

**ANTECIPAÇÃO DA TUTELA
NAS AÇÕES COLETIVAS**

ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI

Monografia elaborada como requisito da disciplina **Direito do Consumidor II – O Processo do Consumidor**, do Curso de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ministrada pela Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol.

Tema-base: **Tutela de Urgência nas Ações Coletivas – Tutela Antecipada, Tutela Específica.**

São Paulo, 31 de dezembro de 2005.

SUMÁRIO

Esta monografia incursiona por tema pouco explorado: a antecipação de tutela nas ações coletivas. Muitos estudos há sobre a antecipação de tutela e muitos outros sobre tutela jurisdicional coletiva; poucos, porém, que se interpenetrem com o objetivo de identificar onde as peculiaridades do microsistema da tutela jurisdicional coletiva impõem tratamento diferenciado à antecipação da tutela prevista no Código de Processo Civil.

Desenvolvendo nos dois primeiros capítulos, cada qual sobre um dos grandes assuntos que se pretende conjugar neste trabalho, as premissas que servem a subsidiar as conclusões do terceiro e último capítulo, no qual se cumpre o objetivo estabelecido, não se pretendeu esgotar o tema que serve de título a esta monografia, mas tão-somente permitir dele uma adequada compreensão em suas especificidades.

Temas comuns como o movimento do acesso à justiça no Estado Social e Democrático de Direito e a efetividade do processo são desenvolvidos cada qual aproximando-os. Paralelamente, há nítida e constante preocupação em bem demarcar as peculiaridades que fazem com que o regramento da antecipação da tutela jurisdicional coletiva mereça um estudo particularizado em relação à antecipação da tutela genérica, introduzida em nosso direito só em 1994 pela Lei 8952/94, depois aprimorado pela Lei 10.444/02.

Índice

<i>Sumário</i>	2
<i>Índice</i>	3
<i>Introdução</i>	4
<i>Cap. 1 – Da evolução da sociedade, dos direitos humanos e do Estado à garantia do acesso à justiça dos direitos coletivos</i>	8
1.1 - Evolução da sociedade, dos direitos e do Estado no século XX	8
1.2 - Acesso à justiça dos direitos coletivos, efetividade do processo e novos poderes do juiz	17
1.3 - Peculiaridades da Tutela Jurisdicional Coletiva	22
<i>Cap. 2 – Antecipação de tutela coletiva no Brasil: evolução e configuração atual</i>	27
2.1 – Questões terminológicas	30
2.2 – Da evolução legal	32
2.3 – As duas espécies de antecipação de tutela, suas características e as distinções frente à tutela cautelar	37
2.4 – A eficácia dos provimentos jurisdicionais antecipatórios	44
2.5 – Os meios coercitivos diretos (executivos) e indiretos	47
<i>Cap. 3 – A antecipação da tutela jurisdicional coletiva</i>	56
3.1 - O microssistema da tutela coletiva e existência de regras específicas para antecipação da respectiva tutela	56
3.2 - A antecipação fundada em urgência. Os requisitos próprios e a dispensa da <i>prova inequívoca</i> (art. 273, <i>caput</i>)	58
3.3 – A efetivação direta da antecipação da tutela coletiva condenatória de urgência	65
3.4 – A antecipação da tutela jurisdicional coletiva fundada na evidência: aplicabilidade do art. 273 do CPC	68
3.5 – Da inexigibilidade de caução do legitimado coletivo	70
3.6 – Recursos e suspensão da liminar	72
3.7 – Da necessidade de audiência da pessoa jurídica de direito público antes da concessão liminar	74
3.8 – A interdisciplinaridade e a importância dos instrumentos de obtenção extrajudicial da prova	74
<i>Bibliografia</i>	77

Introdução

No século passado, a humanidade e, por consequência, o Estado e o Direito evoluíram mais do que em qualquer outro tempo. O sistema econômico capitalista, fruto maior do modelo de Estado Liberal concebido sob a primazia da liberdade a partir das revoluções burguesas do século XVIII (com destaque para a francesa), ao mesmo tempo em que se tornou hegemônico precisou humanizar-se para a sobrevivência da nossa civilização e do próprio sistema. Isso se viabilizou a partir da evolução do modelo de Estado, que lhe serviu concomitantemente de contraponto e esteio.

Essa evolução deu-se em duas etapas, basicamente. Num primeiro momento, teve o Estado de dedicar-se à redução das desigualdades geradas pelo sistema econômico, instituindo e se tornando o provedor de direitos sociais como saúde, educação e previdência, constituindo o modelo que ficou conhecido como Estado Social ou Estado-Providência (*Welfare state*, se adotada a terminologia estadunidense). Na medida em que a humanidade evoluía, cada vez mais aceleradamente, tornando-se mais complexa e globalizada, novos direitos surgiam e mais frágil se mostrava a estrutura política do Estado Social para garanti-los, impondo-se, então, o novo e atual modelo, que aposta na democracia – tanto a representativa quanto a participativa – como mais capaz de viabilizar a completa e equilibrada realização dos valores da liberdade e da igualdade: o Estado Democrático de Direito.

Paralela e concomitantemente à evolução do Estado, o sistema jurídico no mundo ocidental e no Brasil viu-se diante da inevitabilidade de também abandonar o padrão liberal que orientava um Poder Judiciário elitista e restrito a ser apenas a *bouche de la loi* (boca da lei) para tornar-se acessível à grande massa da população e, igualmente, permitir não apenas a declaração mas principalmente a efetivação dos velhos e dos novos direitos. Essa profunda revolução, que se manifestou

mais visivelmente no direito processual, ainda hoje em marcha, ficou conhecida mundialmente pela singela mas significativa expressão de *acesso à justiça*¹.

Como conseqüências desse movimento de acesso à justiça, constitucionalizado como garantia fundamental das mais importantes – dado que sem ela nenhum outro direito é verdadeiramente assegurado – o Estado-juiz foi superando uma posição de inércia típica do Estado liberal e assumindo uma função de protetor-assegurador dos direitos positivados. Para tanto, era fundamental garantir a *efetividade do processo*, reconhecendo-se neste, acima de qualquer outra função, um instrumento de realização dos direitos materiais. Tal era a relevância do tema, que, no Brasil a partir da década de 80 (não por coincidência simultaneamente ao processo de reabertura democrática), ele logo se transformou no foco dos estudos doutrinários jurídicos e em marcantes alterações legislativas. Ocorreram, desde então, quatro revolucionárias mudanças na lei e na mentalidade processual brasileira (na esteira de outras realidades jurídicas) em direção à garantia da *efetividade*:

- 1) a viabilização de uma adequada tutela coletiva dos direitos, elegendo-se legitimados coletivos, reformulando-se conceitos tradicionais como o da coisa julgada e prevendo-se mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos como o compromisso de ajustamento de conduta;
- 2) a priorização da tutela específica (voltada diretamente à proteção do bem jurídico ameaçado ou à sua reconstituição quando lesado) em detrimento da exclusivamente ressarcitória (resolução pela indenização em perdas e danos);
- 3) a possibilidade de remoção do ilícito independente de qualquer dano, conhecida, no Brasil (por influência do direito italiano), como tutela inibitória, e
- 4) a importação para o processo de conhecimento de medidas capazes de interferir efetivamente no mundo dos fatos por meio da antecipação

¹ MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH dissecaram o tema de forma originalmente abrangente e globalizada em obra publicada inicialmente em 1978 e com tradução brasileira realizada pela hoje ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet em 1988. No Brasil, destaca-se a obra de PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO (2003)

de efeitos de uma tutela que antes só se viabilizava no processo de execução, cujo pressuposto era a coisa julgada material.

Embora as quatro transformações referidas, verdadeiras revoluções igualmente importantes, estejam interligadas e reflitam nas possibilidades e potencialidades da antecipação de tutela, somente esta última e a primeira serão enfocadas no presente trabalho, de modo a viabilizar uma análise mais aprofundada e concatenada da antecipação da tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

A opção se justifica menos pela sobranceira importância do processo coletivo no mundo massificado moderno, pois este, no seu conjunto, vem sendo adequadamente estudado², e mais porque pouco se tem escrito sobre o tema específico deste trabalho³. De outra parte, são inúmeros os estudos sobre antecipação da tutela na doutrina, alguns de excelência insuperável⁴; poucos, porém, preocupados em, a partir da visão geral, identificar as peculiaridades da antecipação da tutela *nas ações coletivas*, tema que não mereceu nas obras pesquisadas um capítulo ou artigo específico sequer.

Entre um e outro objeto de estudo, a matéria-tema deste trabalho permanece pouco explorada, muito embora ninguém ignore que não se pode falar em efetividade do processo coletivo sem antecipação da respectiva tutela jurisdicional, nem que a possibilidade de fazê-lo nas lides coletivas, beneficiando inúmeras, às vezes milhares ou milhões de pessoas, potencializa inigualavelmente o processo como instrumento de efetivação dos direitos.

² Enfocando especificamente o processo coletivo, merecem destaque: **Direito Processual Coletivo**, de Gregório Assagra de ALMEIDA (2003), **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**, de Luiz Manoel Gomes Júnior (2005), **Manual do Processo Coletivo**, de Ricardo de Barros Leonel (2002), **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, de Hugo Nigro Mazzilli (2005) e **Tutela Jurisdicional Coletiva**, de José Marcelo VIGLIAR (1999), além de inúmeras monografias e coletâneas sobre a ação civil pública, dentre estas destacando-se aquelas comemorativas dos aniversários quinquenais da Lei 7.347/85 coordenadas por Édis MILARÉ (1995, 2000 e 2005). Recentemente publicou-se interessante coletânea especificamente sobre Processo Civil Coletivo, coordenada por Rodrigo MAZZEI e Rita Dias NOLASCO (2005).

³ Somente nesta última coletânea mencionada e nas comemorativas aos 10, 15 e 20 anos da LACP, coordenada por MILARÉ, identificou este autor dois artigos cuja temática apenas em parte se confunde com a deste trabalho: naquela, texto de Iara de Toledo FERNANDES, intitulado *Tutela de Urgência na Ação Civil Pública* e nestas, texto intitulado *Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública*, de Sérgio FERRAZ, repetido nas três edições. Ainda assim, como os próprios nomes indicam, estes escritos resumiram-se a analisar o regimento da ação civil pública, sem ampliá-lo para o microsistema formado pela conjugação com o Código de Defesa do Consumidor e outros dispositivos legais (como a Lei do Mandado de Segurança, por exemplo, aplicável ao mandado de segurança coletivo) como feito neste estudo.

⁴ Com destaque para as monografias de Athos Gusmão CARNEIRO (2004), Cássio Scarpinella BUENO (2004), Luiz Guilherme MARINONI (2004) e Teori Albino ZAVASCKI (1999) e para a coletânea coordenada por Teresa Arruda Alvim WAMBIER, sobre os *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela* (1997).

Este trabalho é a contribuição do autor para a colmatação dessas lacunas. Tem por objetivo analisar a antecipação da tutela como um dos instrumentos de que se vale o processo coletivo, assim como identificar algumas das peculiaridades legais e hermenêuticas que a distinguem daquela aplicável aos direitos individuais.

É certo, contudo, que na sua maioria o regramento positivado e a doutrina sobre antecipação de tutela genérica do Código de Processo Civil aplicam-se ao processo coletivo, pelo que a opção metodológica adotada será a de conciliar a evolução do processo coletivo e sua ideologia com a da antecipação de tutela em geral, relacionando ambas e apresentando exemplos próprios dos direitos coletivos, como forma de trazer a reflexão para o objeto deste trabalho. Só ao final, com as linhas gerais de pensamento já estabelecidas, é que, em capítulo específico, serão apresentadas algumas peculiaridades visualizadas pelo autor na antecipação da tutela dos direitos coletivos em confronto com os individuais.

Cap. 1 – Da evolução da sociedade, dos direitos humanos e do Estado à garantia do acesso à justiça dos direitos coletivos

1.1 - Evolução da sociedade, dos direitos e do Estado no século XX

Como doutrinou entre nós MIGUEL REALE (1994), nas suas clássicas lições sobre a tridimensionalidade do fenômeno jurídico: Direito é fato, valor e norma.

Não se pode, por isso, dissociar o exame das inovações jurídicas – e a tutela jurisdicional coletiva talvez seja a maior de nosso tempo, significativamente potencializada pela possibilidade de antecipação da respectiva tutela – da realidade social, dos fatos e valores que as ensejaram. Sob essa perspectiva, os estudos do saudoso CAPPELLETTI⁵, que se doutorou em Direito pela Universidade de Florença, onde foi discípulo de Piero Calamandrei, e foi professor da Universidade de Stanford nos Estados Unidos, merecem especial destaque. Suas reflexões sobre “*As Formações Sociais e os Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*”⁶, apresentadas em 11 de maio de 1975, em Florença, serviram de fonte sempre citada pelos doutrinadores brasileiros que se tornariam os responsáveis pela introdução da tutela jurisdicional coletiva no Brasil: Ada Pellegrini Grinover⁷, José Carlos Barbosa Moreira⁸, Kazuo Watanabe⁹ e

⁵ Em homenagem póstuma apresentada na Revista de Processo n. 119 (janeiro de 2005), José Carlos Barbosa Moreira aponta Mauro Cappelletti como sendo provavelmente o processualista estrangeiro do tempo presente que “mais fundamental influência teve sobre a ciência jurídica brasileira”.

⁶ Revista de Processo n. 05, jan/mar de 1977, p. 128-159. O texto original, *Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile*, encontra-se publicado na Rivista di Diritto Processuale, Pádua, v. 30, 1975, p. 362-402.

⁷ Cf. “A Problemática dos Interesses Difusos”, conferência proferida em 24 de novembro de 1982, no Seminário sobre a Tutela dos Interesses Coletivos, na Faculdade de Direito da USP, publicada na excelente coletânea *A Tutela dos Direitos Difusos*. GRINOVER, Ada (Coord). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 30-45.

⁸ Cf. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. Revista de Direito Administrativo, n. 139, jan/mar de 1980, p. 1-10; e também *A Legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro*.

Waldemar Mariz de Oliveira¹⁰ e, pelo Ministério Público, Édis Milaré, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Nelson Nery Júnior¹¹.

No referido artigo, em tópico propriamente intitulado “A Complexidade da Sociedade Contemporânea e a Insuficiência de uma Tutela meramente Individual”, o doutrinador italiano, ao tempo em que ressaltou como a nossa sociedade vem convivendo com produção e troca de bens de consumo massificadas, foi enfático em afirmar que a Justiça já não poderia mais ser invocada apenas contra violações de caráter individual, devendo, ao contrário, de forma cada vez mais freqüente sê-lo contra violações de caráter essencialmente coletivo. Nesse célebre artigo e também na obra sobre o *Acesso à Justiça* que escreveu em parceria com Bryant Garth, Cappelletti tratou de identificar as **principais mudanças na vida em sociedade no século XX** que dificultaram o acesso à justiça e a efetivação dos direitos em geral e os coletivos em especial: **massificação das relações sociais, multinacionalização das empresas, globalização econômica, internacionalização do direito**, aumento da pobreza e alienação de parcelas significativas da população, **crecente desigualdade econômica entre as partes** (desigualdade de armas), sentimento de alienação do cidadão perante os obstáculos institucionais e legais (decorrente da pobreza econômica e cultural) e o **mégalo-urbanismo** (concentração das populações na cidade e abandono do campo). Igualmente merecem referência o aparecimento das **comunicações de massa** e a crescente **inflação legislativa** acompanhada de uma cada vez mais inacessível **tecnicidade das normas**, decorrência da evolução da tecnologia, da complexidade do mundo moderno e da necessidade de o Direito acompanhá-las. FERRAZ, MILARÉ e NERY JUNIOR destacaram ainda o fenômeno da **cartelização** e da **hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica** lembrando que, não obstante serem todos ocasionados pelo próprio homem, escaparam do seu controle e voltaram-se contra ele próprio¹².

Revista Forense, out. de 1981, vol. 176, p. 1-6; e “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”, conferência proferida em agosto de 1982, publicada na coletânea nele referida.

⁹ Cf. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a Legitimação para Agir, publicado na coletânea referida na nota 4, p.85-97.

