

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA,
GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JUVÊNIO BORGES SILVA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

A174

Acesso à justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Querino Tavares Neto; Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-434-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso à justiça. 3. Política judiciária. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça, Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I, durante o IV Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado nessa modalidade, no período de 09 a 13 de novembro de 2021.

O Congresso teve como base a temática “CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES”, fortemente influenciada pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início de 2020.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 22 (vinte e dois) artigos vinculados à temática do acesso à justiça, política judiciária, gestão e administração da justiça

Os artigos apresentados gravitaram em torno de quatro eixos temáticos:

(I) PODER JUDICIÁRIO: INFORMATIZAÇÃO E USO DE TECNOLOGIAS DIGITAIS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. Os artigos apresentados destacaram, de forma significativa, a importância da tecnologia durante a pandemia para o acesso à justiça e seus desafios. Em torno deste tema foram apresentados os seguintes artigos: (1) “gestão da informação em equipes virtuais no poder judiciário: desafios para uma comunicação eficiente e segura”; (2) “a informatização do poder judiciário na sociedade da informação”; (3) “exclusão digital no contexto pós-pandêmico: desafios para a virtualização da tutela jurisdicional à luz da recomendação n. 101/2021 do CNJ”; “(4) pandemia, processo judicial eletrônico e teletrabalho: desafios e oportunidades para a liderança organizacional do Tribunal de Justiça do Espírito Santo”; (5) “o uso da tecnologia pelo poder judiciário durante a pandemia da covid-19: acesso à justiça e normatividade tecnológica”; (6) “os impactos da tecnologia no acesso à justiça em tempos de pandemia”; (7) “acesso ao poder judiciário na era digital: uma abordagem sobre o impacto da tecnologia para pessoas que vivem na

pobreza”; (8) “o papel das novas tecnologias na materialização do acesso à justiça em tempos de crise: entraves e perspectivas”;

(II) PROCESSOS DE DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: Neste eixo os artigos destacaram a importância dos processos de desjudicialização com vista a uma maior celeridade do acesso à justiça, bem como modalidades de resolução de conflitos não judiciais. Em torno desta temática foram apresentados os seguintes artigos: (9) “a desjudicialização da execução civil: uma análise do projeto de lei 6.204/2019 como técnica resolutiva e instrumento de implementação da agenda 20/30 e meta n. 9 do poder judiciário”; (10) “Agenda 2030? OSD 16: serviços extrajudiciais e políticas públicas de desjudicialização”; (11) “ética na formação de terceiros falicitadores”; (12) “a mediação de conflitos e a concretização do princípio fundamental da dignidade humana”.

(III) POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. Os artigos apresentados neste eixo temático versaram sobre políticas judiciárias de acesso à justiça e procedimentos jurídico-administrativos da justiça. Em torno desta temática foram apresentados os seguintes artigos: (13) “burocracia pública e a prestação jurisdicional: o gerencialismo em prol das políticas de acesso à justiça”; (14) “fluid recovery e o efetivo acesso à justiça”; (15) “acesso à justiça em pequenos municípios cearenses abaixo de cem mil habitantes: uma sugestão de confluência”; (16) “uma releitura do acesso à justiça na sociedade contemporânea: a (des)necessidade de tentativa de autocomposição para a comprovação da existência de interesse de agir”; (17) “resolução ética de conflitos entre titulares de dados pessoais e agentes de tratamentos de dados à luz da Lei Geral de Proteção de Dados”; (18) “com que roupa eu vou? Uma crítica às portarias de tribunais que retardam a concretização material do direito ao acesso à justiça”; (19) “acesso à justiça: postos avançados e análise da efetividade da resolução 354 do CNJ por meio de parcerias firmadas com os municípios”; (20) “portas de acesso ao judiciário: chancela de cidadania visível LGBTQIA+”;

(IV) A LINGUAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA. Os artigos apresentados neste eixo temático versaram sobre a importância fulcral da linguagem para o efetivo acesso à justiça e, nesta perspectiva, da necessidade de uma linguagem que seja acessível aos cidadãos, de sorte que possam acompanhar os processos judiciais e compreender de forma efetiva as decisões judiciais, bem como os processos de resolução de conflitos não judiciais. Em torno desta temática foram apresentados os seguintes artigos: (21) “a linguagem como sinalização

democrática de acesso ao sistema de justiça - advocacia pública e privada: as tensões constitucionais no cenário de autoritarismos”; (22) “a linguagem jurídica e a necessidade de sua simplificação para o acesso à justiça e cidadania”.

A amplitude dos debates e das questões objeto de discussão no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Reunidos em ambiente virtual, pesquisadores de todo o Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça, política judiciária, gestão e administração da Justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Portanto, estamos certos de que publicação destes artigos em muito contribui para a difusão das discussões que se realizaram no Grupo de Trabalho. Desta forma, é com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa – PUC-PR

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – UNAERP

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

FLUID RECOVERY E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA
FLUID RECOVERY AND EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE

Vanessa Manganaro De Araujo Almeron ¹
Luiz Fernando Bellinetti ²

Resumo

O presente estudo se propõe a analisar se a técnica da reparação fluida tem sido utilizada adequadamente para a efetivação da tutela jurisdicional transindividual e se é possível ampliar o seu campo de atuação de modo a inibir a prática de ilícitos lucrativos para promoção do acesso à justiça. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com base em análise de legislação e doutrina. Analisa as características, controvérsias e referenciais de aplicação desse instituto, como instrumento de garantia do acesso à justiça e tutela dos bens jurídicos transindividuais.

