

COISA JULGADA E EXECUÇÃO NO PROCESSO COLETIVO

FRANCISCO BARROS DIAS

Juiz Federal no RN. Professor na UFRN

1. Introdução — 2. Extensão da coisa julgada do Código do Consumidor aos demais direitos coletivos — 3. Conceito de coisa julgada — 4. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada — 5. As “class actions” e o princípio da representação adequada — 6. O princípio “secundum eventum litis” e as ações coletivas no Brasil — 7. A coisa julgada no processo coletivo: 7.1 Coisa julgada nas ações de interesses difusos; 7.2 Coisa Julgada nos direitos coletivos; 7.3 Coisa julgada nos direitos individuais homogêneos; 7.4 Transposição, “in utilibus”, da coisa julgada na Lei 7.347/85 às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos; 7.5 Transposição, “in utilibus”, da coisa julgada nas ações penais para as ações de indenizações por danos pessoalmente sofridos — 8. Litispendência, coisa julgada, conexão, continência e suspensão do processo — 9. A execução no processo coletivo: 9.1 Competência do processo de execução coletiva; 9.2 A obrigação de fazer ou não fazer nas execuções coletivas; 9.3 A extensão das obrigações de fazer ou não fazer nas execuções coletivas.

1. Introdução

O estudo do processo civil conduz a uma constatação nos dias atuais. Sua evolução levou a uma divisão dos instrumentos oferecidos pelo ordenamento jurídico de um lado, a proteção dos direitos individuais e de outro a busca da solução dos conflitos coletivos.

Constatamos assim, nos dias atuais, um ramo específico do processo cuidando exclusivamente dos direitos chamados difusos ou coletivos, classicamente reconhecido apenas ao direito do trabalho.

Incursionando-se nessas novas lides, vamos encontrar institutos novos que provocaram ou provocam uma verdadeira revolução no processo, como a legitimação, a inversão do ônus da prova, a coisa julgada e a execução, que romperam em suas feições dogmas seculares.

Cuidaremos aqui de fazer algumas observações sobre a coisa julgada e a execução no processo coletivo, cuja sistematização está a merecer maiores informações a fim de se evitar verdadeiros disparates nesse terreno que se apresenta pouco conhecido e de aplicação prática às vezes desastrosa.

2. Extensão da coisa julgada no Código do Consumidor aos demais direitos coletivos

Embora o art. 103, *caput*, do CDC (Lei 8.078/90), mencione que a coisa julgada ali tratada se refere às “ações coletivas de que trata este Código”, na realidade devemos entender que há uma abrangência bem maior desse diploma legal.

É certo que houve veto ao art. 89 do referido Código, porém há de se reconhecer que subsistiu o art. 117 que acrescentou o art. 21 à Lei 7.347/85, que cuida da Ação Civil Pública e nesse texto legal está afirmado em seu art. 1.º, IV, que o mesmo se destina a proteger “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, por força, também, da inovação trazida pelo art. 110, do CDC.

Mesmo naqueles casos que não existe um tratamento específico da matéria, há de se buscar subsídios na Lei 8.078/90, por ser esse diploma legal, ao lado da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), da Lei 4.717/65, que versa sobre a Ação Popular e os dispositivos constitucionais que dispensam disciplinamento do tema, formuladores do sistema dos direitos coletivos e difusos.

Aliás, o ensinamento de Bobbio¹ a esse respeito é merecedor de encômios, quando afirma que só podemos “falar em direito quando se tenha presente um complexo de normas formando um ordenamento, e dessarte o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, visto que, definitivamente, uma norma jurídica não se encontra isolada, porém sempre ligada a outras com as quais forma um sistema normativo”.

Assim, podemos afirmar que o raciocínio é válido para albergarmos o mandado de segurança coletivo, as ações ajuizadas por entidades associativas em defesa dos interesses coletivos de seus filiados, na forma do art. 5.º, XXI e as ações coletivas promovidas pelos sindicatos nos termos do art. 8.º, III, todos da CF.

3. Conceito de coisa julgada

É cediça a lição consagrada em nosso Código de Processo Civil, em seu art. 301, §§ 1.º e 2.º, que a coisa julgada se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Assim, tornam-se imutáveis os efeitos gerados na sentença, quando se encontram presentes essa tríplice identidade, inviabilizando dessa forma, a repetição de uma outra ação que albergue as mesmas características.

É certo que a coisa julgada não atua apenas com o fim de inviabilizar o ajuizamento de outras ações com essa tríplice identidade. A proibição de voltar a discutir o mérito da demanda no processo de liquidação, não guarda essa coerência, vez que nesse processo não estão presentes aquelas figuras. O mesmo se diga da hipótese de relação jurídica prejudicial quando transitada em julgado, impedindo o prosseguimento de outra ação, quando também não

1. *Apud* Ronaldo Cunha Campos, *Ação Civil Pública*, Aide, 1.ª ed., 1989, p. 29.

estão presentes as três *eadem*, sem que nestes últimos casos se deva respeitar a coisa julgada.

