

## Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas

Gregório Assagra de Almeida\*

Sumário: 1. Introdução. 2. Execução (abordagem conceitual). 3. Execução e a crise do sistema implantado no CPC/73. 4. As últimas reformas do CPC em relação ao processo de execução. 5. O modelo do Direito Processual Coletivo brasileiro como um novo ramo do direito processual. 6. A aplicabilidade limitada e condicionada do CPC no plano dos processos coletivos. 7. Execução coletiva. 7.1 Delimitação conceitual; 7.2 A falta de corpo legislativo próprio e a insuficiência do CPC para reger a execução coletiva; 7.3 Execução coletiva no Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; 7.4 Execução coletiva no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), em discussão, atualmente, no Ministério da Justiça; 7.5 Princípios e diretrizes interpretativas da execução coletiva; 7.6 Execução coletiva em relação aos direitos difusos; 7.7 Execução coletiva em relação aos direitos coletivos em sentido estrito; 7.8 Execução coletiva em relação aos direitos individuais homogêneos; 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

Resumo: a execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é tema complexo, sem tratamento legislativo condizente com a sua amplitude e relevância. O CPC é diploma elaborado para a tutela de direito individual, de forma que sua aplicabilidade aos processos coletivos é limitada e condicionada. As últimas reformas do CPC não tiveram qualquer preocupação com a execução coletiva nas três dimensões abordadas no presente artigo. Da mesma forma, o Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, este, atualmente, em discussão no Ministério da Justiça, não conferem tratamento adequado à execução coletiva. Diante disso e, tendo em vista que os direitos coletivos no Brasil estão inseridos no plano da teoria dos direitos constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), os princípios, especialmente os constitucionais fundamentais, são os parâmetros por intermédio dos quais deve ser compreendida e conduzida a execução coletiva no País.

Palavras-chave: execução coletiva; tutela jurisdicional coletiva; direito processual coletivo; direitos ou interesses difusos; direitos ou interesses coletivos em sentido estrito; direitos ou interesses individuais homogêneos; reformas do CPC; cumprimento de sentença; execução de títulos executivos extrajudiciais; código-modelo de processos coletivos para Ibero-américa; anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos;

princípios e regras interpretativos da execução coletiva; flexibilização das técnicas executivas; amplitude da tutela jurisdicional executiva; efetividade da tutela executiva.

## 1. Introdução

O presente texto é analisado em oito tópicos. Os seis primeiros traçam aspectos gerais que mantêm relação com a temática estudada, de forma que são abordados, no que se refere à execução em geral, conceitos, problemas do sistema processual, reformas legislativas operacionalizadas, bem como o modelo brasileiro do direito processual coletivo e a aplicabilidade limitada e condicionada do CPC no âmbito dos processos coletivos. O sétimo tópico, dividindo-se em oito sub-tópicos, todos abordados de modo pontual e direto, direciona-se para a execução coletiva. Nele é apresentada a delimitação conceitual do que se pode entender por execução coletiva. A falta de corpo legislativo próprio e a inadequação do CPC para reger, em sua integralidade, a execução coletiva, foram analisadas. Foram analisadas as tímidas disposições sobre a execução coletiva presentes tanto no Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, quanto no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, este em discussão, atualmente, no Ministério da Justiça. Apresentamos, ainda, alguns princípios e diretrizes interpretativas específicos da execução coletiva e, para fechar o sétimo tópico, abordamos a execução coletiva em relação aos direitos ou interesses difusos, aos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos. Finaliza o breve estudo o oitavo tópico com algumas conclusões a respeito do tema.

Não há um regramento específico adequado sobre a execução coletiva, o que se justifica, em parte, por ser relativamente recente o movimento pela coletivização do direito processual. Muitos conceitos, princípios e diretrizes interpretativas ainda estão em construção. Em regra, são aplicáveis no processo coletivo os procedimentos previstos no CPC; porém, em razão de esse diploma processual ter sido elaborado com base em uma concepção liberal individualista, a sua aplicabilidade é limitada, incidindo-se somente quando não contrariar o microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum (LACP, 21 e CDC, art. 90) ou outras disposições específicas e, mesmo assim, não colocar em situação de risco o próprio direito material coletivo. Apesar de existir um tímido tratamento na lei pátria sobre a execução no plano dos direitos individuais homogêneos (art. 95/100 do CDC), não há disciplina normativa própria e específica em relação aos direitos difusos e coletivos, salvo as disposições previstas nos arts. 13 e 15 da LACP

Nas recentes reformas do CPC, seja em relação ao cumprimento de sentença (Leis 10.444/2002 e 11.232/2005), seja em relação à execução de títulos executivos extrajudiciais (Lei 11.382/2006), não houve qualquer tipo de preocupação com a problemática da execução coletiva. O Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América também não dispensa tratamento específico e cuidadoso à execução coletiva, o que também não ocorre em relação ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos em discussão no Ministério da Justiça.

Tudo isso, aliado à complexidade advinda da própria tutela jurídica dos direitos transindividuais, dificulta a análise do tema.

O certo é que, diante da carência de disciplina legislativa adequada, o papel dos princípios tuteladores do processo coletivo e do próprio direito material coletivo, assume função nuclear, impondo-se um adequado diálogo entre as diversas fontes normativas, conduzido pela princiologia constitucional pertinente, especialmente a que compõe o direito constitucional à tutela jurídica ampla, irrestrita, efetiva e tempestiva (art. 5º, XXXV, LXXVIII, e seu § 1º, da CF/88).

## 2. Execução (abordagem conceitual)

Em sua acepção mais comum, a expressão execução, do latim *exsecutione*, significa a ação e o efeito de executar [01]. Nesse sentido, assinalou Eduardo J. Couture que *ejecutar es, a su vez, realizar, cumplir satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho*, de sorte que a linguagem jurídica não se diferenciaria, no substancial, do sentido comum do vocábulo, porém sofreria um desdobramento [02]. De um lado, teríamos a execução voluntária do direito, em regra espontânea, consistente na execução das obrigações por intermédio da qual o devedor cumpre com a sua obrigação de dar, fazer ou não fazer. De outro, a execução forçada, que assumiria uma nova significação em razão de não ser o devedor que cumpre voluntariamente a obrigação. Em face da sua negativa em cumprir a obrigação, manifestada expressa ou tacitamente, o credor passa a ter interesse de pleitear a tutela executiva perante o órgão jurisdicional competente; e este está autorizado por lei a proceder-se coercitivamente [03]. Fala-se em execução, diz Elio Fazzalari, tendo em vista que o escopo do processo é justamente a satisfação, no plano concreto, da obrigação correspondente [04].

A execução que mais nos interessa neste trabalho é a forçada. A execução voluntária, apesar da sua importância, não possui a relevância jurídica e a complexidade da execução forçada. Convém destacar que estamos analisando no presente artigo somente a execução forçada realizada pela via jurisdicional, cuja atividade diferencia-se, em muitos aspectos, da atividade jurisdicional de acerto, com especial destaque aos planos da cognição judicial e da prática dos atos processuais. No acerto, a cognição judicial é, em regra, verticalmente exauriente, enquanto na execução ela é tênue e limitada [05], não chegando a abranger o mérito, cuja indiscutibilidade é o resultado da estabilidade conferida pela lei ou pela decisão judicial à obrigação reconhecida no título executivo respectivo. Os atos executivos são preponderantemente materiais ou empíricos, enquanto os praticados na atividade jurisdicional de acerto são caracterizados pela forte carga dialética [06].

Outra questão que surge, atualmente, em relação ao sentido da expressão execução, está diretamente relacionada às últimas reformas do CPC, especialmente as levadas a efeito pela Lei nº 11.232/2006, no que tange à execução de título executivo judicial. A referida Lei 11.232/2006 fez inserir um novo Capítulo no Título VIII do Livro I do CPC, denominando-se de Do Cumprimento da Sentença (Capítulo X, arts. 475-I/475-R). O novo art. 475-I, caput, do CPC, revela a problemática em sua redação, que assim dispõe: O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. Não obstante o Capítulo receba a denominação Do

Cumprimento da Sentença, o dispositivo transcrito utiliza-se dessa expressão ao referir-se aos arts. 461 e 461-A, reservando o vocábulo execução para as sentenças que fixem obrigações por quantia certa.

Assim, indaga-se: no que tange aos títulos executivos judiciais, seria mais adequada a expressão cumprimento da sentença? Ou, ao contrário, execução da sentença? Cumprimento da sentença seria denominação reservada aos arts. 461 e 461-A, ambos do CPC, enquanto a expressão execução de sentença seria mais própria para as hipóteses de obrigações de dar quantia fixada judicialmente, conforme parece revelar-se da leitura isolada do art. 475-I, caput, do CPC?

José Carlos Barbosa Moreira enfrentou o assunto com a profundidade que lhe é peculiar [07]. Para o autor, pelo que se extrai do texto, cumprimento de sentença é noção que abrange mais de uma figura, constituindo-se em verdadeiro gênero que se dividiria em espécies. A primeira espécie singular, que a lei dá o nome execução, seria a referente à obrigação por quantia certa; a segunda comportaria duas espécies de obrigações fixadas judicialmente — obrigação de fazer ou não fazer (art. 461-A do CPC) e obrigação de dar coisa certa ou incerta (art. 461-A do CPC) [08].

Após analisar outros dispositivos do CPC, principalmente o art. 475-N, I, que arrola, no plano dos títulos executivos judiciais, a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, sem estabelecer qualquer distinção fundada na espécie de obrigação reconhecida pelo juiz, afirma Barbosa Moreira que se a nota característica das sentenças executivas é a realização, na mesma causa, sem a instauração de novo processo, de medidas complementares à satisfação do demandante vencedor, a consequência lógica decorrente da Lei nº 11.232/2006 é justamente a inovação no sentido de que a dispensa da realização desse segundo processo (o de execução) fica estendida ao caso da sentença de procedência em ação relativa a ‘obrigação por quantia certa’, para empregar a terminologia do art. 475-I. Com isso, conclui o renomado processualista:

Mas, bem pesadas as coisas, reduz-se com isso a muito pouco — estaríamos tentados a dizer: a nada — a diferença entre as figuras do ‘cumprimento’ e da ‘execução’ mencionadas no ‘caput’ do art. 475-I. Em qualquer caso, tratar-se de sentença cuja efetivação, mediante atos materiais, se conterà por inteiro no mesmo processo em que se houver julgado. Nessa perspectiva, não admira que já se sustente em doutrina, pura e simplesmente, a sinonímia entre aqueles dois ‘nomina iuris’ [09].

Outra advertência do autor relaciona-se com uso do vocábulo cumprimento, geralmente empregado, na tradição da linguagem jurídica pátria (CC, CPC etc.), para representar forma de cumprimento voluntário, de maneira que existem fortes motivos para levantar-se dúvidas sobre a propriedade da terminologia pela qual optou a reforma [10].

O certo é que a expressão execução forçada, como situação jurídica oposta ao uso da expressão execução voluntária, é a mais adequada para referir-se tanto às atividades

jurisdicionais de implementação coercitiva ou material das obrigações fixadas judicialmente quanto às atividades jurisdicionais de implementação coercitiva ou material das obrigações constantes em títulos executivos extrajudiciais.

Uma observação, contudo, merece ser feita. É justamente a distinção existente entre execução por coerção ou por pressão psicológica, com o uso de técnicas de coerção, também denominada de execução indireta (art. 461, 733, ambos do CPC) e execução por sub-rogação ou substituição. Discutem-se na doutrina se a execução indireta ou por coerção seria espécie de execução. Há aqueles que a inserem como execução propriamente dita [11]. Outros, como Liebman [12], afirmam que a verdadeira execução forçada somente se faz por sub-rogação (substituição), já que na primeira haveria somente o cumprimento voluntário da obrigação, mesmo que sob pressão [13]. Entendemos que negar a inserção da execução indireta ou por coerção no plano geral da execução é uma visão muito estreita e limitada do fenômeno. O cumprimento da obrigação sob pressão coercitiva imposta jurisdicionalmente, como nas hipóteses de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do CPC) ou de pagamento de pensão alimentícia (art. 733 do CPC), não pode ser concebido como típica hipótese de cumprimento voluntário da obrigação, tratando-se no nosso sentir de espécie de execução forçada por pressão em razão do uso de técnicas de coerção. A respeito, com precisão, concluem Wambier, Almeida e Talamini:

"Não parece inadequado reputar a execução indireta como verdadeira forma de execução. Primeiro, porque através dela há verdadeira atuação de sanção. Os que negam essa tese abraçam o entendimento de que a sanção jamais se realiza com a colaboração da atividade voluntária do inadimplente. Não há, todavia, o que justifique essa percepção. Reconhece-se, na teoria geral do direito, a figura da sanção intimidatória, ou seja, o estabelecimento de medidas que desencorajem o sujeito a violar (ou continuar violando) a lei. Nessa hipótese, haverá atividade voluntária do executado, mas não espontânea. Sua conduta terá sido decorrência direta da atuação da sanção intimidatória por parte do Estado" [14].