¹⁰ Cf. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos, publicado originalmente em 1978 (In: Estudos sobre o Amanhã, Caderno n. 2, São Paulo) e também na coletânea referida na nota 4, p. 9-27. No texto, o emérito catedrático da PUC-SP dispensa especial atenção ao trabalho de Cappelletti.

¹¹ Responsáveis, os três membros do MP/SP, pela obra *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984, base doutrinária do projeto de lei da ação civil pública apreciado pelo Congresso Nacional, na qual, por seguidas vezes, o pensamento de Cappelletti é citado.

¹² Op. cit. p. 54.

São, todas, circunstâncias sociais que deram aos direitos coletivos dimensões e importância nunca antes vistas, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, inviabilizaram o seu acesso à Justiça.

Todo esse quadro social determinou uma **sobrecarga de demandas perante o Poder Judiciário** ensejando uma outra razão, esta de política judiciária, para a coletivização das demandas: a economia processual¹³.

Dessas mudanças fáticas, surgiram **novos valores na sociedade que foram se refletindo na positivação de novos direitos humanos.**

Como se sabe, concomitantemente ao surgimento do ESTADO DE DIREITO nos séculos XVII e XVIII haviam sido positivados os **direitos fundamentais de primeira geração, marcadamente individuais, de natureza civil e política, baseados na liberdade, na propriedade, na democracia representativa não universal e na igualdade formal.** Tempos de John Locke e de Rousseau, cujos pensamentos influenciaram sobremaneira as revoluções liberais do século XVIII (Independência das 13 colônias americanas, 1776, e Revolução Francesa, 1789), que positivaram tais direitos como fundamentais referidos em seus documentos principais: a Constituição Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Surgia, na mesma época, um Poder Judiciário que, muito embora fosse independente dos demais, não devia ser mais que a “boca da lei”, de modo a não interferir indevidamente na vida cotidiana dos cidadãos salvo para declarar no caso concreto o que o direito legislado estabeleceria.

Como visto, a sociedade se transformou. Os direitos conquistados pela burguesia ensejaram um grande desenvolvimento do capitalismo que, por sua vez, deu origem ao proletariado urbano-industrial e à progressiva concentração do capital. Originou-se, em resposta a isso, a ideologia socialista e, paralelamente, a organização do movimento operário europeu e norte-americano, evidenciando o fosso existente entre as declarações de igualdade de direitos (de liberdade para todos) e a realidade da vida dos trabalhadores. Também a Igreja Católica, em 1891, propunha uma intervenção estatal nas questões sociais¹⁴.

¹³ Cf. MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 19.

¹⁴ Encíclica Papal *Rerum Novarum*..

Evidenciavam-se, assim, as limitações de uma concepção de perspectiva individual, meramente formal e declaratória de direitos, onde o Estado mais devia se abster do que atuar. Estava criado o contexto social para a **positivação dos direitos sociais**, os quais exigiam do Estado uma **intervenção positiva, prestacional**, em favor do alcance de uma **igualdade material**. Surgia, dentro das sociedades capitalistas, no início do século XX e mormente após a revolução russa de 1917, inclusive como forma de impedir que ela se propagasse pelo mundo ocidental, o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), passando este a assumir maior participação na condução da vida em sociedade.

Essa nova visão tanto se manifestou nas relações entre capital e trabalho (limitação da jornada, proibição do trabalho infantil, garantia de uma remuneração mínima, condições de segurança e salubridade no local de trabalho), como nas relações entre Estado e sociedade (direito à saúde, à educação, à previdência social - deveres positivos do Estado para com seus cidadãos) fazendo surgir os chamados **direitos econômicos, sociais e culturais**, ditos de **segunda geração**. Tais direitos, embora passíveis de titularidade individual, como o demonstram as inúmeras demandas trabalhistas clássicas, foram assumindo, com a evolução da sociedade, um nítido contorno coletivo, sendo titularizados ora por um grupo, categoria ou classe de pessoas (salubridade nos locais de trabalho), ora de maneira difusa por toda a sociedade (direito à manutenção de escolas e hospitais públicos que assegurem saúde e educação à população em geral), passando a exigir a sua concretização por meio de políticas públicas.

Especialmente na segunda metade do século XX, novos conflitos e contradições do modelo sócio-econômico vigente evidenciaram a necessidade de outra evolução conceitual e positivada dos direitos humanos fundamentais. Das duas grandes guerras, da “Guerra Fria” e do desenvolvimento da energia nuclear surgiu a ameaça da destruição total, do extermínio da humanidade. A transnacionalização das empresas, que se dirigiram para países menos desenvolvidos onde a mão-de-obra era (e é) barata e os recursos naturais fartos (até quando?), reflexo de um ciclo monopolizante e expansionista do capitalismo internacional, determinou a ampliação do uso intensivo das fontes de energia e dos recursos naturais de todas as regiões do planeta. Tudo isso repercutiu em descontrolada destruição ambiental, afetando principalmente os países do chamado “terceiro mundo”.

Dessa nova realidade surgiram novos anseios e novas demandas da sociedade, culminando na positivação de novos direitos humanos fundamentais: **os direitos difusos (porque titularizados por uma população indeterminável e dispersa) à paz, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, ao patrimônio cultural da humanidade, à informação.** Era a **terceira geração** de direitos, denominados por parte da doutrina como “de solidariedade” ou “de fraternidade” ou como relacionados à melhora da qualidade de vida.

Mais recentemente, surgiram os direitos relacionados à evolução da informática (especialmente no que se refere à proteção da privacidade, da liberdade de expressão e das transações comerciais por meio eletrônico) e à evolução da ciência genética, mormente dos seres humanos, direitos que, para alguns, configurariam a quarta e a quinta geração de direitos humanos mas que, no nosso entender, nada mais são que novas expressões das categorias já existentes, visto que os primeiros guardam nítida relação com os direitos de primeira geração e os últimos aos de terceira, dada a titularidade difusa e a preocupação subjacente com a preservação da humanidade, acrescentando-se, apenas, uma dimensão ética mais acentuada dada a mudança de posição do homem, de sujeito a objeto de experiências.

Paralelamente à evolução das gerações de direitos humanos deu-se a **evolução do conceito de Estado de Direito**, também de modo progressivo-conglobante, vale dizer, sem o abandono dos avanços e conquistas alcançados nas fases anteriores. Da mesma forma que o reconhecimento e positivação dos direitos sociais e econômicos (ditos de segunda geração) não implicou o abandono aos direitos civis e políticos (primeira geração) e o advento dos direitos de terceira geração (ao meio ambiente equilibrado, por exemplo) não dispensou os avanços anteriores, o Estado Democrático de Direito engloba em sua essência elementos do Estado (Liberal) de Direito e do Estado Social de Direito, havendo inclusive autores que o denominam Estados Democrático e Social de Direito¹⁵.

Dessa forma, continuam presentes no Estado Democrático de Direito os elementos caracterizadores do Estado de Direito clássico, vale dizer: asseguramento dos direitos e garantias individuais (direitos de proteção do cidadão contra o Estado tais como os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal, da liberdade de expressão, de crença e de associação para fins lícitos etc); submissão de todos –

inclusive dos governantes – ao primado da lei elaborada pelos representantes do povo, e a divisão e separação dos poderes¹⁶. Do mesmo modo no que se refere ao grande avanço que significou a preocupação do Estado Social com a igualdade material (superando-se a formal, típica do Estado de Direito liberal) por meio da positivação de direitos sociais, culturais e econômicos cabendo de incumbência do Estado e mesmo das empresas.

Os dois grandes diferenciais do Estado Democrático de Direito em relação aos modelos que o precederam estão no **princípio democrático** e no seu **compromisso (destinação) com a realização da justiça social** por meio da efetivação dos direitos fundamentais de todas as gerações, com ênfase nos sociais.

Princípio democrático, aqui, no sentido que lhe reconhece o emérito constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO (1998: 282) de inquestionável influência na doutrina brasileira¹⁷, englobando (o princípio) os postulados da **democracia representativa** (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes) e da **participativa** (estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia e participar dos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos). Com efeito, a possibilidade de **participação direta** do povo no exercício do poder (democracia participativa) é expressamente prevista no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal (“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição”).

¹⁵ Nesse sentido, Ingo Sarlet (2005).

¹⁶ Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA (1999: 116/26 e *passim*).

¹⁷ Não bastasse a influência que ordinariamente o constitucionalismo português exerce sobre o brasileiro (assim como o nosso sobre o deles, dada a identidade cultural e lingüística e o intenso intercâmbio acadêmico) impende registrar que a Constituição Portuguesa de 1976, a Lei Fundamental Alemã de 1949 e a Constituição italiana de 1947 figuram dentre as que mais influenciaram o constituinte brasileiro de 1987/88, pelo que merece especial atenção a doutrina constitucional desses países. Especificamente no ponto ora abordado, a Constituição Portuguesa, no art. 2º, também consagra o princípio democrático em termos quase nada destoantes dos aqui adotados, especialmente se considerado, como adiante se fará, nosso preâmbulo como importante subsídio hermenêutico a desvendar o conteúdo do Estado Democrático de Direito brasileiro. Dispõe a Constituição lusitana: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.” Para afastar quaisquer eventuais dúvidas que surtissem do fato de os portugueses adjetivarem o Direito e não o Estado de Democrático José Afonso da SILVA (1999: 123) anota que “o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito quando afirma que ele é (e transcreve o art. 2º)”.

Já a **destinação** do Estado Democrático de Direito extrai-se do preâmbulo¹⁸ e do art. 3º, incisos I e III, de nossa Constituição. Naquele se lê que esta foi promulgada “para instituir um Estado Democrático de Direito, *destinado a assegurar o exercício* dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica dos conflitos”. No art. 3º, incisos I e III, que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - que se constitui em Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º - construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I) e erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

Vê-se, pois, que o Estado Democrático de Direito tem por finalidade, compromisso essencial, ir além da mera proclamação dos direitos para, de fato, efetivá-los e visualiza no exercício democrático do poder, seja pela via representativa seja pela participativa, o melhor meio de fazê-lo. Ele não se contenta com a mera declaração dos direitos, senão com a sua efetivação.

Supera-se, assim, a idéia do Estado de Direito clássico, criando-se um modelo diferente: com fundamento (participação direta do povo, protagonista no exercício do poder) e destinação (finalidade) específicos (redução das desigualdades sociais na busca da igualdade material e da justiça como valores fundantes de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos), disciplinados na Constituição (art. 1º e 3º).

Por outro lado, ao dizer a Constituição que a República Federativa do Brasil *se constitui em* Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) e ao fazer o termo democrático qualificar o Estado (e, por via de consequência, tudo que dele emana, incluindo a ordem jurídica) o constituinte adotou uma clara opção de fazer dessa nova configuração uma realidade de amplo alcance e não mera promessa programática¹⁹.

Essa nova configuração do Estado implica, como seria de se esperar, reflexos na hermenêutica jurídica. Em luminar reflexão sobre o assunto, o emérito professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (1990) ensina que, **com o advento**

¹⁸ Cumpre lembrar que, como pontifica o célebre constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu Comentário Contextual à Constituição (2005:22), “os preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa”.

do Estado Social [e o subsequente Estado Democrático de Direito que deste herdou a preocupação com a justiça social por meio de direitos reconhecidos pelo Estado] e a **introdução de considerações de ordem axiológica na hermenêutica constitucional**, tendo em conta que as constituições passaram a não se preocupar exclusivamente em estabelecer limites ao Estado, mas também objetivos e finalidades de sua atuação, **impôs-se uma revisão na hermenêutica tradicional**. Para o professor, ao lado das *interpretações de bloqueio*²⁰, que continuam cabíveis para aqueles direitos que o Estado Social manteve do Estado de Direito, merecem espaço também os chamados, pelo autor, *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição*, os quais conferem ao intérprete uma certa *discricionariedade hermenêutica*.

Em outras palavras, na medida em que o texto constitucional passa a se constituir em um sistema de valores (e não mais apenas um rol de limites ao Estado), a aplicação de suas normas, e essa é a pretensão de toda a Constituição, implica a realização desses valores e a hermenêutica se transforma em um *instrumento de realização política*. Como anota FERRAZ, “a hermenêutica constitucional deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma – com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa – para tornar-se um problema de valoração política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme o projeto ideológico.” (1990:12)

Surgem, então, **reguladores dogmáticos** para essa interpretação de legitimação, abertos e flexíveis, como é o caso da **regra da proporcionalidade** (os fins articulados e qualificados devem estar na dependência dos meios disponíveis e identificáveis) ou da **regra da exigibilidade** (o Estado Social está vinculado à realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista de sua viabilidade).

A utilização dessa “discricionariedade hermenêutica”, para utilizar o termo referido por FERRAZ, ou o ativismo jurídico como preferem alguns, todavia, pôs em discussão uma questão fundamental: haveria afronta à democracia em se reconhecer

¹⁹ A lição é também de José Afonso da SILVA (2005: 32 e 21).

²⁰ A expressão cunhada pelo célebre professor refere-se à interpretação típica do Estado de Direito Liberal, de índole restritiva, voltada a reprimir a indevida invasão do Estado na esfera privada do cidadão. De forma interessante, demonstra que, mesmo na vigência do Estado Social (diríamos Democrático de Direito), em relação aos direitos de primeira geração – e cita as limitações constitucionais ao direito de tributar – a interpretação que deve prevalecer é a de bloqueio, restritiva. Destarte, a identificação do tipo

tal poder a um agente não eleito? Haveria uma contradição na prevalência hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais com a democracia se, segundo esta, todo poder emana do povo e os juízes ou o Tribunal Constitucional não são eleitos?

A resposta a essa pergunta – que interessa sobremaneira ao estudo da tutela jurisdicional coletiva dos direitos positivos ou prestacionais, bem como daqueles que interferem diretamente, ainda que de forma negativa, na condução da gestão pública – é dada de forma brilhante por ROBERT ALEXY (1999: 65/66²¹) que vê a chave para a resolução na distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental de que “todo o poder estatal emana do povo” exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional [no nosso sistema, de controle difuso de constitucionalidade, também os juízes de primeiro grau] como representação do povo que, decerto, ocorre de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente; o tribunal constitucional [e, no Brasil, também qualquer juiz] argumentativamente. Daí a exacerbada relevância que vem assumindo a Teoria da Argumentação Jurídica, a argumentação racional, em tempos de ativismo judiciário: trata-se da justificação política do poder jurídico declarado pelo Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

Esse, em resumidas linhas, o contexto fático-valorativo que conforma a tutela jurisdicional coletiva no Brasil e que, por conseqüência, deve influenciar a respectiva antecipação de tutela.

Apenas para que não paire, desde logo, qualquer dúvida quanto à aplicabilidade dessa reflexão à análise da antecipação de tutela dos direitos coletivos cumpre destacar que é desse contexto que extrairemos, no terceiro tópico deste capítulo, as características mais marcantes da tutela jurisdicional coletiva: sua **interdisciplinaridade** (resultante da complexidade tecnológica do mundo moderno e da tentativa do Estado em regulá-la por meio do Direito), **seu aspecto político** (relacionado à *discricionabilidade hermenêutica* de que fala FERRAZ, reconhecendo nela um instrumento de realização política com inegável carga ideológica, e o **perfil usual dos réus**: o próprio Estado – grande responsável pela implementação (ou não) dos direitos

de interpretação (de bloqueio ou de legitimação) se dá de acordo com a espécie de direito fundamental que se interpreta.

²¹ O raciocínio aqui reproduzido do filósofo alemão foi desenvolvido em palestra proferida em 1998 por ocasião dos 100 anos da Faculdade de Direito da UFRGS intitulada *Direitos Fundamentais no Estado*

sociais, e as grandes empresas – principais agentes do mundo globalizado e massificado. Essas características, como ressaltaremos no capítulo IV, terminam por influir direta ou indiretamente na análise e concessão da antecipação da tutela coletiva. Ademais, logo se verá que os chamados, por FERRAZ, *reguladores dogmáticos*, próprios da interpretação de legitimação a que induz o Estado Democrático de Direito, mais especificamente as regras da **proporcionalidade** e da **exigibilidade** estão diretamente ligadas à antecipação de tutela. Aquela, porque serve de parâmetro para que o juiz, diante da possível irreversibilidade do provimento antecipatório, afira qual direito deverá perecer sob o juízo da verossilhança: o coletivo do autor ou o individual do réu, ou, havendo interesses coletivos contrapostos – o que não é raro em se tratando de ações coletivas – qual deles. Já a regra da exigibilidade dos objetivos a que está vinculado o Estado está na raiz da fundamentação da antecipação da tutela, como veremos.