Porém, não podemos olvidar que o mais comum é se discutir no campo doutrinário e jurisprudencial a hipótese da vedação da repetição da ação.

4. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Encontra-se consagrado em nosso ordenamento jurídico, depois de pacificado secularmente no campo doutrinário, o posicionamento de que a qualidade da coisa julgada não se estende além do que foi pedido pelo demandante e não ultrapassa aos limites das pessoas que participaram da relação jurídica processual.

Estamos diante, no primeiro caso, dos limites objetivos da coisa julgada, que o Código de Processo Civil, no art. 468, proclama nos seguintes termos: “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Enquanto isso, o art. 472, 1.ª parte, do mesmo Código, enuncia: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”, demonstrando dessa forma os limites subjetivos da coisa julgada.

Podemos resumir afirmando que no processo que visa proteger os direitos individuais, somente fará coisa julgada aqueles objetos que tiverem sido trazidos na inaugural e forem analisados e decididos pelo Juiz. O mesmo se dirá quanto a esse efeito, em relação às pessoas que integraram o processo, não havendo qualquer extensão a terceiros alheios a essa relação jurídica.

5. As *class actions* e o princípio da representação adequada

Nos Estados Unidos foram criadas as *class actions* embasadas no sistema inglês, atendendo a um elevado número de titulares de direitos individuais no plano substancial, muitas das vezes de pequena monta, desde que ocorra um tratamento unitário e simultâneo de todos eles, com a presença de um só representante da classe em juízo.

Naquele país, o critério adotado foi o da representação adequada, pois embora a sentença alcance todos os titulares dos interesses individuais, estes se encontram representados em Juízo por um só indivíduo, desde que todos tenham sido cientificados da existência do processo.

A Suprema Corte Americana não aceita a extensão dos efeitos da coisa julgada, mesmo sendo favorável aos que não tenham legalmente sido citados.

Para que não se tornasse inviável esse tipo de ação, alguns Estados adotaram em suas legislações um sistema de chamamento pela imprensa, por determinado lapso de tempo, restando esclarecido que o não comparecimento ao juízo para solicitar sua exclusão, implica em aceitação da coisa julgada, adotando assim o critério *op out*, reafirmado pela Suprema Corte, em 1985, no importante caso *Phillips Petroleum v. Shutts*.

Nada obstante o Brasil ter se inspirado no sistema das *class actions* norte-americanas quando da criação e implantação das ações coletivas em nosso país desde o advento da Lei da Ação Civil Pública, não adotou, no

entanto, o princípio da adequada representação, preferindo o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas, como nos informa Ada Pellegrini Grinover.²

6. O princípio *secundum eventum litis* e as ações coletivas no Brasil

Embora o princípio *secundum eventum litis* tenha sofrido grande crítica de parte da doutrina quanto a sua adoção na proteção dos direitos individuais, bastando que se veja a ênfase emprestada por Liebman³ em negar aplicação a esse princípio quando afirma “a não ser que se queira admitir a coisa julgada *secundum eventum litis*”, não se deve olvidar que o mesmo retorna ao palco das atenções com todo vigor, quando se trata de processo coletivo.

O Brasil, motivado por diversas razões, já encampou o princípio em nosso ordenamento jurídico, desde a implantação da ação popular e da legitimação extraordinária dos sindicatos em nome da categoria, como fazendo parte da tradição brasileira.

Assim, há de se constatar que em nosso país a regra em termos de coisa julgada nos processos coletivos é beneficiar todos os titulares de direitos ou interesses, quando houver acolhimento da demanda. Tem-se, por conseguinte, a consagração do princípio de que havendo atendimento do pleito, há extensão dos efeitos da coisa julgada para beneficiar a quem participou e a quem não integrou o processo.

A adoção desse princípio em nosso sistema jurídico ajuda a extirpar uma série de dúvidas, principalmente quando se trata de saber se naqueles casos entendidos como de substituição processual como o do art. 5.º, XXI e art. 8.º, III, da CF, devam ser cientificados os substituídos ou pelo menos indicados na inicial. O mesmo raciocínio pode ser empregado no caso de Mandado de Segurança Coletivo.

A corrente doutrinária que vem pregando essa idéia e a sua adoção por diversos julgados de nossos Tribunais, indicam que há um divórcio ao princípio aplicado no Brasil, expresso em nossos textos legais em relação ao sistema americano das *class actions*, que não se compatibilizam com o nosso ordenamento jurídico.

Há necessidade, por conseguinte, de ser aperfeiçoado o debate para que não se incorra em equívocos, desfigurando por consequência a nossa ordem legal.

7. A coisa julgada no processo coletivo

Embasado nas premissas antes fixadas, iremos trabalhar no tema específico da coisa julgada no processo coletivo, tendo por base o Capítulo IV, do Código do Consumidor, que trata “Da Coisa Julgada”, em seus arts. 103 a 104.

2. *Código de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 1.ª ed., 1991, p. 576.

3. Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, Forense, 3.ª ed., 1984, p. 102.