### 3. Execução e a crise do sistema implantado no CPC/73

No direito romano reinava o princípio no sentido de que era imprescindível conhecerem-se as razões das partes para proceder-se à execução. Nesse período clássico, decorridos 30 dias da sentença condenatória, prazo previsto para o devedor pagar a dívida fixada na sentença, o credor podia ajuizar a *actio iudicati*. O sistema era o da dualidade de processos: o de conhecimento e o de execução, o que foi mantido nos processos *extra ordinem* que vieram a substituir o antigo processo formulário [15].

O sistema dos povos germânicos, que vieram a invadir a Europa ocidental no início da Idade Média, era bem atrasado, pois o inadimplemento consistia em ofensa ao credor e, por isso, ele tinha autorização para reagir e buscar a reparação do seu direito pelo uso da força, dispensada a intervenção de terceiros ou de autoridades. Com o decorrer do tempo, as leis vieram a estabelecer um certo controle sobre a atividade das partes, fixando que a licitude da penhora dependia da autorização do juiz. Após o surgimento das universidades italianas, o que se deu a partir do ano 1000, as duas orientações, a

romana, mais evoluída, e a germânica, atrasada, chocaram-se. De um lado, a mentalidade romana pregava o respeito pelo direito ao exigir que, mesmo depois de proferida a sentença, fosse promovida a execução por intermédio da *actio iudicati*. De outro, a mentalidade germânica, que era rude, violenta e impaciente com a demora, admitia, excepcionalmente, depois da prática dos atos executivos, o exame das razões dos litigantes.

Pelo trabalho dos juristas da Idade Média foi possível estabelecer uma ponte entre as duas orientações acima, o que se deu com a criação da execução aparelhada (*executio parata*), que vige até os nossos dias. Assim, somente a partir da condenação é que era possível a execução. Contudo, a *actio iudicati*, pela morosidade que gerava, foi reservada somente para situações excepcionais. Nas situações comuns tornava-se suficiente um mero requerimento do credor ao juiz para garantir-se a execução da sentença, procedimento esse denominado de execução *per officium iudicis* [16]. Tal procedimento, afirma Liebman, era compreendido como mero prosseguimento complementar do ato de prolação da sentença.

"(...) Isto significou atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*" [17].

Em razão da necessidade de fomentar a agilidade quanto à realização de algumas espécies de créditos, determinados tipos de documentos, como a escritura pública, foram equiparados à sentença para fins de execução, de sorte que esses instrumentos passaram a ter força executiva nos termos da própria sentença, com a diferença de que, nos casos de sentença, a pretensão do exequente tinha amparo em coisa julgada, o que limitava as formas de defesa e, no segundo, o executado podia se defender de todas as formas [18]. A orientação em questão teria se espalhado pela Europa central e ocidental. A execução *per officium iudicis* passaria a ser o procedimento normal, enquanto a *actio iudicati* ficaria para os casos em que fosse pedida a coisa sem prévia condenação [19].

Esclarece Humberto Theodoro Júnior que essas duas modalidades de execução vigoraram paralelamente até o século XVIII, sendo que, no início do século XIX, precisamente a partir do Código de Napoleão, é que houve a unificação da execução. Tendo em vista que as execuções de títulos de crédito tinham um volume preponderante em relação às execuções de sentenças, a unificação fez prevalecer o procedimento dos títulos extrajudiciais [20].

No caso do Brasil, o Regulamento 737 de 1850 previa o cabimento de: a) execução da sentença; b) assinação de dez dias; c) ação executiva [21]. Orientação um pouco diversa foi seguida pelo CPC/39, o qual não manteve a assinação de dez dias, porém, admitia a execução de sentença (ação executória — arts. 822 a 1030), considerada via ordinária, e a ação executiva, reservada para os títulos executivos extrajudiciais (arts. 298-301), tida como via especial [22].

O CPC/73, em sua estrutura original, não obstante ter disciplinado em dispositivos diversos os títulos executivos judiciais (art. 584) e extrajudiciais (art. 585), unificou o procedimento para a execução de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, de maneira a abandonar a distinção entre ação executória, que se fundava em sentença, e ação executiva, amparada em título executivo extrajudicial. A única diferença claramente estabelecida relacionava-se com o maior campo de aplicabilidade dos embargos do executado em relação às execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais (art. 745 do CPC) [23]. Essa dicotomia não era e nunca foi, no caso precisamente do sistema processual brasileiro, absoluta, conforme afirma Humberto Theodoro Júnior:

"Essa esdrúxula dicotomia, todavia, nunca foi absoluta, já que, em muitas ações especiais, o legislador a afastava e adotava um procedimento unitário, dentro do qual se promoviam, numa única relação processual, os atos de accertamento e de realização do direito do credor. Para distinguir essas modalidades especiais de procedimento unitário cunhou-se a expressão 'ações executivas lato sensu', sob a qual abrigavam-se figuras como as ações possessórias e as ações de despejo, entre várias outras" [24].

Afirmou J.J. Calmon de Passos que a crise do processo de execução diz respeito à sua eficácia, de sorte que falar em crise da execução é analisar a problemática gerada pelo fato de tal processo estar deixando de corresponder ao que se deve dele esperar [25].

Na verdade, a crise da execução no CPC/73 foi gerada no seu nascedouro. Fundado em uma visão predominantemente fechada e auto-suficiente de sistema, sem falar da sua estruturação sedimentada em uma visão ideológica predominantemente liberal/individualista, o CPC/73 conduziu às últimas conseqüências o princípio da autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento, conferindo-lhe tratamento bem amplo no seu Livro II. A unificação dos procedimentos para os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, não obstante tenha facilitado a compreensão e a leitura formal do sistema, desprestigiou, por outro lado, valores fundamentais inerentes à celeridade e à própria efetividade da tutela jurídica. A consagração, como regra do sistema, da dualidade de ações conhecimento/execução e a previsão da defesa típica por ação de embargos do executado com a suspensão automática do processo de execução fez gerar uma certa dose de desequilíbrio entre os interesses do credor e do devedor, sendo este beneficiado. Entretanto, não é possível reduzir essa crise ao plano meramente técnico-jurídico. Aspectos culturais, econômicos, políticos e sociais também relacionam-se com a problemática, como sabiamente foi identificado pelo professor Donald Armelin, em um belo texto sobre a crise do processo de execução, escrito em 1993. Dizia o Mestre:

"Dúvidas não podem existir quanto a estar o processo de execução em crise. Mas este é apenas um aspecto de uma crise maior que todo o processo enquanto instrumento da tutela jurisdicional. Por sua vez a crise do processo se engasta naquela atinente ao acesso à Justiça que se prende às demais inerentes a um país de terceiro mundo, com veleidades de se inserir no primeiro. Isto porque, em um Estado deficiente de meios, vários são os acessos obstados pelas carências econômicas e materiais: acesso à saúde, à educação, à habilitação e, por vezes, até mesmo ao

indispensável à subsistência. Nesse panorama sombrio da vida nacional, seria demais pretender que a prestação jurisdicional não houvesse sido afetada, principalmente no concernente à sua efetividade, vista essa como adequação dos meios aos fins objetivando a produção destes. Impossível a um Estado em crise propiciar meios suficientes para o exercício de um de seus poderes. Daí o truísmo de se afirmar que as deficiências da prestação da tutela jurisdicional passam pelas restrições impostas ao Judiciário, no concernente à sua estruturação e adaptação à crescente demanda de seus serviços. A constatação desse fato resulta de meras estatísticas e a sua afirmação implica verdadeiro 'ritornello' nas eternas reclamações a esse respeito na divisão dos recursos entre os poderes do Estado" [26].

No plano específico do processo, Donaldo Armelin apresentava-nos alguns fatores, por ele agrupados em três grandes classes, que refletiam, em grande parte, a crise do processo de execução, estando eles relacionados com: 1) a redução da área da responsabilidade patrimonial, bem como a falta de adequação de meios de coerção; 2) a insuficiência de meios próprios e adequados para a conservação do patrimônio do devedor reforçada pela hipertrofia do exercício do direito de defesa na execução; 3) a presença de vários pontos de estrangulamento nos procedimentos executivos respectivos [27]. Após identificar e discorrer com profundidade e clareza sobre esses vários pontos que contribuíam para a intensificação da crise do processo de execução, Donaldo Armelin, com a maestria de sempre, arrolava várias propostas para o aperfeiçoamento do sistema da execução, várias delas acolhidas em reformas recentes no CPC:

"Em conseqüência do supra exposto, poder-se-ia sintetizar as propostas ali difusamente consubstanciadas nos seguintes enunciados: a) necessidade da ampliação da responsabilidade patrimonial, com inclusão nela de parte dos altos salários e do sobejo de um valor previamente estatuído para os imóveis considerados bens de família de elevado valor, qualificando-os como relativamente impenhoráveis, ou seja, somente passíveis de constrição à míngua de outros bens; b) conveniência da eliminação de restrições á penhorabilidade de determinados bens, quando se cuidar de execução de obrigações de fazer ou de não fazer ou resultante de ilícito aquiliano; c) possibilidade de atuação de meios indiretos de coerção pessoal, inclusive mediante modificação no texto constitucional, para assegurar o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer na área dos direitos difusos ou coletivos; d) potenciação dos instrumentos de coibição de fraude processual, com a substituição da atual e discutível sanção para os atos atentatórios à dignidade da Justiça, por multas prefixadas pelo Juiz e com a ampliação do âmbito cronológico da fraude de execução, fixando-se o seu termo inicial na propositura da ação; d) aproveitamento da possibilidade de regionalização ou estadualização do procedimento de execução, para atender às peculiaridades locais, ao abrigo do inciso XI, do art. 24, da Constituição Federal, com o que poder-se-ia, entre outras providências, instituir a citação pelo correio, como ampliação de prazo ara nomeação de bens à penhora, tal como sucede, com êxito, na disciplina da Lei nº 6.830/80 e na Justiça do Trabalho, a eliminação de editais de praça sempre que demasiadamente onerosos e ou dispensáveis; e) maior utilização do espectro do art. 574, do Código de Processo Civil para coibir as execuções infundadas ou inadmissíveis, bem assim como recurso mais freqüente ao art. 1531, do Código

Civil, para obstar enriquecimento ilícito ou provocação dispensável do Judiciário para a prestação da tutela executiva" [28].

Em outra oportunidade, antes das mais recentes reformas do CPC, chegamos a escrever que não era mais suportável conviver com as situações em que já se tinha o reconhecimento judicial do direito e, mesmo assim, impor à pessoa titular do direito respectivo, que voltasse, com uma nova ação, um novo processo, novas fases, novas possibilidades de defesa, novos recursos, para buscar a satisfação de seu direito já conhecido judicialmente:

"É fundamental a total mudança de paradigma, para que se acabe com o processo de execução como processo autônomo em relação a todos os títulos executivos judiciais. Portanto é imprescindível que o juiz, ao reconhecer o direito, possa determinar nos mesmos autos a sua satisfação, o que já ocorre em relação às denominadas ações mandamentais e às ações executivas 'lato sensu' (...)" [29].

No caso das tutelas jurisdicionais coletivas, a crise em decorrência da carência de regulamentação normativa própria continua evidente no sistema, principalmente pela dependência estrutural e procedimental do CPC, diploma orientado, preponderantemente, por uma concepção individualista, o que tem dificultado, e muito, a efetivação das tutelas jurisdicionais coletivas.

"(...) é necessário que haja reestruturação do sistema processual no que tange às suas disposições sobre o processo coletivo de execução, para que os mecanismos processuais existentes se adaptem a esse novo e fundamental ramo do direito processual, possibilitando, assim, a máxima efetividade dos direitos ou interesses coletivos, já reconhecidos em título executivo judicial ou extrajudicial" [30].

#### 4. As últimas reformas do CPC em relação ao processo de execução

O CPC/73 está passando por inúmeras e incessantes reformas. Mais de 40 (quarenta) leis já o modificaram, provocando-lhe centenas de alterações. No plano dos movimentos em prol da efetividade do processo, liderados no Brasil pela concepção teórica em torno visão instrumentalista do direito processual, são apontadas três grandes etapas de reformas: 1994/1996; 2001/2002; e 2005/2007, esta ainda em andamento.

Apesar dos inúmeros aspectos positivos gerados por essas reformas, pontos negativos existem, muitos deles relacionados à perda da unidade estrutural do CPC, à falta de observância da boa técnica processual, à geração de constantes polêmicas tanto na jurisprudência quanto na própria doutrina. Esses problemas têm produzido verdadeiras situações de insegurança jurídica e dificuldades de compreensão, interpretação e aplicação do sistema processual. Pode-se afirmar que o CPC tornou-se uma verdadeira colcha de retalhos.

