contribuir na projeção das relações humanas (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 86-87)

Dentro desse processo de humanização, percebe-se a dimensão humana criativa e prescritiva do Direito, já que as regras jurídicas têm por finalidade última a ordenação social, a pacificação dos conflitos existentes no tecido social, diante dos infinitos desejos e anseios dos indivíduos ou grupos. Isto é, a harmonização dos valores socialmente compartilhados.

Portanto, a função ordenadora é a função da ordem jurídica por excelência:

[...] o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros. A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 21)

Sob essas premissas filosóficas e teóricas que se concebe o Direito.

1.2 CONCEPÇÃO DE ORDENAMENTO JURÍDICO

Estabelecida a concepção de Direito, apresentar a ideia de ordenamento fica mais fácil, já que a premissa filosófica adotada traz uma resposta satisfatória para dimensão precisa do que vem a ser ordenamento jurídico.

Na modernidade, o Estado arrogou para si o monopólio legítimo da força física, da solução dos conflitos e da produção normativa. Entretanto, esta última, por razões óbvias, não se encontra positivada em instrumentos esparsos ou mesmo agrupadas sem critério algum, isto porque se exige uma estrutura específica que garanta uma mínima coerência à limitação dos poderes estatais e, principalmente, seja capaz de romper de vez com a tradição anterior, caracterizada pelo poder absoluto nas mãos de um monarca.

Alysson Leandro Mascaro (2015, p. 111), sobre esse ponto

específico, esclarece que:

Em épocas nas quais o poder dos Estados pertencia aos monarcas absolutistas, até era bastante razoável imaginar que havia um conjunto o mais contraditório possível de leis, porque todas elas dependiam apenas da vontade do rei. Mas, a partir do surgimento dos Estados liberais, e em especial a partir do século XIX, a formação das normas jurídicas, a sua estruturação e a sua aplicação buscavam se tornar mecânicas. Por isso, ao invés de exaltarem o acaso ou a vontade de um rei na formação do conjunto de normas, os juristas passam a exaltar a unidade, a coerência, a harmonia entre as normas. Elas têm de guardar entre si alguma unidade, um conjunto mínimo de preceitos organizados. Daí que, em geral, o jurista chama esse conjunto de normas jurídicas pelo nome de *ordenamento jurídico*. Fala-se em ordenamento por conta da presunção de que haja alguma ordem a partir da qual as normas se encontram agrupadas.

Constata-se que a própria reestruturação social provocada pelas chamadas Revoluções Burguesas, deu ensejo à ideia de ordenamento jurídico, pois isso se revelava cada vez mais fundamental diante do cenário de incertezas e arbítrios provocados pelo período absolutista na era medievá.

Sem uma ordem jurídica sistematizada, a sociedade que estava se estabelecendo não seria sequer capaz de se estruturar, quanto mais se consolidar. O respeito aos contratos – ponto fundamental das sociedades capitalistas que exurgiam naquele contexto –, por exemplo, precisava de uma concepção jurídica que fosse capaz de trazer segurança e previsibilidade às relações sociais.

Contra as legislações absolutistas, marcadas pela casualística, isto é, sem uma coerência e com raízes no arbítrio do poder absoluto, foi necessário organizar um conjunto de normas cada vez mais universais, emanadas por um legislativo que, necessariamente, deveria seguir as regras previamente estabelecidas (MASCARO, 2015, p. 112) para que a inovação normativa fosse possível.

Não obstante os aspectos históricos e sociais que deram ensejo à construção teórica do ordenamento jurídico, é certo que Hans Kelsen foi o grande teórico responsável por isso, não só por toda estruturação de uma teoria da norma, como já delineado no item anterior, mas, também, pelo desenvolvimento de uma teoria do ordenamento jurídico, a qual foi posteriormente adotada por outros pensadores, como o jurista italiano Norberto Bobbio¹⁶, e que até hoje influencia o Direito.

¹⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: EDIPRO, 2011.

Pois bem. Na perspectiva kelseniana de análise, o conceito de Direito é identificado com o conceito de norma. Essa última, por sua vez, não se confunde com a lei. Isto porque lei é uma espécie de norma.

Para compreensão da TPD nesse ponto específico é fundamental apresentar a dimensão de ordenamento enquanto sistema¹⁷, o qual se subdivide em estático e dinâmico.

Nesse sentido, Kelsen (1999, p. 79-80) esclarece com relação à teoria jurídica estática e a teoria jurídica dinâmica:

A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo é, por sua vez, regulado pelo Direito. É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e aplicação [...] do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito.

Assim, enquanto a estática é compreendida como um sistema com as normas vigentes, o direito “parado”, a dinâmica, tem como objeto a forma com que o Direito é aplicado e produzido, ou seja, representa o direito “em movimento”.

Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam e são substituídas por outras, ou perdem a sua atualidade em decorrência das transformações sociais que se propuseram a normatizar. O sistema, portanto, corresponde esse processo complexo de captação de elementos normativos e não

¹⁷ Cabe destacar que a noção de ordenamento enquanto sistema é bem recente e, como já mencionado, remonta o período após as Revoluções Burguesas. Nesse sentido explica Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 178): “A concepção do próprio ordenamento como sistema é, porém, uma tendência historicamente localizada na Era Moderna. A bem da verdade, podemos, por exemplo, falar do ordenamento jurídico na Roma Antiga, mas o sistema do Direito Romano é uma criação do século XIX. A célebre codificação de Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*, não só não era um sistema, no sentido que lhe empresta a dogmática atual, como também sequer essa expressão era, então, conhecida (a palavra introduz-se no pensamento jurídico só no século XVI e torna-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até nossos dias). Em síntese, essas considerações iniciais permite-nos a seguinte conclusão: o conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema”.

normativos e as relações entre eles, cuja função sempre deverá atender às exigências para decibilidade ou solução dos conflitos (FERRAZ JR., 2003, p. 178).

A estática, portanto, representa o objetivo das normas jurídicas em si mesmas, de modo que o conhecimento adquirido sobre elas permite extrair inferências lógicas internas a elas mesmas. A dinâmica, por sua vez, representa a tomada das normas em conjunto, ao mesmo tempo em que trata da criação e perecimento das normas, na medida em que o Direito, por ser um fenômeno dinâmico, permite a inovação por meio de atos normativos que autorizam a concreção de outros atos normativos, numa cadeia dinâmica (MASCARO, 2014, p. 348).

Assim, é possível concluir como aduz Bobbio (2006, p. 198) que:

A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três características fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completitude*; são essas as três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.

A primeira característica, a unidade, é garantida principalmente através do seu critério de validação hierárquica que está no topo do ordenamento e atribui validade às demais normas que a seguem, de modo que elas não poderão ser conflitantes.

Essa unidade, por sua vez, possui uma sistematização específica:

Essa ordem é caracterizada por uma estrutura hierárquica. Seu fundamento é a constituição escrita ou não escrita, sobre a qual repousam os estatutos decretados pelos legisladores: ao criarem normas individuais, os tribunais e os órgãos administrativos aplicam, então, os estatutos. Devemos obedecer as decisões de um juiz ou administrador, em última análise, porque devemos obedecer à constituição. Se perguntarmos por que devemos obedecer às normas da constituição existente, podemos ser remetidos a uma constituição mais antiga, que foi substituída de maneira constitucional pela constituição existente; dessa maneira, chegamos à primeira constituição histórica. À questão de por que devemos obedecer às suas cláusulas, uma ciência do Direito só pode responder: a norma que devemos obedecer às estipulações da primeira constituição histórica deve ser pressuposta como hipótese se a ordem coercitiva, estabelecida com fundamento nela e efetivamente obedecida e aplicada por aqueles cuja conduta regulamenta, for considerada uma ordem válida, obrigatória para esses indivíduos, se as relações entre esses indivíduos, se as relações entre esses indivíduos forem interpretadas como deveres, direitos e responsabilidades legais, não como mera relações de poder; e se for possível distinguir o que é legalmente certo e legalmente errado, em especial o uso legítimo e ilegítimo da força. Essa é a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva, a razão final para sua validade, vista do prisma

de uma ciência do Direito positivo. (KELSEN, 1998, p. 256)

A segunda e a terceira característica, quais sejam, coerência e completude, relacionam-se estritamente, mesmo que nem sempre essa conexão seja tão evidente.

Pois bem. Toda a teoria do ordenamento, naturalmente, tende à ideia de sistema. Dizendo de outro modo, isso se dá em razão da necessidade deste possuir um sentido completo, adequado ao tratamento despendido na relação existente entre as normas jurídicas.

Assim, além do problema envolvendo a hierarquia e a unidade, é essencial que essa hierarquia seja permeada por uma coerência normativa, não permitindo o conflito de normas ou mesmo a incompletude do sistema. As últimas compreendidas como “lacunas” ou, “antinomias”.

Para Kelsen as chamadas “lacunas” são, na verdade, uma ficção, pois o ordenamento não admite essa possibilidade, que se apresenta muito mais como uma vontade do agente de tomar uma decisão contrária ao ordenamento vigente¹⁸. E mais, nas situações em que a ordem jurídica, em tese, não prevê a solução para aplicação da norma no caso concreto, deverá o juiz decidir segundo a sua própria apreciação.

Esse talvez seja o ponto mais conflituoso e criticado dos estudos do jurista de Viena. Entretanto, a sua concepção de ordenamento enquanto normas gerais e individuais que estão ligadas entre si, e que toda inovação normativa decorre de um processo de criação já previamente estabelecido por outra norma do sistema, o qual encontra seu fundamento último na chamada norma fundamental é, sem sombra de dúvidas, uma concepção extremamente coerente.

Outrossim, essa concepção de ordenamento jurídico representa a

¹⁸ Nesse sentido: “A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída. E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma “lacuna” em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma do Direito vigente. Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada. Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente não pode ser considerada como não equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou ao acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma norma” (KELSEN, 1999, p. 273-274).

mais adequada teoria para este estudo, vez que a relação existente entre o causador dos danos aos interesses individuais homogêneos e a necessária reparação, decorre, logicamente, da ideia de ordenamento proposta por Kelsen.

Neste aspecto, portanto, as noções científicas necessárias para o desenrolar da pesquisa estão assentadas, bastando, apenas, a apresentação da concepção de processo jurisdicional. Fato que será imediatamente estudado.

1.3 CONCEPÇÃO DE PROCESSO JURISDICIONAL

A célebre máxima cunhada por Giuseppe Chiovenda (1998, p. 67), segundo a qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, permanece válida e se revela como verdadeiro vetor na busca de um processo justo e coerente com a ordem jurídica.

O fundamento do processo, portanto, é a sua aptidão de satisfação, em um prazo razoável, de um direito que tenha sido violado. Afinal, de nada adianta a materialização da sabedoria popular cunhada na expressão “ganhar, mas não levar”. Isto é, pouco importa o reconhecimento do interesse pelo Estado do Direito sem que aquilo que o lesado tenha o direito de receber não seja por ele efetivamente recebido.

Antes de adentrar especificamente na concepção de processo, todavia, importa rememorar as suas bases, as quais fundamentam a sua instrumentalização, ou seja, resta conhecer os limites daquilo que se entende por jurisdição.

Os Estados modernos, rompendo com tradição absolutista, como já narrado, arrogaram a si o monopólio da decisão dos conflitos envolvendo não só os particulares, mas também aqueles em que o próprio Estado figura como parte. E as decisões dadas a partir das pretensões apresentadas passaram a ser cumpridas, caso necessário, por meio da força física, já que ao Estado também cabe o monopólio legítimo da violência.

Nesse sentido, a jurisdição deve ser compreendida como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões, e essa função é diferenciada das demais (legislar e administrar), pois apresenta, já em

primeiro plano, a sua finalidade, qual seja, pacificar os conflitos por um exercício de poder do Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 6).

Não obstante algumas vezes o Poder Judiciário se afaste dessa noção pacificadora, criando mais entraves às soluções dos conflitos do que a pacificação propriamente dita, por óbvio, que quando age assim, ele se distancia cada vez mais daquilo que é tido como adequado, ou melhor, do cumprimento de sua função.

Sem embargo, entende-se que são três os escopos visados pelo Estado no exercício da jurisdição:

a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, e a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a *preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste* (escopo político); c) *a atuação da vontade concreta do direito* (escopo jurídico) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 26);

Para que esses escopos sejam atingidos, cria-se um instrumento apto à concretização, ou seja, o processo.

É certo que processo enquanto instrumento surge em um momento histórico específico, notadamente no final do século XIX, em que se supera a dimensão de processo enquanto simples apêndice do direito material. Fase que ficou conhecida como imanentista ou sincretista do processo. Após esse momento, o processo finalmente alcançou o momento autonomista, em que a teorização a seu respeito, passou a ser finalmente distinta do plano material.

Entretanto, como bem ressalta Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 23-24), o reconhecido desenvolvimento do processo em sua dimensão autônoma não bastava por si só. Era necessário mais:

Foi percebido posteriormente que a técnica não pode existir como um fundamento em si, mas sim como um meio, que deve ser ajustado ao alcance de metas relacionadas à realização dos anseios dos destinatários da prestação jurisdicional. [...] Chega-se, deste modo, ao denominado *terceiro momento metodológico* do direito processual, a fase *instrumentalista*, caracterizada pela consciência da instrumentalidade como importante polo de irradiação de ideias e de coordenação de institutos, princípios e linhas de direcionamento no estudo e aplicação prática do processo. Há necessidade, nesta fase, de que o processualista desenvolva o estudo da sua ciência, mas de forma finalística, ou teleológica, sempre tendo em mente os grandes problemas jurídicos, sociais e políticos coetâneos à sua existência, e que devem ser equacionados pelo instrumento que a tal fim se destina. Há imperiosa exigência de partir do

conceitualismo vago e exageradamente técnico para ajustá-lo às peculiaridades reconhecidas na vida de relação, a serem amparadas, quando pertinente, pela prestação jurisdicional. Esta fase reflete a conscientização de que a importância do processo está no alcance de seus resultados, vale afirmar, que sua utilidade é medida justamente na razão direta dos benefícios que possa trazer para o detentor de um interesse juridicamente protegido no ordenamento material.

Essa instrumentalidade, todavia, não significa redução do processo à mera ligação com a ordem material. Há que se compreender instrumentalidade em seu aspecto positivo, sendo este representada no caminho efetivo à ordem jurídica justa, bem como, em seu aspecto negativo, com o qual o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, ou então, como explicam Antonio Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândio Dinamarco (2005, p. 44):

Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável à consecução dos objetivos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu).

Com efeito, importante para esclarecer que essa instrumentalidade, nos termos em que acima delineada, é inaplicável ao processo penal, pois nessa seara, forma, é garantia¹⁹. A finalidade deste processo, portanto, jamais poderá ser o acolhimento da pretensão acusatória, mas sim, a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Ressalvas apresentadas, retornando ao processo civil, cuja instrumentalidade ganha contornos distintos, Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 35) apresenta uma crítica interessante:

Tratar, pois, da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-

¹⁹ Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. No mesmo sentido, explica Aury Lopes Jr. (2014, p. 33-34) que: “É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). Ao lado dela, está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático [...] Nesse viés insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual. [...] Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”.

determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa. A noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se tome por parâmetro de utilização. Se o instrumento pode ser utilizado para diversos fins, deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção deste objetivo. Assim, ao tratar da instrumentalidade do processo é imperioso também aludir aos fins a que o processo se destina, sob pena de não dizer nada. Explorar, pois, os fins do processo é essencial para a determinação da noção de instrumentalidade e para saber quando o processo realmente será instrumental.

A crítica apontada pelo supracitado doutrinador além de ponderada, ilumina um ponto elementar, qual seja, não se pode perder de vista a finalidade do processo, a pacificação social.

Essa situação pode ser observada, por exemplo, quando se está diante de uma pretensa tutela de interesses individuais homogêneos. Por óbvio que o exemplo citado se dá em razão do objeto desta pesquisa, mas isso não é tudo, pois, conforme se demonstrará, caso esse processo não assuma efetivamente o caráter da instrumentalidade necessária²⁰ para alcançar os seus objetivos, o direito material se perecerá, o causador do ilícito sairá impune e o acesso à justiça, definitivamente, não se concretizará.

Com efeito, é certo que há uma dilatação funcional do processo que ultrapassa a nobre função de solução de conflitos individuais. Trata-se, do atual debate envolvendo o controle judicial de políticas públicas, o papel criativo do Direito mediante decisões judiciais, como no caso de respeito aos precedentes²¹ e, ainda, as decisões que envolvam demandas de massa. Isto é, o sucesso do processo está condicionado ao desenvolvimento de meios apropriados para satisfazer todas as situações jurídicas tuteláveis em juízo.

Nesse contexto, especialmente com relação à tutela coletiva, novos estudos vão surgindo e a dimensão funcional do processo se amplia significativamente, pois esse instrumento não pode ficar alheio às transformações sociais de uma sociedade cada vez mais globalizada, massificada e litigiosa.

Para tanto, o direito processual e o processo precisam encontrar uma maneira de solucionar esses conflitos de maneira menos formalista, simples,

²⁰ Nesse sentido: “*El derecho procesal tiene, pues, frente al derecho sustancial carácter instrumental, encontrándose con el en relación de medio a fin: preo se trata de una instrumentalidad necesaria, en cuanto para obter la providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro caminho que el de la rigurosa observancia del derecho procesal*” (CALAMANDREI, 1996, p. 348).

²¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, bem como, MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à vinculação*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

célere e eficaz, ou então, certamente sucumbirão às inovações e, apegados a um tempo já passado, deixarão de cumprir com a pacificação social desejada.

Destaca-se, entretanto, que:

[...] a necessidade de processos supraindividuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividade, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüentemente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas (MENDES, 2014, p. 35).

Logo, é fundamental conceber o processo enquanto um instrumento adequado à solução dos litígios, à garantia da pacificação social e que, para tanto, todas as situações, por mais peculiares que sejam, possam ser abarcadas por esses instrumentos.

Em síntese:

a história recente indica um considerável declínio do processo de cunho individual e de todos os institutos que não propiciam aquilo que o instrumento deve necessariamente fornecer, i.e., uma adequada resposta a problemas emergentes da sociedade moderna. Daí o relevo que vêm recebendo temas como a antecipação da tutela jurisdicional, a tutela inibitória, a execução provisória, e o próprio processo coletivo. Refletem a necessidade de concessão de efetivas possibilidades de acesso à justiça e de respostas adequadas, aptas a solucionar na medida correta e em tempo hábil, os novos problemas que se verificam na vida de relação. É imperiosa necessidade de adequação do instrumento a seus fins, para que continue haurindo sua legitimidade no desempenho de seu labor, e contando com o reconhecimento daqueles que dele se valem e aos quais se destina: os jurisdicionados (LEONEL, 2013, p. 36).

Ainda, em que pese as inúmeras críticas a uma concepção liberal de processo, em grande parte adotada no trabalho, não se pode perder de vista que teorizações que mencionam vagamente a concretização de direitos fundamentais, ou mesmo que discorrem sobre a justiça, por vezes, soam como belas sinfonias aos ouvidos, mas não raramente, não passam de jogos de palavras. De pura retórica. Por óbvio que não se tira o mérito dos inúmeros pensadores que, certamente fundados em boas intenções, teorizam a respeito do processo em seu aspecto

social, substancial ou outra concepção correlata. Todavia, se assim o fazem, devem, no mínimo, apontar os efetivos limites aptos a atingirem a finalidade desejada sem trazer novos prejuízos ao sistema como um todo.

Do contrário, sob a pretensa distribuição de justiça, pacificação de conflitos, ou garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, tolerar-se-ia a ruptura do Direito enquanto fenômeno de controle que busca, minimamente, estabelecer uma certa ordenação social.

Apresentadas, deste modo, as premissas filosóficas e metodológicas, passa-se, agora, à análise do contexto relacionado à tutela dos interesses individuais homogêneos, principalmente em sua fase executiva.

2 TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Considerando as premissas filosóficas e metodológicas anteriormente alinhavadas, o objetivo do trabalho começa a se revelar de maneira mais transparente, pois é certo que as discussões acadêmicas que circundam o direito processual e, em especial o coletivo, visam encontrar a melhor maneira de se garantir o direito fundamental de acesso à justiça²².

Resta saber, todavia, o que se compreende por acesso à justiça. No contexto do processo coletivo, inclusive.

Sobre direito fundamental, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 13) escorado nas lições do jurista lusitano Vieira de Andrade, afirma que há uma infinidade de perspectivas possíveis para sua análise, não se limitando à filosófica (jusnaturalista), universalista e estatal, mas também às dimensões sociológicas, históricas, filosóficas – que vão além do conceito de direito natural presente no paradigma jusnaturalista –, política, econômica entre outras. Esses enfoques isoladamente considerados dão ensejo a uma gama de possibilidades para o estudo dos direitos fundamentais, cujo limite, em última análise, se dá na criatividade e na imaginação humana diante da miríade de abordagens possíveis que o tema proporciona.

Sem desconsiderar a importância das perspectivas mencionadas, cuja relevância de todas é ímpar e sem graus hierárquicos, em razão dos limites da pesquisa e dos pilares por ela adotados, a dimensão concreta dos direitos fundamentais, especialmente os positivados no texto constitucional, é a que se adota.

No tocante à conceituação deles, cabe também fazer uma ressalva a respeito das dificuldades que essa pretensão enfrenta, pois qualquer conceituação que tente abranger de forma definitiva, completa e abstrata, isto é, universalmente

²² Nesse sentido: “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetos e métodos da moderna ciência jurídica” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

válida e também materialmente adequada, está fadada, no mínimo, a uma desconexão da realidade constitucional isoladamente considerada (WOLFGANG, 2012, p. 60-61). Para sustentar uma definição mais conclusiva de direitos fundamentais, exige-se uma construção hermenêutica a partir de uma ordem constitucional e social específica, pois o que é fundamental para uns, não o é para outros, ainda que existam de maneira mais ou menos universal alguns exemplos específicos de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e a tutela da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, até mesmo nesses casos, aquilo que se concebe por dignidade da pessoa humana ou liberdade, demanda uma vinculação concreta da realidade sociocultural e constitucional. Logo, acredita-se ser impossível a adoção de uma concepção perfeita e acabada de direitos fundamentais.

Sem embargo, valendo-se das lições do jurista alemão Carl Schmitt, Paulo Bonavides (2014, p. 575) afirma que existem dois critérios de caracterização dos direitos fundamentais:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwer*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição. Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Apesar do aspecto formal atribuído às lições de Schmitt, contemporaneamente, mesmo sob as bases paradigmáticas e filosóficas aqui adotadas, entende-se não ser adequado propugnar um reducionismo na concepção dos direitos fundamentais, os quais, em tese, seriam limitados a uma lógica formalista ou meramente nominal, como se fossem apenas aqueles expressamente consagrados como tais. Não é essa a dimensão que se adota ou se julga adequada. A ideia de valores adotados por um determinado Estado, cuja ordem jurídica se estrutura nos moldes do positivismo estrito, também pode conceber a existência de outros direitos fundamentais que não encontram vinculação expressa na Constituição.

No mesmo sentido:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais (SARLET, 2012, p. 63).

Alguns exemplos merecem destaque, como a distinção entre o texto constitucional brasileiro e o espanhol. O primeiro, promulgado após um longo período de exceção, cujo comando político do país se encontrava nas mãos dos militares que chegaram ao poder de forma antidemocrática mediante um golpe, acabou por alçar inúmeros direitos ao *status* de fundamental. Como o direito à saúde, que ninguém duvida do seu caráter fundamental, mas que não ganhou a mesma dimensão no texto espanhol. Ou seja, a ideia de que os direitos fundamentais seriam única e exclusivamente aqueles expressamente descritos na Constituição, é aparentemente equivocada.

Isso não significa que a Constituição permita a criação *ad hoc* de pseudodireitos fundamentais para solução de casos concretos. Porém, o caráter reducionista também não é adequado e, deste modo, deve ser rechaçado.

Constata-se, portanto, uma real dificuldade em se encontrar nos diversos sistemas de pensamentos e nas distintas bases filosóficas um fundamento único ou mesmo um conceito específico de direitos fundamentais.

Com efeito, a consciência da dificuldade de harmonizar as muitas concepções pode dar ensejo a uma recusa em se estudar a utilidade desse embasamento dos direitos, já que o problema mais urgente é a necessidade de se encontrar fórmulas para protegê-los (MENDES, 2009, p. 311), e não, necessariamente, conceituá-los.

A esse respeito, aliás, destaca Norberto Bobbio (2004, p. 12-16):

A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o

aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. [...] O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.