Palavras-chave: Fluid recovery, Ações coletivas, Reparação do dano, Efetividade, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to analyze whether the fluid correction technique has been applied to implement trans-individual jurisdictional protection and whether it is possible to expand its field of action in order to inhibit the practice of lucrative offenses to promote access to justice. For that, the deductive method was used, based on the analysis of legislation and doctrine. Analyses the characteristics, controversies and application references of this institute, as an instrument to guarantee access to justice and protection of transindividual legal assets.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fluid recovery, Class actions, Reparation for damages, Effectivity, Access to justice

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina.

² Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor de Pós-Graduação *Strictu Sensu* no Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual de Londrina.

1. INTRODUÇÃO

Situados numa posição paralela aos interesses públicos e privados (algumas vezes muito próximos do interesse público, outras do interesse privado), os interesses transindividuais caracterizam-se processualmente, não apenas pelo compartilhamento de interesses dos diversos titulares individuais reunidos por uma relação jurídica ou fática, mas também pela necessidade de reconhecimento pela ordem jurídica do acesso coletivo à justiça, a fim de se evitar decisões contraditórias em processos individuais, bem como garantir o amplo acesso à tutela jurisdicional de modo eficiente e econômico.

Numa sociedade globalizada, onde as relações jurídicas são predominantemente massificadas, a ocorrência de litígios coletivos é inevitável. Assim, a existência do microsistema de processos coletivos mostra que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade mecanismos para facilitar a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo.

Formalmente, tais direitos são conceituados de forma abrangente no parágrafo primeiro do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, cumprindo à doutrina a difícil tarefa em diferenciá-los. Autores como Teori Zavascki (2014) por exemplo, defendem que apenas os direitos difusos e coletivos poderiam ser encarados como direitos transindividuais, sendo que os direitos individuais homogêneos seriam simplesmente direitos subjetivos individuais que recebem tratamento homogêneo.

O sistema coletivo de direitos é complexo. Suas inovações processuais e a possibilidade de proteção de interesses que antes não encontravam espaço no mundo jurídico, sem dúvida, foi um avanço. Todavia, é necessário analisar se as técnicas atualmente utilizadas para a consecução desses interesses é efetiva e promove o acesso coletivo à justiça.

A reflexão que foi trazida neste texto refere-se à técnica da *fluid recovery* utilizada na fase de execução coletiva, considerando que esta é, ainda, ponto crítico na efetivação dos direitos e encontra inúmeras dificuldades dentro do processo coletivo restando, por vezes, frustrada, especialmente quando se fala em coibir práticas ilícitas que, pelas ínfimas lesões individualmente causadas, promovem a sensação de impunidade e incentivam ilícitos lucrativos.

Não obstante essa técnica tenha aplicabilidade em situações pontuais, o tema ainda desperta controvérsias mas reveste-se de grande importância por ser um instrumento de reparação, prevenção e repressão ilícitos.

Diante desta problemática, percebe-se a necessidade de analisar a fase de execução coletiva, se a destinação dos resíduos individuais está sendo aplicada de forma eficaz, bem como se os critérios para a quantificação da condenação genérica são aptos a concretizar o provimento jurisdicional e se o escopo da pacificação social foi alcançado.

Para alcançar os resultados almejados foi utilizado o método dedutivo, analisando a legislação, doutrina e jurisprudência, partindo-se de premissas genéricas para as específicas, buscando explorar a configuração originária dada ao instituto da *fluid recovery* e a concepção atualmente adotada.

2. FLUID RECOVERY: ORIGEM

Denominada por alguns como “técnica”, por outros como “remédio jurídico” ou, ainda, “instituto”, a *Fluid Recovery* trata-se de uma criação da jurisprudência norte-americana decorrente da análise das chamadas ações de classe ou *class actions*, que visa dar efetividade às demandas coletivas as quais têm por objeto a reparação de danos, mas cujas sentenças não são liquidadas pelas vítimas do evento danoso ou, então, não há habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Considerada como forma de reparação indireta, uma vez que se preocupa em empregar adequadamente o dinheiro não reclamado diretamente pelos lesados de forma a beneficiar as vítimas do evento danoso da melhor forma possível, busca-se reparar o bem jurídico e, ao mesmo tempo evitar que aquele que praticou a conduta ilícita fique com os valores provenientes do ilícito, convencendo-se a criação de um fundo coletivo para a reparação dos membros do grupo afetado.

Não obstante a doutrina estadunidense faça crítica quanto à utilização indiscriminada do termo *fluid recovery*, que muitas vezes é utilizado como sinônimo de *cy pres*¹, preferiu-se aqui utilizar essa expressão em homenagem ao conhecimento popular e à interpretação dada ao 100 do Código de Defesa do Consumidor.

¹ Os termos *fluid recovery* e *cy pres* são utilizados de maneira alargada pelas cortes norte-americanas para se adequarem aos processos de cálculo de danos da classe. Neste último, o montante da indenização é destinado a uma instituição de caridade para servir ao interesse de classe. (HOMMA, 2017, p. 41).

De acordo com Rachel Mulheron (GOMES, 2013, p. 82 *apud* MULHERON) o primeiro emprego da expressão *fluid recovery* remonta ao caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* julgado em 28 de maio de 1974 pela Suprema Corte dos EUA. O caso versava sobre cobranças indevidas a pequenos investidores no período de 1962 a 1966² e a preocupação do magistrado que atuava no caso era com a possível administração de um fundo em que potencialmente quase 6 milhões de vítimas poderiam se habilitar. Na época, a *fluid recovery* foi descrita de forma vaga, esclarecendo que se tratava da distribuição de dinheiro para um grupo de forma unitária, em vez de adotar, como inicialmente planejado, um modelo inflexível de reparação individual para cada um dos milhões de membros do grupo afetado.