Tudo isso impõe a necessidade de revisitação da própria visão instrumentalista do direito processual, revisitação essa que deve ter, no nosso sentir, como guia condutor, a

teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Torna-se imprescindível, como exigência do próprio Estado Democrático de Direito, que sejam fixadas as diretrizes metodológicas do direito processual à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A partir da fixação dessas novas diretrizes metodológicas é que será eficiente e legítima a implementação de reformas constitucionais e infraconstitucionais. Com isso, não se quer negar ou abandonar definitivamente a metódica pluralista e aberta implantada pela visão instrumentalista do direito processual, mas revisita-la e redirecioná-la sob duas premissas básicas: a) o direito processual é instituição constitucional; b) o seu estudo, a sua reforma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutora a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Caso contrário, teremos que conviver com incessantes reformas das reformas do sistema processual que nunca satisfazem nem atendem às exigências do Estado Democrático de Direito e aos anseios sociais. Da mesma forma que a fase instrumentalista não negou a autonomia do direito processual, que foi conquistada pela fase anterior (autonomista ou conceitual), a nova fase a ser implantada do garantismo-constitucional processual fundamental não nega a metódica pluralista e aberta conquistada pela fase instrumentalista, mas pretende redirecioná-la e revisita-la com base nas duas premissas acima [31].

Precisamente no plano do processo de execução, três leis, entre as inúmeras que já alteraram o CPC/73, merecem atenção especial.

A primeira delas é a Lei 10.444/2002, que, além de outras alterações, eliminou o processo de execução como processo autônomo em relação às obrigações de fazer ou não fazer (arts. 461 do CPC e 644) e às obrigações de dar coisa certa ou incerta (art. 461-A do CPC).

A segunda é a Lei nº 11.232/2005, que produziu várias alterações no CPC e, ainda, eliminou, a partir de nova regra estabelecida para o sistema processual brasileiro, o processo de execução como processo autônomo em relação às obrigações de dar quantia ao inserir, no Livro I, Título VIII, do CPC, o Capítulo X (arts. 475-I/475-R), denominado de cumprimento da sentença [32].

A terceira lei, que é a Lei 11.382/06, foi a que produziu o maior número de reformas no Livro II do CPC, com alterações estruturais, redacionais e pontuais. Somente para ilustrar, podemos citar como forma de modificação estrutural na execução, as várias alterações no sistema de defesa por embargos do executado (arts. 652, caput, 652, §§ 2º e 3º, art. 600, IV e 656, § 1º, 738, 745-A, 736 e 739-A, todos do CPC), no qual não possui efeito suspensivo automático, passou a ser autuado em apartado, não há a necessidade de deixar seguro o juízo, entre outras alterações [33]. Como alteração redacional, podemos apontar a substituição, em vários dispositivos, dos vocábulos credor e devedor por exequente e executado (arts. 651, 652 etc.). Como reformas pontuais, incontáveis foram as alterações, tais como: a possibilidade de obtenção pelo exequente, no ato da distribuição, de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com a identificação das partes e do valor da causa, para, independentemente de decisão judicial, averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto (art. 615-A do CPC); a ampliação do rol

da impenhorabilidade absoluta de bens (art. 649, VIII, IX e X, do CPC); a previsão de penhora eletrônica e a possibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa (art. 655-A do CPC); a previsão de alienação por iniciativa particular (art. 685-C do CPC); a possibilidade de o executado, no prazo de 15 dias para embargar, requerer seja admitido o pagamento parcelado da dívida (art. 745-A do CPC) etc.

Humberto Theodoro Júnior indica quatro momentos das reformas do CPC que, para ele, concorreram para a mudança, no Brasil, do sistema da dualidade de ações e de processos para a efetividade de um mesmo direito, tornando um único processo, em regra, sincrético e de força dúplice (acertamento e execução dentro de um mesmo processo). O primeiro teria sido levado a efeito pela Lei 8.952, de 13.12.1994, que fez inserir, no art. 273 do CPC (alterado e aperfeiçoado posteriormente pela Lei 10.444, de 07.05.2002), a antecipação genérica dos efeitos finais da tutela jurisdicional final pretendida, permitindo a sua imediata execução sem a necessidade de instauração de um novo processo, de forma a desestabilizar o sistema dualístico. O segundo momento decorreu da reforma do art. 461 do CPC pela Lei 8.952, de 13.12.1994, sendo que esse dispositivo foi posteriormente aperfeiçoado pela Lei 10.444, de 07.05.2002. O art. 461 passou a admitir a tutela específica, possibilitando ao juiz que, procedente o pedido, pudesse adotar, no mesmo processo, as medidas para alcançar o resultado equivalente, denominadas de medidas de apoio [34]. O terceiro momento adveio da inserção no CPC, pela Lei 10.444, de 07.05.2002, do art. 461-A, com a admissão expressa, em relação às obrigações de dar coisa certa ou incerta, móvel ou imóvel, da expedição de mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se trate de bem imóvel ou móvel, respectivamente, no mesmo processo em que foi proferida a sentença [35]. O quarto momento, levado a efeito pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005 (arts. 475-I/475-R do CPC), é o que concluiu o processo de abolição da ação autônoma para a execução da sentença, de modo a passar a abranger, também, no plano dos denominados processos sincréticos ou de força dúplice, as obrigações de dar quantia [36].

Observa-se, contudo, que todas essas reformas do CPC não tiveram qualquer preocupação com a problemática relativa à execução coletiva dos direitos ou interesses massificados. Apesar de existir um tímido tratamento no plano dos direitos individuais homogêneos (art. 95/100 do CDC), não há disciplina normativa própria e específica em relação aos direitos difusos e coletivos, salvo as disposições previstas nos arts. 5º, § 6º, 13 e 15 da LACP.

##### 5. O modelo do Direito Processual Coletivo brasileiro como um novo ramo do direito processual

Em nossa dissertação de mestrado, defendida em junho de 2000 e depois publicada (2003), sustentamos que o direito processual coletivo é, no Brasil, um novo ramo do direito processual. É um novo ramo do direito processual que surgiu a partir da CF/88, a qual implantou no País uma nova ordem jurídica, dinâmica, aberta e de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos.

"(...) é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutela, no 'plano abstrato', a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no 'plano concreto', pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social" [37].

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também defendem a idéia de existência de um direito processual civil individual e de um direito processual civil coletivo [38].

A partir da 21ª edição, publicada em 2005, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco passaram a sustentar, na clássica obra Teoria geral do processo, que sendo caracterizado por princípios e institutos próprios, o direito processual coletivo pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual [39]. Em obra coletiva publicada neste ano de 2007, concluiu Ada Pellegrini Grinover:

"Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da Ação Civil Pública, quinze de Código de Defesa do Consumidor, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual" [40].

O sistema pátrio é apontado, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos massificados, como um dos mais avançados do mundo [41]. É esta a visão atual que propõe a classificação das tutelas processuais de acordo com as tutelas materiais. Entre o direito material e o direito processual deve existir uma relação de correta e perfeita adequação de correspondência mútua. E mais: essa relação deve ser conduzida à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais [42].

Ora, se vivemos em uma sociedade massificada, se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, inserindo inclusive a proteção dos direitos coletivos dentro da teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, art. 5º, da CF/88), de forma inclusive a garantir o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), torna-se imprescindível também a concepção de um direito processual massificado, de natureza coletiva [43].

O direito processual coletivo surge como um novo ramo do direito processual no Brasil com a CF de 1988. É o que se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 5º, XXXV, LXX, LXXI, LXXIII; art. 14, §§ 10 e 11, art. 37, § 4º, 114, § 2º, art. 129, III, e § 1º; art. 102, I, a, §§ 1º e 2º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, 125, § 2º, entre outros dispositivos da CF/88 [44].

Está superada, portanto, a classificação bipartida da doutrina clássica: direito processual civil e direito processual penal. Os institutos clássicos do direito processual civil (legitimidade, estabilização da demanda, pedido e sua interpretação, coisa julgada etc.), conceituados e concebidos com base em uma técnica fundada no liberalismo individualista dos séculos XVIII e XIX, não se amoldam às diretrizes do direito processual massificado, de natureza coletiva constitucional [45].

O objeto formal do direito processual coletivo é composto pelo conjunto de princípios, garantias e regras processuais que disciplinam o exercício da ação coletiva, jurisdição coletiva, do processo coletivo, da defesa no processo coletivo e da coisa julgada coletiva [46]. Além das disposições constitucionais consagradoras de princípios, garantias e regras processuais próprias, o objeto formal do direito processual coletivo ainda se compõe dos microsistemas, abaixo analisados, de tutela jurisdicional coletiva existentes no País: a) CDC — Lei 8.078/90 — Título III, art. 90 — e LACP — 7.347/85, art. 21; b) Leis 9.868/90 e 9.882/90). O Código de Processo Civil poderá até integrar o objeto formal do direito processual coletivo, mas de forma subsidiária limitada e também provisória, até que se crie um sistema mais completo que rompa com todas amarras liberais individualista do CPC. Esse é um dos grandes desafios do movimento pela codificação do direito processual coletivo brasileiro [47]. A codificação do direito processual coletivo irá justamente tornar mais uniforme e mais visível o objeto formal do direito processual coletivo, o que só será adequado se forem respeitadas as diretrizes constitucionais consagradoras do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro. Esta será uma das grandes vantagens de uma proposta de codificação.

O direito processual coletivo brasileiro, no plano do seu objeto material, divide-se em especial e comum. O direito processual coletivo especial destina-se ao controle concentrado e abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ADI por ação; ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ADI por omissão; ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, ADECon; arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental, ADPF) e o seu objeto material é a tutela de interesse coletivo objetivo legítimo. Especial porque, em sede de controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade, não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do direito processual coletivo especial é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais [48].

Já o direito processual coletivo comum destina-se à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular etc. O objeto de tutela do direito processual coletivo comum são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos). O direito processual

coletivo comum é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Nesse contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, o dissídio coletivo, a ação de impugnação de mandato eletivo, a ação de improbidade administrativa etc., estão inseridos dentro do direito processual coletivo comum [49].

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinentes visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social [50].

A natureza constitucional do direito processual coletivo brasileiro decorreu especialmente da opção do legislador constituinte de 1988, que conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (art. 1º; art. 5º, XXXV, LXX, LXXI, LXXIII; art. 14, §§ 10 e 11, art. 37, § 4º, 114, § 2º, art. 129, III, e § 1º; art. 102, I, a, §§ 1º e 2º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, 125, § 2º, entre outros dispositivos da CF/88), dispendo ainda sobre o objeto material do processo coletivo em inúmeras oportunidades (arts. 5º, XXIII, XXXIII, 6º, 37, § 4º, 182, 196, 197, 205, 215, 217, 220, 221, 225, 231 etc.). E mais: a própria proteção dos direitos coletivos está dentro da teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88).

Portanto, em razão da sua natureza constitucional, todos os métodos, princípios e regras interpretativas do direito constitucional são aplicáveis ao direito processual coletivo. Trata-se de uma das suas regras interpretativas [51]. São justamente essas diretrizes constitucionais que deverão traçar uma razoável proposta metódica da codificação, feito que será inédito, já que o Brasil poderá vir a ser o primeiro País a elaborar um código de direito processual coletivo [52].

O método do direito processual coletivo brasileiro não é só o técnico-jurídico do procedimentalismo científico. É o pluralista, não o da visão instrumentalista do direito processual clássica [53], mas o pluralista decorrente de uma leitura do direito processual essencialmente constitucionalizada à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um megaelemento: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça [54].

## 6. A aplicabilidade limitada e condicionada do CPC no plano dos processos coletivos

A aplicação subsidiária do CPC nos processos coletivos, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (compatibilidade formal) e nem impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (compatibilidade substancial).

Ocorre que o Código Civil de 1916, elaborado no final do século XIX e início do século XX, foi inspirado em uma filosofia liberal individualista, vindo a disciplinar, tão-somente, conflitos interindividuais. Até mesmo o Código Civil de 2002 não rompe totalmente esse paradigma, tanto que não reservou um capítulo sequer para tratar dos direitos massificados. O CPC/73 foi constituído para ser instrumento de resolução das lides surgidas das relações jurídicas materiais disciplinadas pelo CC/1916, tratando-se de Diploma processual pautado por uma concepção liberal individualista.

Portanto, a filosofia que constituiu o CPC/73 não é compatível com o fenômeno denominado de coletivização do processo. Em razão disso, foram criadas formas próprias e específicas de tutela jurisdicional coletiva, visando justamente resolver os conflitos coletivos em relação aos quais o CPC não se constituía adequado. Contudo, tanto a LACP (art. 19) quanto o CDC (art. 90) prevêm a aplicabilidade subsidiária do CPC. Para que isso ocorra, deve existir compatibilidade necessária com a principiologia do direito processual coletivo. Se essa aplicabilidade subsidiária contrariar as regras previstas no microsistema de tutela jurisdicional coletiva (Livro III do CDC e LACP) ou colocar em risco a efetividade do respectivo direito coletivo tutelado, a aplicabilidade deverá ser rechaçada pelo operador do direito.