Apesar das críticas apontadas, tendo em vista o didatismo das conceituações, bem como levando em conta a dimensão filosófica do presente trabalho, que exige não só rigor metodológico, mas coerência na exposição das ideias, direitos fundamentais serão aqui concebidos como aqueles básicos para qualquer ser humano, independentemente de características específicas. Direitos que compõem um núcleo intangível daqueles que estão submetidos a uma determinada ordem constitucional e, a despeito desta, também se vinculam aos valores e ideologias de um determinado período histórico, sendo este, nas democracias contemporâneas, estampados nos textos constitucionais, nos tratados internacionais ratificados pelo Estado e nas práticas sociais, as quais, certamente, favorecem a sua breve e futura positivação.

Apesar da adoção de uma concepção de direitos fundamentais que não se limita ao que consta expressamente gravado no texto constitucional, pois também se admite a positivação em diplomas distintos, como tratados internacionais devidamente ratificados, convém destacar que quando se está diante do direito fundamental de acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV que: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

De certo que não se confunde acesso à justiça com o singelo acesso ao Poder Judiciário, isto é, aos órgãos judiciais já existentes. Nesse sentido, e já se adentrando na questão coletiva, alerta Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (2005, p. 35-36):

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] para que haja o efetivo acesso à

justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para integridade do acesso à justiça é preciso isso e muito mais. A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais amplas *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

Ousa-se complementar o “item d”, pois, em termos de acesso à justiça na seara do processo coletivo que visa tutelar os interesses individuais homogêneos, a eliminação da insatisfação por si só não é suficiente, pois em alguns casos, mesmo que a insatisfação individual seja eliminada, ou ignorada pelo lesado por uma série de motivos, o violador da ordem jurídica deverá, ainda assim, repará-la. Logo, a despeito das lesões individuais que causou, e que não serão liquidadas/executadas, caberá ao causador do dano promover a reparação da ordem jurídica. Todavia, referido ponto será melhor desenvolvido no capítulo seguinte, o qual analisará os contornos da chamada *fluid recovery*.

Retornando à concepção adequada de acesso à justiça, que não admite reducionismos, como visto, salutar rememorar a obra clássica desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada “Acesso à Justiça”.

Nela, resumidamente, os autores (1988, p. 15-29) apresentam a proposta de que a identificação dos obstáculos que dificultam ou impedem o acesso efetivo à justiça é fundamental para encontrar a superação deles. Destacam, nesse sentido, três principais obstáculos. São eles: (a) os custos judiciais, tanto de forma genérica, que são muito elevados, como também nos casos concretos, como naqueles em que dependendo do valor da controvérsia (causas cujo proveito econômico seja pequeno), também impedem com que o litígio seja solucionado. Ainda, acrescentam dentro de noção de custo o tempo desproporcional para solução da demanda, que faz com que as taxas inflacionárias do período apresente resultados devastadores; (b) a possibilidade das partes, compreendida como

aquelas “vantagens estratégicas” que determinados litigantes possuem com relação aos outros, apresentando como exemplos aqueles que são abastados financeiramente e possuem maiores condições de enfrentar o litígio, ou mesmo contam com maior bagagem cultural e, conseqüentemente, gozam de vantagens com relação à dimensão dos seus direitos, vez que alguns – muitos – sequer são conhecedores de que possuem determinados direitos. Outro ponto levantado é a existência de litigantes habituais e eventuais, os primeiros por óbvio, por conhecerem a burocracia do sistema jurisdicional, acabam levando vantagem com relação aos segundos; (c) os problemas decorrentes dos litígios de natureza difusa, especialmente aqueles que tratam de interesses ambientais ou de relações de consumo, já que isoladamente pouca efetividade é alcançada e, mesmo que se vislumbre a possibilidade de demandas em litisconsórcio, a dificuldade na busca pelo mesmo objetivo, para os autores, representa uma barreira de difícil transposição.

Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 203/204) assim sintetiza:

Da lei vêm defeitos como a extrema burocracia dos serviços judiciários e pequena abrangência dos julgamentos, com causas que se repetem às centenas e congestionam os juízos e tribunais (p. ex., os inúmeros assinantes que vêm a juízo com demanda movidas em face das concessionárias de telefonia). *Da realidade econômica* vem a insuficiência de recursos financeiros das pessoas carentes para custear o litígio sem prejuízo da subsistência, associada à precariedade dos serviços de assistência judiciária. *Da realidade cultural* da nação vem a desinformação e, o que é pior, a descrença nos serviços judiciários. *Da estrutura política do Estado* vêm dificuldades como a eu se apoia no mito da discricionariedade administrativa e exagerada impermeabilidade dos atos administrativos à censura judiciária. Felizmente esse fator de resistência vai sendo significativamente racionalizado na jurisprudência mais recente mediante a tomada de posição mais aderentes às realidades contemporâneas. Uma das manifestações desse tendência é representada pela abertura de espaço para o controle jurisdicional das *políticas públicas*, ideia crescente na processualística moderna.

Sem desprezar todos os problemas identificados, os quais se desdobrariam em outros infinitos recortes acadêmicos, tendo em vista os limites desta pesquisa, merece especial destaque o último, qual seja, o problema decorrente dos litígios de natureza difusa.

Pois bem. Para solução dos problemas apontados, sobre o acesso efetivo à Justiça, de maneira mais ou menos uniforme e cronológica, as legislações ocidentais adotaram três posições básicas, chamadas pelos autores de “ondas”.

Considerando a problemática aqui discutida, a segunda “onda”, para soluções práticas dos problemas de acesso à justiça é a que mais interessa, pois ela investiga e propõe inovações para as técnicas de tutela dos interesses difusos.

É certo que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para tutela dos interesses difusos, já que o processo era visto apenas como uma solução de controvérsia entre partes na busca de tutela dos seus interesses individuais subjetivos. Os direitos pertencentes às coletividades, por mais que existissem, não encontravam a resposta adequada na dogmática processual, especialmente no que diz respeito à legitimação ativa, a defesa coletiva e, ainda, os resultados do processo.

A esse respeito, Hugo Nigro Mazzili (2017, p. 64) esclarece:

Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identifica-los e protege-los jurisdicionalmente por meio do processo coletivo. A razão consiste em que a defesa judicial dos interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: *não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica*. Dessa forma, o legislador estipulou regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à competência, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e à imutabilidade da coisa julgada.

No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 31):

A necessidade de implementação do processo coletivo não significa descoberta de fato novo. A existência de interesses que superam o corte simplesmente individual decorre da própria vida em sociedade e das relações nela concebidas. Não é possível imaginar que em uma comunidade ocorram apenas conflitos de natureza individual. De outro lado, não é correto pensar que conflitos de índole coletiva só tenham surgido recentemente. Em verdade, sempre existiram. Seu tratamento processual coletivo, este sim, é que guarda origem e evolução recente, pois do ponto de vista da própria Administração Pública tais interesses sempre receberam tratamento de certa forma organizado.

Não se pode ignorar, portanto, que as transformações sociais ocorridas especialmente nos Séculos XIX e XX foram as grandes responsáveis pelo surgimento do que se convencionou chamar de “processo coletivo”²³.

²³ Cf. texto publicado nos anais do XXVII Congresso Nacional do Conpedi Porto Alegre - RS, 2018, em coautoria com Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, intitulada “Da Sociedade de Consumo à

Foram esses os séculos que, sem sombra de dúvidas, propiciaram os mais extraordinários eventos da história recente da humanidade, como a combinação de catástrofes humanas de dimensões inéditas, conquistas científicas sem precedentes, aumento significativo na capacidade de transformação da matéria, chegando-se ao ápice de proporcionar ao ser humano até mesmo a penetração do espaço no alcance da lua e rumando para outros planetas.

Do mesmo modo em que essas mudanças não foram despercebidas pela sociedade, que passou a se organizar de modo completamente distinto, também não foram descartadas pela constituição das subjetividades e individualidades, que numa pretensa racionalização extrema, fruto de uma razão moderna, deu ensejo às chamadas *sociedades de massa*.

A Era Moderna trouxe consigo a ideia de que a razão, tomando o espaço da metafísica, seria capaz de resolver toda forma de dominação, e, acima de tudo, de prover demandas de emancipação. Da pré-modernidade em direção à modernidade fala-se na passagem dimensional do impreciso para o preciso, da heterogeneidade à homogeneidade, do desordenado ao ordenado, do ambivalente ao certo, do desconhecido ao conhecido, do natural ao artificial (BITTAR, 2006, p. 383). A técnica, a forma, o método, sobrepõe-se à sabedoria tradicional, o que não é científico não merece destaque.

Percebe-se que a modernidade alça ao grau máximo a técnica, que se sobrepõe a toda e qualquer forma de saber, de modo que o que não está para a técnica, não pode ser reconhecido como científico, válido ou útil.

A esse respeito, não é incomum que críticas severas sejam dirigidas ao saber filosófico, como se esse não tivesse valia alguma aos desígnios da vida ou mesmo à explicação dos fenômenos.

A perseguição ideológica da chamada propedêutica ou dimensão filosófica do conhecimento, todavia, certamente não pode ser enquadrada como um aspecto inerente à modernidade. Isto porque, essa tem a pretensão de racionalidade – ainda que meramente instrumental – e, por óbvio, uma perspectiva que estabelece uma hierarquização do saber é completamente distinta de uma que persegue um certo saber, impossibilitando ou sufocando a sua expansão.

De forma diversa e escorado nos ensinamentos de Max Horkheimer,

Eduardo Carlos Bianca Bittar (2006, p. 283) afirma que:

Na medida em que tudo está fundamentado pelo ideário da utilidade para o bem-estar do homem, a razão se manifesta no Estado burocraticamente organizado, na nação sociologicamente construída, no território geográfico mapeado, na natureza cientificamente controlada, nos procedimentos produtivos fabris controlados pela arquitetura das esteiras de produção e técnicas de mecanização do trabalho (cuja maior expressão foi o fordismo), nas doenças remediadas pela Medicina, nos corpos perigosos encarcerados pela prisão, etc. Aqui se manifesta a verdadeira ideologia da modernidade, qual seja “a racionalidade técnica hoje é a racionalidade da própria dominação. Ela é o caráter compulsivo da sociedade alienada de si mesma” [...] o processo de dominação da natureza, iniciado na modernidade, além de se tornar ilimitado, como afirma Horkheimer, se converte em um processo de dominação de tudo o que é natural, de todas as formas de manifestação da natureza, e não fica difícil explicar que da natureza objetiva se passa a projetar a dominação também para o âmbito da natureza humana.

Não obstante a crítica apontada, é certo que a racionalização trazida pelo processo de industrialização que se desenvolveu a partir de três grandes eixos, quais sejam, o êxodo rural, a crescente urbanização e a revolução tecnológica, foram fundamentais para as mudanças sociais.

A partir dos mencionados fatores mudanças significativas ocorreram na Europa, pois, não fosse a união de todos eles, o velho continente teria permanecido como outras regiões do globo, que conservavam uma produção familiar e artesanal, mesmo que alguns arremedos de inovações tecnológicas fossem adotados.

Com a nova forma de se produzir, as relações sociais se modificaram, exurgindo uma nova divisão do trabalho, pois se antes artesãos isoladamente, ou com pouco auxílio, elaboravam produtos por completo, desde a escolha da matéria prima à sua finalização, agora, com o advento de uma produção em larga escala, este trabalho passou a ser dividido, ficando cada trabalhador responsável por uma pequena tarefa no processo e, não raras as vezes, sem sequer ter contato com o produto confeccionado ao final.

Além dessa transformação nos modos de produção, proporcionada pelo avanço do capitalismo e da industrialização, atribuiu-se uma importância ímpar aos bens materiais e ao poder das coisas como forma de alcançar felicidade e prestígio social.

A oferta e a diversidade de produtos cresceram de modo exponencial, fazendo com que as pessoas se dedicassem cada vez mais a

encontrar maneiras de consumir, de adquirir bens ou serviços e, conseqüentemente, serem mais felizes, ainda que essa felicidade não passasse de uma ilusão que beira um vazio existencial.

A esse respeito, inúmeros pensadores, como Jean Baudrillard²⁴, Zygmunt Bauman²⁵, Gilles Lipovetsky²⁶ e Mike Featherstone²⁷, já discorreram que a sociedade contemporânea é uma sociedade de consumo. Nela, os indivíduos são vistos como meros consumidores em razão da automatização do sistema de produção, o qual padronizou não só esta última, mas também as relações entre os indivíduos.

O sociólogo britânico Mike Featherstone (1995, p. 32), por exemplo, ao discorrer sobre a sociedade contemporânea, afirma que:

O objetivo de toda produção é o consumo, com os indivíduos maximizando suas satisfações mediante a aquisição de um elenco de mercadorias em constante expansão, esse desenvolvimento produz maiores oportunidades de consumo manipulado e controlado. Afirma-se que a expansão da produção capitalista, especialmente depois do impulso recebido da gerência científica e do “fordismo”, necessitou da construção de novos mercados consumidores, por meio da publicidade e da mídia.

O indivíduo, portanto, é apenas um consumidor, pois os modos de produção acabam influenciando a própria constituição da sua subjetividade.

Se antes a sociedade era formada por produtores, ela passou para uma formação composta de consumidores, a qual molda seus membros a partir do papel que devem desempenhar, qual seja, o de consumidor. Em seus dizeres o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2008, p, 71) esclarece:

A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação.

²⁴ Cf. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Portugal: Edições 70, 2008.

²⁵ Cf. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

²⁶ Cf. LIPOVETSKY, G. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Lisboa: Edições 70, 2007.

²⁷ Cf. FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

Com relação às diferenças entre as sociedades, de produtores para consumidores, Bauman (1999, p. 89) chega a afirmar que se os ancestrais filósofos refletiam se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, contemporaneamente a reflexão se volta para descobrir se o homem consome para viver ou se vive para poder consumir.

De fato é uma situação que não foi identificada em outros momentos da história da humanidade, sobretudo diante de uma criação constante de demanda por produtos cada vez mais inúteis, menos sustentáveis e descartáveis.

É possível perceber que o consumidor da sociedade contemporânea é completamente diferente do consumidor de outros tempos, pois em uma sociedade voltada ao consumo, as necessidades criadas são sempre insaciáveis, o que induz a uma certa volatilidade do consumo.

Bauman (1999, p. 90) explica que:

O que realmente conta é apenas a volatilidade, a temporalidade interna de todos os compromissos; isso conta mais que o próprio compromisso, que de qualquer forma não se permite ultrapassar o tempo necessário para o consumo do objeto do desejo (ou melhor, o tempo suficiente para desaparecer a conveniência desse objeto).

O que interessa é a sensação do novo. O desejo do novo é maior do que a satisfação de possuir o que se pretendia. Isto é, o que movimenta os indivíduos é a necessidade de se ter algo, que é maior do que, de fato, possuir o objeto almejado. O gozo da vida, portanto, está no desejo e na conquista do consumo, que se esvai a partir do momento em que o consumo é efetivamente alcançado. Quando não, a frustração é tamanha que os problemas decorrentes transcendem significativamente a esfera individual.

Esta forma de agir gera uma satisfação imediata quando se consegue adquirir o bem desejado. Porém, passada essa satisfação imediata, logo vem a frustração e o desejo de se possuir outra coisa, o desejo pela novidade. O novo já nasce velho, pois o produto novo, que não se possui, sempre terá preferência, despertando mais ainda o desejo de quem o consome.

Como mencionado, portanto, o não possuir, ou melhor, o não conseguir consumir, trará consequências extremamente danosas ao indivíduo, que na figura de mero consumidor, não consegue se ver de outra maneira.

A força motriz da sociedade, portanto, é o desejo de consumo, é a

alternância entre a satisfação imediata e a busca pela realização do novo desejo. Diz Bauman (1999, p. 91):

A relação tradicional entre necessidades e sua satisfação é revertida: a promessa e a esperança de satisfação precedem a necessidade que se promete satisfazer e serão sempre mais intensas e atraentes que as necessidades efetivas. Aliás, a promessa é tanto mais sedutora quanto menos familiar for a promessa em questão; é um bocado divertido viver uma experiência que não se sabia que existia e um bom consumidor é um aventureiro amante da diversão. Para os bons consumidores não é a satisfação das necessidades que atormenta a pessoa, mas os tormentos dos desejos ainda não percebidos nem suspeitados que fazem a promessa ser tão tentadora.

Nesta dinâmica social do consumo proposta pelo pensador polonês, é fácil vislumbrar que inúmeros conflitos podem surgir, pois nesse crescimento exponencial por produtos e serviços, não raras serão as vezes em que os interesses das partes serão conflitantes. Os conflitos, pelo contrário, serão recorrentes.

O ordenamento jurídico, em sua ideia clássica de ser um instrumento de proteção de direitos subjetivos individuais, não consegue tutelar demandas com essa dimensão. Isto é, passa a ser fundamental o repensar do Direito, para que a tutela jurídica também proteja interesses transindividuais, sobretudo desta massa de consumidores ávidos pelo consumo. Há que se desenvolver instrumentos que sejam capazes de efetivamente resguardar esses interesses, não mais individuais, mas sim coletivos²⁸.

Ainda, além da necessidade de criação de uma tutela coletiva, que seja apta a garantir o acesso à justiça para essas massas, há que se rememorar o conceito de direito trazido pelo austríaco Kelsen, pois diante de uma violação da norma por um fornecedor de produtos ou serviços, por exemplo, ele deverá imediatamente reparar o dano causado. Isto é, deverá se sujeitar a uma sanção prevista pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, exige-se do processo civil, por exemplo, que ele se torne cada vez mais adaptado aos conflitos coletivos gerados pela sociedade de massa e de consumo. Na clássica obra de Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988, p. 51), os autores já alertavam para essa mudança necessária na concepção do processo,

²⁸ A esse respeito, Pedro Lenza (2010, p. 497) escreve que “*A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, proporcionou uma profunda e radical metamorfose da sociedade, assinalando o principal movimento responsável por colocar em evidência os direitos transindividuais, trazendo, consigo, os inevitáveis conflitos de massa*”.

pois, “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos”.

Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 250/251) a esse respeito afirma que:

O direito moderno, por imposição da aglutinação de interesse supraindividuais na sociedade de massa, tende a ser um direito da *coletividade* e não mais apenas direitos exclusivamente dos *indivíduos*, como nos moldes tradicionais. [...] A moderna tendência à coletivização da tutela jurisdicional sugere com veemência a realização de *macroprocessos*, potencialmente voltados a tutelas tão amplas quanto possível, no lugar dos tradicionais *microprocessos* cuja eficácia se confina a um caso só, em detrimento da efetividade da jurisdição, da homogeneidade no trato de casos substancialmente coincidentes e sobretudo, da *confiabilidade do Poder Judiciário*, que é um penhor do valor constitucionalmente consagrado da *segurança jurídica*. É esse contexto que se desenvolveu a ideia dos *processos coletivos*, transcendentais às esferas jurídicas de duas pessoas só, e de grande aceitação no direito moderno. O Código de Processo Civil não é particularmente ligado a essa ideia, sendo institucionalmente focado na tutela individual, mas na legislação processual extravagante está presente a preocupação pela coletivização da tutela jurisdicional.

O CPC vigente, de fato, não é afeto à coletivização das tutelas.

Aliás, os dispositivos que expressamente traziam essa possibilidade²⁹ foram vetados

²⁹ Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

em razão da suposta falta de critérios à coletivização e da possibilidade de prejudicar os interesses das partes, ainda, pelo fato do código já tratar do chamado IRDR, ou seja, do incidente de resolução de demandas repetitivas, que, grosso modo representa uma racionalização em demandas típicas das sociedades de massa.

Sem embargo, a legislação extravagante, por sua vez, assume o protagonismo quando se fala em tutela dos interesses transindividuais. Pode-se dizer com certeza que o principal marco da moderna codificação processual coletiva, que demonstrou importantes resultados na estruturação jurídica que caminha rumo à efetividade da defesa coletiva de interesses, foi a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida por Lei da Ação Civil Pública – LACP e a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, chamada de Código de Defesa do Consumidor – CDC³⁰.

Passados alguns anos de vigência dessas leis – e de outras de importância ímpar – não é inadequado advogar a necessidade de se elaborar uma teoria geral dos processos coletivos, ou mesmo lutar pela positivação de um código desta natureza³¹.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.

[...]

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

“XII - conversão da ação individual em ação coletiva.

³⁰ Não se ignora a existência de legislações prévias que também tutelavam os interesses difusos, ou mesmo o movimento acadêmico-científico em torno das ações coletivas norte americanas e dos juristas italianos, que ecoou nas universidades brasileiras, sobretudo com as lições dos Professores Barbosa Moreira (v. *Ação popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos*. In *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977), Ada Pellegrini Grinover (v. *A tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, junho de 1978, p. 111-144), e Kazuo Watanabe (v. *Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: Legitimação para Agir* (Conferência de 2 de dezembro de 1982, proferida no “Seminário sobre a Tutela dos Interesses Coletivos”, na FADUSP). In *A Tutela dos Interesses Difusos*. Coord.: GRINOVER, Ada Pellegrini. São Paulo: Max Limonad, 1984. Série Estudos Jurídicos n.1). Entretanto, é certo que a LACP foi a verdadeira ruptura paradigmática para o surgimento de novos institutos processuais, pois os existentes já não conseguiam resolver satisfatoriamente os problemas. A ação popular da Constituição de 1934, que em seu artigo 113, inciso 38 dispunha: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” e a Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950 também foram marcos significativos. Porém, como já destacado, entende-se como o verdadeiro marco, isto é, o mais efetivo e estruturante, a promulgação da LACP e do CDC.

³¹ Nesse sentido, Luiz Manoel Gomes Jr. e Rogerio Favreto (2010, p. 377) explicam que: “As vantagens dessa opção são inegáveis: a) afasta os conflitos de interpretação, havendo apenas uma

Não obstante, visando a construção teórica coletiva mencionada, Ada Pellegrini Grinover (2014, p. 396) aponta alguns princípios fundamentais sobre esse “novo” ramo do direito processual:

2.1 – Princípio do acesso à justiça. [...] O princípio que no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo trasnuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas. [...] 2.2 – Princípio da universalidade da jurisdição. [...] o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo dos interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre portas à universalidade da jurisdição. 2.3 – Princípio da participação. [...] uma consideração deve ser feita que distingue a *participação no processo*, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. 2.4 Princípio da ação. [...] 2.5 Princípio do impulso oficial. [...] Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para frente até seu final, rege, de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma de poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior. Trata-se da *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*. [...] 2.6 Princípio da economia. O princípio da economia preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. [...] 2.7 Princípio da instrumentalidade das formas. Esse princípio demanda que as formas do processo não sejam excessivas, sufocando os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final: a pacificação com justiça. [...] O princípio geral do processo coletivo – capaz de transmitir-se ao processo individual – é muito claro, nesse campo: observado o contraditório e não havendo prejuízo à parte, as formas do processo devem ser sempre flexibilizadas.

A partir desses princípios, do disposto na Constituição Federal e, em atenção à legislação extravagante ao Código de Processo Civil, advoga-se a existência de um chamado *microssistema processual coletivo*³².

disciplina para o processamento das ações coletivas; b) padroniza a aplicação das normas e o próprio processamento das ações coletivas; c) torna o Sistema Único Coletivo coerente”. Ainda, cf. GIDI, Antonio. Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³² Além da doutrina, a jurisprudência há muito tempo compartilha do mesmo entendimento, qual seja, da existência de um microssistema de tutela dos direitos difusos. Não são raros os julgados que fazem menção expressa a essa ideia, como por exemplo, o REsp n. 910.625/RJ, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, em que se discutia a aplicação do prazo prescricional da Ação Popular nas

O reconhecimento de um microsistema não pode significar, todavia, que se trata de uma independência plena das normas ali contidas, ou mesmo o seu despreendimento da ordem processual como um todo. A ordem processual constitui um sistema que, por sua vez, abarca o sistema coletivo, por isso, aliás, a denominação de microsistema (DINAMARCO, 2016, p. 277-276).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 49) esclarecem que a adoção do microsistema está em perfeita harmonia com o direito contemporâneo. E mais, com o CPC vigente, inclusive:

Estes microsistemas evidenciam e caracterizam o *policentrismo* do direito contemporâneo, vários centros de poder e a harmonização sistemática: a Constituição (prevalente sobre todos os demais, em razão de ser o fundamento de validade formal e material no ordenamento jurídico), o Código de Processo Civil e as leis especiais. É preciso observar essa importante novidade. O CPC-2015 não é um Código oitocentista. Assume, novamente, à luz da necessidade do código, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual (art. 15, aplicação supletiva e subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas). Organiza, pela introdução de uma Parte Geral e pela consagração de normas fundamentais, um outro patamar de unidade, um sistema aberto, flexível e combinado com a Constituição e com os microsistemas processuais, em especial, com o processo coletivo, fazendo referência expressa às ações coletivas (art. 139, X e art. 985, I e II). Não está de costas para o microsistema, o abraça e envolve, sendo a ponte de ligação entre o processo e a Constituição. Por tudo isso, pode-se dizer que o CPC exerce papel relevantíssimo no sistema normativo de tutela jurisdicional coletiva.