1.2 - Acesso à justiça dos direitos coletivos, efetividade do processo e novos poderes do juiz

Retornando uma vez mais aos ensinamentos de CAPPELLETTI, vale repetir a pergunta que fez: “Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea?” e a resposta que apresentou: “Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio ambiente, etc)” (1991: 172). Com efeito, de nada vale assegurar direitos se não cuida o legislador de viabilizá-los, garantir sua efetivação.

A revolução, contudo, não seria fácil. Fazia-se necessário viabilizar a tutela jurisdicional dos novos direitos (de segunda e terceira geração) bem como daquelas lesões de massa referidas anteriormente, ainda que de repercussão individual, garantindo-lhes o acesso à Justiça, particularmente relevante em um Estado que se pretende Democrático de Direito e, conjuntamente, garantir a efetividade da respectiva tutela jurisdicional.

Constitucional Democrático publicada na Revista de Direito Administrativo conforme referência

Como lembra CAPPELLETTI: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (1988: 12) e, mais adiante, “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”. Trata-se da **visão instrumentalista do processo**, entre nós magistralmente analisada por DINAMARCO (2001).

Vê-se, pois, que a questão do acesso à justiça está no centro da problemática que deu origem à tutela jurisdicional coletiva, merecendo, pois, atenção especial.

O mesmo CAPPELLETTI identificou (1988: 15-31) os seguintes obstáculos ao acesso à Justiça sob o ponto de vista processual, em apertado resumo: 1) **custas judiciais**, seja no pertinente àquelas propriamente ditas, seja no que se refere às indiretas (gastos com advogados, tempo para manter uma causa, etc.), problema de dramática relevância nas pequenas causas individuais; 2) **diferentes possibilidades das partes**, seja quanto aos recursos financeiros (nos quais as grandes empresas e o Estado – principais agressores dos interesses coletivos – superam em muito os indivíduos atingidos); seja quanto à aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; seja, ainda, quanto às diferenças evidentes entre os litigantes habituais e os eventuais, contando aqueles com maior experiência e possibilidade de planejamento do litígio, além de se beneficiarem com a possibilidade de criarem bancos de dados (de ações e julgados) e relações informais com a autoridade que decide, diminuindo, assim, os riscos da demanda, e 3) **problemas especiais dos interesses difusos**: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.

Para resolver esses entraves o autor identificou, nos vários ordenamentos jurídicos por ele estudados, algumas soluções práticas e dividiu-as no que convencionou chamar de “ondas” do movimento internacional em favor do acesso à justiça (1988: 31-73), justamente porque, de fato, ocorreram, via de regra, nesta seqüência:

- a “primeira onda” respeita à assistência judiciária para os pobres e aos juizados de pequenas causas, busca resolver o entrave relacionado às custas judiciais, mas refoge totalmente ao objeto deste estudo;

- a segunda diz com a representação jurídica dos interesses “difusos”, no intuito de superar as noções tradicionais básicas do processo civil e garantir um autor para esses direitos;

- a terceira “centra sua atenção no conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” e foi denominada por CAPPELLETTI de “o enfoque do acesso à justiça” (1988: 67-8).

O surgimento e configuração da **tutela jurisdicional coletiva** é fenômeno jurídico próprio da segunda onda, voltado a garantir o acesso à justiça daqueles direitos que ficariam excluídos da apreciação judicial se não fosse ela bem como a enfrentar os dilemas principais postos diante do processo civil clássico, de orientação individualista²², promovendo alterações que se faziam imprescindíveis em particular nas seguintes áreas:

- **legitimação para defesa em juízo dos referidos direitos**, visto que, sendo coletivos ou abrangendo um número significativo de lesados, seria inviável garantir o comparecimento e a oitiva de todos os interessados em juízo, fazendo-se necessário eleger um *representante adequado*, ou, na terminologia brasileira, um legitimado coletivo;

- **ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada**, pois esta passaria a atingir pessoas que não integraram a lide, não participaram do contraditório;

- **incremento dos poderes do juiz**, o qual precisaria passar a dispor de meios para evitar a lesão dos direitos tutelados e não apenas garantir o futuro ressarcimento que, na maioria das vezes, de nada vale na proteção dos direitos telados.

Foi esta ideologia que inspirou diretamente o surgimento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, primeiro por meio da edição da Lei 7.347/85, depois pelo advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), constituindo com

²² No processo civil brasileiro, servem de excelente exemplo dessa ideologia individual clássica os art. 3º, 6º e 472 do respectivo código.

aquela o nosso microsistema de tutela coletiva (v. tópico 4.1), ambas elaboradas (em projeto) por doutrinadores brasileiros atentos aos ensinamentos de CAPPELLETTI.

Assim também com relação à **antecipação de tutela**, típico avanço relacionado à terceira onda que, entendemos, se confunde com o pensamento instrumentalista do processo. É que, como adverte BOBBIO, (1992: 63): “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. Com efeito, de nada adiantaria estruturar a tutela jurisdicional coletiva, reformulando os conceitos de legitimidade de agir e de coisa julgada se os novos institutos não fossem dotados de mecanismos que garantissem efetividade na proteção dos direitos.

Agregava-se, indissociavelmente, à **temática do acesso à justiça a preocupação com a efetividade do processo**²³, entendido, então, como instrumento de garantia dos direitos materiais já assegurados.

Toda essa ordem de valores coincidiu com o processo de reabertura democrática brasileiro. A Lei da Ação Civil Pública, emblemático e avançado instrumento da tutela jurisdicional coletiva em nosso país, foi discutida no Congresso no mesmo ano do movimento *Diretas Já!* e aprovada no início do mandato do primeiro presidente não militar em 20 anos: José Sarney, em 1985.

Nesse contexto ideológico, instalou-se o processo constituinte que terminou por reproduzir as avançadas preocupações do movimento pelo acesso à Justiça com efetividade dos direitos.

Não foi coincidência, portanto, a consagração de um Estado Democrático de Direito preocupado em assegurar [e não apenas declarar] o exercício dos direitos individuais e sociais por meio de um processo democrático-participativo. Tampouco o foi a previsão de inúmeros mecanismos de provocação da jurisdição coletiva: a ação civil pública ganhou *status* constitucional (art. 129, III) e, muito embora tenha sido prevista como função institucional do Ministério Público, teve sua legitimidade expressamente aberta para outros entes da sociedade civil (art. 129, §1º,

²³ Excelente e sucinto conceito de efetividade da tutela encontramos em MARINONI (2004: 25) como aquela “que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito exatamente aquilo que ele tem direito de obter”.

CF), aí incluídas as associações (5º, XXI, CF) e os sindicatos (8º, III, CF); ampliou-se o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII) e instituiu-se o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

Estes instrumentos viram-se significativamente potencializados pela ampliação constitucional que mereceu a garantia do acesso à justiça. Enquanto a Constituição de 1967, na redação que lhe dera a Emenda n. 01/69, assegurava, no art. 153, §4º, que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer *lesão* de direito *individual*”, incluindo-se, com a Emenda n. 7/77, uma lamentável ressalva: “O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido” (!), a Carta Cidadã de 1988, no inciso XXXV do art. 5º, previu nestes termos a garantia do acesso à justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão* ou ameaça a direito”. Previa-se, desse modo, ampla proteção contra a ameaça a direito, não mais apenas contra a *lesão*, fosse ela individual ou coletiva, devido à supressão da restrição antes constante. Da simples comparação entre os dispositivos, evidencia-se o avanço que a nova Constituição impôs à tutela jurisdicional brasileira.

Constituído o Estado Democrático de Direito, com a finalidade de assegurar o exercício dos direitos [e não apenas declará-los], e garantido o amplo acesso à justiça inclusive contra sua ameaça, estavam lançadas as bases constitucionais para a radical transformação do processo civil brasileiro em um instrumento de proteção e efetivação dos direitos e não um fim em si mesmo, bem como do Estado-Juiz em um atuante protetor-assegurador desses direitos, superando a posição de inerte *boca da lei*. A tutela jurisdicional já não poderia ser *mera declaração judicial substancial em prol do autor ou do réu*, sendo fundamental também que além de declarar a quem pertence um dado bem jurídico a tutela jurisdicional efetivamente *entregasse, conservasse e guardasse esse bem jurídico junto a seu titular*, passando a comportar não apenas o tipo de proteção dada pelo Estado-juiz, mas especialmente *os efeitos práticos dessa proteção no plano do direito material*²⁴. Tutela não é sinônimo de decisão judicial: são seus efeitos concretos²⁵. As reformas do Código de Processo Civil que se seguiram à Constituição Federal de 1988 – em especial a generalização da antecipação da tutela, a

²⁴ A arguta comparação foi feita por Cássio Scarpinella Bueno ao demonstrar a evolução do conceito de tutela jurisdicional coletiva em função da redação do inciso XXXV do art. 5º da CF (2004: 20).

ampliação dos provimentos com eficácia mandamental e executiva e a instituição de meios coercitivos para efetivação dos provimentos jurisdicionais, que mais interessam ao presente trabalho – foram conseqüências desse fenômeno.

Da mesma forma, por meio do reconhecimento da democracia participativa (da qual a legitimação coletiva é corolário), da ampliação da garantia do acesso à justiça também para direitos coletivos e da ampliação dos instrumentos para defesa adequada desses direitos, estava assegurada a tutela coletiva no país.

Facilmente se vê, de todo o exposto, que **a tutela jurisdicional coletiva e a possibilidade de antecipação da tutela são duas faces do mesmo movimento de acesso à justiça e garantia da efetividade do processo**. Juntas, potencializam-se e se complementam, visto que sem a proteção coletiva a antecipação de direitos tipicamente coletivos se inviabiliza ou deixa sem proteção grande gama deles; a tutela jurisdicional coletiva, por seu turno, corre o risco de tornar-se inócua e desprovida de efetividade sem um adequado mecanismo de antecipação. Estudá-las concomitantemente, além de garantir uma completa compreensão do fenômeno termina por incrementar a efetividade de ambas.

É o desafio que se apresenta para os próximos capítulos.

1.3 - Peculiaridades da Tutela Jurisdicional Coletiva

Antes, porém, de passarmos à análise específica da antecipação da tutela, tendo já se configurado o contexto no qual se insere a tutela jurisdicional coletiva na temática do acesso à justiça próprio do Estado Democrático de Direito brasileiro, convém ressaltar algumas peculiaridades inerentes à tutela jurisdicional coletiva que interessam à garantia do acesso à justiça dos direitos coletivos e, em particular, à respectiva antecipação da tutela.

Pouco releva aqui – visto que este trabalho, como ressaltado na Introdução, abster-se-á de aprofundar onde a doutrina mais qualificada já o fez com

²⁵ *Idem*, p. 29.

excelência – esmiuçar as peculiaridades jurídicas que distinguem a tutela jurisdicional coletiva da tutela individual clássica, quais sejam: a existência de legitimados autorizados por lei a defender, em nome próprio, os direitos coletivos, e a extensão da coisa julgada para quem não participou do processo.

O interesse desta última característica desaparece completamente na medida em que a antecipação da tutela, por definição, dispensa a coisa julgada (juízo de certeza fruto de cognição exauriente, como analisado no próximo capítulo) para produzir seus efeitos.

A condição dos legitimados coletivos, especialmente no que respeita ao grau de liberdade de que gozam em sua atuação e à responsabilidade financeira pela condução da ação, serão especificamente abordados quando da análise das especificidades da antecipação da tutela jurisdicional coletiva, em particular quanto à relativização do princípio da congruência à exigência de caução para antecipação de alguns provimentos.

Por ora, convém apenas frisar que, sendo o sistema jurídico brasileiro de origem romano-germânica²⁶, ao legislador cabem as opções fundamentais, dentre elas a eleição de quem pode exercer a legitimidade coletiva e sob quais condições. Assim, os cidadãos, por exemplo, só podem defender os direitos coletivos tuteláveis pela ação popular (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, conforme inciso LXXIII do art. 5º, CF), não sendo legitimados para a propositura de ação civil pública. Dessa exclusão, exsurge evidente a especial responsabilidade dos legitimados eleitos pela lei para a garantia do acesso à justiça dos direitos coletivos e, no tema objeto desta monografia, para a tempestiva efetivação do direito, visto que lhes cabe fazer e fundamentar o pedido de antecipação. De sua inércia ou inabilidade poderá decorrer o perecimento dos direitos ou a ineficácia da tutela jurisdicional.

Dentre as **peculiaridades extra-jurídicas** que merecem relevo em face do objetivo a que este trabalho se propôs (analisar a antecipação da tutela jurisdicional coletiva), se sobressai a **interdisciplinaridade** quase sempre presente nas lides coletivas. É quase impossível propor uma ação em defesa do meio ambiente sem

²⁶ Interessante e fundamental estudo sobre as peculiaridades do sistema de direito romano-germânico e a primazia da lei como fonte de direito encontra-se na obra de René DAVID, *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo* (1996: 25-139)

abordar conceitos e estudos das ciências da vida: Biologia, Ecologia, Oceanografia, Botânica etc. Da mesma forma no que se refere a uma ação para incluir determinado medicamento na lista daqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, com base no princípio da assistência farmacêutica integral (art. 6º, I, d, da Lei 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde), que precisará abordar, ainda que sem grande detalhamento a eficácia do medicamento, que diz com a Farmacologia e a Medicina. Também uma ação que conteste aumentos abusivos de tarifas públicas (de energia elétrica ou telefonia, por exemplo) dificilmente poderá prescindir de conceitos de Economia.

Fruto da amplitude que se garantiu no direito brasileiro ao acesso à justiça dos direitos coletivos – visto que quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneo, desde que caracterizados nos termos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, podem ser defendidos pela via coletiva – e da complexidade que se transferiu da realidade do mundo moderno para o Direito, obrigado que foi, como regulador da vida em sociedade, a acompanhar o tecnicismo decorrente do avanço da ciência²⁷, essa interdisciplinaridade é inerente à tutela coletiva e, por conseqüência, interessa sobremaneira à sua efetividade. Todas essas áreas de atuação requerem conhecimentos técnicos não jurídicos daquele que proporá a ação civil pública ou atuará extrajudicialmente para solucionar a questão.

Se o autor, legitimado coletivo necessita obter uma antecipação de tutela em hipóteses que tais, máxime em situação de urgência em que o risco de perecimento do direito é iminente, precisará instruir sua inicial com elementos consistentes dessas outras áreas do conhecimento, visto que, se depender da produção processual da prova, certamente verá perecer o direito que pretendia defender.

Uma outra peculiaridade que merece ser posta em relevo, identificada por Ada Pellegrini GRINOVER desde as primeiras reflexões que o tema recebeu no Brasil (1984: 31/2), refere-se ao **aspecto político**²⁸ que decorre da macroconflituosidade inerente às lides relacionadas a interesses coletivos. Não raro

²⁷ Basta analisar o tecnicismo que permeia legislações especializadas como a que estabelece a proteção dos adéticos no Brasil (9.313/96), ou as leis que disciplinam as agências reguladoras e regulamentam suas atividades (9.427/96 – ANEEL, 9.472/97 – ANATEL, 9.961/00, ANSS etc) ou, mais recentemente, a Lei de Biossegurança (n. 11.105, recentemente sancionada) para se constatar a veracidade do afirmado.