Como informa Ada Pellegrini Grinover:⁴ “O art. 103 contém toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites subjetivos (o que equivale a estabelecer quais as entidades e pessoas que serão alcançadas pela autoridade da sentença passada em julgado), seja determinando a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante o transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo às ações individuais”.

7.1 Coisa julgada nas ações de interesses difusos

O n. I, do art. 103, afirma que: “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do n. I, do parágrafo único, do art. 81”.

Estamos diante da hipótese de efeito da coisa julgada extensivo a toda a coletividade, nos casos de direitos ou interesses difusos, entendidos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, como preceitua o art. 81, parágrafo único, em seu inc. I.

É sabido que em se tratando de ação coletiva, devemos atentar para o fato de que a mesma sempre produz um efeito inibitório que pode gerar uma execução específica, sem que nos esqueçamos do efeito condenatório que poderá advir em benefício do legitimado extraordinário e nesse caso é destinado a um fundo especial ou produzir esse efeito em relação aos indivíduos, sem que os mesmos tenham participado do processo.

Em razão dessa circunstância, a coisa julgada desse inciso poderá provocar as seguintes situações:

a) O pedido da ação coletiva é atendido. Faz coisa julgada em favor de toda a coletividade que pode se socorrer do julgado para viabilizar indenização individual, deixando aí expressivamente insculpido o princípio *secundum eventum litis*.

b) É rejeitado o pedido por insuficiência de prova. Não há coisa julgada para nenhum legitimado, nem extraordinário nem ordinário, podendo ingressar o mesmo legitimado que anteriormente ajuizou a ação, outro legitimado extraordinário ou o individual, obviamente, produzindo prova nova.

c) O pedido é rejeitado pelo mérito. Os efeitos da coisa julgada são extensíveis aos legitimados da ação coletiva, ressalvando-se, no entanto, os direitos individuais que poderão ser buscados através da ação própria.

A idéia vem reforçada pelo § 1.º, do art. 103, da Lei 8.078/90, quando afirma que: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incs. I e II não prejudicam interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

Aparentemente, o dispositivo poderia soar como descabido, pois na realidade não podemos negar que os direitos são distintos, uma vez que os primeiros são difusos ou coletivos, enquanto os dos legitimados ordinários

4. Código Brasileiro... cit. p. 584.

são individuais. No entanto, como vem afirmando em uníssono a doutrina, “vale a regra para evitar polêmica”⁵ ou com fins “didáticos, visando tornar explícita regra que, de qualquer modo, se extrairia dos princípios e das regras do direito processual”.⁶

7.2 *Coisa julgada nos direitos coletivos*

Proclama o n. II, do art. 103, da Lei 8.078/90, que a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do n. II, do parágrafo único, do art. 81.

Aqui nos deparamos com o caso de efeito da coisa julgada extensiva somente ao grupo, categoria ou classe, por se tratar de direitos ou interesses coletivos, definidos do n. II, do parágrafo único do art. 81, como “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”.

As observações feitas com relação aos direitos e interesses difusos são perfeitamente adequáveis ao presente caso, inclusive no que tange ao § 1.º, do art. 103.

Apenas devemos atentar para o fato de que o efeito *ultra partes*, da coisa julgada, só alcança o grupo, categoria ou classe não havendo a extensão que vislumbramos nos direitos difusos.

7.3 *Coisa julgada nos direitos individuais homogêneos*

O n. III, do art. 103, do CDC, preceitua que “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inc. III, do parágrafo único, do art. 81”.

A espécie é de direitos individuais homogêneos que o n. III, do parágrafo único do art. 81, define como aqueles que decorrem de uma origem comum.

Havendo procedência do pedido, o tratamento dos efeitos da coisa julgada subjetiva é idêntico ao dos interesses ou direitos difusos e coletivos, excepcionando-se a hipótese de improcedência por falta de prova.

Não haveria como ser diferente, uma vez que os direitos buscados através de ação coletiva se confundem com os direitos individuais e não poderiam estes sofrer qualquer influência, quando o particular não tivesse participado como litisconsorte do processo coletivo ou não tivesse requerido a suspensão do processo na forma do art. 104, em atendimento ao edital previsto no art. 94, do CDC.

Para não ser alimentada qualquer dúvida a esse respeito, o § 2.º, do art. 103, esclarece que: “em caso de improcedência do pedido, os interessados

5. Vicente Greco Filho, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Saraiva, Coord. Juarez de Oliveira, 1991, p. 364.

6. Ada Pellegrini, *Código brasileiro...* cit., p. 587.

que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Ao ser excluída a hipótese de alcance da coisa julgada no caso de improcedência da ação, estamos diante de situação que reforça o princípio *secundum eventum litis*, pois os direitos individuais só estarão alcançados pelo efeito da coisa julgada quando o pedido for atendido, podendo cada indivíduo requerer a liquidação da sentença e conseqüente execução do julgado.