Com efeito, observa-se que a aplicabilidade subsidiária do CPC no direito processual coletivo é limitada e condicionada. A interpretação restritiva do pedido (art. 293 do CPC), a estabilização da demanda a partir da decisão saneadora (art. 264, parágrafo único, do CPC), a responsabilidade processual objetiva (arts. 574 e 811 do CPC), entre inúmeras outras disposições do CPC, são diretrizes processuais que, em razão de inibirem e colocarem em risco a proteção dos direitos massificados, não são compatíveis, substancialmente, com a principiologia que rege o direito processual coletivo [55].

## 7. Execução coletiva:

### 7.1 Delimitação conceitual

Delimitar conceitualmente execução coletiva não é tarefa fácil. Até a emergência e a consagração legislativa da tutela jurisdicional dos direitos ou interesses transindividuais, o sentido que se empregava a expressão execução coletiva restringia-se, basicamente, ao plano do concurso universal de credores na falência ou na insolvência civil [56]. A partir da consagração da tutela jurisdicional dos direitos e interesses massificados, o emprego da denominação execução coletiva assume novas dimensões para abranger formas de tutelas jurídicas de concretização dos denominados direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido restrito e individuais homogêneos, adequadamente conceituados pelo parágrafo único do art. 81 do CDC.

Apesar de o processo de insolvência civil e o de falência apresentarem algumas características que são próprias dos processos coletivos, como o próprio interesse social a eles inerentes, não trataremos no presente artigo dessas formas de execução tidas como coletivas. Até porque elas foram constituídas com base no direito

processual civil clássico e se divorciam, em vários aspectos, da principiologia e diretrizes do direito processual coletivo [57]. Nesse sentido, manifestou Sérgio Shimura:

"(...) na insolvência existe arrecadação de todo o patrimônio, enquanto na execução coletiva ora em foco obedece ao rito dos arts. 646 e ss. CPC. Segundo, porque na insolvência as obrigações derivam de várias fontes (obrigações trabalhistas, tributárias, comerciais, civis etc.); já na execução coletiva em tela a obrigação promana de uma só fonte, isto é, envolve direitos individuais homogêneos. Por fim, na insolvência a execução é necessariamente uma; e na execução coletiva na defesa de interesses individuais homogêneos pode haver a concorrência de execuções individuais das vítimas" [58].

A eliminação, com exceção de algumas hipóteses, do sistema dualístico, que impunha a utilização de duas ações (a de conhecimento e a de execução) para a efetivação de um mesmo direito, também faz gerar dificuldades para a delimitação conceitual da expressão execução coletiva, pois, de acordo com o sistema processual reformado atual, há um verdadeiro sincretismo entre cognição e execução judiciais [59].

Com efeito, a execução coletiva pode ser entendida como a realização material e fática, de forma voluntária ou forçada, de obrigações certas, líquidas e exigíveis, de fazer ou não fazer, de dar coisa certa ou incerta ou de dar quantia, contidas em determinado título executivo judicial ou extrajudicial que reconheça a existência de direitos ou interesses difusos, de direitos ou interesses coletivos em sentido estrito e de direitos ou interesses individuais homogêneos. Contudo, o presente artigo somente abordará a execução executiva forçada, tecendo considerações pontuais e reflexivas. Nesta ótica, a execução coletiva poderá realizar-se como atividade complementar do processo de conhecimento, nos casos em que a obrigação respectiva for fixada judicialmente ou em ação e processo de execução autônomos, o que se dá, geralmente, nos casos dos títulos executivos extrajudiciais.

Contudo, a execução coletiva não se limitar à satisfatividade meramente econômica. As prestações específicas, especialmente as preventivas, ou as ressarcitórias na forma específica, são fundamentais para a tutela adequada e efetiva dos direitos massificados. Considerando a indisponibilidade que se encontra presente nos direitos massificados, especialmente os difusos, a conversão de obrigações específicas em genéricas somente é adequada, no plano da tutela coletiva, quando se tornar impossível a realização da tutela na sua forma específica. Nesse contexto, os meios de coerção assumem papel muito importante, o que se justifica, afirma Elton Venturi, em razão do caráter extrapatrimonial dos direitos ou interesses metaindividuais [60].

## 7.2 A falta de corpo legislativo próprio e a insuficiência do CPC para reger a execução coletiva

Não há no sistema jurídico brasileiro um corpo legislativo próprio para reger a execução coletiva. O CDC até chega a conferir, de modo muito tímido e insuficiente, tratamento direcionado à execução coletiva no que tange aos direitos ou interesses

individuais homogêneos (arts. 95/100 da Lei nº 8.078/90). Em relação aos direitos ou interesses difusos e coletivos em sentido estrito, a situação é a de um completo vazio legislativo. Na Lei nº 7.347/85 (LACP), são, basicamente, dois os dispositivos pertinentes, que teriam aplicabilidade no plano da tutela desses direitos de natureza essencialmente coletiva (arts. 13 e 15). A Lei nº 4.717/65, que regulamenta o exercício da ação popular, somente dedica dois artigos ao tema da execução da sentença proferida no processo instaurado pela ação popular (arts. 14 e 16). A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) dispõe sobre a matéria em um só de seus artigos (art. 18).

Diante disso, o campo de aplicabilidade do CPC na execução coletiva é muito amplo. Isso faz gerar, naturalmente, dificuldades, riscos e prejuízos à efetividade dos direitos ou interesses massificados, pois, como afirmado no tópico 6 deste artigo, o CPC foi elaborado e estruturado para tutelar direitos individuais. Daí a razão da incidência da regra interpretativa no sentido de que a aplicabilidade do CPC nos processos coletivos deva ser subsidiária condicionada/limitada [61]. Nesse sentido, conclui Elton Venturi:

"Na aplicação subsidiária do CPC ao processo coletivo, devemos investigar acerca da idoneidade da transposição pura e simples de dispositivos idealizados originariamente para instrumentalizar pretensões individuais, a fim de não se afrontar princípios informativos ou fundamentais do processo coletivo" [62].

Da mesma forma, os princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo assumem papel nuclear. É por intermédio deles que é possível o controle adequado da aplicabilidade subsidiária do CPC nos processos coletivos.

A escolha, com base no diálogo das fontes, dos mecanismos processuais eficientes para que a execução coletiva cumpra os seus objetivos, conferindo efetividade real principalmente aos direitos ou interesses coletivos já reconhecidos, é uma diretriz interpretativa imprescindível na seara da execução coletiva [63].

Com razão defende Elton Venturi a necessidade de implementação de uma tutela executiva diferenciada para os direitos metaindividuais:

"Parece lícito, reclamar-se pela implementação de uma tutela executiva diferenciada dos direitos metaindividuais que permita, em cada situação concreta, o exato e imediato cumprimento do provimento judicial, uma vez que, consoante Federico Carpi, há 'estrema difficoltà di utilizzare forme esecutive uniche per tutti i tipi di situazioni Che debbano essere realizzate in via diretta'. Nada mais certo, pois, que se propugnar, 'de lege ferenda', pela criação de um procedimento específico, adequado às aspirações de funcionalidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos" [64].

Ressalta-se que existe atualmente uma comissão criada no Ministério da Justiça, da qual fazemos parte, que está elaborando um anteprojeto de reforma da tutela coletiva no Brasil. Essa comissão está procurando regulamentar adequadamente a execução coletiva no País.

### 7.3 A execução coletiva no Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América

Juristas brasileiros deram início a um movimento que ensejou a criação de um Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América [65]. Depois de ser debatido em eventos internacionais [66], o Anteprojeto foi convertido em Projeto que, após ser aprovado pela Assembléia-Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, em Caracas, na Venezuela, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, foi transformado em Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América [67].

É muito elogiável a iniciativa dos juristas brasileiros e o valor simbólico presente na criação de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América é muito grande. Apesar de ser um avanço em relação aos paradigmas legislativos da maioria dos países de família jurídica comum, o referido Código-Modelo não representa inovação se comparado com as conquistas do sistema jurídico brasileiro [68].

Especificamente no que tange à execução coletiva, é muito tímida a disciplina do Código-Modelo. Ele não confere tratamento amplo à execução. Não disciplina a execução de títulos executivos extrajudiciais [69]; em síntese, observa-se que ele não dedica um capítulo sequer à execução coletiva.

Os artigos 6º e 7º do Código-Modelo disciplinam a tutela específica, reproduzindo, basicamente, o teor do que já é estatuído no CPC brasileiro (art. 461 e 461-A). O art. 8º, disciplinando a ação indenizatória, prevê que, na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individualmente Homogêneos. A novidade concentra-se na previsão de um fundo dos direitos indivisivelmente homogêneos e no tratamento mais amplo do fundo do que a regulamentação do art. 13 da LACP.

O art. 19 do Código-Modelo prevê que a execução será definitiva ou provisória. Contudo, o referido dispositivo estabelece, em seu § 1º, que a execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida. Esse dispositivo, também presente no CPC brasileiro (art. 475-O, I), é incompatível com a principiologia que rege o direito processual coletivo, tendo em vista que ele inibe o comparecimento em juízo do representante adequado. No plano da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, o Código-Modelo repete, basicamente, o que já é disciplinado no CDC (arts. 96/100).

Portanto, o Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, na sua condição de trabalho doutrinário, tendo se inspirado e reproduzido parte considerável do que já está consagrado na legislação pátria, não serve de modelo ideal para o aperfeiçoamento do nosso sistema processual de tutela coletiva.

#### 7.4 A execução coletiva no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), em discussão, atualmente, no Ministério da Justiça

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), atualmente em discussão no Ministério da Justiça, reproduz, com algumas alterações, o que está previsto na orientação do Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. É muito elogiável a iniciativa dos juristas que têm se dedicado a essa proposta de codificação, com especial destaque para o trabalho desempenhado pela professora Ada Pellegrini Grinover. Entretanto, entendemos que a proposta apresentada contém problemas estruturais e pontuais e precisa ser aperfeiçoada. No caso da execução coletiva, o tratamento conferido pelo mencionado Anteprojeto é muito tímido e insuficiente para libertar o direito processual coletivo, na sua condição de um novo ramo do direito processual, das amarras liberais individualistas do CPC [70].

Em relação ao Anteprojeto em análise, convém destacar que a execução coletiva recebe tratamento nos arts. 2º, 15 e 16, 21, § 3º, 26, 27, 35, 36 e 37 [71]. O art. 2º arrola, em sua alínea r, a obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença como um dos princípios da tutela jurisdicional coletiva. O art. 15 reproduz a orientação estabelecida no art. 15 da LACP, com alteração do prazo de 60 para 120 dias para a promoção obrigatória da liquidação ou da execução pelo Ministério Público [72]. O art. 16 estabelece que a execução coletiva poderá ser provisória ou definitiva; porém ele prevê, em seu § 1º, que ela corre por conta e risco do exequente [73]. Essa orientação, como afirmado acima, contraria a principiologia que rege o direito processual coletivo ao inibir o comparecimento em juízo do representante adequado. O art. 21, § 3º, estabelece que o termo de ajustamento de conduta é título executivo extrajudicial, salvo quando homologado judicialmente, quando passará a ter a natureza de título executivo judicial [74]. O art. 26 do Anteprojeto USP possui redação elogiável pela sua boa técnica jurídica [75]. Esse dispositivo disciplina a ação reparatória e consagra, em seu § 1º, o princípio da não-taxatividade das medidas executivas [76], ao mesmo tempo em que prevê a admissibilidade da conversão da obrigação específica em perdas e danos se for impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas (§ 2º). O art. 27 confere tratamento ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos com disciplina, no caso, bem mais ampla e mais aperfeiçoada que a do art. 13 da LACP [77]. Os arts. 35, 36 e 37 do Anteprojeto USP disciplina a execução coletiva no plano da tutela jurisdicional coletiva dos direitos e interesses individuais homogêneos. Em geral, salvo algumas inovações, o tratamento reproduz a orientação já presente no CDC (arts. 96/100) [78].

#### 7.5 Princípios e diretrizes interpretativas da execução coletiva

Em tempos atuais, o papel dos princípios constitucionais adquire função nuclear na condição de mandamentos de otimização do sistema, com forma normativa irradiante sobre toda a ordem jurídica. Essa concepção é delineada filosoficamente por diversas concepções que compõem o chamado pós-positivismo jurídico [79]. Esse pós-positivismo, considerado por muitos como uma terceira via para além do jusnaturalismo e do positivismo legalista, coloca o constitucionalismo em substituição

ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção; fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais, quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário [80]. Nesse novo constitucionalismo (constitucionalismo avançado ou neoconstitucionalismo [81]), a Constituição deixa de ser uma mera Carta Política e passa a ser uma Carta de Direitos Fundamentais com força normativa irradiante e vinculante.

Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da inflação legislativa em relação a outras, os princípios constitucionais expressos ou implícitos, constituem-se, na visão do novo constitucionalismo, parâmetros sob os quais deve ser orientado o estudo, a reforma e a aplicação do direito no plano de uma ordem jurídica democrática.