²⁸ Adota-se, aqui, a acepção que BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO reconhecem em seu dicionário (1995) como mais usual do termo *político*, como aspecto afeto a atos relacionados à vida coletiva em dado Estado, importando ordens ou proibições de efeitos vinculantes para todos os membros de determinado grupo social, transferindo recursos de um setor da sociedade para outro ou estabelecendo normas jurídicas válidas para dada coletividade.

torna-se inevitável discutir no âmbito desta ação determinada política pública frontalmente contrária à Constituição, seja pela absoluta omissão na implementação de direitos sociais por ela assegurados e regulamentados em lei, seja mesmo por ação contrária aos interesses maiores protegidos constitucionalmente (prioridade da criança, por exemplo). A positivação dos direitos sociais²⁹, conquanto tenham eles natureza prestacional, aliada a um amplo acesso à justiça dos direitos coletivos e a busca da igualdade material reconhecida como objetivo do Estado Democrático de Direito, fundamentam a judiciabilidade das políticas públicas, visto que cabe ao Poder Judiciário fazer o Poder Executivo cumprir a lei e a Constituição (FRISCHEISEN, 2000: 129). Ainda que tal judicialização dependa sempre da análise do caso concreto, dos termos em que o direito é assegurado e da gravidade da violação combatida, bem como de limitadores como a previsão orçamentária e a reserva do possível, é inegável tal possibilidade³⁰.

Mas não apenas na discussão de políticas públicas exsurge o aspecto político da tutela coletiva. Na medida em que sua repercussão freqüentemente interfere nas relações de poder e econômicas (devido aos valores envolvidos) de dada sociedade, ou mesmo na necessária opção entre interesses conflitantes igualmente legítimos (defesa do meio ambiente *versus* busca do pleno emprego, por exemplo, quando determinado empreendimento, capaz de gerar inúmeros empregos é potencialmente muito lesivo ao meio ambiente), só daí já decorreria seu aspecto político, fazendo do legitimado coletivo um importante agente na solução dessas questões e da tutela jurisdicional coletiva (incluindo a possibilidade de antecipação da respectiva tutela) um fundamental instrumento de participação democrática da vida em sociedade.

Uma última peculiaridade que merece ser aqui ressaltada diz com o **perfil dos infratores dos direitos coletivos**. Na esmagadora maioria das vezes, tratar-se-á ou do próprio poder público, visto que, no Brasil, infelizmente o Estado é o

²⁹ E nossa legislação é farta em garanti-los, valendo citar, na área da saúde, as Leis 8080 e 8142, de 1990; na da assistência social a Lei 8742/93; na previdenciária, as Leis 8212 e 8213; na educação as Lei 9394/94 e 9424/96, para proteção à criança e ao adolescente a Lei 8069/90 e ao idoso a Lei 10.741/2003, todas prevendo inúmeros benefícios sociais freqüentemente desatendidos pelo Estado.

³⁰ Para aprofundar o tema da judicialização das políticas públicas, além da excelente obra referida na nota anterior, ver também: MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord). **Ação Civil Pública – 15 anos**, RT, 2000; GOMES, Luiz Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003 E ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, in **Processo Civil Coletivo**. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coord), Quartier Latin, 2005.

principal descumpridor da legislação, como muito bem identificado por Kazuo Watanabe em clássico artigo sobre o acesso à justiça(1988), ou de grande empresa, freqüentemente multinacional. Em um e noutro caso, contará o infrator com advogados bastante capacitados e conhecedores das peculiaridades da matéria em debate. Para utilizar feliz expressão de Cappelletti, são litigantes habituais (passivos) que tendem a levar grande vantagem sobre autores pouco especializados ou capacitados nestas questões e, como demonstra a prática, saturar o processo de informações e ponderações não raro irrelevantes ou impertinentes com o único objetivo de tornar a lide tão complexa a ponto de dificultar a antecipação da tutela.

Essa característica permite melhor compreender os retrocessos e as limitações que se vem impondo à tutela jurisdicional coletiva e, em particular, à respectiva possibilidade de antecipação de tutela, abordadas no tópico 4.3.2, abaixo.

Cap. 2 – Antecipação de tutela coletiva no Brasil: evolução e configuração atual

No dizer sempre preciso de MARINONI, “o **direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV**, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito a ir a juízo, mas também quer significar que **todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva**” (2002: 18). Por isso, um adequado acesso à justiça e um tratamento isonômico das partes pressupõem uma **racional distribuição do tempo no processo de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado**.

Considerando, como visto no tópico 1.2, que com o movimento em prol da efetividade do processo não se podia mais admitir uma tutela jurisdicional que se limitasse a declarar o direito³¹ quando a necessidade de seu titular ia além da mera eliminação de alguma incerteza para concentrar-se em dada necessidade concreta de algum bem da vida, ou de uma determinada atividade ou abstenção, de pouco adiantaria antecipar uma tutela que nenhuma alteração produzisse no mundo fático. **Era preciso, pois, antecipar não apenas a declaração do direito, mas os efeitos que essa declaração pudesse produzir**. Por isso é que, com a costumeira precisão e objetividade, Cássio Scarpinella BUENO registra que “a tutela antecipada é antecipada porque **antecipa a produção dos efeitos práticos de uma sentença** que, de outro modo, não seriam perceptíveis, que não seriam sentidos na realidade concreta até um advento futuro: ... seu trânsito em julgado” (2004: 29). Antecipam-se esses efeitos executivos para realização imediata do direito (MARINONI, 2002: 48). A redação

³¹ *Declarar o direito*, aqui, não corresponde à eficácia declaratória característica de uma determinada espécie de sentença na classificação trinária clássica (que inclui ainda as sentenças constitutivas e condenatórias), mas à postura passiva que caracterizava a jurisdição no modelo de Estado Liberal, no qual o Poder Judiciário, provocado, deveria limitar-se a *declarar* o direito, seja para afastar a incerteza de uma situação jurídica (sentença declaratória *stricto sensu*), seja para (des)constituir uma dada relação jurídica (divórcio, dissolução contratual, adoção), seja para dizer se alguém deve e quanto (condenatória), de modo a ensinar, neste último caso, se e quando quiser o credor, futura execução. Na verdade, como já apontava Pontes de Miranda em seu Tratado das Ações, todo provimento judicial tem, ainda que não predominantemente, eficácia declaratória. O sentido crítico por nós utilizado refere-se apenas àquela tutela que nenhuma preocupação tem com a *efetivação* do direito, que nada *atua*, mas apenas *declara*. Infelizmente, ainda há resquícios desse pensamento em nosso Código, como ocorre com a redação do art.

conferida pela Lei 10.352/2001, que incluiu no art. 520 do Código de Processo Civil o inciso VII para estabelecer que será recebida apenas no efeito devolutivo a apelação de sentença que “confirmar a antecipação dos *efeitos* da tutela” corrobora a conclusão de que a antecipação é dos efeitos.

Embora não se desconheça que essa antecipação dos efeitos, como qualquer interferência do Poder Judiciário no estado das coisas realizada antes de uma cognição exauriente (da qual depende a coisa julgada, cf. próximo tópico), infirme a segurança jurídica, é preciso ter presente que todo o debate sobre a instrumentalidade do processo está diretamente relacionado à finalidade que deve ser por ele desempenhada em dado ordenamento jurídico e à **equação** que se estabelece, nesse ordenamento, **entre os valores da segurança e da efetividade**, neste incluído a tempestividade da tutela. Tal equação, assim como o estudo das técnicas processuais (e a antecipação é uma das principais técnicas voltadas à garantia de efetividade dos direitos), deve reger-se conforme os valores vigorantes em dada sociedade, bem como com o modelo de Estado constituído.

No Estado Liberal, conformado sob a rígida doutrina da separação dos poderes e da primazia da liberdade do cidadão como primeiro e mais importante direito fundamental, a função do processo era estabelecer rígidos limites e procedimentos à intervenção do Estado-juiz na vida e nos negócios. Daí a necessidade de que essa intervenção só ocorresse após exauriente cognição em processo conduzido exclusivamente pelas partes em contraditório, capaz de produzir uma *certeza jurídica* consubstanciada na sentença transitada em julgado que dizia o direito e autorizava o mesmo Estado-juiz a, só então, atuar no mundo dos fatos por meio da força executiva. A distinção entre o processo de conhecimento, de onde exsurgia a certeza jurídica como direito declarado, e o processo de execução, dependente dessa certeza para realizar concretamente o direito, era e deveria ser rígida. Privilegiava-se, então, o valor da segurança sobre o da tempestividade. Se o autor pretendia valer-se do Poder Judiciário para alterar o mundo dos fatos, deveria aguardar o tempo que fosse necessário para que se alcançasse a certeza jurídica que o justificasse.

Com o advento do **Estado Social**, destinado a buscar um mínimo de igualdade material e justiça social, e, na seqüência, do **Estado Democrático de Direito**,

463, que dá por encerrado o ofício jurisdicional com a publicação da sentença, pouco importando a efetiva produção de efeitos por ela.

especialmente voltado à efetivação dos direitos individuais e sociais, **a jurisdição e, por conseqüência, o processo assumiram nova função social.**

A posição do Estado-juiz já não poderia ser de omissão ou de indiferença diante da lesão a direitos estabelecidos pelo próprio Estado-legislador. **O processo**, por conseqüência, já não tinha mais como principal função servir de limite para a atuação judicial mas, pelo contrário, **deveria se constituir em meio para assegurar ao titular de direitos a sua integral usufruição.** Levava-se às últimas conseqüências a célebre lição que Giuseppe CHIOVENDA, desde a primeira metade do século passado³², em defesa da necessidade da tutela de urgência³³, já apregoava nas suas *Instituições de Direito Processual Civil* (1998: 67): "o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir".

Impunha-se, assim, uma **nova equação entre os valores segurança e efetividade**: fazia-se necessário viabilizar uma **tutela de urgência**, não só cautelar, mas também **satisfativa** (cf. tópico 2.3), assim como **redistribuir o ônus do tempo no processo**. Foi o que fez a antecipação da tutela.

É verdade que a opção que privilegia a efetividade em detrimento da segurança tem seu preço, e quem o paga é o réu. Todavia, como adverte o luminar professor da Universidade Federal do Paraná, embora a tutela antecipada possa gerar danos, "é necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitos casos, sem riscos" e que "a tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão" (MARINONI, 2002: 24). O mesmo autor ressalta ser necessário ter presente que "o juiz não é mágico, e não pode, assim, deixar de prejudicar o autor a não ser correndo o risco

³² Não consta da tradução pesquisada para este trabalho a data da primeira edição italiana das *Istituzioni di diritto processuale civile* do célebre professor de Carnellutti. Todavia, em pesquisa à rede mundial de computadores, o autor deste trabalho logrou identificar referência ao ano de 1935.

³³ Muito antes da discussão sobre a efetividade do processo e do movimento de ampliação do acesso à justiça, a doutrina italiana, nas primeiras décadas do século passado, demonstrava preocupação com a tutela de urgência, especialmente porque o Código de Processo Civil italiano de 1865 previa apenas alguns específicos provimentos conservativos (*sequestri, denuncia de nuova opere e di danno temuto*), mas não uma tutela de urgência atípica. Foi nesse contexto que CHIOVENDA, junto a outras vezes, passou a sustentar que a tutela de urgência era ínsita à própria tutela do direito (ARENHART, 2005: 277/8). Como veremos no tópico 2.3, essa falha no processo italiano foi solucionada e hoje consta do art. 700 do CPC italiano dispositivo semelhante ao 798 do brasileiro. A *solução*, entretanto, trouxe outro problema, a ser analisado no referido tópico: confundiu tutela cautelar com a satisfativa.

de prejudicar o réu”, possibilidade que deve ser aceita “com naturalidade por aqueles que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo” (MARINONI, 2002: 22).

2.1 – Questões terminológicas

Barbosa MOREIRA (2004: 77/8) critica o termo *tutela antecipatória* por sustentar que a expressão não encontra amparo no direito positivado (que, de fato, não a utiliza) nem na gramática, visto que se por *tutela* se entende a “proteção dispensada ao litigante”, é intuitivo que ela não pode constituir o *sujeito*, mas apenas o *objeto* da antecipação. Como objeta o autor “a tutela não antecipa seja o que for; pode, isso sim, ser antecipada pelo juiz ou por decisão que este profira”.

Com efeito, genericamente, as terminologias *tutela antecipada*, *antecipação da tutela*, *provimento antecipatório* ou *decisão antecipatória* parecem mais adequadas, visto que só o provimento ou decisão efetivamente antecipam algo, no caso, a própria tutela pretendida, entenda-se esta como o *tipo* de proteção pedida ao Estado-juiz, ou como os *efeitos práticos* dessa proteção.

Contudo, não há como negar que o termo criticado pelo eminente processualista carioca já se difundiu no meio jurídico, consagrado que foi pela melhor doutrina³⁴, com um sentido próximo ao de *provimento*, freqüentemente utilizado na comparação com a tutela cautelar. A jurisprudência também faz uso da expressão, muito embora com menos freqüência que das demais³⁵. De qualquer sorte, evitaremos aqui o termo, utilizando-o apenas quando em referência a alguns dos brilhantes doutrinadores que o adotam.

³⁴ Tanto Luiz Guilherme Marinoni como Ovídio Baptista da Silva utilizaram o termo para intitular escritos seus: *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda* e *Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança*, respectivamente.

³⁵ Em pesquisa realizada por ocasião da elaboração desta monografia, no sítio do Superior Tribunal de Justiça, no item jurisprudência, foram encontradas 68 ocorrências da expressão criticada. Ainda que em número significativamente menor que as expressões “tutela antecipada” (1059 ocorrências) e “antecipação de/a tutela” (717) é inegável que o termo já é corrente no meio jurídico.

Surgem, outrossim, controvérsias terminológicas diante da expressão *liminar*, ordinariamente referida em nossos textos legais, do que são exemplos o art. 928 do Código de Processo Civil, no procedimento das ações possessórias, o art. 12 da Lei de Ação Civil Pública e o 84 do Código de Defesa do Consumidor. *Liminar*, em linguagem processual, é, como pontifica Adroaldo Furtado FABRÍCIO, em artigo multicitado sobre o tema (1995), “o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento em que o processo se instaura”. Como observa o doutrinador gaúcho, o que a caracteriza é o momento da prolação, sequer importando o conteúdo da manifestação judicial (podendo ser satisfativo, cautelar ou mesmo terminativo). Embora consigne que “rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*”³⁶ reconhece, sem visualizar aí maiores inconvenientes, que se tem usado a designação também para os provimentos judiciais proferidos após justificação (alude ao que dispõe, por exemplo, o art. 12 da LACP), asseverando em conclusão que “o que não se pode tolerar é o alargamento do conceito até o ponto de confundir com liminar toda e qualquer providência judicial antecipatória”. As observações do autor sobre o termo se prestar para designar provimentos de toda espécie, inclusive terminativos como no caso do indeferimento *in limine* da petição inicial, somente interessam neste trabalho por reconhecerem tanto a possibilidade de ser utilizado para finalidade cautelar quanto satisfativa.

Com efeito, enquanto a *liminar* a que se refere o art. 12 da Lei 7.347/85 tanto pode antecipar os efeitos satisfativos relacionados ao objeto previsto no art. 3º (condenação em dinheiro, cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer) quanto os efeitos assecuratórios da cautelar referida no art. 4º, ambos da mesma lei, a concessão da tutela liminar a que se refere o §3º do art. 84 do CDC é essencialmente

³⁶ Pautando-se nos ensinamentos do emérito processualista, que também foram seguidos por Humberto Theodoro Jr conforme anota Fredie Didier, este brilhante professor adota a posição radical que entende que *liminar* é somente aquela concedida *inaudita altera parte* para sustentar que todas as restrições legais contra a concessão de liminares, em especial aquelas veiculadas pelas Leis 4.348/64 (arts. 5º e 7º), 5.021/66 (art. 1º e §4º) e 8437/92 (arts. 1º, 3º e 4º) desaparecem se ouvida a parte contrária. O raciocínio é interessante e teria o mérito de afastar, sem necessidade de declaração de inconstitucionalidade, as malfadadas restrições. Todavia, além de não ser esse o entendimento doutrinário e jurisprudencial que tem prevalecido durante anos, inclusive quando, por falta de outro dispositivo legal, era com base na previsão de liminar que, antes e depois da oitiva da parte adversa, se concedia antecipação de tutela nos vários procedimentos que previam aquela, ele termina por ser infirmado pelas próprias leis referidas, valendo citar o art. 2º da Lei 8.437/92 (“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida quando cabível, após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada”). Discordamos, pois, dessa postura radical.

satisfativa. Ambos os artigos são reconhecidos por renomada doutrina como hipóteses de antecipação de tutela previstas em legislação extravagante, a saber: Nelson NERY JR (1997: 382), Cândido Rangel DINAMARCO (2003: 98) e Athos Gusmão CARNEIRO (2004: 12). Os requisitos para a respectiva concessão de tutela antecipada que são os mesmos para ambos, diferem substancialmente dos previstos no art. 273 do CPC, o que confere relevância jurídica à distinção.