7.4 Transposição *in utilibus* da coisa julgada da Lei 7.347/85 às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos

Reza o § 3.º, do art. 103, que “os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, c/c o art. 13 da Lei 7.347, de 24.7.85, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

A Prof.ª Ada Pellegrini Grinover⁷ defende entusiasticamente o dispositivo, afirmando que o mesmo foi “inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos”.

Em razão dessa posição, duas situações podem ocorrer:

a) improcedência do pedido, os terceiros estão imunes a essa decisão, podendo ajuizar suas próprias ações reparatórias;

b) acolhimento do pedido. “Pelas regras clássicas da coisa julgada não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública a demandas individuais, não só por tratar-se de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei”.

A espécie se enquadraria no exemplo clássico da coisa julgada penal, sendo transposta para o cível, sem que o objeto daquela ação seja o mesmo da reparação do dano.

O eminente processualista Vicente Greco Filho,⁸ assim não entendeu e afirma que esse parágrafo “é desnecessário e, até, impertinente com relação às ações coletivas de direitos difusos ou de direitos coletivos, porque os direitos individuais não se confundem com aqueles”, como já demonstra o § 1.º, do mesmo artigo.

Depois acrescenta que: “A norma é de direito material. Não se trata de prejudicar as ações, como refere o parágrafo, mas de, eventualmente, prejudicar as indenizações”.

7. Código Brasileiro... ob. cit., pp. 590-591.

8. Comentários ao Código... ob. cit., p. 365.

Parece-nos que a razão está com a Prof.^a Ada. O dispositivo é necessário porque transpõe a coisa julgada de uma ação especial que não se encontra no Código do Consumidor e o art. 103, afirma que a coisa julgada ali tratada se refere as ações do Código do Consumidor. Assim, há pertinência do dispositivo e o mesmo cuida da parte processual, sem nos esquecermos que o direito material, em consequência, está resguardado.

7.5 Transposição, *in utilibus*, da coisa julgada nas ações penais para as ações de indenizações por danos pessoalmente sofridos

A hipótese está consagrada no § 4.^o, do art. 103, quando afirma que: “aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

As observações do § 3.^o servem para este parágrafo, por se tratar de autorização legal da coisa julgada no processo penal previsto no Código do Consumidor ou em outro diploma que cuide da proteção dos direitos difusos e coletivos, ser transposta para o particular se beneficiar e requerer a liquidação e execução por supostas perdas e danos que tenha sofrido, sem necessidade de discussão dos fatos em novo processo de conhecimento. O nosso direito positivo é tradicional nesse ponto, quando prevê no art. 63, do CPP, a mesma situação.

8. Litispêndência, coisa julgada, conexão, continência e suspensão do processo

O art. 104, do CDC, esclarece que: “As ações coletivas previstas nos ns. I e II, do parágrafo único, do art. 81 (direitos difusos e coletivos), não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os ns. II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Antes de mais nada, devemos esclarecer que há um erro na origem do texto legal. A segunda parte do dispositivo se refere a incs. II e III, quando é perfeitamente sabido que não guarda coerência esses incisos com a seqüência lógica do texto, pois o efeito *erga omnes* é do inc. I e o efeito *ultra partes* é do inc. II e não o III. E se foi intenção do legislador incluir também o inc. III, esqueceu o inc. I. Trabalhemos com a hipótese de que os incs. são I e II e não como está no texto.

O texto procura excluir o instituto da litispêndência existente entre as ações de direitos coletivos e difusos e aquelas ajuizadas pelos particulares na busca de seus direitos individuais.

Numa primeira vista, o dispositivo é inócuo, pois sendo esses direitos distintos (os difusos e coletivos com os individuais), não haveria porque esclarecermos o óbvio que ressurgiu do disposto nos §§ 1.^o, 2.^o e 3.^o do art. 301, do CPC. Vale, no entanto, como forma de espancar qualquer dúvida a esse respeito.

O legislador ofereceu duas opções:

a) o autor da ação de direito individual pretende prosseguir com o seu processo, não será, em consequência, alcançada pela coisa julgada, mesmo favorável, assumindo assim o risco de uma coisa julgada que vier a lhe ser desfavorável;

b) poderá o autor escolher o caminho da suspensão do seu processo, quando tiver tomado conhecimento da ação coletiva, dentro de 30 dias da cientificação que deverá ser feita na forma do art. 94, do CDC. Nessa situação, julgado procedente o pedido da ação coletiva, estará beneficiado o autor e não necessita mais de prosseguir o seu processo. Em caso contrário, segue o feito como se nada tivesse ocorrido. É bom frisar que essa suspensão não está limitada no tempo, podendo perdurar até o julgamento da ação coletiva em definitivo.

Essas opções não oferecem maiores dificuldades quando se trata de ações coletivas de interesses e direitos difusos e coletivos e as ações de direitos individuais, estando as hipóteses perfeitamente coerentes com o ordenamento jurídico e os princípios aplicáveis à espécie.