Tecidas essas considerações, convém apontar alguns princípios e diretrizes que servem como parâmetros de condução da execução coletiva.

O primeiro é o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva previsto no art. 83 do CPC [82]. Com base no princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos. Tem esse princípio previsão expressa em lei: art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP, que lhe confere hiper-eficácia na sua condição de norma de superdireito processual coletivo comum. Essa mesma orientação está presente nos arts. 212 do ECA (Lei 8.069/90) e 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) [83]. Assim, todos os tipos de ações executivas são cabíveis, bem como todos os tipos de provimentos e medidas executivas necessárias para a efetivação da tutela jurisdicional coletiva. É cabível inclusive a antecipação da tutela coletiva, com determinação judicial de adoção imediata das providências previstas no título executivo. Por força do art. 83 do CDC em sua combinação com o art. 21 da LACP, aplica-se a todas espécies de execução coletiva, por ação autônoma ou por atividade complementar do processo de conhecimento, o disposto no art. 66 da Lei 8.884/94, onde está estabelecido: "Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo".

O segundo é o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público. Em razão da imposição decorrente desse princípio, em caso de desídia dos outros legitimados ativos, o Ministério Público deverá promover a execução coletiva (art. 15 da LACP). Trata-se de princípio que também tem previsão na Lei da Ação Popular, que confere legitimidade ativa provocativa subsidiária ao Ministério Público para a execução coletiva. O órgão de execução do Ministério Público deverá promover a execução coletiva nos casos de desídia do cidadão autor ou de outro legitimado ativo (art. 16 da Lei n. 4.717/65).

Elton Venturi, em excelente obra sobre o tema, apresenta-nos outros princípios pertinentes à execução coletiva, sendo eles: princípio da efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos metaindividuais [84]; princípio da maior coincidência possível entre o direito e sua realização [85].

Por fim, a conjugação e a flexibilização de técnicas executivas [86], a exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC na execução coletiva, a aplicabilidade dos princípios de interpretação e de aplicação do direito constitucional, principalmente o da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 2º, da CF/88) e da tempestividade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), são também diretrizes interpretativas que devem amparar a execução coletiva no Brasil.

José Miguel Garcia Medida fala em princípio da atipicidade das medidas executivas ao comentar o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), princípio esse que teria sido adotado pelo art. 26, § 1º, do referido Anteprojeto, transcrito acima, tanto que conclui o autor:

"Observe-se que, considerando-se que no caso da tutela coletiva dos direitos impõe-se uma visão mais substancial do fenômeno, o juiz terá diante de si o fim a ser alcançado, nada impedindo que, frustrada uma ou alguma das medidas executivas empregadas, o juiz estabeleça outra medida executiva que seja mais adequada" [87].

#### 7.6 Execução coletiva em relação aos direitos difusos

Dispõe o art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, que são: 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. O vocábulo difuso significa derramado, estendido; disseminado; divulgado; generalizado, fluido. No plano do direito, observa-se que a expressão difuso, no sentido de direito ou interesse, significa espécie de direito de dimensão coletiva pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas que é de um e de todos ao mesmo tempo. É famosa a indagação de Mauro Cappelletti: a quem pertence a titularidade do ar que eu respiro? [88] É óbvio, pertence a mim e a todos ao mesmo tempo, daí a circunstância fática, absoluta, da sua indivisibilidade.

Utilizando os critérios seguidos pelo CDC, verifica-se que, sob o aspecto subjetivo, os direitos ou interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis. Pelo aspecto objetivo, que diz respeito ao objeto desta categoria de direitos ou interesses coletivos, observa-se que eles são indivisíveis. Por fim, pelo aspecto origem, os direitos ou interesses difusos têm origem comum, geralmente sem vínculo jurídico prévio entre seus titulares. Justamente nesse aspecto é que reside a diferença básica entre os direitos ou interesses difusos e os direitos ou interesses coletivos em sentido restrito.

Nos direitos ou interesses difusos não existe prévia relação jurídica base, pois as pessoas estão ligadas por meras circunstâncias fáticas, ao passo que nos coletivos em sentido estrito torna-se importante a existência de prévia relação jurídica base entre os

membros da categoria, classe ou grupo de pessoas ou entre essas pessoas e a parte contrária. Portanto, são direitos difusos, v. g., o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de publicidade não-enganosa e não-abusiva; o direito da comunidade sobre a integralidade do patrimônio cultural, moral, ecológico etc.

Observa-se que o art. 5º, § 2º da CF, quando dispõe que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, deixa claro que a relação dos direitos difusos apresentados expressamente na Constituição é meramente exemplificativa. Podem ser extraídos outros direitos difusos do próprio espírito do Texto Maior e de outras normas jurídicas compatíveis com o Estado Democrático de Direito e em vigência no Brasil. Incide aqui o princípio da não-taxatividade do Direito Coletivo.

Em razão da amplitude, da relevância e da complexidade dos direitos ou interesses difusos, seria necessária a criação de um corpo legislativo próprio e adequado para a sua execução coletiva. Todavia, a nossa legislação é carente nesse sentido, o que tem dificultado a efetivação desses direitos com base nos procedimentos executivos do CPC. Na LACP (Lei nº 7.347/85) somente três dispositivos versam sobre a matéria. O art. 5º, § 6º, que prevê a tomada, pelos órgãos públicos legitimados, do compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, conferindo-lhe força de título executivo extrajudicial. O art. 13, que trata dos Fundos estaduais e federais dos Direitos Difusos ou Coletivos. E o art. 15, que dispõe sobre a obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público.

Apesar do vazio legislativo, convém tecer algumas considerações pontuais e reflexivas sobre a execução no plano dos direitos ou interesses difusos. Essa execução poderá ser provisória ou definitiva. O art. 14 da LACP, que estabelece que os recursos das decisões proferidas na ACP serão recebidos, em regra, somente no efeito devolutivo, confirma a possibilidade de execução provisória da sentença nos processos coletivos em geral. A legitimidade ativa para a execução é ampla, aplicando-se a orientação prevista nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, salvo quando se tratar de ação civil pública de improbidade administrativa (art. 17 da Lei 8.429/92) ou de ação popular (art. 16 da Lei nº 4.717/65).

Nos casos de sentença que fixe obrigações específicas de fazer ou não fazer ou de dar coisa certa ou incerta, entendemos que a execução (ou cumprimento) poderá ser determinada de ofício pelo juiz. Nesses casos, a ação coletiva é de força dúplice e, não fosse isso, o bem jurídico é de interesse social e substancialmente indisponível. O juiz poderá utilizar-se de todas as medidas executivas pertinentes, inclusive as medidas de apoio do art. 84 do CDC e do art. 461, § 5º, do CPC.

Apesar da redação do art. 84, § 1º, do CDC e do § 1º do art. 461 do CPC, a conversão da obrigação específica em perdas e danos em relação aos direitos difusos somente poderá ocorrer se for impossível o cumprimento da obrigação específica. Os direitos difusos são direitos substancialmente indisponíveis e, por isso, não cabe ao autor a faculdade de optar, a seu bel prazer, pela conversão da obrigação específica em perdas

e danos. A reparação do dano deve guiar-se pelo princípio da maior coincidência possível entre o direito e sua realização [89]. O juiz deve tomar todas as medidas executivas possíveis e adequadas, coercitivas ou instrutivas, mesmo que não previstas expressamente em lei, para alcançar o cumprimento da obrigação específica ou alcançar o resultado equivalente. Especialmente no que se refere às reparações dos danos ambientais fixadas judicialmente, ele poderá determinar o acompanhamento do cumprimento das obrigações específicas pelos órgãos ambientais, com a apresentação de relatórios técnicos periódicos, entre outras medidas.

Nos casos de conversão da obrigação específica, fixada, judicialmente, em perdas e danos, ou de condenação judicial em obrigações de dar quantia ou, ainda, nas hipóteses das multas fixadas judicialmente, a execução coletiva observará, em regra, do procedimento previsto nos art. 475-I/475-R do CPC, no que for compatível. O valor resultante da execução será revertido para o fundo dos direitos difusos e coletivos, federal ou estadual, criado pelo art. 13 da LACP. Esse fundo está disciplinado, no plano federal, pela Lei 9008/1995. Contudo, quando se tratar de reparação de dano ao erário, aplica-se o disposto no art. 18 da Lei 8.429/92, revertendo-se o valor da condenação para a pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

O art. 99 do CDC, que disciplina o concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na LACP e as indenizações pelos prejuízos resultantes do mesmo evento, é de duvidosa constitucionalidade. Consta do dispositivo em questão: "Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento" [90]. A regra de preferência em questão contraria a orientação constitucional que insere os direitos coletivos no mesmo patamar dos direitos individuais, ou seja, no plano da teoria dos direitos fundamentais. Em caso de ponto de tensão concreta, aí sim, seria cabível decisão com base no princípio da proporcionalidade. Regra de preferência em abstrato esbarra nas diretrizes constitucionais (Título II, Capítulo I, da CF/88).

A execução de títulos executivos extrajudiciais, que reconheçam direitos ou interesses difusos, segue, diante da falta de procedimentos específicos e diferenciados, o Livro II do CPC. Essa execução coletiva por ação, em processo autônomo, seguirá o procedimento previsto para a respectiva obrigação a ser executada. Não cabe cumulação de obrigações de naturezas diversas em um mesmo processo, não obstante constem de um mesmo título executivo, como um termo de ajustamento de conduta. Tem incidência, nesses casos, o princípio da especialidade dos procedimentos executivos (art. 573 do CPC). Para a execução autônoma das obrigações de fazer ou não fazer, o procedimento é o do art. 632 e seguintes do CPC. Nas obrigações de dar quantia certa, o procedimento será o do art. 646 e seguintes do CPC, sendo que nas obrigações de dar coisa certa ou incerta, o procedimento é o do art. 621 e seguintes.

O juiz poderá e deverá tomar todas as medidas executivas, coercitivas ou preventivas, visando a efetivação concreta do direito difuso reconhecido no título executivo, estando autorizado a determinar o cumprimento imediato das obrigações do respectivo

título, conforme estabelece o art. 66 da Lei 8.884/94, aplicável às execuções coletivas em geral por força dos arts. 83 do CDC e 21 da LACP.

Quando se tratar de execução de multa fixada liminarmente, é mais razoável, pelo diálogo das fontes, aplicar o disposto no art. 461 do CPC, pois as suas disposições têm melhor eficácia social do que o art. 12, § 2º, da LACP, já que este exige o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor para que se possa promover a execução da multa respectiva.

#### 7.7 Execução coletiva em relação aos direitos coletivos em sentido estrito

São considerados direitos ou interesses coletivos pelo CDC, art. 81, parágrafo único, inciso II: 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. No sentido dos critérios do CDC, os direitos coletivos são, sob o aspecto subjetivo, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis. Sob o aspecto objetivo, por serem transindividuais e metaindividuais, são indivisíveis e indistinguíveis na forma dos difusos. E sob o aspecto origem, seus titulares — grupo, categoria, ou classe de pessoas — estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica base, que é mantida entre si ou com a parte contrária.

Esclarecem Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery que, nos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, os titulares são indeterminados, mas determináveis e estão ligados entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base. Da mesma forma que os direitos ou interesses difusos, o objeto desses direitos é indivisível. Seria direito coletivo em sentido restrito como exemplificam os juristas, o direito dos alunos de determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso [91].

Kazuo Watanabe afirma que essa categoria de direitos ou interesses coletivos decorre de uma relação jurídica base já preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito pertencente ao grupo, classe ou categoria de pessoas. Portanto, os direitos ou interesses coletivos em sentido restrito não decorrem da relação jurídica surgida com a própria lesão ou ameaça de lesão. O autor cita como exemplo os interesses dos contribuintes do imposto de renda, em que já existe uma relação jurídica base entre os contribuintes e o fisco. Em caso de adoção de uma medida ilegal ou abusiva pelo fisco será possível determinar as pessoas que serão atingidas pela medida [92].

O núcleo conceitual de identificação entre interesses ou direitos difusos e os coletivos em sentido restrito é, destarte, justamente a indivisibilidade, o que os caracteriza como direitos ou interesses superindividuais, diferentemente dos direitos ou interesses individuais homogêneos, que são divisíveis. São considerados direitos ou interesses superindividuais somente no plano processual, tendo em vista o tratamento coletivo que recebem [93].

A execução coletiva no plano dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito seguirá, basicamente, as mesmas orientações previstas para a execução coletiva dos direitos ou interesses difusos, o que dispensa a reprodução, nesta oportunidade, do que já foi considerado no tópico anterior. Todavia, considerando os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, os beneficiados somente serão o grupo, a categoria ou classe de pessoas que mantenham relação jurídica base entre si ou com a parte contrária. Nada impede, contudo, a transferência in utilibus da coisa julgada coletiva para o plano individual, nos termos do art. 103, § 3º, do CDC. Quando houver condenação em perdas e danos a direito coletivo em sentido estrito, ou a fixação de multa judicial pelo descumprimento da respectiva decisão, o resultado da condenação ou multa será destinado, em regra, ao fundo criado pelo art. 13 da LACP, estadual ou federal, conforme o caso. Nesses casos, há dificuldade quanto à reparação do dano à respectiva classe coletivamente considerada.