A circunstância de se afirmar a natureza de antecipação de tutela das aludidas liminares, todavia, não invalida nem desmerece as lições tomadas de FABRÍCIO quanto às suas características. Pelo contrário, certamente não foi sem razão que a lei se valeu de expressão já consagrada em nosso ordenamento para aquelas hipóteses em que tem cabimento a concessão do provimento logo no início da lide. Evidencia-se, aqui, que a antecipação de que tratam os artigos 12 da LACP e 84, §3º do CDC integra o grupo das **tutelas de urgência**, distinguindo-se nisso, da chamada **tutela da evidência**, regulada pelo art. 273, II e §6º, do CPC.

Voltaremos às duas espécies de tutela antecipada no tópico 2.3.

2.2 – Da evolução legal

Como visto no capítulo anterior, com a evolução do papel do Estado e, mais particularmente, do Estado-juiz na efetiva implementação dos direitos, já não se podia aguardar a certeza jurídica dependente de uma cognição exauriente capaz de gerar coisa julgada material para realizar o direito. Em outras palavras, tal realização não poderia se materializar apenas no âmbito do processo de execução. O agravamento da demora da justiça e o surgimento de situações de direito substancial que exigiam pronta solução do Judiciário tornaram pacífica a tese de que há direito à tutela jurisdicional tempestiva e que, por isso, impunha-se trazer para dentro do processo de conhecimento,

para a fase de cognição, meios coercitivos ou executivos de realização do direito, antes restritos àquele processo.

Essas dificuldades, naturalmente, não eram uma peculiaridade brasileira, nem só aqui se procurava minorá-las. Como observou GIUSEPPE TARZIA, em artigo propriamente intitulado *La Durata del Processo Civile e la Tutela dei Deboli* (2005: 127), “La mancanza di una ‘ricetta miracolosa’ e, al contempo, la gravità del problema, che immediatamente ne consegue – quella che già Chiovenda, in una situazione ben meno preoccupante, chiamava la ‘durata interminabile delle liti civili’ ha ispirato rimedi, preventivi e successive, di varia natura: rimedi preventivi, come la diffusione, in molti Paesi, di procedimenti speciali sommari, di impiego generale (come ad es. Il *referé* in Francia, il *provvedimento di urgenza* – art. 700 c.p.c. – in Italia, i provvedimenti provvisori o *einstweilige Verfügungen* in Germania) ovvero riservati ad alcune categorie disoggetti e a determinate specie di controversie.”³⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, essas alterações foram sendo gradualmente inseridas por meio da autorização legal para concessão de provimentos liminares em alguns procedimentos especiais que se destinavam a tutelar situações jurídicas específicas (direito líquido é certo, por meio do mandado de segurança; posse, nas ações possessórias) ou direitos merecedores de especial proteção (como o patrimônio público e os interesses coletivos em geral) até que, em 1994, a Lei 8.952 alterou o art. 273 para prever uma hipótese genérica de antecipação de tutela. O resultado é que hoje, em um mesmo processo, as diversas atividades jurisdicionais (conhecimento, execução e cautelar) apresentam-se conjuntamente e otimizam, assim, a tutela jurisdicional, reduzindo o tempo da efetiva atuação do Estado-juiz em defesa do direito declarado.

Em rápidas linhas, apresentamos na seqüência a evolução da matéria no ordenamento brasileiro, onde, embora não fosse regra a possibilidade da antecipação da tutela até o advento da Lei 8.952/94, também dela não se podia dizer ser nossa

³⁷ Em tradução livre: “A falta de uma receita milagrosa [para o grave problema do volume crescente de litígios e da necessidade de alterar rumos e estruturas, simplificar e eliminar procedimentos ...] e, ao mesmo tempo, a gravidade do problema, que dele resulta – aquela que Chiovenda, em uma situação bem menos preocupante, chamava a ‘duração interminável das lides civis – inspirou remédios, preventivos e subsequentes [repressivos], de várias naturezas: remédios preventivos, como a difusão, em muitos países, de procedimentos sumários, de emprego genérico (como, por exemplo, o *referé* na França, o *provvedimento di urgenza* – art. 700 CPC – in Itália, os provimentos provisórios ou *einstweilige Verfügungen* na Alemanha), ou reservados para alguma categoria de sujeitos e para determinadas espécies de controvérsias.”

desconhecida visto que havia algumas importantes hipóteses legais autorizando a concessão de liminares, não apenas de conteúdo cautelar (art. 804, CPC), mas com natureza predominantemente satisfativa.

Principiando pela referência ao mandado de segurança, vê-se que desde a edição da lei de regência, em 1951, esta já autorizava (art. 7º, II, da Lei 1.533/51) ao juiz “suspender o ato que deu motivo ao pedido, *quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida*”, em decisão que a Lei 4.348/64, disciplinadora de normas processuais relativas à matéria, denominou de *medida liminar* ao tempo que lhe fixou um prazo máximo de eficácia de 90 dias prorrogáveis por mais 30 (art. 1º, b), justamente para evitar a eternização do provimento provisório.

No próprio Código de Processo Civil de 1973, dentro dos procedimentos especiais, o legislador tratou de prever a concessão de liminares, como na hipótese sempre citada das ações possessórias, em cujo procedimento admite-se a concessão de mandado liminar mesmo sem ouvir o réu (art. 928). A possibilidade de concessão de alimentos provisionais (art. 852) é outro exemplo.

Na legislação extravagante, é antiga a possibilidade de liminar na ação autônoma de busca e apreensão (Decreto-lei 911/69) e na Lei de Locações de 1991 (n. 8.245) há possibilidade de liminar nas ações de despejo (art. 59, §1º)³⁸.

Em sede de **tutela de interesses coletivos a autorização para concessão de provimento liminar sempre foi regra.**

Na **ação popular**, desde inclusão do §4º no art. 5º da Lei 4.717/65 promovida pela Lei 6.513/77, cabia a “suspensão liminar do ato lesivo [ao patrimônio público] impugnado”. Na **ação civil pública**, desde a edição da Lei 7.347, em 1985, podia o juiz “conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”. O **Código de Defesa do Consumidor**, editado em 1990, igualmente facultou ao juiz a possibilidade de “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final [...] conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu” (§3º do art. 84). Tanto ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2004: 12) como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2003: 98) e NELSON NERY JÚNIOR (1997: 382), como visto no tópico anterior, são

³⁸ Os exemplos constam também Da Antecipação de Tutela, de Athos Gusmão Carneiro (2004: 12).

explícitos em incluir o art. 12 e o art. 84, §3º como hipóteses de antecipação de tutela pré-existentes à do art. 273 na redação que conferiu a este a Lei 8.952/94.

Disposição idêntica à do §3º do art. 84 consta do §1º do art. 213 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Esses dispositivos serviram, a toda evidência, de inspiração para que, em 1994, o legislador ordinário, por meio da Lei 8.952, estendesse a mesma possibilidade de antecipação para todas as ações cujo objeto fosse o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, sujeitando-a aos mesmos requisitos (art. 461, CPC). A mesma lei alterou o art. 273 do Código para, finalmente, estender a todo o processo civil a antecipação de tutela, exigindo, todavia, requisitos diferenciados para tal concessão, tema que será analisado no tópico 4.2.

Nos anos de 2001 e 2002, a segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil trouxe algumas importantes contribuições para incrementar a efetividade e o alcance da antecipação de tutela. Sucintamente, visto que a análise detalhada extrapolaria o objetivo deste trabalho³⁹, convém destacar:

1. A inclusão, pela Lei 10.352/2001, do inciso VII ao art. 520 do CPC, para estabelecer que somente será recebida no efeito devolutivo a apelação interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, explicitando não apenas que aquilo que se antecipa são os *efeitos* da tutela e não a mera *declaração* do direito, como também que tais efeitos podem (e devem) perdurar após a sentença;

2. A alteração do art. 14 do CPC, pela Lei 10.358/2001, reescrevendo o *caput* e incluindo um inciso V e o parágrafo único para estabelecer como dever da parte e de *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo* (aí incluindo, sem dúvida, os serventuários e peritos) “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetividade dos provimentos judiciais, de natureza *antecipatória* ou final”, fixando multa de até vinte por cento do valor da causa para violação ao dever referido, reconhecido como “ato atentatório à jurisdição”.

3. A alteração do §5º do art. 461 do CPC, efetuada pela Lei 10.444/02, para explicitar que dentre as medidas necessárias que pode determinar o magistrado para efetivação da tutela específica inclui-se a imposição de multa por tempo de atraso,

³⁹ Para aprofundar: DINAMARCO. *A Reforma da Reforma* (2003a), o mesmo desiderato se alcançando com as monografias sobre antecipação de tutela referidas na nota n. 4.

bem como, a inclusão de um §6º para autorizar a modificação do valor ou da periodicidade da multa, caso verificado que ela se tenha tornado insuficiente ou excessiva.

4. Alterações, pela mesma lei, no regime da execução provisória – cujos princípios devem ser observados na efetivação da antecipação de tutela que não seja específica, nos termos do art. 273, §3º, do CPC – para, dentre outras alterações, dispensar a caução quando o crédito possuir natureza alimentar e não exceder a 60 salários mínimos e desde que o exequente se encontre em estado de necessidade.

5. Alteração no art. 621 do CPC para submeter ao processo de execução para entrega de coisa certa somente o título executivo extrajudicial, evidenciando, assim, que o título judicial fica daquele dispensado, dado que, para sua efetivação são suficientes as medidas previstas no art. 461-A (cuja redação foi dada pela mesma lei da reforma), por meio de mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse, trate-se de coisa móvel ou imóvel.

6. Alteração no procedimento do processo de execução de obrigação de fazer ou não fazer (art. 644 do CPC) para torná-lo subsidiário ao procedimento estabelecido no art. 461 do CPC que, ao tratar dessa tutela específica, confere ao juiz a possibilidade de valer-se de meios coercitivos para constranger o réu a cumprir o provimento (imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, dentre outros).

Às alterações referidas nos últimos quatro itens, todas efetuadas pela Lei 10.444/02, somam-se as relevantes modificações inseridas no art. 273 do CPC efetuadas pela mesma lei, que serão objeto de análise específica no tópico 4.3.

Como se vê, à medida que a legislação vai trazendo para o processo de conhecimento (e, em particular, para a antecipação da tutela) as medidas necessárias à efetivação do direito reconhecido vai perdendo a relevância o Processo de Execução. Já era tempo! Como bem observa MARINONI logo na apresentação da 7ª edição de sua *Antecipação da Tutela* (2002: 19) a alteração do §3º do art. 273 pela Lei 10.444/2002 para substituir a expressão “*execução da tutela antecipada observará*” por “*a efetivação da tutela antecipada observará*” serve de evidência de que a antecipação prescinde do processo de execução.

Por fim, convém registrar recente e pequena inovação trazida pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) mas que, apesar da singeleza, contribui significativamente para esclarecer o regramento da antecipação de tutela em geral e, no particular, da coletiva. Dispôs o §1º do art. 83 que, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, *na forma do art. 273 do Código de Processo Civil*”. De forma clara distinguiu o legislador os *requisitos* para a concessão, que são o “relevante fundamento” e o “receio de ineficácia do provimento final” – diferentes, pois, daqueles constantes do artigo 273 do Código – da *forma* como deve se viabilizar a medida.

A distinção é a mesma que proporemos em relação às antecipações de tutela relacionadas a interesses coletivos. Efetivamente, não é sem razão que para a proteção de direitos ou titulares especialmente protegidos por nosso sistema jurídico, como o são os interesses coletivos, as crianças, adolescentes e idosos (para ficarmos nos exemplos antes abordados), o legislador estabelece requisitos à concessão de antecipação de tutela em caso de urgência (as liminares) mais simplificados que os do art. 273 do CPC. A forma dessa antecipação, contudo, *em todas aquelas hipóteses não previstas nos dispositivos específicos* (como o art. 84 do CDC) deve mesmo se realizar nos termos do art. 273. Vale dizer, observando os princípios do art. 588 do CP, *no que couber* como observa Sérgio ARENHART (2005: 282, *passim*) (cf. tópico 4.2).

2.3 – As duas espécies de antecipação de tutela, suas características e as distinções frente à tutela cautelar

Como visto no item 2.1, há duas espécies de antecipação de tutela no direito brasileiro⁴⁰: (1) a concedida **contra o perigo de perecimento do direito** (ou, nos termos da lei, de “dano irreparável ou de difícil reparação” ou de “ineficácia do

⁴⁰ Dizemos *no direito brasileiro* por nos faltar um exame do direito comparado na matéria, porquanto esta não era a proposta deste trabalho. A divisão que se apresenta, contudo, tem todos os atributos para se aplicar a outros ordenamentos, visto que, em verdade, adentra nas distinções essenciais entre as possíveis antecipações de tutela que se apresentam num universo jurídico preocupado em evitar o perecimento do direito e redistribuir o ônus do tempo no processo.

provimento final”), denominada *tutela antecipada de urgência* ou simplesmente *tutela de urgência* (que em muitos dispositivos legais aparece prevista sob o *nomen juris* de ‘liminar’), e (2) aquela concedida com fundamento não no perigo de perecimento do direito, mas na necessidade se **redistribuir o ônus do tempo no processo** quando o direito do autor se mostra incontroverso ou provável e, nesse caso, o réu abusa de seu direito de defesa, por nós aqui denominada de *tutela antecipada de evidência* ou *tutela de evidência*, por força do uso que vem consolidando Luiz Guilherme MARINONI (2004)⁴¹, embora melhor se pudesse denominar *tutela antecipada pura*⁴², dado que o fundamento da antecipação é tão-somente um juízo de valor sobre o próprio direito do autor. Como se vê, descabe falar de antecipação de tutela exclusivamente com um gênero das *tutelas de urgência*.

A distinção tem especial relevância para o objeto deste trabalho visto que, como adiante restará demonstrado, enquanto na tutela jurisdicional coletiva antecipada de urgência os requisitos são diversos do da tutela individual, o mesmo não ocorre na tutela antecipada de evidência, caso em que a tutela jurisdicional coletiva toma de empréstimo todo o regramento geral.

Resumidamente, pode-se dizer que a **tutela de urgência** encontra seus requisitos nos vários dispositivos legais que tratam das liminares (de regra o “relevante fundamento da demanda” e o “risco de ineficácia do provimento final”, como consta do §3º do art. 84 do CDC, aplicável à tutela dos interesses coletivos, como veremos no tópico 3.2, e à tutela específica em geral, ou do art. 461 do CPC), e no art. 273, *caput*, e inciso I, do CPC, para todas as demais hipóteses. Já a **tutela de evidência** é regulada exclusivamente pelo art. 273 do CPC, constando seus requisitos do inciso II (combinado com o *caput*) e do §6º.

MARINONI (2002: 44) coloca a distinção, doutrinariamente, nestes termos: “o direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o

⁴¹ Também Consuelo YOSHIDA (2005) adota a designação.

⁴² Embora não utilize especificamente o termo por nós referido para denominar essa espécie de tutela antecipada, Athos Gusmão CARNEIRO registra (2004: 35) que “o art. 273, II, criou uma antecipação de tutela ‘pura’, desvinculada dos pressupostos da *urgência* e do *dano*, e ligada tão-somente à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exsurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada a *fim de que (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico*”.

legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo [e, cabe acrescentar, quando alguns pedidos mostrarem-se incontroversos]. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”

Uma outra importante característica distintiva é o **tipo de cognição** que se exige para concessão de cada uma das antecipações de tutela referidas, ensejando diferentes conseqüências quanto à duração do provimento no tempo. Enquanto para a **tutela de urgência** basta a **cognição sumária** fazendo com que aquela seja necessariamente provisória; a **tutela de evidência**, via de regra (ao menos no que se refere àquela concedida com base no §6º do art. 273) decorre de **cognição exauriente** e, por isso, tende a ser permanente.