A questão se torna difícil quando se está diante de situação em que a ação coletiva tem o mesmo objeto da ação individual, nos casos dos direitos individuais homogêneos. A imprecisão legislativa quanto à remissão dos incisos antes referida é que pode levar a essa dificuldade.

No entanto, se houver inclusão do inc. III abrangendo também o art. 104 os direitos individuais homogêneos, seria o caso de se constatar uma conexão para alguns ou uma continência para outros, em razão do objeto da ação coletiva ser mais amplo do que o da ação individual.

Nessa hipótese, poderia o autor da ação individual se valer da faculdade do artigo, pedindo a suspensão de seu processo e assim não procedendo, estaria sujeito a uma coisa julgada contrária diferente de uma coisa julgada favorável na ação coletiva.

Para evitar esse conflito, o caminho seria da reunião dos processos, caso haja condições, atendendo ao princípio da economia processual. Do contrário, suspenderia a ação individual na forma do art. 265, IV, a, do CPC. Nesta hipótese, haveria problema de limitação de tempo, retornando ao conflito da coisa julgada, porém não devemos esquecer que foi opção da autora.

A continência por questão óbvia deve obedecer ao regime do juízo preventivo na forma do art. 105 do CPC.

9. A execução no processo coletivo

A execução no processo coletivo guarda certas peculiaridades em razão dos direitos que se encontram em jogo. É possível que a execução seja específica como regra, frente ao objeto que se encontra discutido na ação coletiva. Faz nascer também para os beneficiários da coisa julgada que não participaram do processo o direito de executar a parte dos prejuízos que lhe tiver ocorrido.

Da mesma forma, no processo coletivo de direitos individuais homogêneos, a condenação será genérica, como informa o art. 95, apenas fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, podendo qualquer legitimado

do art. 82 ter a iniciativa, como também a vítima e seus sucessores, como se infere do art. 97, do CDC.

É bom lembrar que, em quaisquer das hipóteses de ações coletivas, a execução é individual. Apenas há denominação de execução coletiva no art. 98 e seu § 1.º, em razão da possibilidade de iniciativa desse processo pelos legitimados da ação coletiva, o que origina essa terminologia.

Como afirma a Prof.^a Ada Pellegrini,⁹ “tanto num como noutro caso, porém, a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis.

Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários, sendo individual o processo de liquidação e execução”.

Acrescenta ainda a ilustre Mestre que: “o que importa realçar é que, na técnica do Código do Consumidor, a sentença da ação coletiva que beneficiará as pretensões individuais, só reconhece o dever genérico de indenizar, dependendo ainda cada litigante de um processo de liquidação, e, portanto, de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu não só sobre o *quantum debeatur*, mas também quanto à própria existência do dano individual e do nexu etiológico com o prejuízo globalmente causado”.

Vale acrescentar que em razão do efeito da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* que informam esse tipo de processo, as vítimas ou seus sucessores não deverão de ter, necessariamente, participado do processo de conhecimento. É bastante que haja certidão da sentença, com ou sem o seu trânsito em julgado.

9.1 Competência do processo de execução coletiva

No que concerne a competência, houve veto ao parágrafo único do art. 97, que assegurava o foro do domicílio do liquidante ou exequente, o que denota, em uma primeira análise, a impossibilidade dessa vantagem.

É bom lembrar que, embora com o veto, o foro é de competência relativa, visando a favorecer o liquidante, sendo inteiramente aplicáveis os ensinamentos da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, ao afirmar: “É que, vetado o dispositivo em tela, permaneceu íntegro o § 2.º, I, do art. 98, que se refere ao juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, para a execução individual. Assim, fica claro que diversos podem ser o foro e o juízo da liquidação da sentença e da ação condenatória, nas ações coletivas de que trata o Capítulo II do Título III”.

Depois, indaga a ilustre Mestre: “E quais serão esses foro e juízo da ação condenatória? A resposta está no art. 101, I, do Código: a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor”.

Em seguida, conclui: “O fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art. 97, o n. I do § 2.º do art. 98 permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e

9. *Código Brasileiro...* cit., pp. 557, 578 e 579.

a única interpretação capaz de fazê-lo parece ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, I, e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante..."¹⁰.

É importante acrescentar, como reforço de argumento, que no âmbito do processo de execução comum, onde o título executivo judicial é originário de sentença penal condenatória, a competência, para liquidação e execução, é do juízo cível que seria competente para a ação de responsabilidade civil relativa ao mesmo ilícito.

9.2 A obrigação de fazer ou não fazer nas execuções coletivas

O aspecto que entendo de maior relevo em matéria de execução do processo coletivo, é a importância que foi emprestada à execução para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, deixando a lei bem claro que o objetivo desse tipo de ação é ter a satisfatividade atendida, quer concedendo a "tutela específica da obrigação", quer determinando "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento", como impõe o art. 84 do CDC.

Aqui há profunda modificação do sistema, levando-se em consideração o que existe hoje nesse tipo de execução no Código de Processo, pois ali há deliberado propósito de se transformar essas obrigações específicas em execuções por quantia certa.