O episódio repercutiu nacional e internacionalmente expondo as dificuldades encontradas no manejo de uma ação coletiva envolvendo o interesse de um número expressivo de lesados.

Outro caso que ganhou notoriedade e se destacou como *leading case* na aplicação da *fluid recovery* é o conhecido “Caso do Agente Laranja utilizado na Guerra do Vietnã”, que foi movido por veteranos e suas famílias pretendendo a reparação dos danos sofridos pela exposição ao “Agente Laranja” durante a guerra do Vietnã no período compreendido entre 1961 a 1971. Este composto químico causou danos em pessoas e contaminou extensas áreas do território vietnamita, estimando-se que cerca de 400.000 tenham sido mortas ou mutiladas, 500.000 crianças tenham nascido com problemas variados, além de cerca de 2 milhões de pessoas terem sofrido de câncer ou outras doenças (US Court, 2d Cir. 1987).

A ação de classe foi movida contra sete grandes indústrias químicas, restando evidenciada a dificuldade em identificar todos os afetados. O caso foi encerrado com um acordo coletivo, criando-se um fundo em dinheiro denominado *Agent Orange Settlement Fund*, com administração própria, para reparar as vítimas ao longo dos anos. Os administradores do fundo apontam que a soma distribuída por ele chegou ao montante de 197 milhões de dólares, com aproximadamente 105.000 requisições feitas ao fundo. Em 27 de setembro de 1997 o fundo foi encerrado por ordem judicial, quando os recursos a ele afetados foram integralmente distribuídos³.

² O julgado pode ser consultado na Findlaw Legal Reference Material. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/156.html> Acesso em 04/09/2021.

³ DEPARTMENT OF VETERANS AFFAIRS OF THE UNITED STATES. *Agent Orange Settlement Fund*. Disponível em <http://www.benefits.va.gov/compensation/claims-postservice-agent_orange-settlement-settlementFund.asp>. Acesso em 05.09.2021

Cassio Scarpinella Bueno (1996, p. 113) ensina que em alguns casos de execução da *'fluid class action'* os Tribunais Norte-Americanos podem assumir três diferentes posturas de acordo com a Regra 23(b)(2) no caso de acolhimento do pedido: 1) resolver sobre a responsabilidade do réu; 2) calcular o montante de danos sofridos à (ou pela) classe litigante; e 3) distribuir aos (ou cobrar dos) membros de classe a proporção exata na quantificação do dano, sendo comum para a consecução de uma ou duas dessas etapas que haja necessidade de fragmentação ou individualização da classe.

O autor explica que a figura da *fluid class recovery* surge nos casos em que os custos para a identificação dos danos suplantam a quantia recebida individualmente ou nas hipóteses em que o pagamento de todos os danos individualmente sofridos não esgotam a responsabilidade do devedor nos termos da sentença proferida. Daí dizer que a utilização da *fluid recovery* serve mais para fornecer um benefício geral para toda a classe do que compensar cada um dos indivíduos (BUENO, 1996, p. 114).

Feito esse resgate histórico, importa agora compreender a *fluid recovery* no sistema brasileiro, para que se possa avançar no tema aqui proposto que é analisar se esse instituto pode servir como critério de desestímulo às práticas ilícitas lucrativas como escopo de efetivação da tutela coletiva.

2.2 PREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como mencionado a *fluid recovery* brasileira foi inspirada no direito-norte americano, cuja tradição em ações coletivas (*class action for damages*) ocorre há anos, sendo introduzida no direito brasileiro com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), objetivando promover a liquidação e a execução coletiva dos direitos individuais homogêneos (art. 100).

O tratamento dado pelo diploma legal brasileiro possui similitudes com o direito alienígena não acolhendo, entretanto, incondicionalmente tal instituto mas inspirando-se no modelo da *common law* para enfrentar as problemáticas ocorridas neste território.

Para que se entenda o tratamento dado pelo sistema jurídico pátrio à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, é necessário relembrar algumas premissas pois, sem a sua

positivação, por certo seria inviável a tutela coletiva de direitos individuais no Brasil decorrentes da massificação e padronização das relações jurídicas.

O direito estadunidense regula a *class action* na Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*⁴ de 1966, bem como na legislação própria de cada estado, preconizando:

Regra 23. Ações coletivas Considerações prévias. (a) Pré-requisitos. Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes representativas em nome de todos os membros somente se: (1) a classe é tão numerosa que a junção de todos os membros é impraticável; (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe; (3) as reivindicações ou defesas das partes representativas são típicas das reivindicações ou defesas da classe; e (4) as partes representativas protegerão de forma justa e adequada os interesses da classe. (b) Tipos de ações coletivas. Uma ação coletiva pode ser mantida se a Regra 23 (a) for satisfeita e se: (1) processar ações separadas por ou contra membros individuais da classe criaria um risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios relacionados a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; ou (B) julgamentos em relação a membros individuais da classe que, na prática, seriam determinantes dos interesses dos outros membros não partes nas ações individuais ou prejudicariam ou impediriam substancialmente sua capacidade de proteger seus interesses; (2) a parte que se opõe à classe agiu ou se recusou a agir com base em motivos que se aplicam de forma geral à classe, de modo que a medida cautelar final ou a tutela declaratória correspondente é apropriada em relação à classe como um todo; ou (3) o tribunal considera que as questões de direito ou fato comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetem apenas os membros individuais, e que uma ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para julgar a controvérsia de maneira justa e eficiente. Os assuntos pertinentes a esses fundamentos incluem: (A) os interesses dos membros da

⁴ Original: Rule 23. Class Actions Primary tabs **(a)** Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. **(b)** Types of Class Actions. A class action may be maintained if [Rule 23\(a\)](#) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or **(3)** the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23 Acesso em: 19.03.2021

classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a extensão e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada por ou contra os membros da classe; (C) a conveniência ou não de concentrar os litígios em foro específico; e (D) as prováveis dificuldades em administrar uma ação coletiva. (tradução livre)

A atual concepção da *class action* norte-americana trouxe a regulamentação para os casos onde membros da classe são titulares de direitos diversos e distintos, porém possuem uma questão de fato ou de direito comum a todos, demandando um provimento jurisdicional de conteúdo unificado (GRINOVER, 2011) inspirando o legislador brasileiro ao regulamentar o tema no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, inciso III, conhecido como “direitos individuais homogêneos”.