Em síntese, percebe-se que as transformações históricas e sociais demandaram uma ampliação na tutela dos interesses e na dimensão do conceito de acesso à justiça, que não mais se limita ao acesso ao Poder Judiciário, mas a uma ordem jurídica justa e efetiva. Para se alcançar a efetividade na tutela dos interesses transindividuais, a despeito da ausência de um Código de Processo Civil Coletivo, a prática jurídica encontrou a figura de um microsistema de processo coletivo a partir da junção sistemática de alguns diplomas normativos, em especial a LACP e o CDC,

Ações Cíveis Públicas, inclusive naquelas relacionadas com a Improbidade Administrativa, cuja ementa se deu nos seguintes termos: “[...]. A Ação Cível Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Cível Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a proposição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritebilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem leis dispositivo. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro Jose Delgado, DJ de 22-03-2007 e REsp 406545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09-12-2002” (STJ. REsp 910.625/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. para acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 04/09/2008).

que integra o ordenamento jurídico e representa uma possibilidade de acesso à justiça efetivo.

Esse microssistema, como dito, não está desconectado da ordem jurídica, suas leis não podem ser estudadas em completa independência.

Busca-se contemporaneamente, portanto, também para defesa da tutela coletiva, o cumprimento do que se convencionou chamar por processo civil de resultados³³, cujo principal objetivo do processo é garantir exatamente o que a pessoa tem direito de receber em um prazo razoável de tempo. Melhor dizendo, a pessoa ou grupo de pessoas, posto que a tutela coletiva também segue a racionalidade do processo de resultados.

Aliás, sobre processo civil de resultados e acesso à justiça, bem sintetiza Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 380):

As promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o acesso à justiça. O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha. Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à ordem jurídica justa. Tal é o que se propõe quando se fala em processo civil de resultados.

Entende-se que somente a partir dessa racionalidade de processo civil de resultados aliado à ideia de microssistema de processos coletivos é que se consegue tutelar satisfatoriamente os interesses transindividuais, isto é, que se consegue garantir um acesso à justiça efetivo na tutela coletiva.

Posto isto, oportuno apresentar neste momento a definição e

³³ Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 198/199) enfatiza: “*Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da tutela jurisdicional, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão. Falar em processo civil de resultados é, portanto, lançar o foco sobre a garantia constitucional da efetividade do processo (Const., art. 5º, inc. XXXV, em sua leitura atual)”.*

classificação desses interesses transindividuais (CDC, art. 81, incisos I, II e III), em especial com relação aos denominados *interesses individuais homogêneos*, os quais ainda encontram certa divergência doutrinária a respeito de sua natureza.

2.1 CONCEPÇÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: A NECESSÁRIA PERSPECTIVA TRANSINDIVIDUAL

A partir da perspectiva de Direito e ordenamento jurídico adotada, fica mais fácil compreender a exata dimensão do que se entende por acesso à justiça efetivo e, especialmente, a sua tutela coletiva.

Como narrado no tópico anterior, mesmo que não exista um diploma normativo unificado para tutela dos interesses transindividuais, o ordenamento vigente não impede que esses interesses, decorrentes das transformações históricas que deram ensejo às sociedades de massas, sejam efetivamente tutelados por instrumentos específicos.

Sem embargo, é possível constatar que ao longo desta pesquisa, por vezes foi utilizada a expressão *interesses* e, noutros momentos, em citações principalmente, o termo *direitos*. Mas afinal, seriam expressões sinônimas?³⁴

De plano, entende-se que não. Adota-se o termo *interesses* para designar aquelas situações que não se enquadram na nova realidade imposta pela dimensão das pretensões coletivas, comuns aos integrantes das sociedades complexas contemporâneas, ou seja, que não se adequam à ideia de direito subjetivo enquanto fenômeno de subjetivação do direito objetivo.

Para se compreender o porquê do uso da expressão *interesses*, além dos apontamentos já apresentados, é fundamental que se entenda a própria noção de interesse para a ciência jurídica. Para tanto, parte-se da ideia de relação existente entre um ente que experimenta uma necessidade e outro que é capaz de satisfazê-la. Assim, há uma utilidade específica de um ente ao outro, de ordem

³⁴ Convém destacar que para alguns doutrinadores, dos quais se ousa discordar, essa distinção no direito brasileiro não encontra fundamento, pois ela estaria relacionada, por exemplo, com a experiência italiana, que adota a chamada jurisdição administrativa, que trabalha não com direitos subjetivos, mas interesses. Assim, essa distinção só faz sentido nos ordenamentos que concebem a separação entre a competência ordinária e a administrativa da jurisdição. Nesse sentido, cf. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

material, imaterial, presente ou futura (BELLINETTI, 2005, p. 667).

Por óbvio, essa relação pode ser enquadrada enquanto perspectiva individual ou coletiva. Com relação a segunda, objeto desta pesquisa, há que se ressaltar que não pode ser compreendida como o *interesse pessoal* de um grupo de pessoas, como no caso do interesse de uma pessoa jurídica que, essencialmente, refere-se a um interesse individual em razão da personalidade jurídica que a ela se atribui. Ainda, não pode ser visto como a *soma* de interesses, como nos casos de litisconsórcio, que em última análise representa interesses individuais abordados de um mesmo instrumento, o processo com mais de uma pessoa em seus polos. Entende-se, então, que os interesses coletivos surgem como verdadeira *síntese*, isto é, uma utilidade indivisa, que pode eventualmente ser dividida, mas que é compartilhada por todos do grupo ao mesmo tempo (BELLINETTI, 2005, p. 667).

Elton Venturi (2010, p. 174) a esse respeito esclarece que:

O *preconceito* quanto à qualificação de tais aspirações como efetivos *direitos subjetivos* deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e formal: *subjetivamente*, nega-se aos interesses metaindividuais a qualificação de *direitos* em virtude de ser impossível imputar a uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste; *objetiva* e *formalmente*, a referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões metaindividuais (na medida em que não são economicamente *apropriáveis* por ninguém, individualmente), sem expresse reconhecimento quanto à sua *existência*, até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos.

Ainda, para Antonio Gidi (1995, p. 17) a dificuldade em se distinguir direito subjetivo de interesses superindividual³⁵ consiste no:

[...] ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual. Isto porque os direitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e 'imprecisa' determinação da sua titularidade, não se enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo.

Entende-se, pois, como adequado a utilização da expressão interesses e não direitos para designar os de cunho coletivo.

³⁵ Não obstante o citado doutrinador se valha da expressão "superindividual", ousa-se dela discordar, porquanto tende a significar algo que está acima, que é superior, e não é essa, a nosso ver, a adequada designação para os interesses transindividuais, isto é, os interesses que transcendem a esfera de interesse individual.

Com efeito, para além da expressão que se julga adequada e, por conseguinte, se adota, é fundamental que se compreenda a exata perspectiva da relação jurídica, já que a concepção tradicional vê no Direito uma forma de proteger os direitos subjetivos individuais. É ela, aliás, que serviu de vetor para a construção do processo civil, com elevado teor individualista e liberal, como já destacado.

Para o enfrentamento da tutela coletiva, a preocupação não deve estar voltada às regras que tutelam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim em normas que prescrevam bens ou valores coletivamente considerados, determinados ou não, e que estatuem o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, conferindo-se, ainda, objetivamente e em decorrência da lei, que determinados entes da sociedade tenham o poder-dever de acionar a tutela jurisdicional para fazer cumprir esse dever jurídico de respeito aos interesses coletivos mencionados – bens ou valores (BELLINETTI, 2000, p. 126).

Não se fala, ao se adotar essa concepção, de uma exclusão da noção tradicional de proteção aos direitos subjetivos, mas sim em ampliação dessa proteção, que convive com a tutela dos direitos subjetivos e, objetivamente, também tutela os bens ou valores coletivamente considerados através da imposição do dever jurídico de abstenção a violação desses interesses³⁶. Há, portanto, uma ampliação da proteção, tanto dos direitos subjetivos individualmente considerados, como dos bens ou valores coletivamente compartilhados.

Para a adoção desta perspectiva, todavia, há que se recorrer também uma nova concepção de relação jurídica, já que o esquema tradicional conduziria a problemas insolúveis, vez que constituído tão somente para proteção dos direitos subjetivos³⁷, fruto de um pensamento datado e de uma sociedade organizada sob outras características, completamente distintas das que estão presentes nas sociedades de massas.

Pois bem. Com relação à ideia de relação jurídica tradicional e,

³⁶ Luis Fernando Bellinetti (2000, p. 126-127), esclarece que essa concepção: “[...] não se tem em vista os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas, embora ela não os exclua. Ao contrário, as duas perspectivas convivem, como dois mecanismos que se dedicam a um mesmo fenômeno, porém tentando controlá-lo com ferramentas diversas e de eficácia diversa. Uma perspectiva visa proteger os direitos subjetivos, tutelando-os individualmente; a outra objetiva preservar interesses do grupo social através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses. Esta segunda encara a situação jurídica de forma objetiva e coletiva. Ambas podem inclusive ser acionadas ao mesmo tempo a fim de se responder às necessidade dos casos concretos”.

³⁷ Cf. cap. 3.

considerando o embasamento filosófico já mencionado no capítulo anterior, importante apresentar que Kelsen (1998, p. 185-187) entende a relação jurídica como uma relação entre normas:

Do ponto de vista de um conhecimento direito ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em linha de conta as relações entre os indivíduos, mas apenas relações entre normas – pelos indivíduos criadas e aplicadas – ou entre os fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo. Com efeito, não são os indivíduos mas as suas ações e omissões, não são as pessoas mas determinada conduta humana – e não apenas esta mas também outros fatos (estes, porém, apenas em conexão com a conduta humana) – que formam o conteúdo das normas jurídicas. [...] Há uma relação jurídica de natureza especial quando a obrigação de um indivíduo em face do outro está numa interconexão, determinada pela ordem jurídica, com a obrigação deste outro em face do primeiro, como, v.g., na hipótese de um contrato de compra e venda em que a obrigação de prestar a coisa está ligada com a obrigação de prestar o preço da venda. Então a relação jurídica estabelece-se entre a norma que obriga o comprador e a norma que obriga o vendedor, ou entre o comprador e o vendedor, melhor: entre a conduta de um, prescrita pela ordem jurídica, e a conduta, também prescrita pela ordem jurídica do outro.

A relação jurídica, deste modo, é basicamente a relação existente entre o ordenamento jurídico e o indivíduo, sendo que o primeiro regula as condutas e impõe um dever jurídico ao segundo.

Em uma nova perspectiva de relação jurídica, que envolve interesses coletivos, a ideia cunhada por Kelsen de relação jurídica tradicional, permanece extremamente valiosa e pertinente, desde que devidamente adaptada, conforme se demonstrará.

Outrossim, é essa nova – e necessária – perspectiva que consegue satisfatoriamente responder a inúmeros questionamentos que surgem quando se tenta, equivocadamente, “forçar” a aplicação de institutos processuais voltados aos direitos subjetivos individuais nas situações concretas de interesses coletivos.

Luiz Fernando Bellinetti (2000, p. 128-130) talvez seja o autor que melhor apresenta essa solução, pois ensina que:

[...] a partir desta concepção de relação jurídica, conceitos importantes vinculados ao direito material sofrem profundas modificações. Especialmente os conceitos de titularidade e legitimidade (ativa e passiva) devem ser vistos sob outra ótica. A ideia de que a relação jurídica ocorre entre pessoas, devendo ter um sujeito ativo (titular do direito) e um sujeito passivo (titular do dever), perde sentido. O que há é o ordenamento impondo o dever jurídico de respeito a determinados interesses do grupo social. E, nesse sentido, conforme diz Kelsen, titularidade não deve ser

entendida como o simples posicionamento no polo ativo da relação, com a detenção do direito “reflexo” co-implicado num dever jurídico, mas sim como “o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do *dever jurídico, quer dizer, o poder de intervir na produção da decisão judicial, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação contra o não cumprimento do dever.*” Assim, titular é quem pode exigir o cumprimento do dever jurídico. De outro lado, também o conceito de legitimidade sofre grave modificação, quando Kelsen faz a distinção entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito de um poder jurídico, que poderíamos identificar com as idéias de legitimidade passiva e ativa, respectivamente. Conforme ensina o mestre de Viena, “*com a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um dever jurídico ou tem um dever jurídico, nada mais se significa senão que uma determinada conduta deste indivíduo é conteúdo de um dever pela ordem jurídica estatuído, quer dizer: que a conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção; e que com a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um poder jurídico, de uma faculdade (poder) ou competência, ou de que tem um poder jurídico, faculdade ou competência, nada mais se significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas*”. Assim, tem-se a importante constatação de que a legitimidade ativa ou passiva deriva do ordenamento e não de uma vinculação entre o sujeito(passivo) do dever e o sujeito(ativo) do poder jurídico. [...] Assim, no âmbito do direito material, a titularidade passa a ser apenas a vinculação do sujeito (ativo ou passivo) ao ordenamento; a legitimidade passa a significar o poder conferido pelo ordenamento para influir na criação ou aplicação da norma (ativa) ou para sujeitar-se ao dever jurídico nela estatuído (passiva); o interesse passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever; a capacidade passa a significar a aptidão conferida pelo ordenamento para o efetivo cumprimento pessoal do dever ou a para efetiva influência pessoal na criação ou aplicação da norma; a possibilidade física ou jurídica passa a ser não do objeto, mas do fato determinado pela norma; finalmente, a forma adequada deve ser vista como o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presentes para que a atividade dos indivíduos possa existir ou ter eficácia perante o ordenamento.

Percebe-se, pois, que os ensinamentos trazidos por Kelsen e aqui adaptados segundo as ideias descritas pelo supracitado doutrinador, encontram total relevância para a concepção de relação jurídica sob a perspectiva da tutela coletiva.

Não se abandona, como visto, a concepção de relação jurídica entre normas e, ainda assim, consegue-se garantir coerentemente uma efetiva proteção aos interesses transindividuais, especialmente no tocante à criação de instrumentos que consigam jurisdicionalmente cobrar daqueles que eventualmente vierem a lesar o dever jurídico de respeito aos interesses coletivos, na obrigação de repará-los. E mais, de se abster de praticar novos atos lesivos.

Deste modo, ainda que eventual situação fática concreta não dê ensejo a uma demanda individual para tutela de direitos subjetivos individuais em razão, por exemplo, do pequeno impacto econômico individualmente considerado,

coletivamente isso será possível, já que a concepção de relação jurídica adotada impõe o dever de exigir respeito e reparação aos bens e valores coletivamente considerados.

Hipoteticamente é possível vislumbrar que uma determinada instituição financeira esteja cobrando dos seus correntistas, de forma ilegal e abusiva, um valor a maior do que o previsto no contrato de prestação de serviços. Supondo que este valor esteja representado na monta de R\$ 1,50 por mês, o que soa irrisório na atual conjuntura econômica, ou seja, trata-se de situação em que os consumidores lesados dificilmente proporão demandas individuais para discutir a cobrança. Todavia, considerando a noção de relação jurídica acima proposta, em que determinados entes poderão – e deverão – tutelar esses interesses, fazendo valer o dever de respeito aos bens e valores coletivamente considerados, como a boa-fé nas relações de consumo, por óbvio que o causador do ilícito, no caso a instituição financeira, além de ser responsabilizada por sua conduta contrária ao ordenamento, será impedida, ou ao menos constrangida, a não mais praticar ações de natureza semelhante.

Logo, a reformulação da ideia de relação jurídica é mais do que necessária. É fundamental.

Respondendo, e agora sim, a questão lançada no início do tópico, entende-se que direitos e interesses não podem ser utilizados como expressões sinônimas, especialmente considerando a dimensão coletiva que envolve os interesses transindividuais, que exigem uma nova perspectiva de relação jurídica, inclusive.

Solucionado o primeiro impasse, resta saber o que são esses interesses transindividuais.

Com efeito, são classificados como aqueles que não se enquadram perfeitamente na clássica divisão entre direito público e direito privado (*summa divisio*). Ou seja, são os interesses que são mais do que individuais, mas não necessariamente beneficiam toda sociedade. Em muitas situações correspondem a interesses de classes, categorias ou grupo de indivíduos que estão em uma mesma situação³⁸.

³⁸ Cf. texto publicado nos anais do XXVII Congresso Nacional do Conpedi Salvador - BA, 2018, em coautoria com Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, intitulada “Especificidades Do Mandado De Injunção Coletivo”, em que representa uma versão preliminar do estudo aqui condensado.

Os interesses de dimensão coletiva, como já mencionado no tópico anterior, em que se apresentou como as transformações históricas e sociais influenciaram a sua concepção, foram consagrados principalmente a partir da segunda (direitos sociais, trabalhistas, econômicos e culturais) e da terceira (direitos coletivos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.) dimensão de direitos humanos.

Para Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 52):

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses metaindividuais ou ainda de interesses coletivos em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir o interesse público.

O mesmo doutrinador arremata (2017, p. 52-53):

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou do grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.

Teori Albino Zavascki (2017, p. 39), por sua vez, esclarece:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade.

Os posicionamentos apresentados, todavia, não são imunes a críticas e, sem dúvida, enfrentam divergências na doutrina. Aliás, apesar de se discutir há muito tempo sobre a exata concepção dos interesses coletivos, especialmente em razão da necessidade de se desenvolver uma nova dimensão que abarcasse esses interesses, como já denunciado por Mauro Capeletti e Bryant

Garth, ainda hoje não é incomum encontrar posicionamentos variados a respeito do tema.

Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 666), por exemplo, afirma o quão importante é o estudo das modalidades que envolvem esses interesses, pois somente assim a tutela jurídica estará apta a, efetivamente, tutelá-los:

No âmbito da ciência jurídica, ocorreu a necessidade de se adotar o sistema processual de mecanismos para o atendimento dessa demanda, implicando no desenvolvimento aprofundado de estudos sobre a tutela coletiva, que ainda estão em seus passos iniciais, em busca de uma definição de seus conceitos elementares. Entre eles, a noção de interesse coletivo (*lato sensu*) e de suas modalidades é de crucial importância.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 57), no mesmo sentido aponta que:

Não se trata do interesse pessoal do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que deparam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma. [...] Pensar e sentir coletivamente é relegar a um plano secundário o interesse imediato, egoísta, para, com os olhos postos num ideal amplo e generoso, empenhar esforços comuns com vistas à consecução desse desiderato. É possível até que os frutos desses esforços recaiam, reflexamente, sobre os que dele participaram; e, dada a amplitude do fim perseguido, é mesmo possível que terceiros venham a ser beneficiados. Quando um grupo luta por melhores condições de segurança do trabalho, são todos os trabalhadores, como categoria, que disso poderão beneficiar-se, independentemente de sua precedente adesão à entidade representativa. Nem por outro motivo se reconhece a autonomia do ambiente do trabalho (CF, art. 200, VIII): embora esse valor seja tomado em dimensão transindividual, é crucial e inevitável que a melhoria das condições em que se realiza certa atividade acaba repercutindo beneficentemente sobre os indivíduos nela empenhados. Então, pensar e agir coletivamente é, antes de mais nada, conduzir-se inteligentemente, porque a união dos esforços individuais é o instrumento mais eficaz para consecução do fim comum.

É possível, definitivamente, afirmar que há uma diferença ontológica entre os interesses em questão com os chamados direitos subjetivos individuais.

Entende-se, portanto, que ao se tentar proteger os interesses transindividuais, ainda que indiretamente se proteja os direitos subjetivos, não se trata de uma mesma tutela.

Dito isto, resta saber quais são as modalidades de interesses transindividuais positivadas no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, esses interesses são conceituados no parágrafo único, do artigo 81, do CDC³⁹, o qual estabelece que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses difusos (inciso I), coletivos *stricto sensu* (inciso II) e individuais homogêneos (inciso III).

Os interesses difusos, de natureza indivisível, pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato; os interesses coletivos, de natureza indivisível, concernentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente; e, por fim, os individuais homogêneos que são tidos como os interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo (BELINETTI, 2005, p. 668-671).

Com relação aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, a definição legal não proporciona grandes celeumas doutrinárias, pois em tese, a lei já teria sido suficientemente precisa em sua definição. No tocante aos interesses individuais homogêneos, entretanto, a celeuma quanto à sua natureza se amplia, pois são vistos como “acidentalmente coletivos”⁴⁰, isto é, que em sua essência não seriam interesses coletivos, mas sim direitos subjetivos que por questão de política processual, o legislador entendeu por bem tratá-los coletivamente para fins de tutela jurisdicional.

A esse respeito Teori Albino Zavaski (2017, p. 2017) leciona que os direitos⁴¹ individuais homogêneos são, de fato, direitos subjetivos individuais. Sua

³⁹ *In verbis*: “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”.

⁴⁰ José Carlos Barbosa Moreira (1991, p. 187), afirma que: “*Que são litígios acidentalmente coletivos? Estes não apresentam as mesmas características daqueles, sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto... Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter. A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá com a outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem*”.

⁴¹ A expressão “direito” foi mantida, pois utilizada pelo autor. Contudo, para este trabalho e seus autores, entende-se como mais adequada a expressão “interesse”, pois essa se coaduna com uma ideia que supera a concepção de “direito subjetivo”, que é extremamente subjetivista e individualista, incompatível com a tutela coletiva, portanto. Ressalta-se, todavia, que um posicionamento não

qualificação como *homogêneos*, apenas indicaria o conjunto de direitos subjetivos ligados por uma relação de afinidade, o que permitiria a sua tutela de forma coletiva. O seu tratamento de forma coletiva, portanto, teria sentido meramente instrumental, como estratégia para uma tutela jurisdicional mais efetiva. Deste modo, seriam interesses acidentalmente coletivos.

Na mesma linha, defende Jose Marcelo Menezes Vigliar (2013, p. 30) que nos interesses individuais homogêneos não se nota a presença de uma transindividualidade, que seria essencial para definição destes interesses como coletivos. Isto é, como o próprio nome sugeriria, seriam interesses individuais em sua essência, mas cindíveis, divisíveis, atribuíveis a cada um dos integrantes da coletividade considerada.

De forma ainda mais categórica, Gustavo Milaré Almeida (2014, p. 54), valendo-se das lições de Barbosa Moreira⁴², afirma que os interesses individuais homogêneos “são (e sempre serão) interesses individuais, mas a sua tutela jurisdicional é realizada de forma coletiva por uma questão de opção de política legislativa”.

Em que pese o posicionamento dos doutrinadores citados, e daqueles que compartilham a mesma visão, respeitosamente, ousa-se discordar. Isto é, defende-se a concepção de que esses interesses, a despeito de sua divisibilidade posterior, possuem a natureza de serem essencialmente coletivos.

Referido posicionamento é também defendido por Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 671), quando explica que:

A meu ver os interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa, conforme o esquema de relação jurídica de direito material anteriormente referido. Em minha perspectiva, o descumprimento do dever jurídico de respeito a determinado interesse difuso ou coletivo poderá gerar lesões individuais. A síntese (e não a soma) destas lesões comporá o interesse individual homogêneo, onde não se pede propriamente a indenização de cada um, mas sim que seja cumprido o dever jurídico de indenizar (recompôr) todos os prejudicados.

rechaça o outro, mas apenas considera a expressão “interesse” como mais adequada quando se fala em tutela coletiva.

⁴² Cf. nota de rodapé n. 19.

Percebe-se que a principal distinção de concepção se dá na chamada indivisibilidade do bem jurídico. Se há várias ofensas, elas são analisadas de forma englobada, única – logo, indivisível –, pois um único provimento irá aproveitar a todos, que por sua vez, poderão individualizar seus interesses em liquidação e execuções singulares. Destarte, a execução nestes casos também poderá ser coletiva, conforme disposição expressa do artigo 100⁴³, do CDC, que regula a chamada reparação fluída, a qual será melhor estudada ao longo deste trabalho, especialmente no próximo capítulo.

No tocante à origem comum mencionada no inciso III, parágrafo único, do artigo 81, do CDC, há que se ressaltar que essa se estabelece posteriormente a lesão do bem jurídico protegido por um interesse coletivo. Isto é, a origem comum pode ser de fato ou de direito e, não necessariamente, exige-se que tenha ocorrido num mesmo tempo ou lugar. Como exemplo, pode ser citado compradores de um veículo com defeitos de fabricação. É certo que há uma relação jurídica subjacente a esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é essa relação, mas o fato de terem comprado carros do mesmo lote de produção com defeito de série.