O legislador procurou pôr em evidência a lição deixada por Chiovenda, quando afirmou que: "o processo deve dar quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir".¹¹

Em razão desse novo rumo tomado pelo chamado direito coletivo, há de se afirmar que: "As disposições contidas neste capítulo põem bem à mostra a preocupação do legislador pela instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo e também pela sua adequação à nova realidade socioeconômica que estamos vivendo, marcado profundamente pela economia de massa".¹²

O ideal de coincidência que deve existir entre o que se conseguiria através de um caminho direto, sem intermediação do Estado, e o que se deve atingir por meio do processo como atividade jurisdicional, não ficou alheio ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira, ao afirmar que: "A instauração de processo judicial constitui, no comum dos casos, uma alternativa a que se recorre quando parece impossível ou difícil a atuação espontânea do direito. Logicamente, o objetivo do processo deveria consistir na obtenção de resultado prático que coincidissem de modo exato com o que se atingiria por aquele caminho natural. Não sendo isso possível, valorar-se-á o funcionamento do mecanismo processual, em todo caso, à luz da sua aptidão para

10. Ada Pellegrine Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., pp. 558, 559 e 561.

11. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1/84, 1942, § 12.

12. Kazuo Watanabe, in *Código Brasileiro...*, cit. p. 499.

produzir resultado próximo do ideal de coincidência. Dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito".¹³

Parece tranqüilo que a satisfatividade do julgado "deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito".¹⁴

Somente na impossibilidade — e vamos chamá-la aqui de impossibilidade material, de atender ao princípio da "maior coincidência possível", é que se recorrerá a uma reparação do dano, sob pena de se reconhecer, "na verdade, a confissão da impotência da lei para assegurar a consecução do objetivo primário a que se visara. Sem dúvida, "o equivalente pecuniário" é melhor que nada; entretanto, fora do âmbito puramente patrimonial, e em determinados casos até dentro dele, a solução revela-se muito insatisfatória".¹⁵

O Código do Consumidor, cujas normas são extensivas aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde se fizerem presentes, no capítulo da "Defesa do Consumidor em Juízo", deixou patente o desejo de que não falte ao direito violado o meio de seu reconhecimento. E não só isso. Acima de tudo, a decisão proferida deve ter real efetividade, para que o direito reconhecido ao lesado seja mais que uma mera expectativa.

Ainda no art. 84, do CDC, há evidente propósito de que a obrigação não seja transformada em perdas e danos, a não ser que venha a optar o autor por esse caminho, quando impossível se apresentar a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Ingressou, também, nesse dispositivo, de forma bem mais intensa, o sistema francês das Astreintes, ao se prever a imposição de multa diária ao réu, na hipótese de descumprimento da liminar ou da sentença, de modo suficiente e compatível com a obrigação.

Além da aplicação da multa diária no descumprimento da obrigação, cabe ainda ao Juiz tomar todas as providências previstas no § 5.º, desse mesmo artigo, "tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva", como até a requisição de força policial.¹⁶

Verifica-se que não pode é ficar sem efetividade a decisão, pois a obrigação, em regra, deve ser cumprida de forma específica ou obtendo-se o resultado prático equivalente.

Essa é a regra nos mais diversos sistemas jurídicos do planeta, e como informa Liebman: Conseguem-se no direito inglês resultados análogos por meios diferentes. Com efeito, o direito inglês admite sanções severas para o *contempt of court*, ou seja, o desrespeito à autoridade do juiz ou Tribunal

13. "Tendências na Execução de Sentenças e Ordens Judiciais", in *Temas de Direito Processual*, 4.ª série, Saraiva, 1989, p. 215.

14. "Limites à Atuação do Postulado da maior coincidência possível", in *Temas...* 4.ª série, p. 221.

15. José Carlos Barbosa Moreira, *Limites à Atuação...*, cit. p. 225.

16. Enrico Tullio Liebman, *Processo de Execução*, Saraiva, com notas atualizadas do Prof. Joaquim Munhoz de Mello, 5.ª ed., 1986, p. 234.

que proferiu a sentença. O não-cumprimento da condenação a fazer ou não fazer inclui-se nesta figura e encontra por este caminho meios muito enérgicos de repressão”.¹⁷

Esse é o caminho a ser trilhado no processo de execução dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois há de se compreender que nas “ações envolvendo interesse e direitos metaindividuais sejam de natureza cominatória, nesse sentido de que venham vocacionadas à prestação específica do objeto, antes que a um sucedâneo, como a conversão em perdas e danos”.¹⁸

9.3 A extensão das obrigações de fazer ou não fazer nas execuções coletivas

Resta ao intérprete e aplicador da lei procurar delimitar com a maior boa vontade possível, o campo de incidência das obrigações de fazer ou não fazer, tendo em vista que essas formas específicas se configuram nos meios mais eficazes do cumprimento da obrigação, até porque podem ser tomadas todas as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A execução da obrigação de fazer ou não fazer — já dizia Liebman — “tem por objeto uma atividade ou abstenção do devedor e o cumprimento depende necessariamente de sua vontade e disposição de praticar a atividade ou abstenção devida”.¹⁹

Ugo Rocco, ao delimitar as hipóteses de se proceder nos casos de execução específica de fazer ou não fazer, ditou as seguintes regras:

a) “que se trate de una obligación en que el deudor esté obligado a realizar con su acción alguna cosa que él, no obstante, aunque obligado a hacer, *no haya hecho*”;

b) “que se trate de una obligación en que el deudor esté obligado a no realizar, mediante su acción, alguna cosa, que no obstante, aunque obligado a no hacer, *haya hecho*”.