Não obstante a legislação norte-americana tenha influenciado referido instituto no Brasil, percebe-se que entre os dois existem diferenças. No tratamento dado pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, o bem jurídico objeto da tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do agente e a condená-lo a pagar o dano. Na sistemática dos Estados Unidos, o magistrado quantifica desde logo o valor da indenização (GRINOVER, 2011).

Ada Pellegrini Grinover (2011) afirma que “o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como este que o *caput* do artigo 100 previu a *fluid recovery*”.

A lei brasileira definiu os requisitos para a aplicação dessa técnica e fixou a destinação dos recursos ao Fundo de Direitos Difusos criado pelo artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, conforme se infere da redação do citado dispositivo legal:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.
Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

A *fluid recovery* é, sem dúvida, um mecanismo processual que pode contribuir sobremodo para a efetivação do acesso à justiça, pois garante a efetividade da tutela coletiva uma vez que os réus devem restituir aquilo que auferiram ilicitamente ou reparar o dano coletivamente causado (KALAJDZIC, 2010, p. 237)⁵.

⁵ Original: In these two scenarios, cy près distributions are consistent with access to justice: they ensure that defendants disgorge ill-gotten gains or pay damages for wrongful conduct and in this way are called to account for their misconduct, even if these payments do not correspondingly compensate class members. Disponível em:

2.2 PREFERÊNCIA DAS INDENIZAÇÕES INDIVIDUAIS

Pela sistemática adotada no artigo 99 e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação por danos a direitos e interesses individuais, reclamados pelas respectivas vítimas ou sucessores, e a condenação por danos a direitos ou interesses indivisíveis, a preferência ao pagamento se dá aos primeiros. Não se admite que o recolhimento ao Fundo de Direitos Difusos seja feito antes de satisfeitas as indenizações individuais.

A tutela jurisdicional dos interesses individuais, enfrentada no artigo 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, conhecida como “direitos individuais homogêneos” merece algumas considerações. Entender o significado de homogeneidade e origem comum são requisitos essenciais para o tratamento da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

O termo “homogeneidade” talvez possa conduzir o intérprete a uma leitura de que se trata de um requisito único, todavia, levando-se em conta que a “origem comum” pode se tratar de causa próxima (imediate) ou remota (mediata), surge a reflexão sobre se esta é capaz de caracterizar a homogeneidade.

De toda sorte, o que se deve ter em mente é a prevalência dos aspectos comuns sobre os direitos individuais e da superioridade da tutela coletiva em termos de justiça e eficácia da decisão no tocante à *damage class action*, bem como que o espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça (GRINOVER, 2011).

Mauro Cappeletti (1988, p. 11) destaca que o direito ao acesso efetivo à justiça deveria ser progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2006, p. 264), por sua vez, ensinam que o feixe de direitos individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo individuais homogêneos, dando ensejo à possibilidade de sua defesa ser realizada coletivamente em juízo.

Assim, levando em conta que vigora no direito o princípio de que se o legislador não restringe, não cabe ao intérprete restringir, e o fato da redação do Código de Defesa do Consumidor ter tratado em seu artigo 81, § único, III, “interesses ou direitos individuais homogêneos”, não se pode concluir que o legislador quis fazer qualquer distinção entre “direitos individuais homogêneos: disponíveis e indisponíveis”.

Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2011) explica que a ação judicial, quando serve à veiculação de pretensões de natureza coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), perde seu tradicional caráter individualístico (conflitos intersubjetivos, tipo Tício versus Caio), passando a operar como instrumento de mediação entre os conflitos de massa, envolvendo interesses plurissubjetivos assim canalizados ao Poder Judiciário.

Traçadas essas premissas, cumpre-nos concordar com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (201, p. 122) os quais aduzem que o papel da atividade jurisdicional se presta a atingir a tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos, indo além da mera busca da pacificação social (TURÍBIO, LEMOS, 2017).

Dito isso, forçoso concluir que a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos ultrapassa os limites individuais, por exemplo, quando estes não se habilitarem no prazo de um ano em número compatível com a gravidade do dano iniciando-se a fase de liquidação e execução da indenização devida pelos legitimados extraordinários, por meio da *fluid recovery* (art. 100, parágrafo único, CDC).

Um alerta, entretanto, é necessário. Segundo Ada Pellegrini Grinover “não se poderá dar preferência aos processos coletivos, se estes não se revestirem de eficácia, no mínimo igual, à que pode ser alcançada em processos individuais. Se uma sentença coletiva não servir para facilitar o acesso à justiça [...] o provimento jurisdicional terá sido inútil e ineficaz [...]” (GRINOVER, 2011).

2.3 FUNDO DE DIREITOS DIFUSOS

Criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e regulamentado pela Lei n.º 9.008/95, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e à Secretaria Nacional do Consumidor, foi criado para direcionar as

condenações residuais de ações coletivas a nível federal com a missão de defender e recompor danos causados a direitos difusos e coletivos. Constatada a lesão a esses direitos, pressupõe-se que suas receitas devam ser empregadas em projetos que previnam ou recomponham danos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico, ao consumidor, à ordem econômica, ao trabalhador, às pessoas idosas ou portadoras de deficiências e ao patrimônio público e social, de acordo com o rol constante do art. 1º da Lei n.º 7.347/85.