Para bem apreender as características das espécies de antecipação de tutela referidas no parágrafo anterior, importa ter presente a compreensão do conceito de *cognição jurisdicional*, que é a *forma como o legislador autoriza o juiz a conhecer dos conflitos de interesses para dar-lhes uma solução* (BUENO, 2004: 15). Pode (a cognição jurisdicional) ser pensada em dois planos distintos: o *horizontal*, relativo à quantidade ou extensão das matérias a serem enfrentadas pelo magistrado; e o *vertical*, relativo à intensidade ou profundidade de reflexão que o magistrado está autorizado a fazer sobre as questões que lhe são endereçadas para solução. Enquanto a *vertical* divide-se em plena ou parcial, esta com limitação ao objeto do litígio (como ocorre nas ações de consignação em pagamento e desapropriações, por exemplo); a *horizontal*, é comumente dividida pela doutrina em **exauriente** e **sumária**, naquela exigindo-se um grau de certeza garantido mediante pleno e exaustivo contraditório e nesta de probabilidade (verossimilhança)⁴³.

Esta última técnica de cognição (a sumária) justifica-se nas tutelas de **urgência**, em que o magistrado dispõe de pouco tempo para decidir e, não obstante, deve fazê-lo, sob pena de perecimento do direito, podendo (às vezes devendo) fazê-lo antes mesmo do contraditório. Pode se justificar tanto nas tutelas de natureza cautelar (que visam a assegurar a possibilidade de decisão final, são instrumentais ao processo)

⁴³ A doutrina trazida é de KAZUO WATANABE (2000) citado por BUENO (2004: 14-19), com acréscimos deste último, que também desconsidera a tripartição feita pelo primeiro da cognição vertical, em superficial, sumária e exauriente, visto que a doutrina terminou por consagrar somente estas duas últimas.

como satisfativa (dizem diretamente com a usufruição ou proteção do bem da vida em disputa). Justamente por resultar de uma cognição sumária, a tutela de urgência está mais suscetível a falhas e deve permitir sua revisão se alterada, no curso do processo, a situação de probabilidade que a justificou. Por isso é revogável e modificável a qualquer tempo, vale dizer, **provisória**, condicionada à manutenção das condições que a ensejaram e insuscetível de produzir coisa julgada material (pelo que se qualifica, às vezes, também de temporária).

Duas ressalvas devem-se consignar desde logo.

A primeira é que, muito embora o juiz esteja *autorizado* pelo legislador a conceder a antecipação da tutela de urgência com base em cognição sumária, isto não quer dizer que não possa fazê-lo embasado em cognição exauriente (após contraditório, ampla defesa e instrução finalizada, na sentença, por exemplo ou depois) ou que, neste caso, a antecipação perde sua nota de provisoriedade ou sua natureza urgente. Se o fator que justifica a urgência é superveniente ou se a relevância do fundamento da demanda só se manifestou após amplo contraditório ou mesmo após a instrução, nada impede que a antecipação seja concedida em fase avançada do processo. Por respeito à semântica ou à precisão dos termos jurídicos, esta antecipação já não mais poderá se denominar *liminar*, mas sujeitar-se-á aos mesmos requisitos de antes e, ainda que de mais difícil reversão (dadas as circunstâncias que a ensejaram), será igualmente provisória. Voltaremos ao tema no tópico 2.6.4.

A outra ressalva diz com a revogabilidade ou modificabilidade a qualquer tempo. Embora seja a provisoriedade, de fato, uma característica inerente a toda a qualquer antecipação de tutela, agora positivada no §4º do art. 273 do CPC, importa consignar que a modificação ou revogação não ficam ao livre arbítrio do juiz, mas requerem, além da fundamentação que deve estar presente em todas as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), também alteração do quadro fático no processo ou na realidade concreta, especialmente quando, em se tratando de ação coletiva, há vários interessados no provimento que se alterará. Como magistralmente vem sustentando ALEXY (2005) com sua Teoria da Argumentação Jurídica, a legitimidade da decisão judicial se afirma no discurso racional e este, por sua vez, tem como uma das básicas regras de razão o princípio da não-contradição. Se um juiz, diante de determinados fatos e condições emite um juízo, seja ele positivo ou negativo, acerca de dado provimento antecipatório requerido, não pode sem qualquer alteração fática concreta, modificá-lo ou

revogá-lo, sob pena de comprometer sua legitimidade perante o universo de jurisdicionados.

Para as tutelas antecipadas fundadas em **evidência**, ao invés, é necessária uma cognição mais aprofundada, sendo imprescindível que o contraditório e a ampla defesa tenham sido assegurados, seja para caracterizar o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (inciso II do art. 273), seja em razão da incontrovérsia parcial (referente a um ou mais pedidos cumulados, nos termos do §6º do art. 273). Neste último caso pode-se falar, inclusive, em **cognição exauriente** pois a incontrovérsia, ainda que parcial, afasta o conflito fazendo suficiente o conhecimento já constante dos autos para ensejar um **juízo definitivo**. Embora o modo como o legislador reformador tenha disciplinado esse julgamento parcial, incluindo-o não como julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas como espécie de antecipação de tutela (art. 273), revogável ou modificável a qualquer tempo (§4º), dadas as peculiaridades que ensejam tal antecipação, MARINONI (2004: 351) sustenta que essa revogabilidade (caso a decisão antecipatória tenha restado irrecorrida ou se lhe tenha negado provimento ao recurso) somente pode ocorrer se, posteriormente, o juiz deixar de reconhecer condição da ação que visualizara antes presente.

Estabelecidas as características de cada espécie de antecipação de tutela e suas distinções, importa agora **distinguir a tutela antecipada de urgência da tutela cautelar**, também esta uma espécie de tutela de urgência de duração provisória e decorrente de cognição sumária.

Em uma frase, que serve de título ao tópico em que ZAVASCKI explica a distinção, pode-se assim resumi-la: “cautelar é garantia, antecipação é satisfação” (1999: 46). Equivale dizer, a **tutela cautelar destina-se a assegurar a viabilidade de um provimento final**; é, pois, **instrumental ao processo**. A **tutela antecipada, ao revés, é satisfativa, está relacionada à usufruição, pelo titular, do bem** da vida em si ou à proteção desse mesmo titular frente aos riscos ou danos que venha a sofrer pela falta do bem ou pela impossibilidade de vir a usufruí-lo no futuro.

Essa distinção tem relevante consequência prática: enquanto a tutela cautelar deve ser revogada quando não mais necessária *ao processo*, equivale dizer, quando o provimento final estiver assegurado de outro modo, como ocorre com a penhora de bem que garanta a execução, o mesmo não sucede com a antecipação, que deve vigorar até quando, presentes os requisitos que a ensejaram, ela for necessária ao

titular do bem (podendo, no exemplo dado, subsistir à penhora⁴⁴). Situação inversa pode ocorrer com a revogação de antecipação de tutela em circunstâncias que não ensejariam a revogação da cautelar. Tenha-se presente, por exemplo, o depósito de determinado bem com um dos litigantes: se ele foi deferido com base em juízo sumário de probabilidade do direito e este se inverte no processo, a usufruição do bem deve trocar de mãos, deve ser revogada a tutela antecipada a um dos litigantes para ser concedida ao outro; se, ao revés, o depósito tem por única finalidade resguardar o bem do perecimento, sem que dele possa haver usufruição, ainda que a probabilidade de titularidade se inverta no curso do processo, pode não haver razão para inverter o depósito caso o bem esteja assegurado de modo a, no final, ser entregue íntegro ao seu titular. Sujeitam-se ambas, pois, a parâmetros diversos de revogabilidade.

Toda essa confusão foi, na verdade, ocasionada por uma natural influência do direito italiano, especialmente pela obra de CARNELLUTTI, onde os dois provimentos (o antecipatório e o cautelar), encontram fundamento legal no mesmo art. 700 do *Codice de Procedura Civile*⁴⁵, e, igualmente, pela falta que fez, no ordenamento brasileiro, uma previsão para antecipação genérica como a agora introduzida pela Lei 10.444/02 no art. 273 do CPC.

Ora, o Direito tanto pode induzir transformações sociais como segui-las e consolidá-las; nunca, porém, consegue manter-se por muito tempo alheio às necessidades da vida social e à evolução de uma dada sociedade. Se o legislador tarda em apresentar soluções para tais necessidades, a doutrina e a jurisprudência o fazem. Foi assim que, no Brasil, “inventou-se” a *tutela cautelar satisfativa*, uma contradição em termos, pois se é *cautelar* apenas visa a assegurar, não a satisfazer, mas que foi essencial para suprir a sentida falta em nosso ordenamento de uma ampla possibilidade de antecipação de tutela.

⁴⁴ O exemplo é de MARINONI. Argumentando contra qualquer característica instrumental da antecipação de tutela, aduz que “permitir a conclusão de que a execução da tutela antecipatória do direito de crédito deve parar na penhora ... não só equipara essa tutela ao arresto, como despreza a própria teleologia da tutela antecipatória, que não se destina, à toda evidência, a assegurar a viabilidade da realização do direito de crédito”. (2004a: 111).

⁴⁵ “Sezione V – *Dei provvedimenti d’urgenza*.

700. (*Condizioni per la concessione*). Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso (125) al giudice (669, *ter*, 669 *quater*, 669 *quinquies*) i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione ul mérito”.

Enquanto as hipóteses legais de concessão liminar de provimentos satisfativos estavam restritas a alguns procedimentos especiais (como no caso das ações possessórias e do mandado de segurança, ambos de cognição limitada, o primeiro quanto ao objeto da lide, vedando-se discussão sobre propriedade, o segundo pela impossibilidade de dilação probatória), no processo cautelar não havia qualquer restrição. Pelo contrário, a lei era explícita em reconhecer, no art. 798 do CPC, um poder geral de cautela ensejador das chamadas cautelares inominadas, bem como em autorizar o juiz a conceder liminarmente a tutela pretendida em qualquer processo cautelar (art. 804). Não era difícil prever que o brasileiro, com sua característica criatividade, logo “daria um jeitinho” em adaptar essa ampla possibilidade de antecipação da tutela cautelar. Foi o que fez ao criar a *tutela cautelar satisfativa*.

Até que, finalmente, em 1994, “as pressões sociais por tutela jurisdicional adequada e o conseqüente uso da ação cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento levou à introdução [*rectius* generalização] da técnica antecipatória no final de 1994, nos artigos 273 e 461 do CPC” (MARINONI, 2002: 108).

Como conseqüência, doutrina e jurisprudência vêm, aos poucos, reconhecendo as essenciais distinções entre os provimentos cautelares (regulados no Título III do CPC, artigos 796 a 889) e antecipatórios de natureza satisfativas (todas as liminares que não a do processo cautelar, aí incluídas as destinadas às ações coletivas e à tutela específica, bem como a disciplinada pelo art. 273 do CPC. Não obstante, seja em razão dessa história confusão, seja por causa da condição de tutela de urgência que em certa medida os une, tratou o legislador, por meio da Lei 10.444/02, de, para evitar que preciosismos processuais venham a prejudicar a prestação da tutela jurisdicional, estabelecer uma fungibilidade entre ambos nos termos do §7º do multicitado art. 273 (“Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”).

Importa ter presente, neste trabalho, apenas que, devido às diversas funções que desempenham no processo, não há que se transferir para as antecipações de tutela, mesmo àquelas de natureza urgente, qualquer caráter instrumental.

2.4 – A eficácia dos provimentos jurisdicionais antecipatórios

Como já visto no início deste capítulo **a antecipação de tutela é, na verdade, antecipação dos efeitos da tutela final pretendida**, aqueles que seriam produzidos pela sentença de mérito quando esta se efetivar em concreto. Diante desse quadro, importa ter presente quais são as eficácias de provimentos jurisdicionais possíveis e quais dessas se prestam para serem antecipadas.

Com a superação da concepção de tutela jurisdicional como mera declaração do direito no caso concreto para incluir a função de atuação concreta dessa declaração, vale dizer, **interferência no mundo dos fatos para efetivar e garantir o direito declarado ao seu titular**, houve também uma superação da clássica divisão trinária da eficácia das sentenças entre declaratória, constitutiva e condenatória, para incluir as de natureza mandamental e executiva.

Quando o autor pretende o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer decorrente do ilícito (ato contrário ao Direito, que tenha ou não causado dano, ensejador da chamada, por MARINONI, *tutela inibitória*, que mereceu de sua parte, especial atenção e uma obra específica, visto que foi por seu gênio que o tema ganhou relevância no Brasil) ou entrega de coisa, exemplos de tutelas específicas, pode ser solicitada sentença **mandamental**⁴⁶ ou **executiva**, ambas **capazes de interferir desde logo** (ou seja, **dispensando processo de execução**) **no mundo real**, a primeira por coação indireta, que atua sobre a vontade do réu, a segunda por coação direta, que substitui a vontade do réu por um ato de força do juízo (a busca e apreensão é o melhor exemplo). Pretendendo o autor uma soma em dinheiro, devida por obrigação legal ou contratual, e havendo a possibilidade de que, não cumprida voluntariamente a decisão, se faça necessária a execução por expropriação, tem cabimento a sentença **condenatória**⁴⁷. Se o que se pretende com a tutela jurisdicional é afastar dada incerteza

⁴⁶ Ensina MARINONI (2004a: 117) sobre o surgimento da sentença mandamental, “foram as novas necessidades de tutela jurisdicional, especialmente as marcadas por conteúdo não-patrimonial, que passaram a exigir a imposição de condutas de não-fazer e, por conseqüência, a sentença mandamental. Ora, de nada adianta impor um não-fazer, diante de sua natureza claramente não-patrimonial, sem que ao provimento do juiz seja atrelada uma medida de coerção indireta, como a multa”.

⁴⁷ Na verdade, como observa DINAMARCO (2003: 232), tanto a sentença mandamental quanto a condenatória especificam uma conduta a ser assumida pelo réu, o qual deve pagar, entregar, fazer, não-fazer, abster-se etc. A diferença está em que (a) as sentenças condenatórias contam inicialmente com cumprimento voluntário pelo obrigado e, isso não acontecendo, autorizam somente a instauração do processo executivo, enquanto (b) as sentenças mandamentais também contam com o cumprimento

jurídica ou a constituição ou desconstituição de uma dada situação relevante para o Direito, têm cabimento, respectivamente, sentenças **declaratórias** e **(des)constitutivas**.

Em se tratando de eficácia das sentenças, entretanto, cumpre recordar os ensinamentos de Pontes de Miranda que já na década de 1960, em seu Tratado das Ações, atentava para a circunstância de que “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura” (1998: 137) e que, na verdade, embora haja sempre uma eficácia preponderante, todas as cinco estão sempre presentes, em diversos graus, alcançando-se sempre a famosa “constante 15” (1998 : 138/9).

A questão que se põe neste tópico é identificar **quais dessas espécies de provimento sujeitam-se a serem objeto de antecipação de tutela**. Em princípio, pareceria fácil responder que qualquer uma das cinco antes referidas, tendo em vista que o poder antecipatório, especialmente após a alteração do art. 273 do CPC é agora amplo em nosso Direito. Mas não é assim. **Impende ter-se sempre presente que a antecipação é dos efeitos concretos da decisão** que se pretende ao final e **que o autor deve demonstrar interesse processual**, ou seja, **necessidade** do provimento pretendido.