Dito tudo isto, a definição dos interesses individuais homogêneos, poderia – e deveria – se dar da seguinte forma (BELLINETTI, 2005, p. 671):

Assim, podem-se definir os interesses individuais homogêneos como os interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo.

Além de Luiz Fernando Bellinetti, outro expoente desta linha de posicionamento que, como dito, aparenta ser mais adequada, é o jurista gaúcho Hermes Zaneti Junior (2005, p. 6), que afirma:

[...] cabe mencionar o entendimento de parte da doutrina de que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim direitos coletivamente tratados. Esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria tal categoria do rol expressamente criado pelo CDC, referendado agora pelo Código Modelo, relegando-a a personagem de segunda

⁴³ *In verbis*: “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”.

categoria na proteção coletiva. Em sentido contrário, contudo, posicionou-se o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em julgamento unânime, no RE 163231-SP, pela admissão destes direitos como subespécie de direitos coletivos. Transcrevemos trecho da ementa: “4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo -se em subespécie de direitos coletivos”. Esta leitura jurisprudencial pelo principal tribunal brasileiro, somada ao que antes foi exposto, parece afastar a inadequada “*capitis diminutio*” daqueles direitos coletivos.

Percebe-se que o STF, ao menos no julgado citado, também compartilha do posicionamento aqui defendido, qual seja, de que os interesses individuais homogêneos são sim espécies de interesses coletivos.

Sem embargo, com relação à divisibilidade do bem jurídico, Hermes Zaneti Junior (2005, p. 4-5) esclarece que o fato de ser possível determinar individualmente os lesados, não se altera a pertinência da ação coletiva, visto que o tratamento unitário da pretensão faz com que se obtenha um provimento genérico, garantindo-se, nas lições de Antonio Gidi, o atendimento de três objetivos, como a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material. Isto ocorre, pois a sentença irá de forma genérica e abstrata beneficiar os titulares dos interesses lesados, os quais, posteriormente, terão as suas peculiaridades analisadas individualmente em liquidação e execução de sentença.

Todavia, como dito, até se alcançar a fase de liquidação, para o ordenamento esses interesses devem ser analisados englobadamente, como uma utilidade indivisa. Ou seja, devem ser concebidos dentro da dimensão coletiva, ligada, portanto, à noção de interesse.

Hermes Zaneti Junior (2005, p. 5), então, conclui:

Como corolário desse entendimento — e ainda da lição de que os direitos coletivos *lato sensu* têm dupla função material e processual e foram positivados em razão da necessidade de sua tutela jurisdicional — para fins de tutela os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução.

Outrossim, e talvez como um argumento que definitivamente atesta a natureza de interesse coletivo dos interesses individuais homogêneos, destaca-se a técnica chamada de *fluid recovery*, ou reparação fluida, que consiste em um terceiro momento da execução dos interesses individuais homogêneos, cuja

regulação expressa se encontra no artigo 100 do CDC e, como já destacado, será melhor abordada no capítulo seguinte.

Entretanto, para que o posicionamento aqui adotado não fique sem resposta, convém esclarecer ainda neste capítulo, resumidamente, que a reparação fluida se preocupa com as indenizações dos interesses individuais homogêneos não reclamadas individualmente por todos os lesados, situação que representaria verdadeira impunidade, já que o causador do ilícito, não obstante tenha sido condenado em uma sentença coletiva, não teria que indenizar a todos na exata medida de sua lesão.

Assim, o próprio CDC dispõe que passado o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados poderão promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida, a qual será destinada ao Fundo, criado pela Lei n.º 7.347/85⁴⁴, para tutela dos interesses coletivos.

Sobre este aspecto lecionam Priscilla Correa Gonçalves de Rezende e Gustavo Silva Alves (2016, s. p.):

Ademais, assim como a tutela coletiva, a tutela dos direitos individuais homogêneos tem o condão de proteger o interesse público. O grau de interesse público composto em uma tutela foi denominado 'carga de coletividade'; isto é, se for alto o grau de interesse coletivo da tutela, diz-se que ela contém uma alta carga de coletividade. Destarte, um direito coletivo ou difuso possui uma alta carga de coletividade, enquanto que um interesse individual homogêneo possui uma baixa carga coletiva. Ambos se diferem, pois, na primeira, o valor obtido na condenação autônoma irá diretamente para o fundo de direitos coletivos; para segunda, o legislador regulou que havia um número considerável de execuções individuais para a satisfação da tutela.

Todavia, caso configura-se a hipótese de que as execuções individuais não sejam suficientes, incidirá a reparação fluida, com a finalidade de tutelar o direito individual homogêneo, como verdadeiro direito coletivo que é, pois, nessa etapa importa a tutela coletiva do dano causado pelo praticante do ilícito e não os direitos individuais de cada um dos membros do grupo.

Portanto, a reparação fluida representa na prática que os interesses individuais homogêneos são, de fato, espécie do gênero interesses coletivos, pois com essa técnica eles definitivamente assumem caráter de serem indisponíveis, uma vez que haverá satisfação da tutela ainda que o seu titular, isoladamente

⁴⁴ *In verbis*: "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".

considerado, não a exerça por meio de uma liquidação e posterior execução individual.

Deste modo, somente a partir de uma nova concepção de relação jurídica e, considerando aquilo que se entende mais adequado para conceituação de interesses individuais homogêneos é que se pode falar em uma tutela desses interesses.

Permanecer adotando a concepção de que são interesses “acidentalmente coletivos” e que, em razão disto, devem ser tratados coletivamente por critério de política processual, decerto que a superação dos imbrólios decorrentes desta postura ficará cada vez mais distante. Ainda, possivelmente haverá uma tentativa forçada de aplicação de teorias e institutos voltados à tutela dos direitos subjetivos individuais visando – certamente sem sucesso – proteger também os interesses de matriz coletiva.

A adoção de uma perspectiva transindividual dos interesses individuais homogêneos para garantia de uma tutela jurídica efetiva, portanto, é mais do que necessária, é fundamental.

2.2 EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Cediço que o processo civil contemporâneo deve ter como função precípua servir de instrumento apto a atender à consecução do direito material. A racionalidade do processo civil de resultados⁴⁵ deve também servir às demandas que envolvem litígios de natureza coletiva. Isto é, a efetividade⁴⁶ é vetor não só para as demandas individuais, mas também para as que tutelam interesses transindividuais.

Do contrário, falar sobre acesso à justiça não passará de fina retórica voltada ao preenchimento de laudas de trabalhos acadêmicos, mas que

⁴⁵ Cf. nota de rodapé n. 12.

⁴⁶ Explica Humberto Theodoro Junior (2003, p. 8) sobre a importância da efetividade no processo civil enquanto preocupação contemporânea que: “*Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Idéias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo*”.

jamais encontrará consonância com resultados práticos, com concretização de direitos, com segurança jurídica e, por que não, com democracia.

Falar em efetividade no processo, portanto, é o mesmo que garantir com que toda técnica que visa aprimorar a capacidade de prestação jurisdicional seja imediatamente aplicada. É o mesmo que buscar a facilitação da pacificação dos conflitos pela jurisdição. Afinal, entende-se que somente assim é possível perseguir uma proteção adequada, evitando amarras e dogmas vetustos que se mostram desnecessários à função jurisdicional.

Nesse sentido, Barbosa Moreira (1988, p. 21-22) já alertava sobre a efetividade processual:

É clássica a idéia de que o processo, como instrumento da realização do direito material, deve proporcionar a quem tenha razão, até onde seja praticamente possível, “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”. Expressou-a, no começo do século, o imenso CHIOVENDA, em fórmula tão justa quão elegante, reproduzida a cada passo em artigos e manuais, conferências e tratados. A quem tenha consciência da função social do processo forçosamente se põe como questão de capital relevância a efetividade da tutela jurisdicional. Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas. O mecanismo criado para prover a essa necessidade precisa corresponder a uma lógica, mas terrível exigência: atuar de tal maneira que, em toda a extensão da possibilidade prática, venham as coisas a passar-se exatamente como se deveriam passar, de acordo com o ordenamento. Que significa isso ao ângulo do jurisdicionado? Recorrendo à Justiça, ele há de poder esperar, ao menos em princípio, que, se o seu direito se vê reconhecido, o processo lhe proporcione cabal proteção, pondo-o em condições de fruir, de maneira tão completa quanto possível, da vantagem prometida pela norma.

Com efeito, há que se destacar uma confusão recorrente a respeito da efetividade, que apesar de relacionada, não se confunde com celeridade. O CPC traz expressamente em seu primeiro capítulo, o qual estabelece as normas fundamentais do processo civil, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º)”.

Ora, o processo tem seu tempo e o natural é que ele seja razoável, pois se justiça lenta representa injustiça, justiça célere pode não representar efetividade, mas sim verdadeiras lesões a garantias fundamentais. Logo, razoabilidade é a palavra de ordem.

Valendo-se das lições de Barbosa Moreira, Soraya Regina Gasparetto Lunardi (2005, p. 206) explica:

O processo tem seu tempo, a prestação jurisdicional exige tempo. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada seria mais rápido, por exemplo, que linchar o réu; mas certamente não seria a melhor solução. Se uma justiça lenta certamente não é boa, uma muito rápida também não é necessariamente boa. Claro que queremos uma prestação jurisdicional célere, mas conseguir isso a qualquer preço não significa efetividade.

Tem-se, portanto, que efetividade não se confunde necessariamente com celeridade. Outrossim, deve representar verdadeira racionalidade para a adequada prestação jurisdicional e, ainda, a efetividade buscada na tutela jurisdicional individual também deve ser perseguida na tutela coletiva. Sobre esse último aspecto, aliás, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna (2019, p. 161), apontam que:

(i) não *existe* amparo em qualquer tentativa de discriminar o processo coletivo, colocando-o em posição inferior àquele bipolarizado e individual; (ii) atualmente, é largamente admitido no processo civil clássico o uso de *toda a técnica* constitucionalmente idônea capaz de permitir a adequada tutela de direitos; (iii) ato contínuo, é também essa mentalidade a ser aplicada para a tutela coletiva. Não há, pois, o que justifique qualquer entrave à sua atuação.

Considerando o recorte teórico definido na pesquisa, que visa tratar da efetividade no processo a partir da técnica de execução coletiva nos casos que buscam tutelar interesses individuais homogêneos, mencionar sobre os aspectos genéricos e abstratos de demandas dessa natureza poderia representar conteúdo alheio ao que se propõe investigar.

Deste modo, esclarece-se apenas que na ação coletiva com a finalidade mencionada, se procedente o pedido, a condenação será genérica para o fim de determinar-se a responsabilidade do réu pelos danos causados. Essa é a redação expressa do art. 95 do CDC, inclusive. “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Nas lições de Teori Albino Zavascki (2017, p. 181):

Na ação coletiva, a cognição, sob seu aspecto horizontal, é limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos homogêneos, formado por três dos elementos da relação jurídica: a existência da obrigação (*an debeat*), a identidade do obrigado (*quis debeat*) e a natureza da prestação devida (*quid debeat*). Os demais elementos indispensáveis a um juízo completo da relação jurídica (*cui debeat* = quem é o credor e *quantum debeat* = em que quantidade é devida a prestação) fogem do campo específico da cognição nessa fase.

A decisão judicial, então, é considerada ilíquida, já que pode deixar de estabelecer o montante da prestação nos casos em que declara que o objeto desta deverá ser quantificado em posterior liquidação, bem como, pode deixar de individualizar completamente o objeto dessa prestação, qualquer que seja a sua natureza.

Assim, entende-se que liquidação de sentença é “atividade judicial cognitiva pela qual se busca complementar a norma jurídica individualizada estabelecida num título judicial” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 424).

O cumprimento dessa sentença genérica, ilíquida, passará por novas fases, quais sejam, a “liquidação”, que complementa a atividade cognitiva, como acima mencionado e, por fim, a “execução”, em que são promovidas as atividades práticas destinadas a satisfazer, efetivamente, o interesse lesado, mediante a entrega da prestação devida (ZAVASCKI, 2017, p. 184).

Em se tratando de situação fáticas cuja mensuração é fácil de ser alcançada, como por exemplo: (i) na eventual declaração de nulidade de cláusula contratual a um grupo específico de consumidores; (ii) na explosão de um estabelecimento comercial em que pessoas são vitimadas; (iii) nos defeitos de fabricação de algum produto colocado no mercado de consumo; enfim, nesses casos, e tantos outros que as situações cotidianas podem apresentar, via de regra, eles não enfrentarão grandes problemas relacionados à efetividade, concebendo-se essa a partir de uma análise do processo coletivo. Isto é, pode ser que questões de ordem material, como ausência de bens do causador do ilícito para garantir eventuais indenizações possam representar um entrave à satisfatividade. Todavia, o processo, se adequadamente manejado, não estará sendo óbice ao acesso à justiça em todas as suas dimensões.

Todavia, não é possível afirmar o mesmo em situações cuja conduta violadora da ordem jurídica gera lesões que, individualmente consideradas são irrisórias, mas coletivamente representam um impacto social e econômico

significativo, como por exemplo nas hipóteses em que: (i) determinada empresa comercializa seus produtos em embalagens de 100 gramas, quando o conteúdo colocado à venda, na realidade, conta apenas com 80 gramas; (ii) há cobrança ilícita de valores que extrapolam o pactuado em contrato de prestação de serviços assinado pelas partes; (iii) ilegalmente se exige uma cobrança de tarifa para liquidação antecipada de mútuo ou financiamento; enfim, uma série de situações que poderiam ficar sem a devida proteção em razão de suas peculiaridades.

Outrossim, poderiam representar um incentivo ao agente violador da ordem jurídica, pois em razão do desinteresse das pessoas lesadas em ajuizarem demandas individuais, o lucro auferido com a prática ilícita, poderia dar ensejo a continuidade na prática, afetando não só os lesados, mas a sociedade como um todo.

Deste modo, o estudo do artigo 100 do CDC é essencial para constatar se o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de garantir o acesso à justiça efetivo nas demandas que envolvam interesses individuais homogêneos individualmente irrelevantes, mas coletivamente importantes.

Para tanto, faz-se necessária a análise das origens da chamada *fluid recovery*, apresentado suas noções gerais e singularidades. Situação que será aprofundada no capítulo seguinte.

3 FLUID RECOVERY: A EXECUÇÃO COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Considerando a estruturação do trabalho a partir das premissas já adotadas, fica mais fácil compreender como a efetividade da justiça poderá ser alcançada nas situações em que lesões a ordem normativa atingem os interesses individuais homogêneos. Melhor dizendo, é possível identificar com maior clareza a sistemática adequada para resolver os problemas gerados pelas lesões de interesses transindividuais dessa natureza.

Para apresentar as propostas trazidas com o CDC, cujas celeumas estão longe de serem pacificadas, especialmente diante da inexistência de um Código de Processo Civil Coletivo, como já preconizado por tantos autores⁴⁷, torna-se imprescindível o estudo das fontes que inspiraram o legislador a adotar o regime que veio a ser positivado no código consumerista, o qual será melhor estudado nesse capítulo.

Antes, porém, há que se destacar o que se entende por execução civil, para que se analise, então, a noção de execução coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 321-320), explicam sobre a função da tutela jurisdicional, que não se acaba na prolação da sentença:

A função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. Além de formular concretamente a regra jurídica

⁴⁷ Entre inúmeras obras que advogam essa ideia, merecem destaque: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, GIDI, Antonio. *Rumo a um novo Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 e GOZZOLI, Maria Clara et al (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor destacam ainda que: “[...] a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do Direito Processual Civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram em uma Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o País, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará em uma posição de vanguarda, revisitando a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo” (GRINOVER, et al, 2017, p. 844).

válida para a espécie, é necessário atuá-la, modificando a situação de fato existente para adaptá-la ao comando emergente da sentença. [...] O processo de execução visa a uma prestação jurisdicional que consiste em tornar efetiva a sanção, mediante a prática dos atos próprios da execução forçada. No processo executivo põe-se fim ao conflito interindividual, nem sempre inteiramente eliminado mediante o de conhecimento (e às vezes sequer sujeito a este: execução por título extrajudicial). Isso porque a jurisdição não tem escopo meramente cognitivo: tornar efetiva a sanção, mediante a substituição da atividade das partes pela do juiz, é a própria atuação do direito objetivo.

Na tutela coletiva existem singularidades que ampliam significativamente a ideia de findar com o conflito interindividual – ainda que indiretamente isso também aconteça –, em razão da própria natureza transindividual da execução.

É possível afirmar, portanto, que mediante execução civil que se alcança a pacificação social, a satisfação do direito, ou ainda, o acesso efetivo à justiça.

Considerando as especificidades atinentes aos interesses individuais homogêneos, vale destacar que a reparação da ordem jurídica também se revela como um escopo fundamental. A *fluid recovery*, por exemplo, é um importante instrumento para a consecução dessa finalidade.

Dito isto, discorrer sobre as origens dessa técnica processual e como ela se dá na atual sistemática prevista no CDC, apontando as questões mais problemáticas, as quais desafiam não só a prática jurisdicional, mas também levanta debates no contexto doutrinário, é fundamental.

3.1 ORIGENS, FUNDAMENTOS E APROXIMAÇÕES COM INSTITUTOS ESTRANGEIROS

A importação dos estudos estrangeiros, sobretudo os europeus e norte-americanos, não é novidade no pensamento científico jurídico brasileiro. Pelo contrário. É comum que os institutos jurídicos internacionais adentrem na tradição nacional.

Isso por si só não apresenta um aspecto negativo, ou mesmo positivo. Trata-se apenas de um fato corriqueiro no universo das ciências jurídicas nacionais.

Não obstante o pioneirismo brasileiro no trato com o processo

coletivo, especialmente com a edição da LACP, é certo que a execução coletiva dos interesses individuais homogêneos se valeu muito da fonte norte-americana para alcançar os contornos atuais.

Merece destaque o fato dessa importação não ter, ao menos no início, se dado de forma direta. Isto é, por muito tempo os estudos das teorias norte-americanas sobre processo coletivo chegaram ao Brasil a partir dos estudos de juristas italianos, indicando, de certo modo, uma postura um tanto cômoda e cientificamente não muito rigorosa do pensamento jurídico nacional.

Antonio Gidi (2008, p. 30-31), por exemplo, há tempos destaca a falta de critérios do legislador brasileiro na adoção de institutos de outros ordenamentos sem a devida compatibilização com a cultura jurídica nacional, afirmando categoricamente que muitos doutrinadores se equivocam quando mencionam apenas que a inspiração para tutelas coletivas criadas com a LACP e com o CDC tiveram origem nas *class actions* norte-americanas. Tal fato não é de todo preciso, pois:

Uma análise superficial da literatura brasileira à época, inclusive a que fundamentou os debates acadêmicos anteriores e posteriores à promulgação da LACP e do CDC, demonstra claramente que os autores brasileiros não conheciam o direito processual norte-americano nem as *class actions*. A legislação e a doutrina brasileira foram baseadas inteiramente na doutrina italiana que (esta sim) estudou as *class actions* norte-americanas. Nenhuma fonte original foi consultada pelo legislador brasileiro: foi uma pesquisa inteiramente realizada de segunda mão.

No mesmo sentido e antes de Gidi, Barbosa Moreira (2001, p. 158) já denunciava essa importação indireta, ou de segunda mão:

Acontece que, entre nós, o louvável aumento do interesse pelos ordenamentos processuais anglo-saxônicos nem sempre se tem feito acompanhar da correlata intensificação da pesquisa de subsídios nas fontes originais. Publicam-se estudos – alguns de mérito inegáveis – em que o direito inglês e o norte-americano são descritos e avaliados com base restrita a exposições de segunda mão, constantes, v.g., de livros ou artigos italianos. [...] raia pela imprudência contentarmo-nos, pura e simplesmente, com o que nos oferecem intermediários, ainda os mais credenciados.

Sobre esse histórico e o exato momento em que doutrinadores brasileiros passaram a estudar as *class actions* norte-americanas Antonio Gidi (2008, p. 33-34) destaca:

Muito embora o debate sobre demanda coletivas tenha iniciado no Brasil em 1977, o primeiro estudo sobre as *class actions* que utilizava fontes originais foi publicado somente nos anos 90, através de obra absolutamente pioneira de José Rogério Cruz e Tucci, mas a influência da doutrina italiana ainda era marcante. Somente em 1995, quase vinte anos depois, os estudiosos brasileiros começaram a pesquisar as fontes norte-americanas diretamente e de uma forma mais sistemática, como um instrumento para melhor compreensão do direito processual civil coletivo brasileiro.

Pois bem. Não obstante as críticas apontadas, o CDC quando dispôs sobre a execução de interesses individuais homogêneos, valeu-se sim dos estudos das chamadas *class actions* para adotar a racionalidade executiva desses interesses no Brasil, inicialmente como fonte secundária após as análises dos juristas italianos e, posteriormente, como fonte primária. Porém, a influência das *class actions* nesse ponto específico é inegável.

É certo também que essa racionalidade norte-americana serviu muito mais como inspiração do que uma importação efetiva, sem critérios, ou sem a análise da cultura jurídica local. Afinal, como se demonstrará, a execução dos interesses individuais homogêneos no Brasil diverge em alguns aspectos da sistemática norte-americana.

Dito isto, algumas reflexões vêm à tona: O que são as *class actions*? Quais são suas origens? Por que é possível afirmar que elas serviram de inspiração aos legisladores brasileiros?

Sobre as *class actions* Andre Vasconcelos Roque (2013, p. 25-26), em um dos mais aprofundados estudos brasileiros sobre elas – senão o mais aprofundado efetivamente – aponta que nem mesmo os doutrinadores norte-americanos sabem precisar com exatidão, ou algo próximo disso, quais foram os institutos que as originaram, pois se referem vagamente à *Bill of Peace* da Corte de Chancelaria inglesa nos Séculos XVII e XVIII para reconstruir nos Estados Unidos as *Equity Rules* de 1842 e 1912, a aprovação da *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 e, por fim, a revisão da *Rule 23* ocorrida no ano de 1966.

Todavia, afirma o autor (ROQUE, 2013, p. 27-28), que a existência das *actiones popularis*, do direito romano, remonta as origens das *class actions*, pois elas representavam a tentativa dos cidadãos de, ao ingressarem em juízo, protegerem os bens públicos. Logo, em um sistema essencialmente individualista, cuja noção de Estado como entidade autônoma não havia sido concebida e que os bens públicos pertenciam a uma coletividade de cidadãos em uma espécie de

comunhão indivisível, as *actiones populares* representavam o instrumento para defesa destes.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 43-44) explica que:

Nessa visão, fica mais fácil entender que embora a *actio romana* exigisse um *interesse pessoal e direto* exercido pelo *titular do direito* (*nemo alieno lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur*), as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos dentro da *gens*. [...] Bem vistas as coisas, o móvel da *actio popularis* não residia nem no interesse privado, manejado pelos *cives*, nem propriamente no interesse público, a cargo do Estado, mas situava-se num campo intermédio, que hoje se diria ocupado pelos chamados *interesses difusos*, concernentes a sujeitos indeterminados, incidindo sobre um objeto indivisível.

Entre as *actiones populares* existe uma classificação que não encontra tanta concordância na doutrina contemporânea sobre as suas variações. De todo modo, Lívio Paladin (*apud* MANCUSO, 2003, p. 45), apresenta três critérios de classificação:

[...] segundo a *fonte*, teríamos ações populares legais e pretorianas; segundo o *instrumento para o seu exercício*, teríamos as ações populares propriamente ditas e os interditos; por fim, segundo o *destinatário do produto final da condenação*, chegaríamos às ações cuja condenação revertia: a) para o tesouro público; b) para o autor; ou c) para terceiros.

Tendo em vista que as distinções e demais características específicas das *actiones populares* fugiriam das delimitações impostas a este estudo, convém destacar quais peculiaridades lhes conferem o título do que aqui se entende por precursoras das *class actions*. Ressalta-se, por óbvio, que mesmo o direito romano não tendo influenciado diretamente a construção dos institutos norte-americanos, não podendo se falar em evolução das *actiones populares* em Roma até os dias de hoje, é nítida a semelhança havida entre os instrumentos, ainda, a importância dos debates acontecidos à época merecem registro. Rememorá-los é fundamental, já que contemporaneamente não só nos EUA, mas em diversos países do mundo, inúmeros questionamentos ainda não encontraram uma solução definitiva para a tutela coletiva, mesmo que muitos deles se aproximem disso.