Em 2014 Albano Francisco Schmidt (2014, p. 216) fez um levantamento sobre a arrecadação do FDD apontando em porcentagem a arrecadação feita por cada uma das categorias que o integram. O resultado mostrou que houve um aumento expressivo de recursos destinados ao Fundo ao longo dos 30 anos de sua existência. Todavia, o autor questiona se os valores arrecadados espelham adequadamente a realidade judicial, a efetivação dos direitos violados e a correta destinação dos valores arrecadados, uma vez que a soma de quase 50 milhões de reais está sob a vaga legenda de “outros interesses coletivos e difusos”, contrariando as diretrizes do Fundo de Direitos Difusos de modo que os direitos ofendidos devem ser claramente revelados⁶.

Percebe-se pelo estudo feito por Schimit que a maioria esmagadora dos recursos destinados ao Fundo são provenientes de infrações administrativas e não das condenações em ações coletivas. O início da execução destas e a respectiva destinação ao FDD deve, antes de mais nada, observar os requisitos cumulativos da distribuição fluida previstos no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: a) o decurso do prazo de um ano e b) a gravidade do dano ser incompatível com o número de habilitações. Só com a observância desses dois requisitos é possível liquidar e executar coletivamente a sentença genérica relacionada a direitos individuais homogêneos, com a reversão dos recursos ao FDD.

Dentro dessa sistemática apresentada, impende lembrar que há forte crítica doutrinária na execução coletiva quanto à administração do Fundo. A falta de clareza, a inefetividade de como reparar os danos, seus contornos administrativos, denotam que sua aplicação está dissociada do Judiciário, não se mostrando transparente e diligente na aplicação dos recursos (HOMMA, 2017, p. 93).

⁶ SCHIMIT, op. cit. p. 218-219: De outro lado, os relatórios de arrecadação consultados mostram que 9,83% do total arrecadado nos últimos dez anos, representando quase cinquenta milhões de reais, estão sob a legenda “outros interesses coletivos e difusos”. Parece contraditório que uma cifra tão vultuosa esteja sob uma legenda absolutamente vaga [...] é impossível que se distinga, especificamente, o que sejam estes “outros” [...]. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/89/15> Acesso em 06.09.2021.

Não se pode perder de vista que o sistema de reparação fluida no Brasil objetiva destinar os recursos residuais das ações coletivas ao Fundo, cuja missão deve ser reparar os bens jurídicos lesados da melhor forma possível. O distanciamento da técnica brasileira com a norte-americana é clara, todavia, oportunizar ao Judiciário como se dará a aplicação do montante residual parece ser possível, na medida em que se privilegiaria a recomposição adequada do dano de acordo com cada categoria lesada, em consonância com o que dispõe a legislação pátria.

Além disso, o papel do juiz no processo civil contemporâneo, atento a uma participação ativa para garantia dos princípios constitucionais, dentre os quais destacam-se o acesso à justiça e a efetiva tutela jurisdicional, é indispensável na promoção de ajustes e anseios sociais para criar condições de verdadeira eficácia de suas decisões.

A proteção dos direitos subjetivos individuais pelo ordenamento jurídico encontra limites quando analisados sob a ótica da lesão a interesses e relações de massa. É necessário que se encontrem instrumentos capazes de resguardar esses interesses (coletivos), daí a importância em refletir sobre a *fluid recovery* e a destinação adequada dos recursos destinados ao FDD como técnica viável não só à reparação do dano a interesses transindividuais, mas também como instrumento que, corretamente aplicado, possa inibir e desestimular a recorrente prática de ilícitos que tornam-se lucrativos, seja pela ausência de habilitados na execução coletiva ou pelo diminuto ajuizamento de ações individuais, causando a sensação de impunidade.

3. EXECUÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

As execuções coletivas não obstam as individuais, considerando que o dinheiro destinado ao Fundo também pode ser revertido para pagamento dessas demandas. O debate doutrinário, entretanto, fica acalorado quando se discute se o decurso do prazo de um ano para a liquidação e execução individual deve ser entendido como preclusão do direito.

Hugo Nigro Mazzili (2012, p. 577) sustenta que transcorrido o lapso temporal previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, preclui a pretensão individual, não podendo o membro do grupo habilitar-se na ação coletiva, restando-lhe apenas a opção de ajuizar ação individual direta contra o comitê gestor do fundo, já que a obrigação de indenizar

do réu estaria quitada. Vozes contrárias entendem que essa interpretação não é a mais adequada, considerando que as verbas apenas serão consolidadas na esfera de titularidade do FDD após a prescrição das pretensões individuais (GOMES, 2017, p. 107).

De toda sorte, a principal preocupação da reparação fluida é com as indenizações dos direitos individuais homogêneos não reclamados individualmente por todos os lesados, situação essa que gera intranquilidade pressupondo verdadeira impunidade àquele que causou o dano.

Sem adentrar na discussão pontual e mais aprofundada sobre a conceituação da expressão ‘direitos individuais homogêneos’, uma vez que o momento não nos permite, convém lembrar que é espécie do gênero interesses coletivos, assumindo caráter de indisponibilidade, não se confundindo aos interesses individuais das pessoas do grupo, conforme ensinamento de Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 671):

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

Assim, haverá a satisfação do titular na reparação fluida, ainda que não considerado isoladamente, sempre que os interesses coletivos estiverem representados sob o manto do interesse individual homogêneo.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL COLETIVA E O ILÍCITO LUCRATIVO

Diante do que foi dito até aqui, cumpre trazer ao debate o diálogo entre a responsabilidade civil e a execução coletiva, não esperando esgotar o tema mas provocar uma reflexão sobre o ponto de partida desse trabalho que é a utilização da técnica da *fluid recovery* voltada para a prevenção, reparação ou compensação do ilícito lucrativo.