Explica Sérgio Shimura que, diferentemente dos EUA, onde os recursos dirigidos ao fundo são destinados à classe envolvida no litígio, de forma a receberem destinação específica, no Brasil a destinação dos recursos é livre e "(...) diversificada para qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, § 1º, da Lei 9.009/1995), ou vinculada a fundo específico" [94]. Entretanto, entendemos que nada impede que o juiz fixe, expressamente, na sentença condenatória, orientação no sentido de que os recursos decorrentes da condenação à reparação a direitos coletivos em sentido estrito, carregados ao fundo, sejam empregados em benefício da própria classe atingida, sem prejuízo das indenizações pelos danos individualmente sofridos.

#### 7.8 Execução coletiva em relação aos direitos individuais homogêneos

Direitos ou interesses individuais homogêneos são, pela definição do CDC (art. 81, parágrafo único, inciso III): os decorrentes de origem comum [95]. Usando dos critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que podem ser indeterminadas, mas facilmente determináveis.

Pelo aspecto objetivo e pelo caráter predominantemente individualizado são eles divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Pelo aspecto origem são eles de origem comum. Em relação à origem comum é que há ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, em que se exige prévia relação jurídica base, geralmente nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias, não obstante sejam, quanto à titularidade e objeto, totalmente distinguíveis.

Os direitos individuais homogêneos seriam uma categoria de direitos que representa, no plano processual, uma criação técnico-jurídica do direito positivo brasileiro para possibilitar a proteção coletiva dos direitos individuais subjetivos clássicos. A falta de previsão legal certamente dificultaria a tutela processual coletiva desses direitos [96]. Essa homogeneidade deve ser colhida sob o prisma da real possibilidade de identidade ou pelo menos semelhança entre as causas de pedir de cada direito individual, não vinculadas estritamente à existência das mesmas questões de fato. A mesma questão de

direito igualmente pode fazer decorrer a origem comum, de fato ou de direito [97]. Seriam, portanto, direitos ou interesses individuais homogêneos, por exemplo, os decorrentes da aquisição (por inúmeras pessoas perfeitamente determináveis) de veículos de uma determinada marca, ano e série, com defeitos de fabricação. Essa situação caracteriza hipótese que enseja a tutela jurisdicional coletiva, tendo em vista que os direitos ou interesses individuais estão ligados pela homogeneidade existente entre eles quanto aos fundamentos de fato e de direito.

A jurisprudência pátria, em muitos julgados, não tem compreendido a distinção correta entre as categorias de direitos coletivos adotadas pelo CDC (art. 81, parágrafo único, I, II, e III). Em muitos acórdãos percebe-se que o direito coletivo em sentido estrito é tratado como sendo direitos individuais homogêneos [98]. Em alguns casos são os direitos coletivos em sentido estrito confundidos com os direitos difusos [99].

A execução no que tange aos direitos individuais homogêneos poderá ser individual ou coletiva, conforme disciplina prevista nos arts. 95/100 do CDC. Prevê o art. 97 do CDC: "A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82".

A execução individual pressupõe, geralmente, a liquidação de sentença, tendo em vista que, em regra, a sentença é condenatória genérica (art. 95 do CDC). Essa liquidação de sentença pela habilitação dos interessados é diferenciada, pois abrange o dano, a relação de causalidade e o quantum do dano. Trata-se de liquidação por ação e processo de conhecimento que deverá seguir o rito ordinário ou sumário, conforme o caso. Fixado o valor da condenação na liquidação de sentença individual, o rito a ser seguido na execução da sentença será o do art. 475-I/475-J do CPC. A execução será atividade complementar do processo anterior de liquidação de sentença. A liquidação individual poderá ser proposta no juízo da condenação ou no próprio domicílio do autor (art. 98, § 2º, I, c/c o art. 101 do CDC) e a execução individual poderá ser promovida no juízo da liquidação ou no da condenação (art. 98, § 2º, I, do CDC).

Já em relação à execução coletiva no plano dos direitos ou interesses individuais homogêneos, prevê o art. 98 do CDC: "A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções". A legitimidade, neste caso, é ampla e abrange, em regra, todos legitimados coletivos do art. 82 ou do art. 5º da LACP, pois também existe a tutela reparatória a danos a outros direitos ou interesses individuais homogêneos que não os decorrentes das relações de consumo. A competência é do juízo da condenação (art. 98, § 2º, II, do CDC) e a execução deverá estar acompanhada de certidão de liquidação (art. 98, § 1, do CDC). O procedimento da execução, nesses casos, em que já houve sentença condenatória e sua respectiva liquidação, é o do art. 475-I/475-J, todos do CPC, no que for compatível. Trata-se de execução coletiva como atividade complementar do processo de conhecimento e o produto resultante da execução será destinado às respectivas vítimas ou seus sucessores, já que a execução coletiva, em tais hipóteses, pressupõe a existência de liquidação de sentença promovida pelos interessados individuais.

Outra hipótese de execução coletiva é a que se destina à reparação fluida (fluid recovery), disciplinada no art. 100 do CDC: "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 nº 7.347, de 24 de julho de 1985". Ao comentar o dispositivo, concluiu Elton Venturi:

"Percebe-se aqui, nitidamente, que buscou o legislador inserir, dentro do instrumental 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 individuadas a que fariam jus, não deixar impune o responsável pela prática lesiva" [100].

Discute-se em doutrina se, nas hipóteses do art. 100 do CDC, os interessados poderiam se habilitar perante o fundo para buscar suas indenizações individuais. Sérgio Shimura sustenta que se o demandado já pagou pela indenização devida, não há razão para exigí-la contra o devedor, sob pena de violar a proibição do bis in idem [101]. Em sentido contrário é o entendimento de Elton Venturi, o qual sustenta que a única hipótese que o sistema admite a habilitação de credor individual perante o fundo e, mesmo assim, amparado em decisão confirmada pelo tribunal, está regulamentada no art. 99 do CDC [102].

Quando se tratar de tutela ressarcitória na forma específica a direitos individuais homogêneos, a execução seguirá o art. 461 ou 461-A, quando a obrigação estiver amparada em sentença judicial, ou 621 e seguintes ou, ainda, 632 e seguintes, todos do CPC, quando a obrigação específica respectiva estiver reconhecida em título executivo extrajudicial. A execução, nesses casos, poderá ser coletiva ou individual, nos termos dos arts. 97 e 98 do CDC.

## 8. Conclusões

1. A execução coletiva em relação aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é tema complexo, sem tratamento legislativo adequado.
2. O CPC é diploma elaborado para a tutela de direito individual, de forma que sua aplicabilidade aos processos coletivos é limitada e condicionada.
3. As últimas reformas do CPC não tiveram qualquer preocupação com a execução coletiva nas três dimensões abordadas no presente artigo.
4. O Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), este, atualmente, em discussão no Ministério da Justiça, não conferem tratamento adequado e amplo à execução coletiva.

5. Tendo em vista o vazio legislativo e, ainda, considerando que os direitos ou interesses coletivos no Brasil estão inseridos no plano da teoria dos direitos constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), os princípios, especialmente os constitucionais fundamentais, são as diretrizes por intermédio dos quais deve ser compreendida e conduzida a execução coletiva no País.

6. Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da consistente inflação legislativa em relação a outras, e tendo em vista as orientações do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, constituem parâmetros sob os quais deve ser orientado o estudo, a reforma e a própria efetivação do direito no âmbito de uma ordem jurídica democrática.

7. Há um grande vazio legislativo no plano da execução coletiva no Brasil, especialmente em relação os direitos difusos e coletivos em sentido restrito, o que aumenta a importância da orientação com base nos princípios e diretrizes interpretativas pertinentes.

8. Constituem princípios e diretrizes interpretativas da execução coletiva, entre outros: o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva previsto no art. 83 do CPC; o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público; o princípio da efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos metaindividuais [103]; o princípio da maior coincidência possível entre o direito e sua realização [104]; o princípio da atipicidade das medidas executivas [105].

9. A conjugação e a flexibilização de técnicas executivas [106], a exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC na execução coletiva, a aplicabilidade dos princípios de interpretação e de aplicação do direito constitucional, principalmente o da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 2º, da CF/88) e o da tempestividade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) são também diretrizes interpretativas que devem amparar a execução coletiva no Brasil.

10. Em razão do art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP, aplica-se a todas espécies de execução coletiva, por ação autônoma ou por atividade complementar no processo de conhecimento, o disposto no art. 66 da Lei 8.884/94, onde está estabelecido: "Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo".

11. É importante a tomada de medidas no sentido da criação de disciplina legislativa específica e adequada para a execução dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos e dos direitos ou interesses individuais homogêneos, com tratamento separado e adequado para cada uma dessas categorias de direitos ou interesses massificados, inclusive no plano procedimental — o direito sem efetividade concreta não constitui um direito vivo, já que desprovido de elemento fundamental para reger e conduzir as relações sociais.

## 9. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Codificação do direito processual coletivo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito material coletivo.. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARMELIN, Donald. Crise do processo de execução. In *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, v. 54, p. 11-18, 1993.

ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARBONEL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s). Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición (póstuma) — reimpressão inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed., rev. e aumen., 23ª impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GIDI, Antonio; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica. México: Editorial Porrúa, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

\_\_\_\_\_. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 4ª ed. Com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos — 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: 'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. In Revista dialética de direito processual. São Paulo: Dialética, v. 42, 2006:56-68.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas na Constituição Federal de 1998. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61:187-200, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson.

\_\_\_\_\_. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALES, Carlos Alberto de. Execução judicial em matéria ambiental. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

\_\_\_\_\_; Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Editora Método, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense: 2006.

VENTURI, Elton. Execução da tutela coletiva. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

## Notas

1. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed., rev. e aumen., 23ª impressão, 1986.

2. Fundamentos del derecho procesal civil, p. 437.

3. É o que ensinou COUTURE, Eduardo J.: "El procedimiento se denomina, en esta circunstancia, ejecución forzada, por oposición a ejecución voluntaria. Por apócope, los vocablos ejecución forzada se han reducido a ejecución". Fundamentos del derecho procesal civil, p. 437-8.

4. "Si parla di 'esecuzione', perché scopo del processo è quello di soddisfare in concreto il diritto di credito, di realizzare — eseguire — il contenuto dell'obbligo corrispondente (...)". Istituzioni di diritto processuale, p. 201-2.

5. Sobre a cognição judicial no processo civil, aduziu WATANABE, Kazuo: "No 'plano horizontal', a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente ('trinômio': questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: 'binômio', com a exclusão das condições da ação; Celso Neves: 'quadrinômio', distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida". Complementa o autor: "No 'plano vertical', a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e 'sumária' (incompleta). Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução (...)". Do cognição no processo civil, p. 83-4.

6. Apontando vários fatores de distinção entre cognição e execução, escreveu LIEBMAN, Enrico Tullio: "Distinção entre cognição e execução. A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima (tanto assim que esta atividade é confiada em parte aos órgãos inferiores do aparelhamento judiciário)". Processo de execução, p. 43-4.

7. A respeito do assunto, escreveu MOREIRA, José Carlos Barbosa: "Indagação que não se pode deixar de pôr é a atinente à preferência da Lei nº 11.232 pelo emprego da palavra 'cumprimento' no Capítulo X, que acrescentou ao Título VIII do Livro I. Segundo já se observou (supra, nº 2), a rigor, são dois os sentidos que o novo texto atribui a essa palavra: na rubrica do capítulo, ela tem alcance genérico, a compreender todas as hipóteses em que seja necessária a atividade complementar antes referida

(cumprimento 'lato sensu'); no art. 475-I, fica limitada a extensão do conceito, mercê da cláusula excludente das hipóteses de 'obrigação por quantia certa', para as quais se prevê "execução", em vez de "cumprimento" (stricto sensu). A conjunção 'ou' indica alternatividade: onde houver "cumprimento" (stricto sensu), não haveria "execução", e vice-versa; as duas figuras seriam reciprocamente excludentes". 'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, p. 62-3.

8. Conclui MOREIRA, José Carlos Barbosa: "(...) sob a designação genérica de 'cumprimento', distinguem-se (no conceito e no regime): o cumprimento 'por execução', supostamente limitado à hipótese de 'obrigação por quantia certa', e um cumprimento sem denominação própria (dividido em duas subespécies), para os casos dos arts. 461 e 461-A1". 'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, p. 57-8.

9. 'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, p. 62-3.