Assim, Andre Vasconcelos Roque (2013, p. 30) explica que:

[...] existem dois pontos importantes a serem ressaltados no que diz respeito

às *actiones popularis* romanas. O primeiro deles é que, segundo disposto no Digesto de Justiniano (D. 47.23.3), se uma determinada matéria já foi decidida em uma ação popular anterior, não poderá ser novamente apreciada em uma segunda ação, ainda que o autor seja diferente. O segundo aspecto a ser destacado se afigura ainda mais surpreendente. Segundo uma regra inserida também no Digesto (D. 47.23.2), caso mais de uma pessoa comparecesse em juízo para ingressar com uma *action popularis* em defesa do mesmo interesse, a preferência deveria ser dada àquela que apresentasse melhores condições em termos de idoneidade e de maior interesse pessoal no litígio. Isso quer dizer que, em termos bastante rudimentares, havia no direito romano uma norma relacionada à concepção de representatividade adequada.

Portanto, desde à época do Império Romano a preocupação com o instituto da coisa julgada em demandas de caráter coletivo e as noções de representatividade adequada já eram analisadas para aferição e solução dos litígios.

Com o declínio do Império Romano não se sabe o rumo que as *actiones popularis* tomaram. Na Idade Média, entretanto, as demandas coletivas também ocorreram, ainda que de forma não institucionalizada ou dogmatizada, fator que se deve, muito provavelmente, à própria estruturação social da época, representada por uma sociedade organizada em torno de pequenas coletividades. Isto é, os litígios medievais se restringiam ao mérito das demandas, como em situações que diziam respeito às oferendas devidas ou não a determinado pároco, ou a reparação de danos de bens de utilidade coletiva, ou ainda, se determinada classe estava oprimindo outra. As preocupações procedimentais, ou regras específicas sobre a defesa coletiva de fato não existiram, já que os litígios de grupo na Idade Média não representavam nada mais, nada menos, do que o retrato da sociedade coletivamente organizada naquele período (ROQUE, 2013, p. 30-36).

Com efeito, a estruturação social da Idade Média não preconizava de forma tão acentuada aquilo que posteriormente a Idade Moderna passou a entender como a métrica social para análise dos conflitos, ou seja, o sujeito de direito isoladamente considerado, fruto de uma construção proporcionada pela estruturação econômica capitalista. Enquanto na Idade Média a sociabilidade se organizava de forma coletiva por excelência, na Idade Moderna, regida sob os ditames estruturais capitalistas, isso não era – e não é – sequer possível. Talvez, essa seja a principal dificuldade de pensar ou mesmo estruturar um verdadeiro sistema de defesa coletivo⁴⁸.

⁴⁸ Cf. Cap. 3 do presente trabalho sobre as transformações sociais que deram ensejo à sociedade contemporânea.

Nesse sentido (ROQUE, 2013, p. 37-38):

Dentro desse novo contexto, os litígios de grupo passaram a ser considerados exceção. A sociedade já não estava mais coletivamente organizada em pequenos grupos coesos. Alguns desses grupos observados na Idade Média (feudos, *frankpledges*, corporações) desapareceram aos poucos na Idade Moderna. Outras coletividades buscaram ser reconhecidas formalmente como pessoas jurídicas com existência própria (burgos) ou foram praticamente transformadas em órgãos estatais (paróquias). A partir do século XVII, as ações coletivas consideradas uma extravagância em uma sociedade cada vez mais individualista, já não eram mais vistas com tanta frequência nas Cortes Reais (*Court of Common Pleas, King's Bench e Exchequer*).

Durante os Séculos XVIII e XIX, na Inglaterra, as demandas não tiveram natureza coletiva por inúmeros fatores históricos e culturais daquele país. Limitando-se, portanto, a questões litisconsorciais e não coletivas propriamente ditas. Esse foi o contexto que chegou nos Estados Unidos e, a partir de então, um novo rumo foi dado às demandas coletivas (ROQUE, 2013, p. 43-45).

No início do Século XIX, quando são encontrados os primeiros registros de demandas coletivas nos EUA o direito norte-americano era fortemente influenciado pelo direito inglês (ROQUE, 2013, p. 45). Porém, alguns casos específicos começaram a se destacar, apresentando características e respostas próprias, que se relacionavam, por exemplo, com a representatividade em ações envolvendo interesses coletivos e a vinculação ou não dos efeitos da decisão proferida em litígios dessa natureza.

A questão fundamental, todavia, limitava-se à função das ações coletivas, isto é, se essas tinham como objetivo reduzir a carga de processos ou facilitar o acesso à justiça em situações que o valor reduzido dos interesses individualmente considerados impedisse ou dificultasse o ajuizamento de demandas (ROQUE, 2013, p. 45-47).

Em 1842 foi aprovada a primeira norma escrita relacionada com as *class actions* nos EUA, a *Equity Rule 48*, a qual representou um conjunto de regras procedimentais para ações coletivas. Essas regras, ainda que com algumas pequenas modificações, perduraram por bastante tempo até serem substituídas por um dos maiores marcos no processo civil norte-americano no ano de 1938, momento em que foram aprovadas as *Federal Rules Of Civil Procedure – FRCP* (ROQUE, 2013, p. 47-54).

A Regra 23, responsável pela regulamentação das *class actions*, em

sua redação original, trazia requisitos gerais de admissibilidade, a partir da numerosidade do grupo e da representatividade adequada, a noção de relações jurídicas existentes entre os integrantes da coletividade, categorias de ações a partir da natureza jurídica dos interesses tutelados (puras, híbridas e espúrias) (ROQUE, 2013, p. 54-57).

André Vasconcelos Roque (2013, p. 56-57) explica as categorias da seguinte forma:

A primeira categoria de ação coletiva era a “ação de classe pura” (*true class action*), que pressupunha a existência de uma unidade absoluta de interesses entre os membros de todo o grupo de tal forma que, se não existisse alternativa da ação coletiva, seria preciso formar um litisconsórcio necessário composto por todos os indivíduos interessados. [...] A segunda categoria consistia na “ação de classe híbrida” (*hybrid class actions*), que se admitia quando os direitos ou interesses envolvidos eram diversos, recaindo, porém, sobre um mesmo bem jurídico objeto do processo. O aspecto fundamental das ações híbridas era que existisse um bem litigioso comum, submetido à custódia do tribunal para ser distribuído entre os seus titulares ao final. [...] Finalmente, a terceira e última categoria prevista consistia na “ação de classe espúria” (*spurious class action*), permitida quando os direitos envolvidos era diversos, decorrendo, no entanto, de uma questão comum de fato ou de direito, a enseja a utilização de um remédio processual de mesma natureza para todos.

A semelhança com o que posteriormente veio a ser positivado no Brasil é notória.

Sem embargo, a Regra 23 passou por algumas reformas nos anos de 1966, 1998, 2003, 2007 e em 2009, cuja vigência permanece até os dias atuais⁴⁹.

José Rogério Cruz e Tucci (1990, p. 33-34)⁵⁰, sobre as *class actions*, destaca a presença de cinco regras mais importantes, são elas:

a) o objeto da ação; b) a legitimação; c) os poderes do juiz; d) o devido processo legal; e, por fim, e) os limites subjetivos da coisa julgada; a saber: a) necessário se faz que haja pluralidade de pessoas determinadas, cuja atuação conjunta se delinear impraticável, e que o objeto da relação jurídica tornada litigiosa seja comum a todos os integrantes do grupo, determinando

⁴⁹ Cf. *Federal Rule of Civil Procedure*. Disponível em:

<<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

⁵⁰ Não obstante a obra não contemple as reformas legislativas posteriores ao ano de 1990, por razões óbvias, já que foi lançada exatamente nesse ano e não conta com edições posteriores, vale destacar que, a bem da verdade, não sobreveio nenhuma grande alteração substancial no procedimento da *class action*, merecendo destaque apenas a questão dos honorários advocatícios e o momento de arbitramento previsto na Regra 23. A este respeito, cf. ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 421-451.

uma *true class action*; b) outorga a qualquer componente da classe (*class suitor*), sem qualquer autorização, desde que titular de uma posição jurídica idêntica à dos demais, de legitimação ordinária para agir em benefício de todos; c) atribuição de amplos poderes ao órgão jurisdicional na condução do processo da *class action* [...] podendo admitir ou negar seu processamento, delimitar o seu objeto, determinar a notificação dos litigantes estranhos ao processo e autorizar a intervenção e prática de atos dispositivos; d) assecuração do *due processo of law* a partir da *adequacy of representation*; e) extensão *ultra partes* (em sentido formal) dos efeitos da sentença, a menos que não tenha havido *fair notice* do processo, ou o exercício do direito, assegurado a todos os interessados, de ser considerado como não integrante do grupo (*right to opt out*).

Discorrer minuciosamente sobre os aspectos procedimentais da *class action* certamente fugiria à lógica aqui proposta, que se dispõe a estudar especificamente a execução coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Para alcançar este tema, então, é essencial discorrer sobre a execução nas *class actions*.

Pois bem. Após a procedência da ação coletiva, inicia-se a fase de execução, momento em que se busca a concretização do que ficou decidido na fase cognitiva. Isto é, tratando-se de uma demanda de natureza indenizatória, por exemplo, é nessa fase que o credor irá buscar meios de satisfazer seu crédito.

O reconhecimento da ilicitude do ato praticado pelo Réu, ou mesmo a percepção de que a sua conduta foi violadora da ordem jurídica, grosso modo, é algo simples. O maior problema nessas demandas, basicamente, limita-se a três pontos: (i) ao cálculo do valor exato a que os lesados fazem jus; (ii) aos critérios de divisibilidade do montante calculado; e, ainda – talvez o ponto mais significativo para este estudo –, (iii) a solução para a situação em que o valor devido é reduzido e o montante não incentiva os lesados a buscarem sua satisfação. Esse último ponto pode indicar ao agente que praticou o ilícito que a lesão à ordem jurídica compensa, já que impunidade poderá prevalecer. Por óbvio que isso é inadmissível e uma solução efetiva precisa ser desenvolvida nessas situações.

Com efeito, no Brasil, conforme será melhor estudando adiante, o CDC estabelece que nas demandas coletivas que versam sobre interesses individuais homogêneos deverá ser proferida uma sentença genérica que declarará a responsabilidade civil do réu⁵¹, situação que abre oportunidade à liquidação individualizada de cada um dos integrantes da coletividade, ou seja, é nesse

⁵¹ *In verbis*: Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

momento que se fala na divisibilidade, o que, como já visto, não desnatura a qualidade de unidade indivisa dos interesses.

O direito norte-americano, todavia, confere maior liberdade ao magistrado e às partes, para que juntos apresentem soluções criativas que contornem todos os possíveis inconvenientes surgidos na fase executiva a partir do caso concreto. Porém, nas últimas décadas, o que se tem percebido é que a experiência prática da jurisprudência norte-americana acabou desenvolvendo algumas modalidades principais para o cálculo e a distribuição das indenizações nessas demandas (ROQUE, 2013, p. 454).

A primeira modalidade corresponde à forma de execução definida no CDC brasileiro, de modo que a partir de uma sentença genérica, os indivíduos isoladamente liquidam e executam seus créditos. As desvantagens dessa modalidade acabam se concentrando na enorme atividade processual, já que além da complexidade da demanda coletiva, subsistem as inúmeras liquidações e execuções individuais. Por outro lado, entre as vantagens, encontra-se a exatidão do resultado como se um processo individual fosse. De todo modo, é uma modalidade executiva destinada principalmente às demandas de grupos de pequenas proporções que litigam sobre pretensões de alto valor econômico (ROQUE, 2013 p. 455).

A segunda modalidade é uma variação da primeira, com a diferença de que na segunda fase o procedimento individual será simplificado, sem direito ao júri popular. Explica André Vasconcelos Roque (2013, p. 456) que nessa modalidade:

O juiz pode determinar, assim, que os julgamentos da segunda fase se restrinjam à prova documental, já estabelecendo previamente quais documentos serão aceitos. [...] Essa modalidade pode ser apropriadamente utilizada, por exemplo, em *class actions* envolvendo violações a leis antitruste em prejuízo a consumidores de determinado produto. Se o valor indevidamente pago for sempre o mesmo para cada unidade do produto adquirida e a classe tiver proporções modestas, o juiz pode estabelecer que a segunda fase do procedimento consistirá em julgamentos individuais que será considerada como prova dos danos a nota fiscal. Alternativamente, a prova pode consistir em uma declaração ou em um formulário (*proof of claim form*) firmado pelo integrante do grupo, sob as penas da lei, incumbindo a réu fazer prova de sua falsidade, caso queira impugnar. Nada impede, ainda, que o acordo preveja um mecanismo semelhante para a distribuição do fundo de indenização, muito embora tal provisão não seja comum por impor nova atividade processual ao juízo na segunda fase do procedimento, o que pode desfavorecer a sua aprovação.

Essa modalidade foi utilizada no caso *West Virginia v. Chas. Pfizer & Co.*, 440 F2d 1079 (2nd Cir. 1971) em que foi determinada uma data específica para que os consumidores apresentassem seus pedidos, sob pena de se autorizar que o Estado recolhesse o valor remanescente (ROQUE, 2013, p. 456).

A semelhança dessa modalidade com a sistemática brasileira é ímpar, já que o disposto no artigo 100 do CDC estabelece o prazo de um ano para que os interessados na ação coletiva se habilitem para liquidar suas pretensões individuais⁵² e, caso o número de habilitações não seja “compatível com a gravidade do dano”, estará autorizada a liquidação e execução coletiva, cujo produto será revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD.

Uma terceira alternativa criada pela prática jurisdicional norte-americana consiste em evitar julgamentos individuais na segunda fase, estabelecendo procedimentos de calcular o dano de forma global, simplificando, conseqüentemente, a distribuição da indenização ao grupo. Cita-se, como exemplo, eventual fraude no mercado de ações, cuja valoração do dano poderá se dar por simples operação matemática. Ainda, existe a possibilidade do juiz se valer de estimativas a partir de estatísticas para se obter uma média geral dos danos, hipótese que se permite alcançar o valor total da indenização (ROQUE, 2013, p. 457-458). Mesmo que o valor das pretensões possa ser calculado por estimativa, a distribuição será de forma individual. Mais do que isso, é preciso que o mecanismo utilizado incentive os membros do grupo a comparecerem para reclamar suas indenizações.

Em algumas situações o incentivo é mais fácil, como no caso de uma empresa de fornecimento de abastecimento de água, que possui registros rigorosos de todos os seus consumidores. A sentença poderá determinar, por exemplo, que a empresa ressarça ou, eventualmente, abata nas próximas contas o valor das indenizações individuais.

Todavia, nem sempre as situações fáticas serão resolvidas de forma tão simples. O réu, por exemplo, pode não ter esses registros de clientes tão rigorosos, ou sequer tê-los de fato. Nesses casos, a prática norte-americana estabelece procedimentos quase administrativos, em que membros do grupo

⁵² *In verbis*: 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.

passam a gerir um fundo coletivo de indenização, cujo comitê de administração deverá ser formado por advogados ou especialistas indicados pelas partes formais do processo coletivo ou pelo próprio juiz (ROQUE, 2013, p. 460). Essa hipótese facilita bastante a distribuição das execuções individuais, já que não será necessária a provocação jurisdicional, com as elevadas despesas judiciais, para se conseguir a indenização, pois o fundo será responsável por isso.

Destaca-se que em algumas situações os valores poderão ser tão irrisórios, representados na monta de poucos dólares, que ainda assim, vários lesados poderão não se sentir motivados a buscarem essa indenização. Nessas situações, explica André Vasconcelos Roque (2013, p. 461-463):

Nesta hipótese, o aspecto compensatório da *class action* fica em segundo plano, ganhando maior importância o seu caráter pedagógico de desincentivar a continuidade da prática ilícita (*deterrence*). [...] Sempre que a distribuição individualizada for impraticável, revela-se apropriada a distribuição fluída da indenização (*fluid recovery*), conhecida ainda como *cy press doctrine*. A distribuição fluída normalmente se implementa por duas modalidades: a) determinação no sentido de que o réu reduza os preços de seus produtos ou serviços por um certo período, para compensar as cobranças realizadas indevidamente; b) destinação da indenização apurada a instituições públicas ou beneficentes para que sejam implementados projetos que tragam benefícios indiretos ao grupo (por exemplo, a criação de um fundo de recursos para promover a limpeza de um rio poluído pelo réu ou para promover o reflorestamento na localidade) ou, na impossibilidade de se desenvolver um projeto relacionado à própria ação, para que tragam benefícios gerais à comunidade.

Tanto em um caso como no outro, fica evidente que a finalidade é a reparação diante da violação da ordem jurídica, o que garante não só a segurança pregada pelo ordenamento, como também, pedagogicamente, desincentiva a prática da continuidade delitiva, trazendo benefícios “tão próximos como possíveis” (*cy press comme possible*). Ademais, a situação concreta é que guiará a implementação mais adequada da *cy press doctrine*.

Considerando a dinamicidade e a liberdade conferida às partes no direito norte-americano é certo que essas modalidades são meramente exemplificativas e nada impede com que outras possibilidades de satisfação, mais adequadas à solução dos casos concretos, sejam apresentadas.

Não obstante, a influência dessa experiência estrangeira para a positivação do sistema de execução coletivo brasileiro é nítida. Aliás, os próprios autores do anteprojeto do CDC a reconhecem. Admitem que a *fluid recovery*

brasileira possui algumas peculiaridades, mas, definitivamente, não ignoram o contexto histórico e geográfico que foi idealizada (GRINOVER et al., 2017, p. 975):

As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da *class*, surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade. A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente. A colocação desse tipo de ações coletivas no Código do Consumidor é diversa da que ocorre com as *class actions* norte-americanas, em que o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados: no sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a condená-lo a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação. A condenação faz-se, portanto, pelos danos causados, mas em termos ilíquidos, e o pagamento a cada credor corresponderá exatamente aos danos sofridos (v. comentário nº 1 aos arts. 95 e 97). Todavia, o legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou então de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano. A hipótese é comum no campo das relações de consumo, quando se trate de danos insignificantes em sua individualidade mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por exemplo, o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o caput do art. 100 previu a *fluid recovery*.

Diante de todas as colocações que evidenciam as origens da execução que envolve interesses individuais homogêneos, especialmente em sua técnica coletiva, fica mais fácil compreender a sistemática adotada no Brasil para saber se ela consegue, de fato, garantir a efetividade da prestação jurisdicional e o acesso efetivo à justiça, impedindo com que lesões à ordem normativa fiquem impunes.

3.2 NOÇÕES GERAIS DA *FLUID RECOVERY* NO BRASIL

A origem da *fluid recovery*, como visto, remonta às *class actions* norte-americanas. Todavia, a sistemática brasileira de execução dos interesses

individuais homogêneos, se comparada com suas origens, é tímida, tanto na modalidade individual como coletiva. Isto é, provavelmente por conta da tradição jurídica brasileira, o processo acaba não se mostrando tão dinâmico e isso, por vezes, pode dificultar a efetiva prestação da tutela.

De todo modo, para compreender os exatos limites dessa modalidade executiva coletiva, importante apresentar a racionalidade adotada pelo legislador brasileiro a respeito da execução dos interesses individuais homogêneos.

A sistemática para satisfação da tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos está prevista nos artigos 95 a 100 do CDC.

O artigo 95, que inaugura o tema, estabelece que nos casos de procedência, a sentença será genérica e fixará a responsabilidade do réu pelos danos causados à coletividade. Afinal, até esse momento os interesses continuam gozando do *status* de coletivos, leia-se: unidade indivisa, mas não indivisível.

Bem observa Gustavo Milaré Almeida (2014, p. 72) sobre a expressão “sentença” contida no preceito normativo indicado, pois:

Embora apenas faça alusão à sentença, reitere-se que essa sistemática também se aplica para satisfação de compromissos de ajustamento de conduta firmados e que não venham a ser cumpridos, tendo em vista se tratar de títulos executivos extrajudiciais, nos termos do §6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.

Como regra a condenação será genérica. Entretanto, acaso o juiz reúna meios para especificar já na sentença o *quantum debeatur* de cada lesado, ou ainda, consiga estabelecer critérios específicos que facilitem a individualização e distribuição da condenação genérica, deverá fazê-lo de plano.

Seria irracional exigir do juiz a limitação de proferir apenas a sentença genérica nas situações em que ele já reúne fundamentos capazes de levar mais racionalidade à tutela coletiva. Entender pela limitação, certamente é afrontar o que dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88. Logo, entende-se que o juiz deve, se tiver condições, proferir a decisão mais completa possível.

Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 425), no mesmo sentido, aponta que:

É possível que no momento de proferir a sentença (seja no caso dos interesses difusos, coletivos, ou mesmo individuais homogêneos), o magistrado já disponha de elementos de prova que lhe permitam, desde

logo, fixar a responsabilidade e o seu montante numérico, considerando a prova pericial produzida no curso da ação e o próprio pedido formulado pelo autor.

Esse posicionamento também já foi ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp n.º 880.385/SP⁵³, em que a relatora do caso, Ministra Nancy Andriahi, afirmou que “diante das circunstâncias específicas do caso, a execução coletiva pode dispensar a prévia liquidação por artigos ou por arbitramento, podendo ser feita por simples cálculos, na forma da antiga redação do art. 604, CPC”.

Superada a questão da sentença genérica e retornando ao desenrolar da sistemática adotada pelo CDC, o artigo 97 dispõe que as vítimas e os seus sucessores, bem como os legitimados elencados no artigo 82, poderão promover a execução da sentença condenatória genérica.

A execução coletiva das indenizações que já tiverem sido liquidadas individualmente, poderá ser promovida pelos legitimados⁵⁴, nos termos do artigo 82, sem prejuízo de outras execuções. Ainda, essa modalidade exige a instrução com as certidões das sentenças de liquidação, que deverão constar eventual trânsito em julgado, inclusive. É o que dispõe o artigo 98 e seu §1º do CDC.

O CDC não estipulou de forma específica a competência territorial para as liquidações, individual e coletiva, limitando-se a estabelecer que é competente o juízo da liquidação da sentença condenatória genérica ou da ação condenatória para execução individual e somente o da ação condenatória para a execução coletiva, conforme disposição expressa do §2º do artigo 98.

O artigo 99 do CDC, por sua vez, estabelece que em caso de concurso de créditos decorrentes da condenação prevista na LACP e de indenizações pelos prejuízos individuais, resultantes do mesmo evento danoso, estes últimos terão prioridade sobre os de natureza difusa ou coletiva.

⁵³ STJ. REsp n.º 880.385/SP. Terceira Turma. Rel. Ministra Nancy Andriahi. J. 02/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601249802&dt_publicacao=16/09/2008>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁵⁴ Muito se discute sobre a legitimidade do Ministério Público executar coletivamente os danos individualmente sofridos. A esse respeito: “A dificuldade com relação ao MP, nessa fase, se dá pelo fato de que na execução, sobressai o caráter individual, patrimonial e disponível do direito já individualizado por força da liquidação. Há quem sustente a legitimidade do MP, após a liquidação e só para a execução, considerando que o interesse social ressurgiria com o “tratamento coletivo” das execuções. [...] Os únicos casos em que, excepcionalmente, seria possível sustentar ter o MP legitimidade também para a execução coletiva em benefício dos indivíduos, seriam aqueles em que a homogeneidade ou uniformidade também persistisse na execução” (LEONEL, 2013, p. 422-423).

Nas hipóteses do patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas, a sua destinação para o FDD ficará sustada enquanto houver pendência de decisão de segundo grau sobre as ações de indenização de caráter individual (artigo 99, § único, do CDC).

Por fim, o CDC previu o prazo de um ano para habilitação dos interessados, findo o qual, se o número dos habilitados não for compatível com a gravidade do dano, surgirá o interesse e a legitimidade dos entes elencados no artigo 82 em promover a liquidação e a execução coletiva (artigo 100), cujo produto deverá ser revertido para o FDD (artigo 100, § único).

Considerando que o objeto do presente trabalho envolve especificamente a questão da *fluid recovery* (artigo 100 do CDC) o recorte teórico exige uma atenção especial a esse ponto, razão pela qual, especificidades relacionadas à execução individual dos interesses individuais homogêneos não serão abordadas.

Pois bem. Para exemplificar uma situação fática corriqueira e que certamente daria ensejo à reparação fluída Luiz Fernando Bellinetti (2016, p. 91) expõe uma situação hipotética em que determinado fornecedor de produtos de alto consumo, que comercializa embalagens com peso de um 1kg ao custo de R\$ 10,00, teria tido problemas com um lote. Isto é, imagine que um lote de 500.000 unidades do seu produto (arroz, feijão, etc.) tenha sido embalado com apenas 0,9kg e não 1kg. Depois de comercializado este lote, contatou-se o vício com relação as 100 gramas faltantes. Nesta situação, por óbvio que os consumidores adquirentes teriam direito à devolução de R\$ 1,00 por unidade comprada, o que geraria um direito à indenização irrisória, mas com valor global considerável (R\$ 500.000,00)⁵⁵.