Pertinente lembrar o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 29) ao tratar do termo responsabilidade que, originário do latim *respondere*, indica a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado, imprimindo o significado de recomposição, obrigação de restituir ou ressarcir. No contexto das relações sociais dinâmicas e em massa, a reparação dos danos eventualmente ocasionados exige uma ferramenta jurídica capaz de promover a pacificação social e solução de conflitos.

Não se trata de um instituto jurídico estanque, sofrendo alterações conforme a dinâmica das relações sociais. A responsabilidade civil deve acompanhar a sofisticação, a diversificação e a complexidade da sociedade pós-moderna, reconhecendo novas modalidades de danos e buscando a solução jurídica efetiva (DINIZ & SANTOS, 2020, p. 592).

Daniel de Andrade Levy (2012, p. 101-104), por exemplo, faz uma interessante indagação quanto às características atuais da sociedade e do direito que justificariam a atuação da responsabilidade civil por meio da indenização punitiva, apontando “o limbo”⁷ das microlesões e os ilícitos lucrativos, além dos danos coletivos de excepcional gravidade e os ilícitos cometidos com dolo ou culpa grave (nos ocuparemos apenas dos dois primeiros).

O autor esclarece que as microlesões representam comportamentos cujo grau de ilicitude, se examinada isoladamente, é muito brando, o que normalmente desestimula a vítima a tomar qualquer medida judicial. Além da vítima considerar que o seu prejuízo individual não é grave o suficiente, soma-se a dificuldade recorrente em identificar o agente ofensor, assim como o ônus do processo judicial, “com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes” (LEVY, 2012, p. 104). A diminuta probabilidade de vir a pagar indenizações nesses casos e o baixo valor que teriam mesmo se somadas todas as vítimas, permitem que o causador do dano perpetue a conduta lesiva.

Diferem-se as microlesões dos ilícitos lucrativos, uma vez que aquelas são condutas que, individualmente, acabam não justificando a movimentação do Poder Judiciário em busca de indenização, enquanto estes podem advir de simples ilícito individual, justificando a demanda indenizatória e a concessão de danos punitivos. Quanto a estes últimos Levy pontua:

⁷ LEVY, op. cit. p. 103. A denominação “limbo jurídico” dada pelo autor refere-se a espaços em que se realizam condutas que, embora não se caracterizem por uma ilicitude individual marcante, refletem, em conjunto, um caráter de desrespeito à coletividade. São espaços vazios porque a ilicitude pouco significativa dessas condutas desestimula tanto a vítima a propor uma demanda como o próprio ordenamento jurídico a cominar qualquer sanção.

[...] tratam-se de condutas lesivas que “valem a pena”. Os lucros dela auferidos são superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos o que pressupõe uma visão econômica dessa dinâmica. A indenização punitiva, portanto, tem o condão de conscientizar o ofensor de que o ato ilícito não compensa. Entretanto, haja vista o rigor empreendido pelo princípio da reparação integral no nosso sistema, vislumbra-se óbice à reprimenda aqui defendida. [...] de duas, uma: ou se amplia o conceito de restituição integral, a fim de abranger também o lucro obtido pelo agente com a conduta ilícita, ou bem se afirma pura e simplesmente uma indenização punitiva que levará em conta como critério aquele mesmo lucro. (LEVY, 2012, p. 108-110)

Vejamos o exemplo dado por Luiz Fernando Bellinetti (2016, p. 91) onde determinado fornecedor de produtos de alto consumo, que comercializa embalagens com peso de um 1kg ao custo de R\$ 10,00, teria tido problemas com um lote. Imagine que um lote de 500.000 unidades do seu produto (arroz, feijão, etc.) tenha sido embalado com apenas 0,9kg e não 1kg. Depois de comercializado este lote, contatou-se o vício com relação as 100 gramas faltantes. Nesta situação, certamente os consumidores adquirentes teriam direito à devolução de R\$ 1,00 por unidade comprada, o que geraria um direito à indenização irrisória, mas com valor global considerável (R\$ 500.000,00).

No exemplo dado, ainda que a eventual sentença coletiva fosse procedente, dificilmente os consumidores ingressariam com as liquidações individuais, considerando o ínfimo valor a que fariam jus, além da dificuldade de se provar a aquisição do produto.

Para casos com estes, onde se comprova uma postura econômica e socialmente reprovável do agente, a ação coletiva e respectiva execução devem buscar a efetivação da tutela jurisdicional, para que esses “delitos mais brandos” não fiquem à margem de uma resposta adequada.

Marco Aurélio Bellize (STJ, 2018) em voto proferido por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.718.535-RS, afirma que especialmente nos caos em que há lesão a direitos e interesses individuais homogêneos, não raras vezes a atingir expressivo número de pessoas, sobretudo em razão do estabelecimento de relações jurídicas cada vez mais massificadas de adesão, a ação coletiva revela-se como meio judicial mais eficaz para promover o estancamento da litigiosidade em estado de latência. Ressalta, todavia, que o julgamento da ação civil coletiva em si, revela-se *in totum* inócuo se a sentença genérica não

for seguida de informação idônea e suficiente de seus termos aos seus interessados (STJ, 2018).