En definitiva, según lo explicamos en su oportunidad, se provee a eliminar los efectos de un hecho omisivo o de un hecho comisivo que constituye la violación de una obligación de contenido determinado”.²⁰

Anteriormente já foi visto que a execução específica é o meio mais eficaz para tornar efetiva a decisão do julgador. O desenrolar do tema não deixa dúvida a esse respeito. Há, no entanto, que se emprestar a maior extensão possível ao sentido de execução específica, sob pena de nenhuma valia ter o texto legal concernente aos direitos coletivos.

17. Enrico Tullio Liebman, *Processo de Execução*, ob. cit., p. 234.

18. Rodolfo de Camargo Mancuso in *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, coord. por Juarez de Oliveira, Saraiva, 1991, p. 294.

19. Enrico Tullio Liebman, in *Processo de Execução*, com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello, Saraiva, 5.ª ed., 1986, p. 231.

20. Ugo Rocco, in *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Parte Especial, Ed. Depalma, B. Aires, IV/353, 1976.

Não há maiores dificuldades em se aplicar esse poder coercitivo, quando essa obrigação de fazer resultar de cessar medidas como interditar uma obra, paralisar uma atividade, proibir uma propaganda. Há, no entanto, grande dificuldade quando a hipótese foge aos meios convencionais, como vem ocorrendo como certa freqüência atualmente no Brasil.

Ouso propugnar que, em determinadas obrigações, cujos dados se encontram em poder do devedor, até porque somente a este compete manter o banco de informações, é imprescindível que se exija do obrigado o cumprimento em prazo que lhe for concedido, para apresentação dos elementos de liquidação e, em consequência, a satisfação do julgado.

Assim, podemos citar como exemplos as vantagens funcionais e dos empregados, cujos dados estão em poder do órgão pagador ou do empregador; os benefícios previdenciários que são mantidos pela Previdência Social; os dados do Sistema habitacional que são acumulados pelos órgãos competentes desse sistema; as informações constantes do sistema bancário, nos casos que lhe são afetos e os elementos constantes das seguradoras, mais precisamente nos casos de seguro em grupo.

Não vislumbro qualquer incompatibilidade de se buscar, nesses casos, a consecução das obrigações através da forma específica de fazer ou não fazer, mormente em se tratando de direitos coletivos.

A doutrina que procurou sistematizar o objeto da execução específica não se conflita com esse tipo de obrigação. Ao contrário, há uma perfeita harmonia quando a obrigação positiva ou negativa só pode ser prestada pelo devedor ou somente este se encontra com os dados ou elementos indispensáveis à satisfatividade do julgado.

Não seria de bom alvitre que nesses exemplos citados, sem que os mesmos esgotem as possibilidades que se apresentam na prática, venha a se transformar a execução específica em execução por quantia certa. Isso significaria uma negação do direito e a impotência absoluta do Judiciário.

Todos os meios de coação deverão ser utilizados para o cumprimento dessas obrigações, desde a imposição de multas até a utilização de sanção no campo do Direito Penal.

Como bem afirma Watanabe, “o art. 330 do CP, ao tipificar como delito a desobediência à ordem legal de funcionário público, completa todo esse quadro, tornando perfeitamente admissível a adoção entre nós da ação mandamental de eficácia próxima à da “injunction” do sistema da *common law* e da “ação inibitória” do direito italiano”.²¹

É certo que há grande divergência em se aplicar os meios coercitivos penais em casos que tais, como aventou com veemência o eminente processualista e Juiz do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, Lázaro Guimarães, ao afirmar que: “A pretexto de fazer valer decisão judicial não se poderá determinar a prisão do devedor pelo inadimplemento de condenação em dinheiro, ou pela não realização de fato infungível, salvo as hipóteses do devedor de alimentos (no sentido estrito dos alimentos devidos entre si pelos parentes e pelos cônjuges) e do depositário infiel”.