Portanto, ainda que a eventual sentença coletiva desse procedência ao pedido, dificilmente os consumidores ingressariam com as liquidações individuais, considerando o desprezível valor a que fariam jus, isto sem mencionar a dificuldade de se provar a aquisição do produto, pois as notas fiscais, documento hábil por excelência, certamente já teriam se perdido. Afinal, são poucas as pessoas extremamente zelosas com as economias domésticas que guardam esses comprovantes.

⁵⁵ Cf. texto publicado nos anais do XXVII Congresso Nacional do Conpedi Porto Alegre - RS, 2018, em coautoria com Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, intitulado "Da Sociedade de Consumo à Reparação Fluída: A Transindividualidade dos Interesses Individuais Homogêneos", que representa uma versão preliminar do estudo aqui condensado.

Essa é a hipótese perfeita para a sistemática estabelecida no artigo 100 do CDC, que dispõe sobre a *fluid recovery*. Isto é, diante do ilícito praticado à ordem jurídica e também à coletividade, não fosse a utilização da técnica de reparação fluida, surgiria uma situação de verdadeiro estímulo ao ilícito, quando não, inefetividade da tutela jurisdicional, o que não poderia ser admitido.

Com relação à origem desta técnica, como mencionado no tópico anterior, advém da experiência norte-americana. Todavia, com inúmeras peculiaridades, já que naquele sistema se abrange um modelo de execução muito mais amplo e dinâmico que o brasileiro, fazendo com que o emprego indiscriminado da *fluid recovery* possa trazer imprecisões conceituais e enganos não desejados. Por conta disso, aliás, os estadunidenses, via de regra, adotam o termo *cy pres (cy press comme possible)*, ao passo que o Brasil optou por adotar a expressão reparação fluida ou, *fluid recovery* (REZENDE; SILVA ALVES, 2016, s. p.).

Para análise da questão no Brasil, vale lembrar que o CDC adotou duas formas distintas de execução coletiva nessa modalidade de interesses transindividuais, a primeira está prevista no artigo 98 e se refere ao agrupamento de execuções individuais, e a segunda, disposta no artigo 100, que considera o dano causado de forma global e é utilizada de forma subsidiária e apenas na hipótese de falta de habilitação em número compatível com a gravidade desse dano após o decurso do prazo de um ano.

Nesse sentido (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 442)

A execução de uma sentença genérica (obrigação de pagar quantia certa, “responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”, art. 91, *caput*, CDC, direitos individuais homogêneos) pode ser *individual*, proposta pelo próprio indivíduo ou pelos legitimados extraordinários coletivos (denominado como *coletiva* pela lei, mas que, em verdade, é uma execução individual plúrima), ou *coletiva*, no caso de execução da *fluid recovery*.

No tocante aos requisitos necessários para utilização da *fluid recovery*, o CDC estabelece dois⁵⁶, quais sejam: (i) o transcurso do prazo de um ano para o início da liquidação e (ii) que exista incompatibilidade entre a gravidade do dano e o número de habilitações individuais realizadas.

⁵⁶ *In verbis*: 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.

Elton Venturi (2000, p. 154) afirma:

Percebe-se aqui, nitidamente, que buscou o legislador inserir dentro do instrumento coletivo disponibilizado às vítimas de eventos danosos produzidos a seus direitos individuais homogeneizados, uma maneira de, mesmo diante de sua omissão em buscar as reparações individuais a que fariam jus, não deixar impune o responsável pela prática lesiva.

E quando menciona sobre a finalidade social do instituto como meio de assegurar o interesse público envolvido, arremata (VENTURI, 2000, p. 155):

Tal orientação deve-se à não aceitação de que a reparação fluída do CDC diga respeito tão-somente à soma das indenizações individuais não pleiteadas. Ainda que o número de interessados que tenham se habilitado seja 'compatível com a gravidade do dano', mesmo assim não se afasta a mensuração da reparação indivisível destinada ao fundo.

Não obstante as lições lançadas pelo supracitado doutrinador, ousa-se, respeitosamente, discordar do posicionamento adotado, afinal, o CDC é cristalino ao estabelecer que a legitimação para execução coletiva prevista no artigo 100 somente surgirá com a inabilitação dos interessados no prazo de um ano em número compatível com a gravidade do dano.

A possibilidade da *fluid recovery*, então, é subsidiária e só deverá ser utilizada na hipótese prevista na lei, ainda que o dispositivo normativo conceda uma liberdade relativamente ampla ao julgador, que analisará a compatibilidade entre o número de habilitados e a gravidade do dano, não se deve admitir a execução propriamente coletiva sem qualquer pudor. São inúmeros os precedentes do STJ no mesmo sentido⁵⁷.

A *fluid recovery* não pode ser vista apenas e tão somente em sua finalidade social, mas sim a partir das vantagens que ela traz. Não se trata de punição sem quaisquer critérios do causador do ilícito, mas sim em (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 1459):

[...] não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilícitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir. Por outro lado, determina a possibilidade da reparação; não sendo diretamente reclamada pelos lesados, a indenização pode ser utilizada em iniciativas e projetos vinculados aos direitos que a

⁵⁷ Entre outros, destacam-se o: REsp 869.583/DF, DJe 5/9/2012; REsp 1.156.021/RS, DJe 5/5/2014; e REsp 1.610.932/RJ, DJe 22/06/2017.

ação coletiva buscou proteger.

Finalizando o argumento aqui apresentado, a respeito do caráter subsidiário e residual⁵⁸ da *fluid recovery*, destacam os autores do anteprojeto do CDC (GRINOVER, et al, 2017, p. 975) que:

Observe-se, porém, que a indenização destinada ao Fundo criado pela LACP, nos termos do parágrafo único do art. 100, é residual no sistema brasileiro, só podendo destinar-se ao referido Fundo se não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano. Por isso mesmo, não é correto o pedido direto de recolhimento de indenização ao Fundo, sendo censurável o acolhimento desse mesmo pedido: o pedido indenizatório, em casos que tais, inscreve-se na tutela de interesses individuais homogêneos, de modo que o recolhimento ao Fundo prejudica o direito às indenizações pessoais dos consumidores que quiserem habilitar-se à reparação individual. Adequado, ao contrário, o pedido de indenização pessoal, por lesão aos interesses individuais homogêneos, com indicação de sua reversão ao Fundo, somente na hipótese de não haver habilitações dos interessados ou, em as havendo, a da reversão pelo eventual resíduo não reclamado.

Bem sintetiza Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 463-474) sobre a sistemática da *fluid recovery* e a sua eventualidade e subsidiariedade:

Portanto, três aspectos, concretos, cronologicamente e logicamente separados, devem estar presentes para que se possa deduzir a demanda referida no parágrafo único do art. 100, do CDC. O primeiro, cuida da necessidade de que a situação originária seja a de tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, ensejador de uma sentença condenatória genérica (art. 95) transitada em julgado, que obrigue o demandado a pagar quantia, que ainda será apurada em liquidação de sentença nos termos do artigo 97 e ss. do CDC (apuração do quantum e identificação do titular – vítima ou sucessor). Posteriormente, a segunda condição é que tenha escorrido o prazo de um ano contado a partir do trânsito em julgado da sentença do art. 95 do CDC. A terceira condição é que – depois de superadas as condições anteriores – exista uma situação tal, que indique uma vantagem patrimonial (financeira ou não) em favor do demandado. Vantagem essa resultante da comparação entre o número de liquidações individuais pagas e a gravidade do dano causado. Somente se existisse esta vantagem patrimonial é que se justificará a utilização da demanda prevista no parágrafo único do art. 100 do CDC. É daí que nascem os aspectos da eventualidade e subsidiariedade residual da *fluid recovery* brasileira [...].

Traçada a sistemática da *fluid recovery* no Brasil importa

⁵⁸ Marcelo Abelha Rodrigues sugere que a *fluid recovery* não teria efetivamente um caráter residual, mas sim indenizatório de cunho punitivo, em que o critério de aferição seria o lucro ou vantagem econômica obtida pelo causador do dano. “A comparação do que foi efetivamente pago (portanto, bem depois de um ano das liquidações) com o “lucro” obtido pelo responsável forneceria um mínimo de segurança para se aplicar uma punição menos imaginativa e mais próxima da realidade” (RODRIGUES, 2005, p. 468).

compreender agora quais são os pontos mais polêmicos, cuja prática jurisdicional e debates doutrinários ainda não foram capazes de alcançar um consenso.

Mais do que isso, resta saber como enfrentar os problemas práticos diante da extrema timidez despendida pelo legislador ao regulamentar o instituto no CDC que, como visto, contou com apenas dois dispositivos, o art. 100 e seu parágrafo único.

3.3 ASPECTOS POLÊMICOS DA *FLUID RECOVERY* E A ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

Estabelecidas as premissas filosóficas, as origens, a sistemática, entre outros pontos essenciais à compreensão do que vem a ser a *fluid recovery*, passa-se, agora, à análise de alguns aspectos polêmicos que a circundam.

Por óbvio que são incontáveis as abordagens possíveis, e assim, as celeumas decorrentes do instituto não serão esgotadas aqui. Essa não é sequer a pretensão do trabalho. Busca-se trazer novos ares, a partir da pesquisa científica, a esse tema tão intrigante.

Para alcançar esse propósito, a discussão jurisprudencial sobre a reparação fluída será fundamental, especialmente com relação aos debates ocorridos no âmbito do STJ, que é o tribunal responsável pela uniformização e interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e garantindo a defesa do Estado Democrático de Direito.

Temas como a eventual relação de prejudicialidade existente entre as execuções individuais e a *fluid recovery*, a natureza jurídica do prazo de um ano para início da reparação fluída, a dimensão do que se entende por incompatibilidade de habilitados e a gravidade do dano, ou mesmo a destinação do produto arrecadado com essa técnica de execução coletiva, ainda levantam grandes debates doutrinários e jurisprudenciais.

A necessária segurança jurídica para o desenvolvimento das sociedades contemporâneas aliada a sempre desejável redução dos conflitos, faz emergir a necessidade de se estabelecer pontos de convergência nas discussões acima mencionadas com a finalidade de pacificar posicionamentos e solidificar o conhecimento teórico.

Apresenta-se, deste modo, as respostas que se julgam adequadas

para enfrentar algumas das celeumas que envolvem a aplicação da *fluid recovery* no Brasil.

3.3.1 A RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE A EXECUÇÃO INDIVIDUAL E A COLETIVA

Merece destaque a reflexão acerca da existência ou não da relação de prejudicialidade entre a execução individual e a coletiva (*fluid recovery*), especialmente pelos inúmeros desdobramentos que podem variar a depender do posicionamento teórico adotado.

Sobre esse ponto, a principal indagação que se faz é: Há relação de prejudicialidade entre o privilégio dado às vítimas e seus sucessores no recebimento de suas indenizações quando em confronto com a reparação fluida?

A legislação foi omissa nesse aspecto. Aliás, o legislador ao regular a *fluid recovery*, como narrado, foi extremamente tímido, pois se limitou a concentrar seus requisitos e desdobramentos em um singelo artigo. Deste modo, não há solução legal para a questão posta, qual seja, a necessidade ou não de satisfação prévia de uma execução para promoção da outra.

Como apresentado no tópico anterior, a execução coletiva prevista no artigo 98 do CDC, somente será promovida se abranger as indenizações já liquidadas individualmente ou, em se tratando da reparação fluida, nos termos do artigo 100 do CDC, se não houver habilitação dos interessados no prazo de um ano, observado o número dos já habilitados e a gravidade do dano.

Sobre esse aspecto, Gustavo Milaré Almeida (2014, p. 132) esclarece:

Diferentemente do que possam aparentar em uma primeira leitura, tais disposições legais não determinam que a promoção da execução individual é prejudicial à promoção da execução coletiva. Na verdade, apenas deixam clara a *preferência* do sistema nacional pela *iniciativa individual*. De fato, como já se teve a oportunidade de se afirmar, em teoria, as vítimas e seus sucessores têm melhores condições de comprovar seu dano pessoal, seu montante e o respectivo nexo de causalidade com o dano globalmente reconhecido. Por isso, o modelo definido pelo legislador pátrio incentiva essa demonstração individual antes de facultar a execução da correspondente obrigação em conjunto com outras também já liquidadas ou, no caso de inércia dos interessados, subsidiariamente, a sua apuração e satisfação em benefício de toda a coletividade.

Com razão o citado doutrinador, pois essa relação de preferência das execuções individuais determinada pelo legislador, reconhece a dificuldade que os legitimados do artigo 82 do CDC teriam para aferir os danos pessoais individualmente sofridos, como se exige nessa modalidade de tutela coletiva. Aliás, a depender da situação concreta, essa dificuldade será enorme para os próprios indivíduos lesados. Logo, para os legitimados do artigo 82 ela certamente será ainda mais difícil.

Ademais, é importante ressaltar que a *fluid recovery* vai ser sempre residual⁵⁹, já que uma de suas premissas é a inexistência de habilitados em número compatível com a gravidade do dano.

Então, é possível afirmar que não existe relação de prejudicialidade entre a execução individual e a coletiva, sendo possível a concomitância⁶⁰ das execuções para satisfação da sentença genérica que reconheceu a ilicitude da conduta praticada pelo réu, desde que respeitados os requisitos para processamento de ambas, evidentemente.

Como reforço ao argumento da inexistência de prejudicialidade, destaca-se que o artigo 98 em sua parte final expressamente dispõe que a execução poderá ser coletiva “[...] *sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções*”. Assim, na medida que novas sentenças liquidatórias forem surgindo, as pessoas poderão promover as suas respectivas execuções.

Entende-se, deste modo, que essa ausência de prejuízo não se refere apenas às execuções coletivas, mas também às individuais, já que do contrário, o processamento da *fluid recovery* representaria verdadeiro impedimento à pretensão da indenização individual, ou ainda, o prazo de um ano para processamento da reparação fluida poderia ser interpretado como decadencial e isso, certamente não faria sentido^{61 62}.

⁵⁹ Sobre o aspecto residual ou indenizatório de caráter punitivo, cf. nota 58 e tópico 3.3.4.

⁶⁰ As questões envolvendo os problemas fáticos decorrentes da concomitância de execuções serão abordadas ainda neste capítulo.

⁶¹ Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 465) com precisão esclarece que: “*Certamente não se trata de prazo decadencial nem para a propositura da demanda liquidatória fixadora do quantum individualmente sofrido, e menos ainda para perder o “direito” reconhecido pela mesma sentença condenatória genérica*”. E arremata (RODRIGUES, 2005, p. 465): “*Nem poderia sê-lo por razões teóricas práticas, pois não faria o menor sentido que o CDC estimulasse a demanda coletiva individual homogênea, tal como se vê nos arts. 94, 94, 103, III, 104, mas por outro lado criasse prazo prescricional para aproveitamento de seu resultado pelo indivíduo (art. 95) que fosse muito menos do que o previsto para o exercício de ação individual, que é de 5 anos no CDC (art. 27). Por outro lado,*

Da mesma forma, Gustavo Milaré Almenida (2014, p. 132) afirma:

[...] entende-se que a parte final daquele dispositivo (“sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”) não se restringe a outras execuções coletivas, compreendendo também outras execuções individuais. Até porque, caso contrário, a promoção de eventual execução coletiva representaria o termo final, o que, a toda evidência, não foi (e nem poderia ser) a intenção do legislador nacional, já que conflitante com a característica da divisibilidade do direito material própria dos interesses individuais homogêneos.

Definitivamente, portanto, inexistente relação de prejudicialidade entre a *fluid recovery* e as execuções individuais.

A despeito da inexistência de prejudicialidade, outro ponto polêmico exsurge, qual seja, como ficaria a situação da concomitância de demandas liquidatórias individuais e a *fluid recovery*? Nessa hipótese, por analogia, aplicar-se-ia a regra do art. 99 do CDC⁶³, que estabelece nos casos de concurso de créditos a suspensão da coletiva em prol das individuais? (RODRIGUES, 2005, p. 456-466).

Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 466) esclarece que:

Este artigo foi feito para o caso de liquidação individual concomitante com ação de liquidação difusa, resultante da Lei 7.347/85. Trata-se de caso onde o mesmo fato deu origem a uma pretensão difusa e outra (s) individual (is). No caso sob exame o que se tem é liquidação de demanda individuais resultantes da sentença condenatória genérica (art. 95), com a demanda de reparação fluida, proposta para se obter resíduo, enfim, aquilo que não foi reclamado a título individual.

Entende-se, portanto, que não se aplica a suspensão da *fluid recovery*, permitindo-se o trâmite concomitante das demandas individuais e da reparação fluida, cujas consequências, como na hipótese de pagamento a maior, deverão ser analisadas no caso concreto.

Igualmente entende Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 422), pois afirma que “nada impede o ajuizamento de várias execuções coletivas, execuções coletivas e execuções individuais, ou mesmo apenas de execuções individuais”.

Não obstante os posicionamentos defendidos acima, entende-se que

não faria sentido ainda que a parte processual do CDC contrariasse o dispositivo específico do mesmo código que cuidou da prescrição e decadência do direito ali previsto”.

⁶² Sobre a natureza jurídica do prazo, conferir tópico 3.3.2.

⁶³ *In verbis*: “Art. 99. 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”.

o legislador teria melhor regulado essas situações se tivesse estabelecido como início da legitimação para *fluid recovery* o término do prazo para o exercício das liquidações individuais (RODRIGUES, p. 2005, p. 466). Ou ainda, outra proposta interessante seria permitir ao juiz que se valesse do controle jurisdicional da demanda (*defining functions*) para determinar o momento específico em que, arrefecidas as liquidações individuais, estaria autorizada a liquidação e execução coletiva. Todavia, essa hipótese soa muito dinâmica e livre para o sistema brasileiro e certamente exigiria maiores cuidados das partes, sob pena de se tolerar abusos e arbitrariedades.

Não se nega que as medidas mencionadas poderiam trazer mais racionalidade à reparação fluida. Todavia, não é o que estabelece a lei. De todo modo, o dispositivo normativo que regula a reparação fluida exige muita cautela em sua aplicação, pois se utilizado de modo açodado e sem maiores reflexões, poderá levar a uma situação de indenização que extrapola o montante devido em razão do ilícito praticado. Logo, a *fluid recovery* brasileira demanda uma atenção especial não só dos litigantes, mas principalmente do magistrado, que a pretexto de se garantir eficácia à tutela coletiva, poderá cometer deslizos que se desdobrarão em novos prejuízos aos envolvidos e maiores problemas para a tutela jurisdicional.

Sem embargo, é certo que eventual concomitância não se resolve com a simples constatação da ausência de prejudicialidade, visto que outros problemas exsurtem, como por exemplo, a questão do prazo e do montante devido a título de indenização. Isto é, considerando que o causador do ilícito deve indenizar os indivíduos lesados e, residualmente, o dano globalmente considerado – que será revertido ao FDD –, em caso de execução individual posterior ao processamento da *fluid recovery* o demandado poderia ser condenado a pagar duas vezes pelo mesmo fato, já que o valor da execução individual posterior estaria abarcado no montante executado por meio de reparação fluida? Tolerar-se-ia hipótese de *bis in idem*?

Para resolver essas questões é essencial que se analise a natureza jurídica do prazo de um ano previsto no artigo 100 do CDC, pois a depender do posicionamento adotado, a resposta se alterará.

É possível afirmar, contudo, que a racionalidade contida no ordenamento jurídico certamente impede que o causador do ilícito seja responsabilizado mais de uma vez pelo mesmo ato praticado. Porém, para ter certeza disto, a investigação sobre a natureza do prazo se faz necessária.

3.3.2 A NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO PARA *FLUID RECOVERY* E O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE SEU TERMO INICIAL

Com relação ao prazo, primeiro requisito disposto no artigo 100 do CDC, a questão fica um pouco mais complicada, pois a divergência na doutrina a respeito da natureza jurídica deste ganha contornos mais significativos.

Para Teori Albino Zavascki (2017, p. 193), por exemplo, o prazo tem natureza decadencial, pois de forma categórica afirma:

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

Diferente do posicionamento mencionado, Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 399) alega tratar-se de prazo preclusivo:

Embora a doutrina e a própria legislação⁶⁴ tratem do tema como prazo decadencial, é discutível que se trate de decadência, o fenômeno que ocorre quando não há a “habilitação” dos lesados na execução realizada coletivamente. Não há eliminação de direito algum, mas apenas impedimento ao exercício de uma faculdade processual. Isso, em nossa percepção, é preclusão, e não decadência.

Tratando-se especificamente sobre o prazo previsto no CDC, ele complementa (LEONEL, 2013, p. 427-428):

Observe-se que o escoamento do prazo preclusivo de um ano para habilitação das vítimas ou seus sucessores, nos termos do art. 100 do CDC, não impedirá, entretanto, ações individuais de execução, limitadas apenas pela ocorrência de prescrição de acordo com regras do direito material, pois que aqui a pretensão executória tem caráter meramente singular. Em outras palavras, não nos pareceria correta a interpretação pela qual o prazo para habilitação do CDC tivesse como consequência o “encurtamento” do prazo prescricional previsto em normas de direito material. O lapso do Código de Defesa do Consumidor de um ano para habilitação de interessados à execução coletiva é genérico, vigorando para execução de qualquer

⁶⁴ Destaca-se que o Autor usa o raciocínio contido na Lei n.º 7.913/89, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, para também se referir ao art. 100 do CDC.

interesse individual homogêneo que não conte com norma específica, em virtude da interação das vias da tutela, que a doutrina convencionou chamar de “microsistema” de tutela jurisdicional coletiva.

Examinando o problema do prazo de forma mais sistemática e teleológica, Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 401) chega à seguinte conclusão:

(a) se a execução em benefício dos indivíduos lesados vem sendo realizada coletivamente (o que é possível, como veremos a seguir), e foram obtidos valores pelo exequente junto ao executado, aplica-se o prazo decadencial para “habilitação”. Imaginemos que uma empresa tenha sido condenada a devolver determinado valor para usuários de planos de saúde que sofreram cobrança abusiva. Atendendo à ordem judicial, ela deposita o valor estimado (em conformidade com o número de lesados) em conta judicial. As vítimas terão o prazo já referido (um ano, conforme art. 100 do CDC), para se “habilitar” (tal como ocorre, de certa forma, na execução universal da falência ou na insolvência civil). Ao final, desse prazo, é possível a destinação dos recursos ao Fundo de Interesses Difusos; (b) isso não impedirá que cada lesado, de posse de sentença coletiva (título executivo), mova execução individual enquanto não consumado o prazo prescricional relativo à sua pretensão.

A hipótese levantada pelo autor, com o devido respeito, não aparenta ser a mais adequada. Afinal, admitir essa situação é o mesmo que tolerar que o causador do ilícito seja duplamente punido (*bis in idem*). Isso sem mencionar o fato dele permanecer em uma constante insegurança, pois jamais conseguirá provisionar quais serão os gastos decorrentes da penalidade sofrida com a sentença condenatória genérica.

Atentando-se especificamente ao problema apresentado pelo doutrinador, imagine que nessa situação os danos globalmente considerados tenham atingido a monta de 10 milhões de reais, o qual foi depositado em conta judicial, como sugerido. Findo o prazo de um ano, tendo em vista que algumas execuções individuais foram concluídas – o que soa improvável, já que em apenas um ano isso dificilmente aconteceria –, sobrando um resíduo no valor de 3 milhões de reais, os quais, também segundo a hipótese sugerida, seriam remetidos ao FDD. Acaso novas execuções individuais fossem apresentadas, considerando que o prazo preclusivo genérico de um ano não se aplicaria ao caso narrado, seria a operadora de plano de saúde obrigada a pagar essas novas execuções?

Parece evidente que não, pois o montante devido decorrente do ilícito já teria sido integralmente quitado por ela, primeiramente nas liquidações e execuções individuais e posteriormente com o saldo remanescente convertido ao

FDD.

Mas a dificuldade não para aí. Para evitar hipótese de dupla condenação, o FDD poderia ser acionado para quitação dessas execuções individuais apresentadas posteriormente acaso o valor residual já tivesse sido vertido em benefício do fundo?

Entende-se que sim. Aliás, seria cabível uma ação regressiva contra a União – gestora do FDD⁶⁵ – para reparar os prejuízos causados diante de eventual pagamento de indenização a maior pelo causador do ilícito. A reflexão aqui lançada não está imune a críticas⁶⁶, mas ao menos por ora, aparenta ser a resposta mais adequada para se evitar a impunidade, garantir a eficácia da tutela jurisdicional e não punir duas vezes o agente pelo mesmo fato.

Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 655-656) adota posicionamento semelhante e ainda mais restrito quando propõe a reflexão sobre quem os lesados individuais que perderam o prazo para habilitação poderão demandar para receber o que é devido:

Deverão mover a ação contra o causador do dano, se objetivarem indenização por lesões individuais diferenciadas (até porque este tipo de lesão não é objeto das ações civis públicas ou coletivas). Mas, quanto à fração que lhes caiba na indenização por interesses individuais homogêneos, não poderão posteriormente formular pedido algum contra o causador do dano, que já foi executado e pagou tudo que devia na ação coletiva; assim, poderão ajuizar ação contra a pessoa jurídica a que pertença o ente gestor do fundo, o qual recebeu um dinheiro que se destinava ao indivíduo lesado. Com base no princípio que veda o enriquecimento sem causa, poderão fazê-lo enquanto não se consumir a decadência ou a prescrição, de acordo com as regras específicas atinentes ao direito lesado.

⁶⁵ Dispõe o artigo 1º da Lei n.º 9.008/95 que: “*Fica criado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD)*”. Considerando a sua vinculação ao Ministério da Justiça, seria parte legítima para figurar no polo passivo a União.

⁶⁶ A proposição certamente encontra barreiras. Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 439), por exemplo, ao discorrer sobre o FDD esclarece que: “*O Fundo, no sistema nacional, tem natureza administrativa, não jurisdicional. Seu gerenciamento e o emprego de seus recursos não guardam relação alguma com a demanda onde o numerário foi auferido. A partir do momento em que o valor é recolhido ao Fundo, deixa de sujeitar-se à ingerência judicial. Seu emprego será determinado pelo órgão encarregado de sua gestão. A má ou equivocada destinação pode ser impugnada administrativamente ou judicialmente, em demanda autônoma que não guarda relação alguma com a ação coletiva originária onde houve a condenação*”. Em que pese o posicionamento citado, é fato que a ingerência judicial na contemporaneidade se revela cada vez mais ativa. Deste modo, não se julga incompatível a ação regressiva para ressarcimento pelo FDD de valores equivocadamente lá destinados, sobretudo quando se fala de um montante devido a um particular que já arcou com todas as indenizações que lhes foram imputadas após o devido processo legal.

Porém, acaso essa execução individual venha a ser processada e o causador do ilícito efetue o pagamento, certamente poderá se valer da ação regressiva contra o FDD há pouco mencionada.

A solução apontada para o problema hipotético, todavia, não foi capaz de apresentar a resposta efetiva para natureza jurídica do prazo previsto no artigo 100 do CDC. Afinal, trata-se de prazo prescricional ou decadencial?

Entende-se que este prazo não se refere às liquidações individuais, mas apenas indica que antes dele não é possível a execução coletiva (AGUIAR, 2002, p. 64). Isto é, este prazo apenas aponta o momento em que surge a legitimação para a reparação fluida.

Gustavo Milaré Almeida (2014, p. 139) é categórico ao afirmar que o prazo de um ano presta-se para servir de termo inicial para início da execução coletiva e nada mais! Posicionamento que, realmente, aparenta ser mais adequado e compatível com a tutela coletiva.

Como visto anteriormente, não faria sentido tratá-lo como prazo decadencial ou mesmo prescricional, representando situação típica de, segundo a moderna teoria do processo, pressuposto processual⁶⁷ para tutela de interesses individuais homogêneos.

Ressalta-se que a despeito da grande polêmica existente sobre as chamadas condições da ação e os pressupostos processuais, é fato que o CPC vigente não traz mais a categoria condições da ação. Isso, como bem esclarece Fredie Didier Jr. (2019, p. 363) não significa o desaparecimento dos seus elementos, mas apenas do seu conceito:

A principal objeção a essa categoria tinha fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o

⁶⁷ Sobre a compreensão dos pressupostos processuais a partir das suas funções e dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 489) afirma que: “*diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um “pressuposto processual” só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge a racionalidade para extinção do processo. Em caso contrário, isto é, quando se verifica que o direito material pertence à parte protegida pelo pressuposto omitido, o juiz tem o dever de proferir sentença de mérito, seja de procedência ou improcedência. É que, em caso contrário, a jurisdição estará indisfarçadamente negando os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) e à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). [...] A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os “pressupostos processuais” apenas como requisitos de um “processo justo” ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional.*”

mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. [...] Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. *Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente.* O órgão julgador ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido.

Em que pese o CPC seja um estatuto voltado à tutela individual, o que poderia dar ensejo a críticas a respeito das inovações trazidas com ele – como o abandono do conceito de condições da ação – refletirem na tutela coletiva, é certo que o diploma processual em vigor também exerce influência na tutela coletiva. A esse respeito, aliás, Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 429), quando leciona sobre a nova fase do processo civil brasileiro, esclarece:

Mas esse é um estatuto da tutela jurisdicional *individual*, sem aspirações à absorção das conquistas do processo civil brasileiro no tocante à tutela *coletiva*. Esta continua regidas por leis extravagantes ao Código, especialmente a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, sendo identificada como um *microsistema* integrante do sistema maior, residente naquele (CPC, art. 1º).

Sem embargo, definida a natureza jurídica do prazo que, como visto, refere-se à hipótese de pressuposto processual, resta saber o marco inicial em que ele começa a fluir, vez que os desdobramentos decorrentes deste marco serão inúmeros.

O CDC em sua redação original, notadamente no artigo 96, estabeleceu que depois de transitada em julgado a sentença condenatória, deveria ser publicado edital, em atenção ao disposto no art. 93. Contudo, o artigo 93 não guardava nenhuma relação com o 96, razão pela qual foi vetado.

Sobre os esclarecimentos do veto e as consequências deste, os autores de anteprojeto (GRINOVER et al., 2017, p. 965) afirmam que:

A razão do veto foi a remissão errônea do dispositivo, no texto enviado à sanção, ao art. 93, quando a referência correta seria ao art. 94. Qual o prejuízo do veto para a ampla publicidade da sentença condenatória entre seus beneficiários? Que a divulgação é imprescindível, não se discute. Se a medida já é aconselhável no momento da propositura da ação, pelas razões expostas nos comentários ao art. 94, ela se torna absolutamente necessária quando se trata de dar conhecimento às vítimas e a seus sucessores do trânsito em julgado da sentença condenatória, com a finalidade de possibilitar a habilitação destes no processo, por intermédio da fase de liquidação. Mas o que o art. 96 colocava obrigatoriamente, de maneira didática, ainda se sustenta, pela interpretação sistemática dos demais

dispositivos do Código. O art. 100 fixa o prazo de um ano, após o que, se não houver habilitações em número compatível com a gravidade do dano, proceder-se-á à liquidação e execução da sentença condenatória, para o recolhimento ao fundo da *fluid recovery* [...]. Ora, é evidente que o juiz deverá proceder à intimação da sentença e esta, no caso em tela, só poderá dar-se por meio de editais, devendo o juiz socorrer-se, por analogia, do disposto no art. 94. Além do mais, cabe ao juiz dar efetiva aplicação ao princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX, da CF e art. 94 do CDC), utilizando as técnicas que mais se coadunam com as ações coletivas. E, se assim não o fizer, caberá ao autor coletivo zelar pela observância do princípio da ampla publicidade da sentença, providenciando inclusive a divulgação da notícia da condenação pelos meios de comunicação de massa, nos termos do art. 94, sob pena de a condenação tornar-se inócua.

De fato seria mais racional a atribuição de maior publicidade à sentença condenatória, determinando-se a sua publicação em editais⁶⁸, jornais de grande circulação, rádios – contemporaneamente em redes sociais –, enfim, a ideia de se dar publicidade à condenação é louvável.

Entretanto, o prazo assinalado no artigo 100 do CDC, limita-se a estabelecer que é de um ano, não dizendo nada sobre a sua contagem a partir da prolação da sentença, do trânsito em julgado, ou da publicidade que deverá – ainda que não prevista expressamente em lei – ser destinada à sentença condenatória.

Se não há previsão legal para que o prazo se inicie após a publicidade da sentença, parece óbvio que seguirá a regra geral do processo civil prevista no artigo 269 e 272⁶⁹, isto é, com a publicação da intimação da sentença condenatória tão somente.

Todavia, isso não parece ser adequado, considerando, principalmente, a hipótese de reforma parcial ou total de seus termos. Admitir que o prazo exíguo de um ano fosse contado deste marco, seria o mesmo que desvirtuar a lógica do processo coletivo, pois traria mais dificuldade de acesso à justiça do que o acesso propriamente.

Elton Venturi (2005, p. 136-137) sabiamente afirma que:

⁶⁸ Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 654) do mesmo modo entende pela ampla divulgação: “Com efeito, dizia a norma vetada que, em ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, transitada em julgado a sentença condenatória, deveria ser publicado edital “observado o disposto no art. 93” (a remissão correta deveria ter sido ao art. 94). Ora, relevado o erro de remissão, o princípio vetado estava e ainda continua correto: devem-se publicar editais para conhecimento da sentença condenatória, observadas as cautelas previstas no art. 94 do CDC. [...] o prazo se conta a partir da publicação dos editais convocando os credores a habilitarem-se para a fase do cumprimento de sentença”.

⁶⁹ *In verbis*: “Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”; “Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial”.

[...] a habilitação dos interessados na liquidação dos danos individuais sofridos, segundo o microsistema do CDC, deve ocorrer no interregno de até um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, pois a liquidação e destinação posteriores a este prazo estariam concebidas para a chamada *fluid recovery*.

Na mesma linha, Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 465), é categórico:

Tratando-se de prazo, certamente que deverá existir um início e um fim, que marcará a data para o possível e o eventual exercício da ação de reparação fluida. Esta possibilidade, de exercício da ação será no prazo de um ano exatamente seguinte ao trânsito em julgado da sentença condenatória genérica a que alude o art. 95 do CDC. A partir daí poderá ser proposta a ação de reparação fluida, cujo produto destinar-se-á ao FDDD (fundo federal para a defesa dos direitos difusos).

Gustavo Milaré Almeida (2014, p. 135), por sua vez, admite que sua posição exigiria uma inovação legislativa, porém, é de longe a que parece mais adequada:

[...] o trânsito em julgado da sentença condenatória deveria ser o termo inicial para a fluência de tal prazo de um ano, mas desde que fosse dada a suficiente informação a respeito do título executivo [...] sugere-se, então, que o *caput* do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor seja alterado para deixar claro e expresso que o termo inicial do prazo que prevê será o trânsito em julgado daquela sentença.

Dever-se-ia acrescentar, ainda, que o trânsito em julgado não é suficiente, exigindo-se também a publicidade da sentença nos termos do artigo 94 do CDC. Todavia, considerando as premissas filosóficas aqui adotadas, de estudo a partir do direito positivado, entende-se que o prazo deverá ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No julgamento do REsp n.º 1.156.021/RS⁷⁰, o STJ travou interessante discussão a respeito do prazo e do posicionamento sugerido acima por Gustavo Milaré Almeida, contrariando o posicionamento positivista aqui defendido, mas corroborando com o que se julga mais adequado.

No caso em comento a sentença condenatória genérica, confirmada pela Corte estadual, havia condenado os réus a fazerem publicar, às suas expensas,

⁷⁰ STJ. REsp n.º 1.156.021/RS. Quarta Turma. Rel. Marco Buzzi. J. 06/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901717731&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 16 de Junho de 2019.

em dois jornais de ampla circulação local, o dispositivo da sentença. Até aí, nenhum problema.

Porém, o não cumprimento desta obrigação foi o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para indeferir o pedido de liquidação do julgado, que havia sido formulado pelo MPE com fulcro no artigo 100 do CDC, tendo em vista, especificamente, o transcurso de mais de um ano do trânsito em julgado. Isto é, considerando que os réus não haviam efetuado a publicação em jornais de grande circulação, em tese, o prazo previsto no artigo 100 do CDC ainda não tinha se iniciado.

O relator do caso, Ministro Marco Buzzi (2014, p. 10-12), consignou que:

[...] A fim de elucidar a questão, saliente-se, de início, que os desenvolvimentos doutrinários majoritários orientam-se no sentido de que o transcurso do lapso temporal ânua tem como marco inicial a data do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, o qual já haveria se operado no caso em tela. [...] Consoante já mencionado, a Corte de origem condicionou o início do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor ao cumprimento, pelos réus, da obrigação de publicar, às suas expensas, o dispositivo da sentença em dois jornais de ampla circulação local. Contudo, forçoso reconhecer a impossibilidade de tal condicionamento, mormente por se tratar de obrigação de fazer a ser cumprida pelos réus da demanda. Isto porque o estabelecimento desta condição, em se tratando de obrigação a ser cumprida pelos réus da ação, poderia conduzir à delonga na tramitação do feito, impondo ao autor da demanda o requerimento de providências destinadas a compelir os réus ao cumprimento da obrigação, a qual, por ser de natureza fungível, nos termos do artigo 461, § 1º, do Código de Processo Civil, poderia até mesmo ser convertida em perdas e danos, a seu requerimento, desvirtuando, portanto, a própria finalidade de sua determinação – cientificação dos lesados - e, da mesma forma, impossibilitando o pedido de reparação fluida, que, a despeito da subsidiariedade que lhe é inerente, de acordo com o já mencionado, reveste-se de importante finalidade, isto é, transfere à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, preservando a vontade da Lei de impedir o enriquecimento sem causa do empreendedor que atente contra as normas jurídicas de caráter público. [...] Nesse contexto, infere-se que o estabelecimento da efetivação da obrigação de fazer, destinada aos réus da demanda, enquanto condição para o início do prazo a que alude o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se como medida desprovida de amparo legal, sendo inviável, ainda, depreendê-la por meio de técnicas hermenêuticas; aliás, do próprio comando da sentença condenatória genérica também não é possível extrair tal vinculação. Em última análise, referido condicionamento poderá consubstanciar-se em determinação prejudicial à própria efetividade de processo, pelas razões já expostas – possibilidade de conversão em perdas e danos e impossibilidade de requerimento da reparação fluida. Desse modo, embora louvável a determinação para que os réus publicassem, em jornais de ampla circulação local o dispositivo da sentença, tal medida caracteriza-se como complementar/adicional, não podendo condicionar o início do mencionado prazo.

Apesar da confirmação de que o prazo inicial era, de fato, o trânsito em julgado da sentença condenatória, foi trazido à lume como precedente o REsp n.º 869.583/DF⁷¹, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, também da Quarta Turma, que havia decidido pelo início do prazo apenas depois de concretizada a publicação de editais cientificando os interessados acerca da sentença condenatória transitada em julgado.

Diante dessa fundamentação, por votação unânime a Quarta Turma deu parcial provimento ao recurso para se afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local às expensas dos réus para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do CDC, determinando-se, todavia, o retorno dos autos para publicação de edital em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do mesmo diploma, sem o qual não se operaria o início do prazo de um ano. Isto é, a publicação do edital era sim um marco necessário, mas a imposição dessa obrigação de publicação não poderia ser transferida aos réus.

Em que pese a característica do processo coletivo de se buscar a efetivação da tutela jurídica de interesses transindividuais, ou mesmo o louvável posicionamento adotado, o qual é defendido neste trabalho enquanto mais racional, entende-se pelo flagrante equívoco do STJ no caso comentado. Isto porque a legislação em nenhum momento definiu como início do prazo a publicação em editais da sentença, seja pelo réu ou por órgãos públicos. Aliás, o dispositivo mencionado no acórdão (art. 96 do CDC), como visto, foi vetado, tratando-se, a bem da verdade, de “dispositivo fantasma” que não irradia nenhum efeito para o ordenamento.

Assim, entende-se que o marco inicial para fluência do prazo de um ano mencionado no artigo 100 do CDC é o trânsito julgado da sentença condenatória genérica (art. 95 do CDC) e nada mais! Razão pela qual o STJ adotou posicionamento criativo e interessante, porém ilegal, vez não previsto no ordenamento jurídico vigente.

Definidas, portanto, a questão da prejudicialidade, da natureza jurídica do prazo previsto no artigo 100 e dos desdobramentos decorrentes desse

⁷¹ STJ. REsp n.º 869.583/DF. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. J 05/06/2012. Disponível <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600938843&dt_publicacao=05/09/2012>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

marco, constata-se que o primeiro requisito para reparação fluída foi devidamente analisado.

Passa-se, deste modo, à análise do segundo requisito, qual seja, a incompatibilidade do número de habilitados se comparada com a gravidade do dano.

3.3.3 Incompatibilidade do Número de Habilitados com a Gravidade do Dano

No que se refere ao segundo requisito previsto no art. 100 do CDC, vale dizer que o preceito normativo não especificou com objetividade o que deve ser considerado como número compatível de habilitados interessados com a gravidade do dano, configurando verdadeira hipótese de conceito jurídico vago ou indeterminado.

Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 466-467) aponta uma série de problemas decorrente dessa vagueza, criticando com veemência a postura do legislador:

i) como é feita a ponderação e sopesamento do número de liquidações com a gravidade do dano? ii) como ter certeza que o prazo de um ano é prazo suficiente para se saber que o número de liquidações será incompatível com a gravidade do dano, se o prazo prescricional para exercício do direito é na maioria das vezes quinquenal (art. 27 do CDC). Isso quando não for imprescritível? Como saber da existência de outras liquidações oriundas de ações individuais em que o indivíduo optou por não aderir à ação coletiva para defesa dos interesses individuais homogêneos? Ainda, o fato de existirem várias liquidações em curso, não permite inferir que todas elas terão sucesso, o que impede, pelo menos neste momento (enquanto a liquidação estiver em curso), a formação de um juízo de ponderação entre a gravidade do dano e o que foi efetivamente ressarcido pelo responsável? Ademais, como saber qual a gravidade do dano se os prejuízos apurados na liquidação de sentença são particulares e demonstrados e provados em ação de liquidação que provavelmente estará em curso (se não for proposta depois de um ano), quando da propositura da ação de reparação fluída?

Não obstante as críticas apontadas, algumas genuínas, outras um tanto exageradas, fato é que nesse ponto o legislador optou por conferir maior liberdade ao julgador. Concorde-se, neste ponto, com a visão de José Carlos Barbosa Moreira (1980, p. 64), quando esclarece que nem sempre é possível ou conveniente:

[...] que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência

de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre, então, o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com o que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’.

Por tais razões, Gustavo Milaré Almeida (2014, p. 141), do mesmo modo, converge com o supracitado doutrinador e afirma que a um só tempo o legislador permitiu a atualidade do texto e a sua ampla incidência nos mais diversos casos que podem surgir, atendendo ao objetivo teleológico adotado pelo CDC para satisfação da defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos.

A bem da verdade, a utilização de um conceito jurídico aberto neste caso aparenta ser a medida mais adequada, pois o preenchimento deste requisito deverá ser analisado com cautela, garantindo-se a oportunidade de manifestação do causador do ilícito, que ao se defender poderá até mesmo alegar a desnecessidade de se dar prosseguimento à reparação fluida, pois se eventualmente conseguir demonstrar ter havido compatibilidade entre o número de habilitações individuais e a gravidade do dano, não haverá plausibilidade para o pedido decorrente da *fluid recovery*.

Com efeito, vale lembrar que não é necessário que todos os interessados tenham se habilitado a fim de evitar a execução por reparação fluida, já que basta que o número de habilitados seja razoável perante o dano causado. Então, ainda que alguns interessados deixem de se habilitar, a sentença terá eficácia prática e a tutela integral do bem jurídico coletivo será garantida (REZENDE; SILVA ALVES, 2016, s. p).

Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 467), em sentido diverso e buscando trazer mais segurança jurídica à reparação fluida, analisa o segundo requisito para *fluid recovery* em paralelo com o primeiro – prazo de um ano –, afirmando que o legislador deveria ter estabelecido como marco inicial do prazo de um ano o término da prescrição do direito reconhecido na sentença genérica, de modo que o causador do ilícito seria capaz de fornecer dados das indenizações já pagas (ou em curso), para aferição da efetiva compatibilidade, e arremata:

Haveria uma tranquilidade e segurança no exercício da ação de reparação

fluida residual (sobra dos danos individuais não reclamados), se ao longo do prazo de um ano, todas as ações individuais de liquidação com base no art. 95 (ou obtidas em ações individuais que não optaram pela ação coletiva individual homogênea), tivessem chegado ao fim e nenhuma outra pudesse ser proposta. Nesse caso, após apurado o montante devido e o dano causado (quanto à gravidade do dano causado, um critério idôneo poderia ser a verificação do benefício patrimonial haurido pelo executado em razão do dano que ele causou, já que é impossível imaginar quanto seria o prejuízo de pessoas que nem se sabe quais são).

De fato a proposta é interessante. Porém, como destacado noutras oportunidades, não é a redação que traz a lei e, em última análise, essa interpretação se configuraria como verdadeira inovação legislativa, o que não se configura inadmissível.

Entende-se, portanto, que o legislador poderia ter sim regulado melhor a questão do prazo e definido critérios mais idôneos e objetivos para se aferir a compatibilidade do número de habilitados com a gravidade do dano. Todavia, a omissão – ou timidez – do legislador ao regulamentar a reparação fluida não tem o condão de afastar a sua aplicabilidade. Pelo contrário, como acima mencionado, a partir dos ensinamentos de Barbosa Moreira, o legislador, ao conferir maior liberdade ao julgador, optou por garantir a esse que a norma fosse utilizada segundo as peculiaridades inerentes aos casos concretos. Evitando-se, portanto, o “engessamento” ou a dificuldade em se atribuir aplicabilidade ao instituto.

Por fim, subsiste uma dificuldade, a destinação do produto da condenação da reparação fluida, pois, se se trata de reparação fluida, ao menos em tese, os indivíduos lesados – ainda que não identificados, e, daí o “fluida” –deveriam ser reparados.

Passa-se, então, ao enfrentamento deste ponto.

3.3.4 Destinação do Produto da Condenação e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD

Finda a *fluid recovery*, o seu produto, entendido como a fixação de obrigação de pagar quantia certa, deverá ser revertido ao FDD, nos termos do parágrafo único do art. 100 do CDC.

A finalidade deste fundo, todavia, não é o ressarcimento individual, mas viabilizar a reparação dos danos causados ao próprio interesse lesado, ou seja,

busca-se uma recomposição que se reverta em benefício da própria coletividade. Neste contexto, os recursos arrecadados ao fundo deverão ser revertidos prioritariamente na reparação específica do dano causado e, não sendo possível, a sua aplicação deve estar relacionada com a natureza da infração ou do dano causado (REZENDE; SILVA ALVES, 2016, s. p.).

Entretanto, nada impede que o montante arrecadado e destinado ao fundo seja revertido em favor de liquidações individuais realizadas após a execução coletiva, como acima preconizado⁷². Do contrário, autorizar-se-ia a ocorrência do *bis in idem* salientada por Marcelo Abelha Rodrigues, já que o causador do dano seria obrigado a reparar os ilícitos individuais e residuais mais de uma vez. Por óbvio que não se concorda com essa possibilidade.

Ainda, vale destacar que não obstante a origem da reparação fluida no Brasil tenha se dado com as *class actions* norte-americanas, como estudado no início deste capítulo, é certo que os fundos de destinação dos recursos recebidos da *fluid recovery*, possuem naturezas completamente distintas.

Hugo Nirgo Mazzilli (2017, p. 643-644), valendo-se das lições de Carlos Aberto de Salles, destaca que:

A doutrina nacional refere-se ao fundo de reparação de interesses difusos lesados, criado pela LACP, como *fluid recovery*, ou seja, alude ao fato de que deve ser usado com certa flexibilidade, para uma reconstituição que não precisa e às vezes nem mesmo pode ser exatamente a reparação do mesmo bem lesado. Entretanto, como observou Carlos Aberto Salles, “a doutrina brasileira tem apontado reiteradamente semelhança da sistemática do fundo criado pela Lei 7.347 com o *fluid recovery* do Direito norte americano. No entanto, essa proximidade é apenas de concepção. O fundo brasileiro opera de maneira bastante diversa daquela solução judicial provinda das *class actions* norte-americanas”. Segundo o mesmo autor, no Direito norte-americano, sob o sistema da *fluid recovery*, o dinheiro obtido da indenização é distribuído por meio do sistema de mercado “pela forma de redução de preços, ou é usado para patrocinar um que projeto beneficiará adequadamente os membros da classe”. Em nosso sistema, não é o dano fluido, mas sim a forma de reparação que é flexível, pois o produto da indenização depositado no fundo deve ser gasto em finalidade compatível com a lesão, ainda que não seja empregado exatamente no mesmo bem lesado – o que às vezes é impossível.

Andre Roque Vasconcelos (2013, p. 462-463), ao discorrer sobre a forma de destinação dos recursos oriundos dos fundos estadunidenses, esclarece que ela pode se dar na modalidade de redução de preços do produto ou serviço por

⁷² Cf. tópico 3.3.2.

certo período para compensar as cobranças realizadas indevidamente, cujos problemas decorrentes são inúmeros.