Sendo assim, **não há como viabilizar a antecipação de um provimento exclusivamente declaratório**⁴⁸, pois a utilidade da declaração judicial reside justamente na sua certeza. Não seria útil ao autor uma declaração provisória, ao menos não de per si. Mesmo depois de muita reflexão, não logramos – e nisso contamos

voluntário, mas autorizam que antes de instaurar o processo executivo, já no conhecimento, se pressione o obrigado a cumprir. Enquanto – e agora a observação é nossa – as primeiras eram características do Estado Liberal, onde a intervenção forçada do juiz na realidade deveria ser evitada, menos importando a efetividade do provimento que a preservação das garantias do indivíduo, as sentenças mandamentais estão mais conformes com o Estado Democrático (e Social) de Direito e tendem a imporem-se no nosso ordenamento e tornar dispensáveis, no futuro, as sentenças condenatórias. Hoje, entretanto, provavelmente porque os provimentos mandamentais (ordem com imposição de multa) estão relacionados, na legislação, à tutela específica de fazer e não fazer ou entregar coisa certa (art. 84, CDC, 461 e 461-A do CPC) e porque ainda não se entende a obrigação de pagar como uma obrigação de fazer, ainda prevalece a distinção que fizemos constar do texto principal. Todavia, já hoje entendemos que, quando o pagar possa se viabilizar de forma específica, sem a necessidade de expropriação de bens, como ocorre quando da existência de disponibilidade de numerário suficiente pelo réu (indenizações de valor insignificante frente ao faturamento de determinada empresa ou pagamentos devidos pelo poder público) ou quando o pagamento possa se efetuar mediante abatimentos a serem realizados em relações de prestação continuada (créditos de consumidores junto a concessionárias de telefonia, por exemplo), nessas hipóteses, tem cabimento a técnica mandamental ou, quando possível, executiva (bloqueio de contas, por exemplos), e não a condenatória, tanto mais se o pleito está se viabilizando em sede coletiva, visto que a ação civil pública pode ter por objeto a condenação em dinheiro (art. 3º) e admite concessão liminar, sem restrição de objeto (art. 12).

⁴⁸ Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva (2000: 66), que também entende não estar sujeita à antecipação a eficácia constitutiva, ponto do qual discorda MARINONI, embasando o sentido do nosso texto (2002: 57).

com a abalizada companhia de MARINONI (2002: 55) encontrar um só exemplo. Pode haver interesse processual em se antecipar, por exemplo, uma declaração de nulidade de cláusula contratual para **impedir** (ordem de não fazer, de eficácia mandamental, principal pretensão do autor) uma determinada cobrança em desfavor de consumidores-contratantes⁴⁹. Ou, outro exemplo, uma declaração de dada situação fática para justificar a **constituição** de um novo índice de reajuste tarifário, como ocorreria diante da necessidade de se identificar e declarar um determinado erro no procedimento de cálculo efetuado por alguma agência reguladora que resultou na autorização as empresas sob sua fiscalização a aumentarem mais do que seria devido o valor dos serviços prestados.

Quanto aos provimentos de eficácia **condenatória**, bem lembra OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (2000: 66), de forma irretocável que “em virtude de sua potencialidade para gerar o título executivo, poderá permitir a **antecipação, não do efeito condenatório, e sim do efeito executivo**, como se dá nos alimentos provisionais e nas liminares do processo monitorio”. Trazendo o exemplo para as lides coletivas: se o que se pede é a condenação de determinada empresa a indenizar os consumidores expostos a suas práticas abusivas e prejudiciais à saúde, pode-se antecipar provimento executivo [ou mandamental] consistente no pagamento do necessário tratamento médico.

O cabimento da antecipação dos provimentos de natureza mandamental e executivo é incontroverso, dada a mesma vocação daquela e destes para produzir alterações concretas no mundo dos fatos.

Os requisitos, o pedido e o os meios coercitivos que deverão ser adotados para a antecipação de tutela pretendida dependerão tanto do fundamento que justifica a antecipação (se tutela de urgência ou de evidência), quanto do efeito de que se necessita produzir no mundo dos fatos, tudo analisado à luz do caso concreto. Exemplificando. Se a antecipação se justifica em razão dos **perigos** que ameaçam determinada coletividade exposta à publicidade enganosa (compras viciadas por erro ou perda de dinheiro, por exemplo), tem cabimento a **tutela de urgência** e, por isso, os requisitos para a antecipação serão os do §3º do art. 84 do CDC (especialmente o

⁴⁹ Em nosso modesto sentir, é o que acontece com o exemplo dado por NERY JR (1997: 395) do autor que, por pretender não pagar determinada dívida e para evitar o protesto (obrigação de não fazer) ingressa em juízo pedindo a declaração de inexistência de dada relação jurídica.

“relevante fundamento da demanda”, visto que o receio de ineficácia do provimento final” é da própria situação). O pedido antecipatório, que poderá ser deferido inclusive sem a oitiva da parte-ré (a empresa e, talvez, a concessionária de tv), deverá ser para que esta seja proibida de continuar veiculando dita publicidade e os meios coercitivos utilizados para garantir a efetividade da medida (v. próximo tópico) poderão ir desde a imposição de multa à empresa anunciante e à concessionária de televisão até mesmo a retirada desta do ar. Se, tomando-se outro exemplo, em ação civil pública que pretende a correção do índice autorizado pela ANEEL para reajuste tarifário do serviço de distribuição de energia elétrica prestado por determinada concessionária, na contestação ambas reconhecem determinada falha no cálculo que, corrigida, reduziria em 2% o aumento, pode o juiz, com fundamento no art. 273, §6º, do CPC, desde logo antecipar a redução do percentual incontroverso (estabelecendo/constituindo, então, novo índice) autorizando, assim, os consumidores a abater de suas contas o percentual referido ou determinando à concessionária (obrigação de fazer), sob ameaça de multa, nova expedição e envio de boletos. Não terá cabimento, neste último caso, qualquer análise quanto à relevância dos fundamentos apresentados pelo autor para a redução que, por ser incontroversa, sequer será objeto de prova (art. 334, III, CPC).

No primeiro caso, o provimento antecipatório é mandamental ou executivo, a depender da efetividade do primeiro. No segundo, o provimento antecipado tem eficácia constitutiva (fixação de novo índice) mas se efetiva também por via mandamental. Em um e outro os requisitos de cabimento foram identificados pelas circunstâncias específicas de cada um.

2.5 – Os meios coercitivos diretos (executivos) e indiretos

Os meios coercitivos estão diretamente ligados à atuação concreta do provimento judicial sem necessidade de novo processo de execução, provocado pela parte interessada, e à ampliação dos poderes do juiz, transformações do processo decorrentes da evolução que analisamos no capítulo um e no tópico 2.2 do Estado Liberal para o Social Democrático e do movimento do acesso à justiça. São, indubitavelmente, imprescindíveis à garantia da efetividade da tutela jurisdicional.

Tais meios, que se agregam à decisão destinada a produzir efeitos em concreto, podendo ser a ela concomitantes ou mesmo subseqüentes, não precluindo mas, ao contrário, sendo modificáveis conforme a necessidade, são comumente classificados pela doutrina (cf., v.g., MARINONI, 2004a: 132) em **indiretos**⁵⁰ (quando atuam sobre a vontade do réu, tendo na multa diária seu melhor exemplo) e **diretos** (que permitem que o direito seja realizado independentemente da vontade do demandado, valendo lembrar a busca e apreensão). Os primeiros são próprios dos provimentos mandamentais; os últimos, dos executivos.

Em prol da efetividade dos provimentos antecipatórios coletivos, conta nosso ordenamento, desde a edição da Lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), em 1985, com os meios previstos no art. 11:

“Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de *execução específica*, ou de cominação de *multa diária*, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

A *multa diária* é proveniente do direito francês, lá denominada *astreinte*⁵¹, e seu surgimento está intimamente ligado aos provimentos mandamentais, para cuja efetividade serve de instrumento. Essa multa não se confunde com aquela recentemente prevista pelo parágrafo único do art. 14 do CPC, incluído pela Lei 10.358/2001, contra o *atentado à jurisdição*, de até vinte por cento do valor da causa. Enquanto aquela se trata de meio coercitivo destinado a influir na vontade do réu, esta é punição. A diferença de natureza e finalidade, autoriza sua aplicação simultânea sem que haja aí qualquer *bis in idem*. Para ter efeito coercitivo útil, como diz a lei, ser *suficiente e compatível*, o valor da multa nem pode ser tão baixo que não gere temor no réu de pagá-la, nem tão alto a ponto de se tornar confiscatória ou inviabilizante da atividade empresarial do réu. Se, ainda que de valor significativo, a multa não agir sobre

⁵⁰ Lembra MARINONI (2004a: 132) que “A coerção indireta é fundamental em relação às obrigações infungíveis, uma vez que, em relação a elas, a execução direta não possui efetividade. Nada impede, porém, que a multa possa ser utilizada diante de obrigações fungíveis.”

⁵¹ Araken de ASSIS (2003: 26) registra que, no direito francês, a *astreinte* surgiu justamente para evitar a conversão da prestação de fazer no equivalente pecuniário [também o nosso art. 84 do CDC tem a mesma preferência pela tutela específica] e, desde sua origem, assumiu ela valor extraordinário e caráter gravoso, completamente desproporcional ao conteúdo econômico da prestação, de modo a constranger o réu no plano psicológico.

a vontade do réu, poderá ter cabimento sua substituição por outro meio coercitivo, como será visto adiante.

Sobre a possibilidade de o juiz impor multa, ensina MARINONI (2004a: 119) que “implicou na quebra da regra de que o Judiciário não poderia exercer poder de *imperium*. Mais do que isso: não fosse a multa, todos os direitos dependentes da imposição de um não fazer ou de um fazer infungível, e mesmo aqueles que – embora podendo ser tutelados por meio da execução direta – melhor se adaptam a ela, estariam entregues às relações de força.”. A multa, todavia, como qualquer meio de coerção indireta, serve apenas para coagir o réu a cumprir, mas não garante a realização do direito independente de sua vontade.

Daí a importância da *execução específica*, que são os meios executivos diretos (preferíveis sempre à execução por perdas e danos, em se tratando de bens coletivos), como a busca e apreensão ou a demolição de obra que, por exemplo, foi irregularmente construída e esteja comprometendo a visibilidade de determinado patrimônio histórico. Nem sempre, todavia, é viável a execução direta.

Nos termos do §2º do art. 12 da LACP, que prevê a possibilidade de concessão de mandado liminar, a multa que for cominada liminarmente “só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

As possibilidades foram ampliadas sensivelmente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que, no §4º do art. 84 praticamente repetiu a disposição do antes transcrito art. 11 e, no §5º do mesmo artigo dispôs nestes termos:

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

O avanço maior está na amplitude de possibilidades autorizadas pelo legislador, visto que o rol do §5º é exemplificativo, pautado apenas na necessidade (“poderá o juiz determinar as medidas necessárias, *tais como...*”). Ademais, todas as medidas referidas, de nítida natureza executiva, passaram a ser consideradas efetivamente como meios coercitivos e não apenas como *execução específica* do pedido. A busca e apreensão, por exemplo, já não precisava ser do próprio bem em disputa, mas

de qualquer outro que, apreendido, permitisse a obtenção de resultado prático equivalente. Imagine-se, por exemplo, uma ação civil pública (a integração da Lei 7347/85 com o CDC será melhor justificada no item 3.1) ajuizada para proibir (obrigação de não fazer), nos termos da legislação municipal de zoneamento, um determinado estabelecimento noturno de reproduzir músicas, em alto volume, em local exposto, após as 22h. Se, mesmo após concessão liminar para que o estabelecimento desligasse os aparelhos no referido horário, fixada multa diária para descumprimento, esta não tiver sido suficiente a convencer o réu, terá cabimento a busca e apreensão dos equipamentos⁵².

A grande questão posta na doutrina em torno do §5º, no entanto, é se ele autoriza ou não a **prisão civil como medida coercitiva**.

Consuelo YOSHIDA (2005:375), Luiz Guilherme MARINONI (2004a: 292-5) e Sérgio ARENHART (2003:384-396), em especial estes dois últimos que mais aprofundaram o tema, entendem **possível** a prisão civil com base no referido §5º quando ela é o **último meio necessário e imprescindível à obtenção da tutela específica infungível de fazer ou não-fazer e o cumprimento da ordem não exige a disponibilização de patrimônio**.

Entendem, diversamente, que o descumprimento da ordem mandamental configura apenas o crime de desobediência (art. 330 do CP) podendo ensejar, pois, apenas prisão criminal Eduardo TALAMINI (2001: 296-322), Kazuo WATANABE (2004: 847), Patrícia PIZZOL (1998: 170) e, segundo constatamos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 12008-CE, rel. Ministro Félix Fischer, e RMS 9228-MG, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar). TALAMINI é explícito ao sustentar que a prisão determinada pelo juízo cível, como meio coercitivo, afronta o antes o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”) e, por isso, não pode ser admitida. Contrapondo aqueles que sustentam, com base na redação do texto, que só a prisão *por dívida* estaria proibida e que a prisão por descumprimento de ordem judicial não se enquadra na condição, TALAMINI lembra que a própria Constituição, ao ressaltar a hipótese do depositário infiel (que não é, necessariamente, uma hipótese de dívida)

⁵² O exemplo foi baseado em outro, de tutela individual mas com mesmo pedido, apresentado por MARINONI em seu *Tutela Específica* (2001).

evidencia que a vedação se estende a *qualquer* prisão civil. Cita, a propósito, idêntico entendimento de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. WATANABE, curiosamente, refere a necessidade de interpretar adequadamente o mesmo dispositivo constitucional para ... (!) sustentar o cabimento, na hipótese, do crime de desobediência.

Data maxima venia, o primeiro entendimento é o que deve **prevalecer**, por inúmeras razões.

Primeiramente, porque é perfeitamente possível interpretar essa possibilidade – autorizada, repita-se, pelo §5º do art. 84 do CDC – em conformidade com a Constituição. Como argumenta ARENHART, enfrentando explicitamente a tese de TALAMINI e BAPTISTA, ainda que se entenda que a vedação não se dá apenas à prisão civil *por dívida*⁵³ a interpretação sistemática e teleológica (inclusive considerando a exceção do depositário infiel) do dispositivo constitucional aponta para a proibição de prisões civis de **conteúdo obrigacional**, restando, de qualquer forma excluída aquela que decorre do atentado contra a ordem judicial, destinada a preservar sua autoridade. Em linha similar de argumentação, MARINONI, atento a teleologia da norma, demonstra que o dispositivo busca evitar a utilização da prisão civil para coagir o cumprimento de situações que pressuponham *disponibilidade de patrimônio*, equivale dizer: entre a liberdade e o patrimônio, faz prevalecer aquela.

Ambos os doutrinadores relevam, ademais, a **importância de se confrontar o dispositivo constitucional em comento com aquele que garante o efetivo acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º)** para concluir que, na **ponderação de valores** (típica da hermenêutica constitucional moderna baseada em reguladores dogmáticos como a regra da proporcionalidade – cf. tópico 1.1), **em alguns casos, a garantia da efetiva proteção de direitos** (mormente coletivos quando protegidos na sua forma específica) **deverá prevalecer à preservação da liberdade**. Posta a solução nesses termos é quase impossível discordar dela sem abandonar tudo que antes se disse quanto ao compromisso do Estado Social e Democrático de Direito com a efetivação dos direitos e a própria ideologia do acesso à justiça. Não é demais destacar, todavia, que **aqui não se sustenta, certamente, a utilização indiscriminada da prisão civil como meio coercitivo para viabilizar a efetivação de qualquer tutela mandamental, mas apenas de modo excepcional, como último ou único recurso capaz de se**

⁵³ Araken de ASSIS afirma que os casos autorizados de prisão no inciso LXVII do art. 5º são, sim, exemplos de prisão por dívida, o que se extrai da “a natureza das prestações que a autorizam” (2003: 32).

alcançar uma tutela específica de natureza infungível de determinados bens, especialmente se coletivos e indisponíveis.

Também o inciso XXXIV do mesmo artigo 5º (“não há crime sem lei anterior que o defina, *nem pena sem prévia cominação legal*”) não serve a afastar o cabimento da prisão como elemento de coerção justamente porque não se trata de *pena* nem condenação, mas apenas restrição temporária⁵⁴ à liberdade como forma de coerção, revogável a qualquer tempo, para fazer prevalecer a autoridade judicial.