A reparação dos prejuízos suportados pelas vítimas individualmente devem ser comprovadas na fase de liquidação de sentença, garantido o contraditório, disso não há dúvidas. O problema surge quando não ha número suficiente de habilitados para promover a execução e o dano causado à coletividade é expressivo, não obstante individualmente não o seja.

Nesse ponto em específico é que a reparação fluida precisa agir de modo eficiente para que a procedência da pretensão reparatória seja levada a efeito, sob pena de não conferir efetividade à tutela jurisdicional na solução de conflitos metaindividuais.

4.1. CONDENAÇÃO E REPARAÇÃO FLUIDA: REPARAÇÃO, COMPENSAÇÃO OU PUNIÇÃO?

O conceito de responsabilidade civil liga-se à ideia de reparação, de restabelecimento da harmonia social e de equilíbrio entre o lesante e o lesado, de modo a concretizar o principal objetivo da ordem jurídica que é proteger o lícito e reprimir o ilícito, valorizando a atividade do homem conforme o direito e reprimindo aquele que o contrariar (AMARAL & PONA *apud* CAVALHIERI, 2012, p. 16). Consiste, portanto, na imputação de um dano a um sujeito determinado, gerando assim o dever de indenizar e a obrigação de reparar os prejuízos.

Seu objetivo principal é, sem dúvida, a reparação do dano, tendo acessoriamente uma função punitiva e preventiva.

Na concepção adotada por Daniel de Andrade Levy (2012, p. 110) ampliar-se-ia o conceito de reparação, a fim de abranger não apenas os efetivos prejuízos sofridos pela vítima, mas também a restituição de todos os benefícios indevidamente auferidos pelo agente ofensor.

Para o autor, ao contrário dos danos punitivos, a consagração de um princípio de restituição integral dos lucros ilícitos seria mais eficaz, mesmo sem ter o caráter repressivo da indenização sancionadora. A sanção seria apenas mera consequência de seu objetivo principal, que é evitar o enriquecimento ilícito do ofensor, eis a principal distinção entre a indenização com caráter punitivo e a restituição dos benefícios ilícitos (LEVY, 2012, p.111).

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Evérton Pona (AMARAL & PONA, 2012, p. 18) afirmam que a função da responsabilidade civil é dúplice na medida em que visa garantir o direito do indivíduo lesado, impondo ao lesante a obrigação de ressarcir o prejuízo causado à vítima e, ao mesmo tempo, servir como sanção civil, para punir o causador do dano, eis as palavras dos autores:

Afirma-se, ainda, a função pedagógica e desestimuladora da responsabilidade civil, pois, à medida que pune o causador do dano, deseja a sua não reincidência e, ao servir de exemplo para os demais, tem o intuito de desestimular a prática de tais ilícitos, tudo com o objetivo de garantir a integridade do patrimônio do lesado e o convívio social harmônico (AMARAL & PONA, 2012, p. 18).

É com esse espírito que se busca justificar a presente reflexão. A técnica da *fluid recovery* preocupa-se com as indenizações não reclamadas. A fixação do montante indenizatório decorrente da sentença genérica deve ser pensada não apenas como forma de compensar e restituir o dano, mas também como meio de punir o agente causador deste, com base na sua conduta socialmente reprovável, sob pena de ineficácia da tutela jurisdicional, especialmente nos casos envolvendo valores irrisórios como o exemplo retratado por Bellinetti.

O processo de execução coletivo, em geral, é complexo. Os valores discutidos têm relevância social, os sujeitos envolvidos nas questões de fato e de direito são muitos e, via de regra, a condenação pecuniária não se mostra suficiente para a reparação de um dano coletivo.

Para que a ação civil pública possa cumprir o seu papel, a execução coletiva das decisões judiciais deve alcançar resultados práticos e efetivos. Não se pode olvidar que há regras específicas para a execução dos processos que tratam dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu* e outras que tratam especificamente dos direitos individuais homogêneos, mas estas não podem servir de óbice à reparação.

Via de regra, a tutela dos interesses individuais homogêneos é ressarcitória diga-se, voltada ao pagamento de valores e não a uma tutela específica. Todavia a dificuldade em liquidar a sentença genérica, somada a destinação residual em dinheiro direcionada ao Fundo de Direitos Difusos é incumbência que pode ser difícil de concretização, especialmente quando se tratam de microlesões que causam danos aos bens jurídicos coletivos.

4.2 FLUID RECOVERY E ACESSO À JUSTIÇA

Por fim, verifica-se do que foi dito que a *fluid recovery* é um mecanismo processual que foi instituído com o condão de promover o acesso à justiça, visando dar efetividade à tutela coletiva em situações específicas.

A previsão do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, ao tutelar os direitos individuais homogêneos, trouxe a possibilidade de se obter o resultado útil ao processo. Sua ausência, certamente constituiria clara violação ao devido processo legal e o acesso à justiça.

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

Dentro da classificação traçada por Cappeletti e Garth quanto ao tema, a técnica da *fluid recovery* parece se encaixar como exemplo do que os autores consideram como “terceira onda”, sendo um mecanismo para reparar, punir ou prevenir disputas. Trata-se de instrumento que tenta responsabilizar integralmente aquele que provocou a lesão ao tempo em que pretende recuperar, o melhor possível, o bem jurídico afetado.

Distribuir recursos e desencorajar o recolhimento do ganho ilícito nos pleitos de interesses individuais por meio da *fluid class action* é tarefa que se impõe.

Exigir do legitimado individualmente que renove a pretensão reparatória, já expendida na petição inicial coletiva, torna-se ineficaz na tutela jurisdicional metaindividual prestada na solução dos conflitos e não promove o acesso à justiça, pois inutiliza em extensão os esforços expendidos na ação coletiva.