Não obstante a finalidade almejada seja de que as pessoas lesadas se beneficiem por essa redução momentânea dos preços, eventualmente a consequência pode ser outra, como a perda da confiança das pessoas na marca, o que geraria a mudança de comportamento dos indivíduos do grupo, ou mesmo a utilização indevida do réu como uma estratégia comercial de promoção dos seus produtos, a ponto de obrigarem os seus concorrentes a reduzirem o preço também para não perderem espaço no mercado (ROQUE, 2013, p. 463).

Constata-se que essa modalidade de aplicação da *fluid recovery* (*cy press*) norte-americana representa uma precificação artificial dos preços, o que ignora todas as leis econômicas e pode representar um verdadeiro estrago no mercado, pois a pretexto de tentar corrigir os equívocos praticados por um dos *players* envolvidos, pode gerar um colapso generalizado em determinado setor.

Outros problemas ainda também poderão ser gerados, como destaca André Roque Vasconcelos (2013, p. 463):

Ademais, o réu poderá também elevar artificialmente os seus preços, anulando os efeitos práticos da tutela concedida em benefício do grupo. Finalmente, a redução dos preços pode acabar beneficiando também outras pessoas, que não foram lesadas no passado e começaram a adquirir os produtos do réu. A distribuição fluída da indenização tolera certa imprecisão por sua própria definição, mas ela pode ser tão forte e pronunciada a ponto de comprometer a viabilidade da medida.

A destinação dos fundos norte-americanos a instituições públicas ou beneficentes também não é imune à críticas ou problemas, pois a ação coletiva, por exemplo, pode envolver questões muito específicas que nem sempre poderão ser solucionadas de forma indireta, cujos benefícios advindos dos recursos financeiros a projetos gerais não necessariamente serão relacionados ao objeto da ação coletiva (ROQUE, 2013, p. 464).

Na prática, isso pode representar que pessoas que não foram lesadas sejam beneficiadas, comprometendo-se a legitimidade do procedimento de distribuição fluída da indenização. Mais ainda, pois os recursos poderão ser utilizados de uma forma ineficiente pelas instituições beneficiadas e o juiz já não terá controle algum sobre sua destinação, isso sem mencionar a possibilidade de adentrar na esfera de competência do Poder Executivo (ROQUE, 2013, p. 464), cuja

utilização política poderá trazer mais malefícios à sociedade, já que determinado candidato, por exemplo, poderá se beneficiar, ainda que indiretamente, da utilização destes recursos.

Considerando que essa modalidade encontra maior semelhança com o que é adotado no Brasil, pois o FDD tem inúmeras finalidades, já que de forma genérica se destina à reconstituição dos bens lesados⁷³, Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 648) alerta:

[...] ainda que com criatividade e flexibilidade, o fundo de reparação de interesses difusos lesados há de ser usado sempre em finalidade compatível com sua origem. Por isso, é indispensável que as receitas do fundo sejam identificadas em conformidade com sua proveniência (a natureza da infração ou a natureza do dano causado), para permitir sua correspondente aplicação, de maneira preferencial na recuperação específica do bem lesado, se isso for possível.

De todo modo, no dia a dia o que se constata é algo bastante distinto do preconizado pelo autor citado. Aliás, ele mesmo (MAZZILLI, 2017, p. 644) faz ponderações com relação à criação dos fundos no Brasil:

As maiores críticas ao sistema brasileiro que instituiu o fundo para reparação de direitos difusos lesados centralizam-se, a nosso ver, em dois pontos. De um lado, sustentam alguns a necessidade de ampliar as finalidades de utilização de seus recursos, como para custear perícias em matérias ambientais ou conexas; de outro, o Poder Executivo tem criado conselhos gestores excessivamente centralizadores, de composição muito numerosa e atuação burocrática, o que tem dificultado seu funcionamento e a própria utilização dos recursos obtidos.

As críticas são valiosas, especialmente a última, pois como se constata na notícia veiculada no ano de 2017 na revista eletrônica Consultor Jurídico⁷⁴, é possível perceber que:

Levantamento feito pela revista eletrônica Consultor Jurídico mostra que o Fundo recebeu R\$ 1,9 bilhão nos últimos sete anos, mas menos de 3% disso foram aplicados nos fins determinados em lei. O dinheiro quase todo foi para os cofres da União, pela porta dos fundos. [...] O Fundo pertence ao Ministério da Justiça e é gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Na lei, seu objetivo declarado é “a reparação

⁷³ A LACP estabelece em seu 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.*”

⁷⁴ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos”. Essa “reparação” deveria ser feita por meio de projetos (selecionados a partir de editais). Em 2016, oito projetos foram escolhidos e receberam R\$ 2,2 milhões [...]. Isso significa que, levando em conta a arrecadação total, só 0,3% da verba foi usada para os fins previstos na lei. Descontando ainda o dinheiro usado para a manutenção do conselho gestor do fundo, “sobraram” mais de R\$ 770 milhões, que viraram superávit primário, o resultado de todas as receitas do governo antes do pagamento da dívida pública.

Ora, o desvio de finalidade dos recursos arrecadados e destinados ao fundo é patente. Ou melhor, distinguindo-se da origem norte-americana, parece que a finalidade da *fluid recovery* é completamente distinta, pois como aduz Érica Barbosa e Silva (2006, p. 137, *apud* ALMEIDA, 2014, p. 162) o objetivo principal da reparação fluida nos Estados Unidos aparenta ser o ressarcimento dos lesados ou algo que se aproxime disso, enquanto no Brasil a responsabilização do causador do dano é o mais relevante.

Nesse sentido, a própria tradução literal da *fluid recovery* como reparação fluída não faz muito sentido. Ainda assim, o importante é que não haja incentivo à manutenção do ilícito e o maior número de indivíduos lesados sejam efetivamente beneficiados com os valores decorrentes das indenizações, seja de forma direta – o que é preferencial – ou de forma indireta.

Por isso, Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 468) propõe uma nova interpretação à reparação fluida:

Reconhecida a existência de enormes e, diríamos, insuperáveis dificuldades na adoção do critério residual da reparação fluida, pensamos que um bom caminho, talvez mais justo e com menos percalços, seria interpretar a reparação fluida do art. 100, caput do CDC como um instituto de caráter punitivo, não residual (dada a impossibilidade de se aferir o resíduo de uma condenação erga omnes – art. 103, III do CDC), cujo critério seria o lucro ou vantagem econômica obtida pelo responsável pelo dano causado. A comparação do que foi efetivamente pago (portanto, bem depois de um ano das liquidações) com o “lucro” obtido pelo responsável forneceria um mínimo de segurança para se aplicar uma punição menos imaginativa e mais próxima da realidade. Haveria assim, uma independência entre a reparação fluida e os prejuízos individuais (ou não) em liquidação de condenação genérica.

Não obstante essas questões pontuais, é fato que a reparação fluida representa verdadeira busca pela eficácia da tutela jurisdicional em demandas coletivas que versam sobre interesses individuais homogêneos, pois do mesmo modo que traz maior racionalidade às demandas desta natureza, com seu caráter

pedagógico, impede a proliferação de novas lesões aos interesses coletivos.

Outrossim, a importância da *fluid recovery* para ampliação do acesso efetivo à justiça e a concretização do devido processo legal coletivo é patente. Afinal, não fosse a técnica insculpida no artigo 100 do CDC, certamente determinadas situações ficariam sem a proteção adequada do ordenamento, isto é, ainda que ações coletivas fossem ajuizadas na pretensão de tutela dos interesses mencionados, sem a reparação fluida elas não teriam resultado no plano fático das relações sociais.

Há, contudo, que se ter cautela na aplicação indiscriminada do instituto e, principalmente, na gestão e destinação dos recursos destinados ao FDD, sob pena de se desvirtuar toda a lógica dele beneficiando apenas o Estado, que não raras vezes se mostra como o maior causador de danos aos interesses transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

CONCLUSÃO

Dentro dos objetivos traçados no início da pesquisa, a perspectiva adotada centrou-se na análise do processo coletivo, em especial aqueles que tutelam os interesses individuais homogêneos, investigando se, internamente, contam com uma sistemática executiva que consiga de uma só vez garantir a efetividade da prestação jurisdicional e o devido acesso à justiça.

Após toda a construção teórica, alcançou-se as seguintes conclusões:

1. A neutralidade científica fortemente pregada pela modernidade, não passa de um mito. Isso, todavia, não significa dizer que as pesquisas científicas sejam necessariamente marcadas pela opinião ou mesmo por um descaso ou desprezo pela técnica e o método. Pelo contrário, o reconhecimento dessas limitações tornam os resultados alcançados por elas mais fiéis à realidade que pretendem descrever e/ou investigar. Esta dissertação não foge à regra, portanto.

2. Hans Kelsen permanece como um pilar estrutural fundamental para análise do fenômeno jurídico de forma científica. Não obstante as severas críticas que sofre, seu pensamento, se adequadamente adaptado, ainda se mostra vivo e, assim, é capaz de apresentar respostas sólidas para problemas contemporâneos. Entende-se, portanto, que Kelsen definitivamente não “está superado” e o positivismo por ele pregado tampouco.

3. Dizer-se juspositivista não pode significar algo amoral ou que as premissas e análises não terão relação alguma com valores. Uma postura juspositivista estrita, como a adotada no trabalho, preocupa-se com a racionalidade do ordenamento jurídico, buscando apresentar respostas justas e eficazes às mais diversas questões da vida, sobretudo às jurídicas. Investigar o direito cientificamente pressupõe a adoção de uma postura rigorosamente técnica, neutra e objetiva – ainda que como mera pretensão –, a qual não se confunde com falta de caráter ou outra perspectiva pejorativa. Afinal, analogicamente, guerras foram travadas em nome de Deus e também na falta dele. Então, o posicionamento jusfilosófico por si só não diz muito, mas sim a maneira como ele é utilizado/aplicado. Nesse ponto, o juspositivismo estrito aparenta ser a melhor postura, a qual não pretende corrigir o Direito ou discutir a justeza das normas, mas sim investigá-lo cientificamente na tentativa de solucionar os problemas concretamente postos, visando resolvê-los de

maneira a garantir integridade e coerência sistêmica, proporcionando, por conseguinte, segurança jurídica às relações sociais.

4. A TPD se propõe a estudar o Direito enquanto uma estrutura de Direito positivo. Ou seja, ainda que se analise casos concretos ou decisões, a ordem normativa sempre será a base para qualquer investigação jurídica que se pretende científica. Aqui, não foi diferente. Por óbvio que não se ignorou a existência de outras ciências com o mesmo objeto. A sociologia e a história do Direito, por exemplo, são essenciais para uma exploração completa desse fenômeno extremamente complexo chamado Direito. Todavia, a TPD jamais pretendeu ser a única ciência ou a mais legítima, mas sim apresentar uma resposta adequada aos limites que se sujeita: o Direito Positivo; razão pela qual além de estruturar a pesquisa, possibilitou o alcance das conclusões que ora se apresentam.

5. Acesso à justiça não deve jamais simbolizar mera retórica. Isto é, acesso à justiça deve sempre ser compreendido como um direito fundamental de que goza o cidadão para solucionar em tempo razoável, de forma justa e efetiva, os litígios que envolvam seus interesses. Portanto, a busca por um acesso à justiça efetivo é, sem dúvida, um vetor para o Direito e, conseqüentemente, para o processo civil, seja ele coletivo ou individual.

6. Para compreensão adequada dos interesses transindividuais é fundamental que o conceito de *relação jurídica* seja revisitado, passando este a ser compreendido como uma relação entre normas e não entre sujeitos, conforme propõe o Professor Luiz Fernando Bellinetti a partir dos estudos de Hans Kelsen. Somente com essa perspectiva que o processo civil individual deixará de ser equivocadamente aplicado ao coletivo, dando-se a esse último a necessária autonomia para formulação de seus próprios instrumentos.

7. Em se tratando de interesses transindividuais, defende-se que os individuais homogêneos gozam da qualidade de serem essencialmente coletivos, e não acidentalmente, como propõem alguns doutrinadores aparentemente ainda presos às amarras do processo civil individual. A própria dinâmica da *fluid recovery* evidencia que eles são, de fato, espécie do gênero interesses coletivos. Afinal, com essa técnica de execução coletiva eles assumem o caráter da indivisibilidade e indisponibilidade, uma vez que haverá satisfação da tutela ainda que o seu titular, isoladamente considerado, não a exerça por meio de uma liquidação e posterior execução individual. Então, a partir da nova concepção de relação jurídica e,

considerando aquilo que se entende mais adequado para conceituação de interesses individuais homogêneos é que se pode falar em uma tutela efetiva desses interesses. Do contrário, permanecer adotando uma concepção de que seriam “acidentalmente coletivos” e tratados coletivamente em razão de política processual, será o mesmo que insistir em forçar a aplicação de teorias e institutos voltados à tutela dos direitos subjetivos individuais para tentar – sem sucesso – proteger também os de matriz coletiva. A adoção de uma perspectiva transindividual dos interesses individuais homogêneos para garantia de uma tutela jurídica efetiva, portanto, é mais do que necessária, é fundamental.

8. O Brasil foi pioneiro no desenvolvimento de uma tutela jurisdicional coletiva, especialmente com a promulgação da LACP e do CDC. Todavia, a importação de alguns institutos estrangeiros também foram fundamentais para construção do processo coletivo nacional, os quais, entretanto, receberam novos contornos e características distintas dos países de origem, fazendo com que o Brasil passasse a contar com uma tutela jurisdicional extremamente singular.

9. As *class actions* norte-americanas tiveram grande influência na construção teórica da reparação fluida prevista no artigo 100 do CDC. Todavia, a bem da verdade, esse influxo inicialmente não se deu de forma direta, mas indireta pelos estudos dos processualistas brasileiros acerca do processo civil italiano, que por sua vez, valeu-se das fontes norte-americanas. De todo modo, a doutrina e instituto aplicado nos Estados Unidos, mais conhecida como *cy press doctrine*, certamente ainda pode nos ensinar muito sobre a efetividade da tutela jurisdicional coletiva, especialmente na reparação fluida propriamente dita e não apenas na proteção do ordenamento jurídico ou na sanção do causador do ilícito à ordem normativa.

10. Os maiores problemas das demandas que versam sobre os interesses individuais homogêneos dizem respeito, basicamente, a três pontos: (i) ao cálculo do valor exato a que os lesados fazem jus; (ii) aos critérios de divisibilidade do montante calculado; e, ainda – objeto da pesquisa –, (iii) a solução para a situação em que o valor devido é reduzido e o montante não incentiva os lesados a buscarem sua satisfação. Esse último ponto poderia indicar ao agente que praticou o ilícito que a lesão à ordem jurídica é vantajosa, já que impunidade poderá prevalecer. Por óbvio que isso é inadmissível e uma solução para essas situações precisa ser desenvolvida. Aliás, a simples identificação dos problemas já torna mais

fácil a sua solução. Afinal, analogicamente, é muito mais coerente aplicar o tratamento adequado à doença do que aqueles que se limitam a amenizar os sintomas. O presente estudo, portanto, se propôs a isso, a responder adequadamente o problema posto.

11. Seja pela cultura ou tradição jurídica norte-americana, a *cy press doctrine* acaba se revelando muito mais dinâmica que a *fluid recovery* brasileira, se considerado os poderes do magistrado ou mesmo a liberdade das partes para, juntos, encontrarem uma solução para o litígio, por exemplo. De todo modo, no Brasil, ainda que a reparação fluída conte com aplicação e contornos mais restritos, ela se mostra como uma salutar medida para impedir com que lesões a interesses individuais homogêneos permaneçam impunes ou representem vantagens ao causador do ilícito.

12. A despeito de sua complexidade, a *fluid recovery* no Brasil contou com uma legislação muito tímida, vez que foi inteiramente regulada em apenas dois dispositivos normativos, quais sejam, o artigo 100 e seu parágrafo único do CDC. Questões como a eventual prejudicialidade entre a execução individual e coletiva, a natureza jurídica do prazo e seus desdobramentos, por exemplo, acabaram sendo relegadas aos trabalhos acadêmicos e à prática jurisdicional. Sobre esses pontos, especificamente, entende-se que não há relação de prejudicialidade entre as execuções individuais e coletiva, e que o prazo, por sua vez, goza de natureza jurídica de *pressuposto processual*. Assim, ao contrário do que defendem alguns doutrinadores, não se trata de prazo prescricional, ou mesmo decadencial, mas sim pressuposto processual para tutela dos interesses individuais homogêneos no caso da *fluid recovery*.

13. Ainda sobre a aplicação da *fluid recovery* no Brasil, ao contrário dos EUA, que conta com inúmeras possibilidades, a destinação do valor levantado a título de indenização pelo ilícito praticado aos interesses individuais homogêneos é certa, ou seja, o montante deverá ser remetido ao fundo criado pela LACP, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD. Deste modo é possível afirmar que a dinâmica nacional não é efetivamente a reparação fluída dos lesados, mas sim a punição da conduta antijurídica praticada pelo causador do ilícito. Tendo em vista que o valor destinado ao fundo nem sempre será revertido diretamente aos interesses dos lesados. A prática, aliás, aponta para outra destinação, vez que o saldo do FDD geralmente é revertido aos cofres da União. Considerando que esta última com

frequência age lesando interesses individuais homogêneos, por uma completa (ir)racionalidade do sistema, ela poderá ser condenada a reparar os danos e, ainda assim, ser “beneficiada” pela indenização que pagou, já que o valor acumulado no FDD eventualmente será revertido aos seus cofres.

14. Entende-se que a reparação fluida no Brasil é, a bem da verdade, algo muito distante de uma verdadeira reparação fluida, representando efetivamente uma proteção da ordem jurídica, uma sanção a uma conduta antijurídica e não uma reparação aos indivíduos lesados por essa conduta. Não raras vezes, aliás, esses indivíduos não serão sequer beneficiados com o valor da indenização, já que um dano coletivo causado a consumidores do Estado de São Paulo, poderá ser revertido para algum programa de proteção ambiental no Estado do Amazonas, por exemplo, a partir da dinâmica de destinação dos recursos do FDD geridos pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

Deste modo, apontadas as principais conclusões alcançadas com a pesquisa, é possível afirmar que a reparação fluida representa sim uma busca pela eficácia da tutela jurisdicional coletiva que versa sobre interesses individuais homogêneos, trazendo – ou ao menos tentando – mais racionalidade às demandas desta natureza, especialmente com seu caráter pedagógico, que impede a proliferação de novas lesões aos interesses coletivos.

Ainda, a *fluid recovery* é, de fato, um importante instrumento para ampliação do acesso efetivo à justiça e a concretização do devido processo legal coletivo. Afinal, não fosse a técnica insculpida no artigo 100 do CDC, certamente que algumas situações concretas ficariam sem a proteção do ordenamento, isto é, ainda que ações coletivas fossem ajuizadas na pretensão de tutela dos interesses mencionados, sem a reparação fluida elas não teriam resultado no plano fático das relações sociais.

É certo também que a *fluid recovery* pode – e deve – ser aprimorada para alcançar também a reparação fluida propriamente dita, adotando-se mecanismos já utilizados em outros países, como a criação de um conselho gestor do fundo criado especificamente para o caso, ou incentivando práticas autocompositivas, por exemplo.

Não obstante, diante de todas as conclusões lançadas, espera-se

que o desenvolvimento e a aplicação da *fluid recovery* no Brasil seja aperfeiçoada, a fim de que o vetor do acesso efetivo à justiça seja alcançado e a tutela dos interesses individuais homogêneos seja cada dia mais eficaz.

Aguarda-se, deste modo, as críticas que certamente virão para proporcionar novos debates rumo à construção de um processo civil coletivo eficaz.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola, **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. – 5ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução**. São Paulo: Dialética, 2002.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. São Paulo: Atlas, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção Temas Atuais de Processo Civil. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANKS-LEITE, Luci; GALVÃO, Izabel. **A educação de um selvagem: as experiências pedagógicas de Jean Itard**. (orgs.). São Paulo: Cortez, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. *In* Temas de direito processual (Segunda Série). São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. *In* Temas de direito processual. 2. Série. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. *In* Revista de Processo, São Paulo, n. 61, ano 16, p. 187-200, jan.-mar. 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos**. *In* *Temas de Direito Processual*. Sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Portugal: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos**. Revista de Processo, São Paulo, v. 25, n. 98, p. 125-132, abr./jun. de 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 666/671.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Tutela transindividual como instrumento democrático para implementar a defesa do consumidor no mundo globalizado: a hipótese do artigo 100 do código de defesa do consumidor**. In Estudos em direito negocial e democracia. Marcos Antonio Striquer Soares, Miguel Etinger de Araujo Junior, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (organizadores). Birigui: Editora Boreal, 2016.

BELLINETTI, Luiz Fernando; HERBELLA, Renato Tinti. **Especificidades do Mandado de Injunção Coletivo**. In XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, 2018, Salvador. PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A PRESTAÇÃO DE JUSTIÇA NA SOCIEDADE DE MASSAS: Ensaio Sobre Estética, Cultura e Justiça em Tempos Pós-Modernos**. In Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 101, p. 381-402, jan. 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale *et al.*; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compilado por Nello Moura; Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

7

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Lei 7.347 DE 24 DE JULHO DE 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 15 de março de 2018.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art95>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Bookseller: Campinas, 1998, vol. I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1: direito de empresa. 16ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, v. 1.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo civil coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 4.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2ª ed., rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I**. 8ª ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. – São Paulo: Malheiros, 2016.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. 4. ed. Trad. de Lourenço Filho. São Paulo: Melhoramentos, 1955.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Paulo Neves; Revisão da tradução Eduardo Brandão. 3ªed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-Modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009 e BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **O projeto da nova lei da ação civil pública: aspectos principais**. *In* Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, Equador, 23 jul. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Renato/Downloads/LUIZ_MANOEL_GOMES_JUNIOR_y_ROGERIO_FAVRE.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2019.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. – 11ª ed. rev., atual. e reform. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código civil comentado e anotado**. 2ª ed. – Barueri, SP: Editora Manole, 2017.

HERBELLA, Renato Tinti; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Da sociedade de consumo à reparação fluida: a transindividualidade dos interesses individuais homogêneos**. In XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS, 2018, Porto Alegre. ACESSO À JUSTIÇA II. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danielo. **Dicionário básico de filosofia**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. – 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **O que é positivismo jurídico?**. Trad. Luís Afonso Heck. In: HOLLERBACH, Alexander *et al.* Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª edição. - São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LENZA, Pedro. **Efetividade do processo coletivo: PL n.º 5.139/2009 – Avanço em relação à ação revisional – Coisa julgada *secundum eventum probationis***. In Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Coord. Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **As ideologias do processo e a ação civil pública.** *In* Processo civil coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coords.). São Paulo: Quartin Latin, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular – proteção do erário, do patrimônio, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Herman Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do direito.** 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luis Regis; KARAM, Munir (coord.). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen.** Conferencistas Miguel Reale [et. al.]. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de; ALVES, Gustavo Silva. **A relevância da fluid recovery para a satisfação da tutela coletiva.** *In* Revista Eletrônica Processo Coletivo. Volume: 7 Número: 2 Trimestre: 01/04/2016 a 30/06/2016. Disponível em:

<https://www.processoscoletivos.com.br/index.php/70-volume-7-numero-2-trimestre-01-04-2016-a-30-06-2016/1690-a-relevancia-da-fluid-recovery-para-a-satisfacao-da-tutela-coletiva>. Acesso em: 22 de julho de 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC**. In Processo civil coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coords.). São Paulo: Quartin Latin, 2005.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev., atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito uma visão substantiva**. 3ª ed., rev. e aum. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

STJ. REsp n.º 880.385/SP. Terceira Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. J. 02/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601249802&dt_publicacao=16/09/2008>. Acesso em: 15 jun. 2019.

STJ. REsp 910.625/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. para acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, J. 17/04/2008, DJe 04/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4083314&num_registro=200602732272&data=20080904&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 10 de Junho de 2019.

STJ. REsp n.º 869.583/DF. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. J. 05/06/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600938843&dt_publicacao=05/09/2012>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

STJ. REsp n.º 1.156.021/RS. Quarta Turma. Rel. Marco Buzzi. J. 06/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901717731&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 16 de Junho de 2019.

STJ. REsp n.º 1.610.932/RJ. Terceira Turma. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. 27/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71002065&num_registro=201103064353&data=20170622&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 de Junho de 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. – Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar "a letra da lei" é uma atitude positivista?**. *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Itajaí, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Renato/Downloads/2308-4897-2-PB%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Renato/Downloads/2308-4897-2-PB%20(5).pdf). Acesso em: 30 jan. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

VASCONCELLOS, Marcos. **Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa**. *Consultor Jurídico*, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>. Acesso em: 20 jun. 2019.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos em juízo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. *In Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 18 de julho de 2018.

ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. Tese (Doutorado em ciência jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2013.

ZANON JR., Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.