21. Kazuo Watanabe, *Código do Consumidor...* ob. cit., p. 525.

“Não desobedece a orlem judicial, no sentido penal, quem deixa de pagar quantia em dinheiro ou prestar fato infungível, porque, e isso já se viu, tais obrigações requerem execução apropriada”.²²

Em que pesem os fortes argumentos do culto magistrado, entendo, com Donaldo Armelin, que: “urge dotar o Judiciário de instrumentos processuais que, através de coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva. Não se cogita de advogar a prisão por dívida, mas sim a restrição de liberdade por descumprimento de ordem judicial legítima. A isso não está inibido o legislador ordinário, pois a garantia individual inculpada no art. 153, § 17, da CF, hoje art. 5.º, LXVI, da CF, apenas veda a prisão por dívida”.²³

O mesmo pensamento é esposado por Ovídio Baptista da Silva que não vê repugnância a esse meio coercitivo, porque se “o emprego de instrumento de coerção pessoal fossem realmente ofensivos os direitos fundamentais da pessoa humana, não se compreenderia como ordens jurídicas defensoras extrênuas dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, como o são as da Alemanha e da Inglaterra, zelando por uma tradição secular, continuassem a manter tais instrumentos”.²⁴

Acrescentaria apenas que a resistência a se tomar medidas mais fortes só irá privilegiar o infrator, torná-lo mais recalcitrante em cumprir qualquer ordem judicial, e desmoralizar por completo o Judiciário.

O descumprimento da ordem judicial é que irá originar a sanção penal, por isso a mesma não deve ser confundida com a proibição da prisão por dívida, que em nada diz com a hipótese.

Aliás, Ovídio Baptista nos informa que: “No sistema da *common law*, igualmente não há prisão por dívida, mas o devedor contra quem o tribunal haja imposto o cumprimento de uma obrigação, poderá eventualmente ser preso, não pode haver se tornado inadimplente, mas pode haver desobedecido a ordem do tribunal”.²⁵

É bom lembrar que outros princípios constitucionais também deverão ser alcançados e aplicados no processo, como o devido processo legal, a efetividade das decisões e a inafastabilidade do controle jurisdicional, sob pena de se reconhecer as suas absolutas invalidades.

Nenhum deles estará atendido se o Judiciário se prestar apenas em declarar o direito, sem que lhe sejam assegurados meios de concretização dos julgados. Esse último postulado é o que de mais de perto interessa ao jurisdicionado, vez que ninguém irá se conformar com uma decisão judicial, se a mesma não vier a ser satisfeita. Não adianta existir um Judiciário somente

22. José Lázaro Guimarães, in *As Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público*, Panorama Ed., Salvador, 1992, pp. 60-61.

23. Donaldo Armelin, “A tutela jurisdicional cautelar”, *RPGSP* 23/115-117, jun./85 *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, RT, S. Paulo, 1992, p. 136.

24. Ovídio Baptista da Silva, in *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre, Fabris, 1990, 2/256.

25. Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, II/254, Fabris Ed., Porto Alegre, 1990, p. 254.

para reconhecer o direito, se é incapaz de assegurar o direito reconhecido.

O direito inglês, o alemão e o americano já contemplam há muito tempo a sanção penal. O direito português, igualmente, não se compadece com a inércia do Judiciário e prevê casos de crime de desobediência.²⁶

No direito brasileiro pode-se buscar subsídios tanto no art. 330, Crime de Desobediência, quanto no art. 319, Crime de Prevaricação, previstos no Código Penal, sem que os mesmos estejam entrando em choque com os princípios proibitivos de prisões na Constituição Federal.

Bibliografia

- ALVIM, Arruda, Thereza, Eduardo Arruda e James J. Marins de Souza. *Código do Consumidor Comentado*, RT, S. Paulo, 1991.
- ALVIM, Tereza. *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*, RT, S. Paulo, 1977.
- ARMELIN, Donaldo. "A Tutela Jurisdicional Cautelar", *RPGSP* 23, jun./85 *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, RT, S. Paulo, 1992.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada — Exegese do Código de Processo Civil*, Aide, Rio, 1.ª ed., 1992.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, Aide, 2.ª ed., 1988, Rio.
- CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *A Coisa Julgada nas Ações Coletivas*, Livro de Estudos Jurídicos, 1/199, do IEJ/RJ, 1991.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, 1942.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor*, Livro de Estudos Jurídicos, 1/381, do IEJ/RN, 1991.
- GRECO, Francisco, Vicente e outros. Coord. Juarez de Oliveira, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, S. Paulo, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, 1.ª ed., 1991.
- GUIMARÃES, José Lázaro in *As Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público*. Panorama Ed., Salvador, 1992.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, atual. do Prof. Joaquim Munhoz de Mello, Ed. Saraiva, 5.ª ed., 1986.
- *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, n. 66 *apud* Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, RT, S. Paulo, 1987.
- *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, com notas relativas ao Direito Brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, Forense, 3.ª ed., Rio, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo", *AJURIS* 29, 1983 e *Temas de Direito Processual Civil*, 3.ª Série, Saraiva, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, RT, S. Paulo, 1992.

26. Luís Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar...*, p. 137.

- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Depalma, B. Aires, v. IV, Parte Especial. *Processo Ejecutivo*, 1976.
- SCHWAB, Karl Heinz. *En Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, EJEA, B. Aires, 1968.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Fabris Ed., v. II, Porto Alegre, 1992.
- *Sentença e Coisa Julgada*, 2.ª ed., Fabris Ed., Porto Alegre, 1988.