5. CONCLUSÃO

O trabalho apresentado procurou trazer a reflexão sobre os problemas enfrentados para a execução coletiva de natureza genérica disciplinada no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, própria da disciplina processual das ações coletivas para a defesa dos direitos

individuais homogêneos, notadamente no que pertine ao instituto da *fluid recovery* como técnica de execução dos valores residuais (art. 100, CDC).

Repensar essa técnica no sistema processual contemporâneo oportunizando, talvez, ao Judiciário como se dará a aplicação do montante residual parece viável, desde que se privilegie a recomposição adequada do dano de acordo com cada classe lesada e destinando corretamente a aplicação dos valores residuais arrecadados.

Discutir sobre a destinação dos valores retidos pelo Fundo de Defesa dos Direitos é medida que se impõe, uma vez que falta de transparência na gestão dos recursos para os danos coletivos denota que sua aplicação está dissociada do princípio do provimento da tutela jurisdicional e efetiva reparação.

O lapso temporal previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, não pode obstar a pretensão individual de reparação, sendo necessário haver outros mecanismos para garantir a tutela pretendida e o acesso à justiça.

Por fim, repensar a sistemática da execução coletiva de modo a conferir à *fluid recovery* mais efetividade, desencorajando prática de ilícitos lucrativos, confere mais segurança jurídica à sociedade, reconciliando a execução coletiva com a atuação jurisdicional.

6. REFERÊNCIAS:

AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. PONA, Evérton William. **Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas**. In: KEMPFER, Marlene; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. (Org.). Estudos em Direito Negocial e Sustentabilidade. 1ed. Curitiba: CRV, 2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.718.535-RS. Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília/DF, 06 de dezembro de 2018. **Lex**. jurisprudência do STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1718535&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO Acesso em: 08.09.2021

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 666/671.

_____. **Tutela transindividual como instrumento democrático para implementar a defesa do consumidor no mundo globalizado: a hipótese do artigo 100 do código de defesa do consumidor**. In Estudos em direito negocial e democracia. Marcos Antonio Striquer Soares, Miguel Etinger de Araujo Junior, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (organizadores). Birigui: Editora Boreal, 2016.

BOCKMAN, Egon. **Comentários a Lei de Ação Civil Pública** (livro eletrônico). Egon Bockman Moreira...[et al.]. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma Reflexão Conjunta**. Revista de Processo, vol. 82. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1966, páginas 92-151.

DINIZ, Fabiano, SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. **A responsabilidade civil frente ao dano moral coletivo**. In Michel Canuto de Sena (Org). **Responsabilidade Civil. Aspectos Contemporâneos**. 1 ed. Campo Grande: Editora Contemplar, 2020, p. 591-609.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Responsabilidade Civil. O Novo Código Civil. Contributo para uma revisão conceitual**. In Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil , v. I. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery (Organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FINDLAW. United States of America. Supreme Court. *In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 818 F.2d 179, 183-85 (2d Cir. 1987). Disponível em: https://casetext.com/case/in-re-agent-orange-prod-liability-litigation?cf_chl_jschl_tk=__pmd_77c2efce81e5c848d6c0a807c200e40205c4066f-1630865077-0-gqNtZGzNAk2jcnBszQg6 Acesso em 05.09.2021

_____.United States of America. Supreme Court. *In re Eisen v. Carlisle & Jaquelin* (1974), 73-203. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/156.html> Acesso em 05.09.2021

GOMES, Técio Spínola. **A aplicação adequada da fluid recovery na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos**. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol IX. Juliana Mayumi Ono (Organizadora). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Capítulo II – Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In _____ et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentados Pelos Autores do Anteprojeto. Vol II. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções Judiciais Pecuniárias de Processos Coletivos no Brasil: entre a Fluid Recovery, a Cy Pres e os Fundos**. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

KALAJDZIC, Jasminka. **Access to a Just Result: Revisiting Settlement Standards and Cy Pres Distributions**. The Canadian Class Action Review, Toronto, Vol. 6, No. 1, 2010. p. 237

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. United States of America. **Federal Rules of Civil Procedure – Rule 23. Class Actions**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23 Acesso em: 19.03.2021

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil. De um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 577

MULHERON, Rachael P. *The modern Cy-prés Doctrine: Applications & Implications*. London: UCL Press, 2006. P. 216-217.

POMPÍLIO, Gustavo. **Aspectos Polêmicos Acerca da Fluid Recovery no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Técnicas Adequadas à Litigiosidade Coletiva e Repetitiva**. *Revista de Processo. Revista dos Tribunais* 2013 RePro vol.225 (Novembro 2013). <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92686434/v20130225/document/95338638/anchor/a-95335252>

PüSCHEL, Flavia Portella. **Função Punitiva da responsabilidade civil**. In: Revista FGV, São Paulo, vº 21, p. 17-36, jul-dez 2007.

ROSEVALD, Nelson. A responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. In Michel Canuto de Sena (Org). **Responsabilidade Civil. Aspectos Contemporâneos**. 1 ed. Campo Grande: Editora Contemplar, 2020, p. 132-140.

SCHMIDT, Albano Francisco. **Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais**. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014.

SEIXAS, Bernardo Silva de. **Função Punitiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2019. Vol. 1005. p. 43-72.

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

VENTURI, Elton. **Liquidação e execução coletiva da fluid recovery referente à "sobra" do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido**. *Revista de Processo*, v. 111. São Paulo: RT, 2003.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. **Indenização Punitiva no Brasil: desafios e configuração**. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*. Vol IV. Ruy Stoco (Organizador) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, Revista dos Tribunais: São Paulo. 6ª Ed, 2014