10. MOREIRA, José Carlos Barbosa, 'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, p. 63-6.

11. Esclarecem WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.), ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo: "(...) Para tal corrente, a execução pode se dar por dois meios distintos: (I) os sub-rogatórios, pelos quais a jurisdição substitui-se integralmente ao devedor e aplica a sanção (é o exemplo da execução mediante expropriação de bens, acima mencionado); (II) os coercitivos, consistentes em mecanismos tendentes a pressionar psicologicamente o devedor para que cumpra o dever de que é inadimplente". Curso avançado de processo civil: execução, v. 2, p. 38.

12. Afirmou LIEBMAN, Enrico Tullio: "Vários autores consideram como sendo uma forma de execução a chamada execução indireta, que consiste na aplicação das chamadas medidas de coação, tendentes a exercer pressão sobre a vontade do devedor para induzi-lo a cumprir a obrigação (multas, prisão etc.). Apesar de seu caráter coativo, essas medidas visam conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constrangido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores. Faltam-lhes, contudo, os caracteres próprios da execução estritamente entendida. Será verdadeira execução só a atividade eventualmente desenvolvida pelos órgãos judiciários para cobrar, por exemplo, as multas aplicadas". Processo de execução, p. 6.

13. Novamente, sobre a polêmica ressaltam WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.), ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo: "Segundo o entendimento prevalecente na doutrina brasileira, nesses casos não haveria rigorosamente execução. Estaria tão-só ocorrendo cumprimento voluntário por parte do devedor. De acordo com essa orientação, só se teria execução propriamente dita quando a jurisdição, por ato seu, sem qualquer colaboração do executado, concretizasse diretamente a sanção. Em outras palavras, a execução sempre se faria pela sub-rogação (substituição) da conduta do devedor pela atuação do órgão jurisdicional. Exemplo perfeito do uso de meios sub-rogatórios é a execução por quantia certa, de que se tratará adiante: o devedor é citado; não pagando, o próprio Estado penhora-lhe bens, expropria-se e entrega ao credor o direito obtido. Na execução indireta, verdadeira atividade executiva só se desenvolveria no momento em que, não tendo o devedor cumprido a prestação devida, viesse a ser, conforme o caso, cobrada a multa ou aplicada a prisão, daí, sim, independentemente da vontade do devedor". Curso avançado de processo civil: execução, v. 2, p. 38.

14. Curso avançado de processo civil: execução, v. 2, p. 39. No mesmo sentido, GUERRA, Marcelo Lima: "A aplicação das medidas coercitivas caracterizadoras da execução indireta, uma vez que ocorrem no processo executivo, por determinação e sob o controle do juiz, passam a integrá-lo, já que elas consistem em 'atos executivos em sentido lato'. Dessa forma, sendo elas medidas jurisdicionais que integram o processo de execução, a satisfação do direito do credor obtida por meio delas não pode deixar de ser caracterizada como autêntica prestação de tutela executiva e, portanto, como execução (processual) forçada". Execução indireta, p. 247.

15. LIEBMAN, Enrico Tullio: Quer dizer que, mesmo depois de proferida a sentença condenatória, era dada ao devedor a oportunidade de impedir a execução quando pudesse lançar mão de bons argumentos para combater sua procedência, como seja, a nulidade da sentença condenatória, ou o pagamento da dívida depois de proferida a condenação. A execução nunca podia ser feita sem que constasse previamente a sua plena legitimidade". Processo de execução, p. 9-10.

16. Nesse sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio, Processo de execução, p. 10-2.

17. LIEBMAN, Enrico Tullio, Processo de execução, p. 10-2.

18. "(...). Por conseguinte, com o passar do tempo, diferenciaram-se novamente as execuções nos dois casos: no primeiro, que se apresentava como simples prosseguimento da ação, reduzidas eram as oportunidades em que o executado podia defender-se; no segundo admitiu-se, ao contrário, verdadeira 'ação executiva' com prazos especiais para discussão das defesas do executado". LIEBMAN, Enrico Tullio, Processo de execução, p. 12-3.

19. Esclareceu LIEBMAN, Enrico Tullio: "(...) O caminho normal era pedir a execução 'per officium iudicis', observadas as formas estabelecidas nas Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 86 e s. Quanto aos instrumentos, o direito português, aos invés de reconhecer-lhes execução aparelhada, admitiu que servissem de fundamento a uma ação sumária especial, chamada 'assinção de dez dias' (Ord., Liv. III, Tít. 25) e a sentença assim conseguida poderia ser depois executada pelas vias ordinárias. Só para alguns créditos privilegiados (créditos do fisco, foros enfiteuticos etc.) subsistiu a ação executiva nos moldes indicados acima". Processo de execução, p. 13.

20. Complementa THEODORO JÚNIOR, Humberto: "Assim, depois de séculos de informalidade no cumprimento das sentenças, voltava este a submeter-se à velharia ultrapassada e injustificável 'actio iudicati'. Tal como há quase dois mil anos antes, a parte voltou a submeter-se à inexplicável obrigação de propor, sucessivamente, duas ações, pra alcançar um único objetivo: a realização do crédito inadimplido pelo réu, ou seja, uma ação cognitiva, que terminava pela sentença; e outra executiva, que começava depois da sentença e nela se fundava". As novas reformas do Código de Processo Civil, p. 102-3.

21. LIEBMAN, Enrico Tullio, Processo de execução, p. 13-4.

22. É o que esclarece SHIMURA, Sérgio: "Pelo diploma processual de 1939, a 'ação executória' estava reservada à execução de sentença (arts. 833 a 1.030); e a 'ação executiva' propriamente dita destinava-se aos títulos extrajudiciais, embora coubesse 'contestação' e a adoção do rito ordinário (arts. 298 a 301)". Título executivo, p. 25.

23. SHIMURA, Sérgio, p. 25; LIEBMAN, Enrico Tullio, Processo de execução, p. 14.

24. As novas reformas do Código de Processo Civil, p. 103.

25. Complemente PASSOS, J.J. Calmon: "Se assim é, a resposta será possível restringindo-se a análise ao que é estritamente execução, no todo do processo? Ou a crise, antes de ser do processo de execução, é do processo como um todo? Se há crise do processo, o que dessa crise repercute sobre o processo de execução? Haverá, acaso, algo que seja específico e restrito à execução?". Crise do processo de execução, in O processo de execução — estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima, p. 185.

26. Crise do processo de execução, p. 11.

27. Crise do processo de execução, p. 12.

28. Crise do processo de execução, p. 18.

29. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 87-8.

30. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 550.

31. ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida, Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 127-41.

32. Para a maioria da doutrina seria nova fase dentro do mesmo processo, de modo a formar um processo sincrético com duas fases: a de cognição e a de execução. Entendemos, contudo, o cumprimento de sentença tem natureza de incidente complementar do processo de conhecimento. O processo é o de conhecimento, que se complementaria com o incidente de efetivação ou execução da decisão.

33. WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda, MEDINA, José Miguel apresentam a síntese das mudanças no sistema dos embargos do executado: "Após a reforma, esta estrutura ficou profundamente alterada: (a) o executado é citado para, em três dias, pagar (art. 652, caput), e não mais para, alternativamente, nomear bens à penhora; (b) o exequente tem a faculdade de, na própria petição inicial, indicar bens à penhora (art. 652, § 2º); (c) embora o executado não tenha mais 'direito' de nomear bens a penhora, pode o juiz impor-lhe tal dever (art. 652, § 3º, c/c arts. 600, IV, e 656, § 1º); (d) o executado deverá apresentar embargos no prazo de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738). No mesmo prazo, poderá o executado requerer seja admitido o pagamento parcelado da dívida (cf. art. 745-A); (e) os embargos poderão ser opostos independentemente de ter havido penhora (art. 736, 'caput'); (f) os embargos, em regra, não têm efeito suspensivo, a não ser que o juiz, presentes os requisitos do art. 739-A, lhes atribua tal efeito". Breves comentários à nova sistemática processual civil, p. 21-2.

34. Afirma THEODORO JÚNIOR, Humberto: "(...) Em outras palavras, as sentenças relativas à obrigação de fazer ou não fazer não se cumprem mais segundo as regras da 'actio iudicati' autônoma, mas de acordo com as regras do art. 461 e seus parágrafos, como deixa claro o texto atual do art. 644, com a redação dada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002". As novas reformas do Código de Processo Civil, p. 105-6.

35. "(...) Não cabe mais, portanto, a 'actio iudicati' nas ações condenatórias relativas ao cumprimento de obrigações de entre de coisas. Tudo se processa sumariamente dentro dos moldes da 'executio per officium iudicis'". THEODORO JÚNIOR, Humberto, As novas reformas do Código de Processo Civil, p. 106.

36. "Ao condenar-se ao cumprimento de obrigação de quantia certa, o juiz assinará na sentença o prazo em que o devedor haverá de realizar a prestação devida. Ultrapassado dito termo sem o pagamento voluntário, seguir-ser-á, na mesma relação processual em

que a sentença foi proferida, a expedição do mandado de penhora e avaliação para preparar a expropriação dos bens necessários à satisfação do direito do credo (novo art. 475-J)". THEODORO JÚNIOR, Humberto, As novas reformas do Código de Processo Civil, p. 106-7

37. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 22.

38. Escreveram os consagrados autores: "Direitos difusos e coletivos. Legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis). A figura da substituição processual pertence 'exclusivamente' ao direito singular, e, no âmbito processual, ao 'direito processual civil individual'. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa 'determinada', defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do 'direito processual civil coletivo' (...). Por essa 'legitimação autônoma para a condução do processo', o legislador, independentemente do conteúdo do direito do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo (...)". Código de processo civil comentado e legislação extravagante, p. 399.

39. Concluem os renomados juristas: "Aplicam-se-lhe todos os 'princípios gerais' do direito processual (v. cap. IV), mas, além desses, tem ele princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade 'ad causam' e aos poderes do juiz etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas". Teoria geral do processo, p. 133. Também, no mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos — 15 anos do código de defesa do consumidor, p. 302-308.

40. Direito processual coletivo, in Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos, coordenadores GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo, p. 11. Sobre o tema também se manifestou LEONEL, Ricardo de Barros: "Com a devida vênia, é possível discordar da posição doutrinária que considera o processo coletivo um ramo absolutamente distinto do processual. Aceitamos a ponderação de que a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, de fato, apresenta peculiaridades que devem contar com regulamentação própria. Mas as vigas mestras para a compreensão do processo civil (seja ele individual ou coletivo) encontram-se assentadas na doutrina tradicional, bem como no nosso Código de Processo Civil". Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda, in Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos, coordenadores GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo, p. 145.

41. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1998. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p. 198.

42. ALMEIDA, Gregório Assagra de: "Essa autonomia atende aos fins do processualismo atual, que sustenta a necessidade de revisitação do direito processual no sentido de uma reaproximação com o direito material, o que tem sido colocado em prática legislativa com a criação das denominadas 'tutelas jurisdicionais diferenciadas'. De acordo com as peculiaridades do direito ou do interesse a ser tutelado jurisdicionalmente devem manter correspondência a 'forma' e o 'instrumento' a serem utilizados para a respectiva tutela". Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 139.

43. ALMEIDA, Gregório Assagra de: "Portanto, para a tutela jurisdicional de um interesse ou direito coletivo é imprescindível a existência de um 'direito processual coletivo'. Caso contrário, a 'forma' e o 'instrumento' não corresponderão aos anseios e às necessidades do objeto". Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 139.

44. ALMEIDA, Gregório Assagra de. "(...) o direito processual coletivo surge no Brasil como novo ramo do direito processual, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, que confere, em várias oportunidades, dignidade constitucional aos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, ao mesmo tempo em que assegura o acesso incondicionado e ilimitado à justiça, de sorte que a garantia constitucional não mais se restringe à tutela dos direitos individuais (art. 5º, XXXV, da CF). Além disso, agora a maioria das ações coletivas ou das ações que podem também ser utilizadas para a tutela de direitos coletivos estão consagrados na Constituição, como a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (art. 129, III), o dissídio coletivo (art. 114, §2º), a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 10 e 11), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, LXX). Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda avançou muito no controle concentrado da constitucionalidade das leis, consoante se extrai dos seus arts. 102, 103, e 125, § 2º". Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 139.

45. ALMEIDA, Gregório Assagra de: "Segundo a natureza da pretensão, divide-se o direito processual, portanto, não mais em dois grandes ramos (direito processual penal e direito processual civil), como apontava José Frederico Marques, mas, agora, em três ramos: a) direito processual penal; b) direito processual civil; e) direito processual coletivo". Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 20.

46. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 25.

47. ALMEIDA, Gregório Assagra de: "(...) a aplicabilidade subsidiária das regras do Código de Processo Civil ao 'direito processual coletivo' não nega a autonomia aqui sustentada, já que essa aplicabilidade somente é possível se houver compatibilidade com o espírito do 'direito processual coletivo', como se verá na segunda parte do presente trabalho, quando forem estudadas as regras interpretativas do 'direito processual coletivo comum', novo ramo do direito processual brasileiro". Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 21.

48. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual, p. 25-6.

49. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 139-40.

50. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 22.

51. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 18-9 e p. 584-5.

52. Depois da Ordenança de Processo Civil alemã de 1877 (ZPO), da implantação no sistema austríaco do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade pelo trabalho de Hans Kelsen e da transformação ocorrida com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a criação de um código brasileiro de direito processual coletivo talvez venha a ser, no plano legislativo, um dos grandes momentos na história do direito processual. Entretanto, para que isso ocorra, não é suficiente a metódica reformista, sustentada sem o devido controle crítico, sob argumento da efetividade e do acesso à justiça, pela visão instrumentalista clássica. Está em jogo o cumprimento dos objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil descritos com precisão pelo art. 3º da CF/88. Também está em jogo o novo papel político e social do Poder Judiciário brasileiro. ALMEIDA, Gregório Assagra de, Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 54-9.

53. A postura instrumentalista clássica, pautada pela metódica teleológica, trouxe como conseqüência certo descrédito em relação à técnica processual, acarretando um número incontável de reformas no sistema processual (reformismo) que, em parte considerável, acarretou e está acarretando insegurança jurídica e a fragilização do sistema, com desrespeito inclusive aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Na defesa de uma visão instrumentalista no contexto dessa postura clássica, escreve DINAMARCO, Cândido Rangel: "Todo o presente estudo vem sendo conduzido mediante um método nitidamente 'teleológico', com a preocupação central por determinar com precisão os pólos de atração de todo o sistema processual e das atividades jurisdicionais exercidas no processo e com o cuidado de propor critérios e colocações aptas a favorecer o entendimento de suas causas finais; à própria teoria geral do processo, como disciplina abstrata e problematizante voltada à condensação indutiva de conceitos e princípios gerais, atribui-se uma visão partindo de premissas teleológicas, com vista à iluminação de cada um dos ramos do direito processual para os conceitos integrantes de sua própria estrutura e para a determinação das finalidades a serem cumpridas (...)". A instrumentalidade do processo, p. 265.

54. É justamente esse método pluralista, com leitura constitucionalizada à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, que deve ser levado em conta para a codificação do direito processual coletivo brasileiro, o que se impõe pela própria natureza processual constitucional-social do direito processual coletivo no País, como se verá nos últimos tópicos deste ensaio. ALMEIDA, Gregório Assagra de, Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 61.

55. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 583-4.

56. "(...) o concurso universal de credores, também designado de 'insolvência civil', decorre da propositura de ação executória, de caráter principal, e implica a extinção das execuções singulares, inclusive daquela, p. ex., em que se apurou a inexistência de bens 'livres e desembaraçados para nomear à penhora (art. 750, I). O juiz declarará a

insolvência fora do âmbito da execução singular". ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução, p. 997.

57. "A finalidade fundamental dessas duas espécies de tutelas jurisdicionais diferenciadas também tem identidade com algumas ações coletivas do 'direito processual coletivo comum', tratadas no presente trabalho, acabando, muitas vezes, por produzir efeitos semelhantes. Essa finalidade, portanto, é resolver em um só processo — tanto que é fixada a regra da competência atrativa do juízo universal da falência e da insolvência — várias controvérsias. Para tanto, instaura-se o concurso de créditos visando à partilha dos bens arrecadados entre os credores comuns, em igualdade de condições. Contudo, existe uma diferença fundamental entre essas duas espécies de tutelas, já clássicas em nosso ordenamento jurídico, e as ações coletivas modernas, pertencentes ao 'direito processual coletivo': é a competência atrativa do juízo universal, que vincula, de regra, salvo exceções legais, todas as pretensões individuais que a ele têm que se sujeitar, para efeitos de se alcançar a respectiva satisfatibilidade do crédito alegado. Isso não ocorre em relação às espécies de ações coletivas tratadas, pertencentes ao 'direito processual coletivo comum". ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 478.

58. Título executivo, p. 266.

59. "Existe hoje no sistema processual brasileiro uma 'relativização da separação processual das atividades de cognição e de execução. Essa dicotomia, outrora fundamental na operação do sistema processual, mostra-se enfraquecida pelos novos problemas colocados ao direito e pelas novas estratégias adotadas pelo legislador nacional para modernização do processo". SALLES, Carlos Alberto. Execução judicial em matéria ambiental, p. 236-7.

60. "A técnica de tutela executiva indireta, que se socorre dos meios de coerção sobre a pessoa ou sobre o patrimônio do executado, pressionando-o ao adimplemento específico da obrigação, é de extrema relevância para o processo coletivo, na execução dos direitos metaindividuais que, essencialmente, apresentam-se com caráter extrapatrimonial". VENTURI, Elton. Execução da tutela coletiva, p. 160.

61. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 551.

62. Execução da tutela coletiva, p. 160.

63. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual, p. 551. SALLES, Carlos Alberto de. Execução judicial em matéria ambiental, p. 328.

64. Execução da tutela coletiva, p. 90.

65. Esclarecem Roberto Berizonce, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sosa: "A idéia de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido maio de 2002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo 'Centro di Studi Giuridici Latino Americani' da 'Università degli Studi di Roma — Tor Vergata', pelo 'Istituto Ítalo-Latino Americano' e pela 'Associazione di Studi Sociali Latino-Americani'. E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a idéia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembléia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código-Modelo de Processos Coletivos para

Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos-Modelos de Processo Civil e de Processo Penal (...)". Continuam os juristas: "Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideu, em outubro de 2002, onde a Proposta foi transformada em Anteprojeto". Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. In Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, n. 121, março/2005, p. 135-6.

66. Para um estudo detalhado sobre o assunto: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica, coordenada por GIDI, Antonio e MC-GREGOR, Eduardo Ferrer. México: Editorial Porrúa, 2003.

67. Como trabalhos doutrinários que são, os Códigos Modelos visam servir como fonte de princípios e de regras de interpretação jurídica e também como fonte de inspiração para as reformas legislativas em relação a países filiados à mesma família jurídica e que tenham cultura jurídica comum.

68. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 86-98.

69. "Também não há tratamento adequado à execução, especialmente em relação a títulos executivos extrajudiciais (...)". ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 92.

70. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 108-22.

71. Nesse sentido, versão de janeiro de 2007 do Anteprojeto, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos, p. 453-64.

72. Consta do dispositivo: "Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código)".

73. "Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis. § 1º A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida. § 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro. § 3º A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação".

74. "Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento. § 1º. Em caso de necessidade de outras diligências, os órgãos

públicos legitimados poderão firmar compromisso preliminar de ajustamento de conduta. § 2º Quando a cominação for pecuniária, seu valor deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada e poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica. § 3º. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial".

75. "Art. 26. Ação reparatória – Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil. § 1º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado; § 2º Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código)".

76. Nesse sentido, conclui José Miguel Garcia Medina: "(...) Afirma-se que neste caso se está diante de atipicidade plena, não havendo predeterminação, seja em relação às espécies de medidas que podem ser empregadas pelo juiz, seja em relação à forma e modo de aplicação da medida escolhida pelo juiz para o caso". Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos — considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos, p. 288.

77. "Art. 27. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3º do artigo 17. § 1º Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no parágrafo 2º do artigo 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o parágrafo 3º do artigo 36, ambos deste Código, constitui receita do Fundo, dentre outras, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta. § 2º O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil. § 3º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de "amicus curiae". § 4º O Fundo

manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional; § 5º Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas".

78. "Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código. Art. 36. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 20 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados. § 1º Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá. § 2º O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação. § 3º O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 27 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença. § 4º Enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido. Art. 37. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância a ser recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas".

79. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do direito processual coletivo brasileiro, p. 35-40.

80. Sobre o assunto, ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, p. 159-61.

81. A respeito do novo constitucionalismo, CARBONEL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo (s).

82. VENTURI, Elton fala em princípio da absoluta instrumentalidade: "(...) mais do que garantir a utilização de qualquer espécie de ação para a defesa dos direitos metaindividuais, preconiza-se uma atividade inovadora, seja por parte dos condutores das ações coletivas, seja por parte dos juízes, aos quais é concedida uma ampliação dos poderes jurisdicionais". Execução da tutela coletiva, p. 161.

83. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código Civil comentado e legislação extravagante, p. 1016; e Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, p. 1462.

84. "O princípio da efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos metaindividuais, conjugado com o da absoluta instrumentalidade, permite reclamar-se a aplicação do regime da responsabilidade civil objetiva e solidária de todos os que contribuíram para a lesão, assim como da indenização integral". Execução da tutela coletiva, p. 161.

85. Conclui VENTURI, Elton: "Pelo princípio da maior coincidência entre o direito e sua realização, impõe-se ao juiz atuar incisivamente para conseguir a prestação específica, restando claro que a simplista resolução da obrigação original em perdas e

danos deve ser utilizada subsidiariamente, como se infere do regime da ação disposta pelo art. 84 do CDC". Execução da tutela coletiva, p. 161.

86. VENTURI, Elton, Execução da tutela coletiva, p. 160-1.

87. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos — considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos, p. 287-8.

88. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, in Revista de Processo, n. 5, p. 132.

89. VENTURI, Elton, Execução da tutela coletiva, p. 83-6.

90. Consta do parágrafo único do art. 99 do CDC: "Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo Criado pela Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas".

91. Código Civil comentado e legislação extravagante, p. 1011.

92. Acrescenta WATANABE, Kazuo: "Nos interesses ou direitos "difusos", a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas, a relação jurídica base que nos interessa, na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão". Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 801-6.

93. O plano distintivo entre os interesses ou direitos difusos e os coletivos é a titularidade. Explica GRINOVER, Ada Pellegrini: "O que distingue os interesses difusos dos coletivos, no sistema o Código, é o elemento subjetivo, porquanto nos primeiros inexistente qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato (como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais). Nos interesses coletivos, ao contrário, tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (como acontece, por exemplo, quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco)". A marcha do processo, p. 20.

94. Tutela coletiva e sua efetividade, p. 193-4.

95. O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) faz menção expressa à tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos. É o que se extrai do Título V, capítulo II, art. 81, que prevê: "Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente (...)".

96. Assinala GRINOVER, Ada Pellegrini: "(...) nos interesses individuais homogêneos, conduzidos coletivamente por força da origem comum, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza, tanto assim que

cada um pode levar a juízo a sua demanda a título individual. E no processo coletivo, a solução não é necessariamente para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida e rejeitada por circunstâncias pessoais. Cuida-se agora de um feixe de interesses que podem ser tratados coletivamente, firme restando a coexistência da tutela tradicional, a título individual. Se se tratasse de litisconsórcio, estaríamos perante o litisconsórcio comum e facultativo". A marcha do processo, p. 20.

97. Essa homogeneidade decorre de situações juridicamente iguais. WATANABE, Kazuo adverte: "A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles". Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 806-11.

98. Consta da motivação do acórdão do STF, Rel. Min. Maurício Correia, que reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ACP, com a finalidade de alcançar a observância, pelas escolas particulares, das normas sobre reajustes das mensalidades escolares estabelecidas pelo Conselho Estadual de Educação, que os interesses defendidos no recurso seriam homogêneos pela origem comum, por serem decorrentes de uma mesma origem, qual seja, a cobrança das mensalidades escolares de forma abusiva. RE n. 163.231-3/SP, j. aos 26.2.97. Portanto, não tendo a ACP, na hipótese, visado a reparação na esfera individual de cada um dos respectivos alunos e verificando-se que o que se pretendia era uma decisão que beneficiasse indistintamente todos os alunos, conclui-se que o direito no caso era coletivo em sentido restrito e não se tratava de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos.

99. O TJSP, pela sua 6ª Câmara, Rel. Des. Ernani de Paiva, Ap. Civ. N. 102.437-1, entendeu que seria difuso o interesse constante de ACP ajuizada pelo Parquet visando combater o critério de reajuste de mensalidade escolar. Ora, os titulares dos interesses no caso são pessoas que têm uma prévia relação jurídica base com a parte contrária, o direito é coletivo em sentido restrito justamente em decorrência dessa relação jurídica base, bem como da indivisibilidade do direito. Os reajustes têm que ser idênticos para toda a classe de alunos que será beneficiada. Além disso, existe a identificação coletiva dos titulares desse interesse, que é justamente a classe dos alunos que será beneficiada.

100. Execução da tutela coletiva, p. 154-5.

101. Tutela coletiva e sua efetividade, p. 193.

102. Execução da tutela coletiva, p. 117.

103. VENTURI, Elton, Execução da tutela coletiva, p. 161.

104. VENTURI, Elton, Execução da tutela coletiva, p. 161.

105. MEDINA, José Miguel Garcia, Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos — considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos, p. 287-8.

106. VENTURI, Elton, Execução da tutela coletiva, p. 160-1.

\* Promotor de Justiça e Professor Universitário. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Jurista consultor do Ministério da Justiça na reforma do sistema de tutela coletiva.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11951>> Acesso em: 10 nov. 2008.