Um exemplo talvez torne mais claro a importância de se admitir a prisão determinada pelo juiz cível. Suponha-se que determinada empresa de produtos químicos esteja desenvolvendo, na Amazônia (ou no Pantanal, ou em qualquer outra área de especial valor ambiental), experiências que, muito embora se viabilizem tão-somente com a dispersão de alguns de seus cientistas, instalados em condições precárias e com poucos equipamentos, se comprovem altamente degradantes ao meio ambiente. Ajuizada a competente ação civil pública e concedido mandado liminar (confirmado em grau de recurso) para proibir (obrigação de não-fazer) a empresa de continuar a realizar as experiências, sob pena de pesada multa, ela não as interrompe, ou o faz apenas temporariamente, para disfarçar a fiscalização, e passa a adotar a prática de substituir freqüentemente os cientistas que realizam os trabalhos de modo a permitir que cada um, quando abordado, possa alegar desconhecer a proibição. O que fazer nessa hipótese? em que a multa se mostra incapaz de constranger a empresa a parar com as atividades (talvez por não dispor de patrimônio no país) e, em razão das peculiaridades em que são feitas as pesquisas, não se visualizar outro meio coercitivo capaz de detê-las que não a determinação de prisão de todo o cientista que for encontrado as realizando, tanto no intuito específico de interromper a prática proibida como de dissuadir qualquer um a continuar no empreendimento? Deve-se deixar perecer o meio ambiente ou surgirem efeitos irreversíveis dessas experiências para, no futuro, tentar-se alguma reparação econômica? Por certo que não!! Tem-se, aí, um dos casos em que a prisão, com fundamento no §5º do art. 84 do CDC, se imporia. De nada serviria a tese que sustenta ser a hipótese tipificada como crime de desobediência, pois não haveria ordem específica para cada um desses cientistas, mas para a empresa, podendo aqueles,

⁵⁴ A título de curiosidade, interessa referir que Araken de ASSIS no aprofundado estudo sobre o *contempt of court* no direito brasileiro que fez, comparando nosso regramento com o de outros países como o dos Estados Unidos e da Inglaterra (2003: 23), informou que, naquele país não há prazo predeterminado de

inclusive, alegarem desconhecer a ordem, e o direito penal não admite responsabilidade objetiva! Ainda que a ordem fosse dirigida especificamente ao cientista, este se retiraria naquele momento e outro voltaria; o ciclo se repetiria enquanto a degradação do meio ambiente continuaria ocasionando danos irreversíveis. Ademais, segundo o regramento legal brasileiro atual, já não cabe mais prisão em flagrante por crime de desobediência, considerado, em razão da pena cominada (15 dias a 6 meses), infração de menor potencial ofensivo nos termos da Lei 9099/95, pelo que não fica o infrator sujeito ao flagrante se comprometer-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal na data aprazada (art. 69, parágrafo único).

Há ainda dois outros importantes óbices à utilização da tipificação do crime de desobediência em prol da efetividade dos provimentos civis: (1) o crime destina-se a reprimir, sancionar, a lesão a determinado bem jurídico (e não dissuadir sua prática) e o espontâneo cumprimento posterior não o descaracteriza, e (2) como o juiz cível pode, no máximo, representar ao Ministério Público ou à autoridade policial para que essas autoridades viabilizem a persecução criminal (lembrando que descabe a prisão em flagrante), cabendo a essas autoridades e depois a um juiz criminal o juízo sobre a caracterização ou não do crime, nessas circunstâncias, ao invés de reforçar a autoridade do juiz que prolatou a ordem cível, a opção pode desautorizá-lo e, por via de consequência, também o mandamento que se pretende cumprir.

Forçoso reconhecer, lamentavelmente, que esse **não é o entendimento de nossas Cortes máximas**. Como bem demonstra Araken de ASSIS (2003: 31), citando julgados do Supremo Tribunal Federal (RHC 76.741-MG) e do Superior Tribunal de Justiça (HC 18.029-RS), o entendimento consolidado é no sentido de que “o art. 5º, LXVII, somente autoriza a prisão, e a título excepcional, do devedor de alimentos e do depositário infiel”. Objeta o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor da PUC/RS, com a agudeza de espírito que o caracteriza, que “essa idéia [de rejeição à prisão por inconstitucionalidade e, portanto, contra futuras leis, inclusive] retrata o espírito de outra época, que se almeja banir nos tempos atuais. As armas do órgão judiciário brasileiro perante as atitudes desafiadoras das partes e outros figurantes do processo se cingem à aplicação de multas. Sanções dessa natureza não abalam alguém desprovido de patrimônio” (idem). Não obstante, apesar de não

duração da prisão e que, na Inglaterra, Lei de 1981 fixou o prazo máximo de dois anos quando determinada por Corte Superior e de um mês quando provenha a ordem de corte inferior.

visualizar impedimento constitucional para que se institua novo e mais grave tipo penal contra descumprimento a mandamento judicial, e mesmo que se atribua competência ao juiz civil para decretar a prisão por desobediência, com a possibilidade de posterior repasse do processo à jurisdição penal, **entende o doutrinador que não há, hoje, no direito brasileiro norma que o autorize** (2003: 34). Há, corroborando essa sua posição, julgados do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵, embora antigos, sem divergência por nós encontrada, que são explícitos em registrar que “falta competência ao juízo cível para ordenar prisão por desobediência, na ausência de previsão legal” e que “eventual prisão em flagrante, por crime de desobediência, admite fiança [o acórdão é anterior à Lei 9099/90], constituindo ilegalidade a negativa desta”. Não encontramos julgados que analisassem especificamente a tese sustentada por MARINONI e ARENHART.

Enquanto prevalecer o entendimento hoje dominante, **a antecipação de tutela só contará, como meios coercitivos, com a multa** (que em tutela jurisdicional coletiva só é exigível depois do trânsito em julgado da decisão de mérito – art. 12, §2º LACP) **e com as demais medidas de coerção direta de natureza executiva** (busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obras e outros) para assegurar a efetividade dos provimentos de **tutela específica** (obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa, nos termos dos artigos 84 do CDC, 461 e 461-A do CPC), ainda que nenhum desses meios se demonstre eficaz.

A antecipação de tutela não específica individual – de regra relacionada à obrigação de pagar indenização decorrente de dano ou de ilícito – **não conta com meios coercitivos**⁵⁶ visto que, à luz do art. 273, §3º, é aplicável, à espécie, no que couber, o regramento da execução provisória (art. 588, CPP). Esse entendimento é corroborado pelo art. 287 do CPC (cuja redação atual foi dada pela Lei 10.444/02), segundo o qual, “se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória da tutela (arts. 461, §4º, e 461-A).

Situação diversa encontramos na antecipação da tutela jurisdicional coletiva, por força da integração combinação autorizada pelo art. 21 da

⁵⁵ REsp n. 21.021-9, Relator o Ministro Francisco de Assis Toledo, julgado em 24/06/1992, e HC n. 4.031, Relator o Min. José Dantas, julgado em 18/12/1995.

⁵⁶ Nesse sentido, Araken de ASSIS (2003: 29)

Lei da Ação Civil Pública com os artigos 3º (que inclui no objeto da ação civil pública a condenação em dinheiro), 11 (que prevê a multa e a execução específica) e 12 (que autoriza a concessão liminar) da mesma lei com o art. 84, §5º, do CDC (que amplia o rol de meios coercitivos executivos). Voltaremos ao tema no próximo capítulo.

Por fim, é mister referir, quanto aos meios coercitivos, a alteração promovida pela Lei 10.444/02 ao art. 461 (referente às obrigações de fazer e não fazer), no qual inseriu o §6º para autorizar o juiz, de ofício “a modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. A medida é positiva e apenas vem reforçar a natureza coercitiva da multa, para cuja eficácia se faz necessária a flexibilidade agora autorizada pelo legislador. No que se refere à multa fixada com base nos artigos autorizativos da antecipação de tutela coletiva (12 da LACP e 84 do CDC), que permanecem inalterados, cumpre referir que a modificação sempre esteve autorizada pela orientação legal para que a multa fosse “suficiente e compatível”. A periodicidade, mesmo sem previsão legal explícita, também já vinha sendo alterada para se *compatibilizar* com a situação concreta (por exemplo, mensal quando a prática proibida ou obrigada seguia essa periodicidade).

Cap. 3 – A antecipação da tutela jurisdicional coletiva

Depois de incursionarmos pelo contexto de surgimento, pelo ideológico da tutela jurisdicional coletiva e, em linhas gerais, pela dogmática da antecipação de tutela brasileira, estamos autorizados a ingressar no ponto culminante deste trabalho: a identificação das peculiaridades da antecipação de tutela jurisdicional coletiva.

É certo que até aqui não evitamos a conjugação que neste capítulo se apresentará em seu ponto mais elevado; pelo contrário, procuramos entremear nosso trabalho com exemplos próprios da tutela antecipada dos interesses coletivos e, ainda que por meio de sucintas observações, convidar o leitor a uma compreensão interligada dos dois temas. Havia, entretanto, sempre um certo compromisso com a exposição minimamente isenta que convém à apresentação de premissas.

Doravante, embora procurando em não incorrer em qualquer irresponsabilidade científica, mas no firme intuito de ousar, adentrar no novo, e, assim contribuir, para a reflexão e concretização referente ao tema que serve de título a este trabalho e que é tão pouco estudado na perspectiva que ora se apresenta, nos permitiremos sustentar posicionamentos próprios, ou seja, não necessariamente sustentados em doutrina já produzida. Nossas únicas preocupações serão a coerência e a racionalidade da argumentação jurídica.

3.1 - O microsistema da tutela coletiva e existência de regras específicas para antecipação da respectiva tutela

Superada a fase da codificação, inadequada para as complexidades do mundo moderno, mas no intuito de assegurar um mínimo de coerência ao tratamento jurídico de situações que se assemelham, há hoje um visível movimento que, sob um aspecto, tende a aproximar os principais sistemas contemporâneos ocidentais (*common*

law e romano-germânico) e, por outro, reconhece, em cada país ou grupo de países (como no caso europeu), a necessidade da existência de microssistemas jurídicos, adaptados às peculiaridades dos direitos e situações jurídicas que regula e, principalmente, orientado por principiologia e disciplina diferenciadas.

No Brasil, ao menos desde 1990, é possível falar-se em **microssistema da tutela coletiva**⁵⁷ ou em **Código de Processo Coletivo**⁵⁸, formado pela perfeita integração entre a Lei da Ação Civil Pública (n. 7347/85) e o Título III do Código de Defesa do Consumidor (em razão do que dispõem os artigos 21⁵⁹ da primeira e 90⁶⁰ do código), mas também pela integração que se reconhece entre essas duas leis e outras, que também disciplinam ações coletivas, como é o caso da Lei da Ação Popular (4.717/65)⁶¹, do Estatuto da Criança e do Adolescente (cujo artigo 224 expressamente determina a aplicação subsidiária da Lei . 7.347/85) e do Estatuto do Idoso (idem no art. 93).

A existência desse microssistema, além de permitir a utilização da espécie de ação que, em razão do respectivo procedimento, possuir melhores condições

⁵⁷ Emblemática, nesse sentido, a festejada obra de Gregório Assagra de Almeida, *Direito Processual Coletivo Brasileiro* (2004), elaborada sobre a perspectiva da existência de um direito processual coletivo informado por princípios e disciplina positiva próprios. Na mesma linha, entendemos digno de citação o Manual de Processo Coletivo de Ricardo de Barros Leonel (2002).

⁵⁸ A expressão de há muito vinha sendo utilizada por boa parte da doutrina especializada, como era o caso de Antônio Gidi (1995:77) que, recentemente, juntamente com Ada Grinover e outros doutrinadores de escol, em sua maioria da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tem defendido a necessidade da edição de uma nova lei, congregadora da disciplina principal relacionada às ações coletivas e visivelmente inspirada no modelo norte-americano. Embora seja descabida, neste trabalho, uma análise mais aprofundada do anteprojeto que se apresenta para discussão, desde logo registramos que ele nos parece desnecessário, pois a legislação brasileira sobre o assunto, ainda que careça de aperfeiçoamento, é bastante avançada e vem sendo assimilada em sua essência pela jurisprudência brasileira, e inoportuno, pois as últimas alterações legislativas mostram uma tendência de retrocesso que poderia ocasionar graves estragos na tutela jurisdicional coletiva brasileira.

⁵⁹ "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

⁶⁰ "Art. 90. Aplicam-se as ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."

⁶¹ Vale citar, para demonstrar como a jurisprudência da Corte que interpreta por último o direito federal acolhe a idéia do microssistema da tutela coletiva, o REsp 427.140-RO, relator para o acórdão o Min. Luiz Fux, julgado em 20/05/2003, em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para interpor ação popular e no qual expressamente se referiu que a "carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas."

de defender o direito coletivo ameaçado ou lesado⁶², cria uma disciplina processual própria que, como veremos, produz importantes conseqüências para a efetividade da antecipação da tutela jurisdicional coletiva, relacionadas, por exemplo, a um peculiar regramento dos poderes do juiz e da responsabilidade das partes.

3.2 - A antecipação fundada em urgência. Os requisitos próprios e a dispensa da *prova inequívoca* (art. 273, *caput*)

Como vimos no tópico 2.3 há, em nosso Direito, **duas grandes espécies** de antecipação de tutela: a fundada na **urgência**, que de há muito se garante por aqui, até pouco tempo somente em procedimentos especiais, incluindo o da tutela jurisdicional coletiva para a qual se assegura tal possibilidade desde 1985; e a fundada na **evidência** do direito, decorrente do abuso do direito de defesa ou da incontrovérsia parcial. Neste tópico, abordaremos a primeira espécie, em relação à qual as peculiaridades do regramento próprio da tutela jurisdicional coletiva se manifestam de forma determinante.

Em poucas palavras, podemos definir nosso objetivo neste tópico como sendo o de demonstrar a **inaplicabilidade do regramento positivado no art. 273 do CPC, especialmente no que respeita aos requisitos para concessão, à antecipação da tutela jurisdicional coletiva**, que se sujeita a regramento próprio, preexistente no respectivo microsistema.

Editada em 13 de dezembro de 1994, na primeira mini-reforma do Código de Processo Civil, a Lei 8.952, publicada no dia seguinte e sujeita a uma *vacatio legis* de 60 dias, procedeu a uma grande revolução no processo civil brasileiro ao **generalizar**, estendendo a todos os procedimentos (inclusive o ordinário) a possibilidade de antecipação de tutela nos termos da nova redação que deu art. 273 do Código:

⁶² Diante, por exemplo, da existência de um direito coletivo líquido e certo, o procedimento do mandado de segurança coletivo (que é o mesmo do individual, visto que, na ausência de lei específica aplica-se o regramento deste último) tende a melhor defender o direito ameaçado por impedir dilação probatória e, assim, artifícios protelatórios do infrator.

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Por ocasião da segunda mini-reforma do CPC, o artigo foi novamente alterado, dando-se nova redação ao §3º e acrescentando-se os §§6º e 7º:

“§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

.....

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Esse é o **regramento aplicável às antecipações de tutela da evidência** (*caput* c/c inciso II e §6º) e **para todas as antecipações de tutelas não específicas**, dado que para as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa há regramento próprio (artigos 461 e 461-A do CPC), idêntico àquele aplicável à tutela jurisdicional coletiva, visto que o 84 do Código de Defesa do Consumidor serviu-lhe de modelo.

Ocorre que, quando adveio essa extensão, **a tutela jurisdicional coletiva já dispunha de regramento próprio** desde 1985, conferido, no que respeita aos requisitos, pelos artigos. 12 da Lei de Ação Civil Pública, e §3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, leis que, como visto, dão a base do microsistema da tutela coletiva no Brasil.

Dispõem os artigos citados:

“Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

...

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

Um simples cotejo entre esses dois dispositivos e o art. 273 permite perceber que aquele é mais restritivo. Seja por exigir a *prova inequívoca (caput)* para concessão da tutela de urgência, seja porque proíbe a antecipação quando houver risco de irreversibilidade do provimento antecipado (§ 2º). Impõe-se, então, saber se ele é mesmo aplicável à antecipação nas demandas coletivas naquelas hipóteses de tutela diferenciada já previstas na ação civil pública e no CDC (cf. próximo tópico).

Entendemos que não!

Muito embora parcela respeitabilíssima da doutrina entenda que *prova inequívoca* é apenas aquela prova bastante para convencer o juiz da verossimilhança da alegação⁶³, não visualizando na redação um significativo incremento ao tradicional *fumus boni juris* (positivado no §3º do art. 84 do CDC sob a expressão *relevante fundamento da demanda*), o posicionamento majoritário identifica na redação a exigência de um grau mais intenso de convicção do juiz dessa *fumaça do bom direito*⁶⁴. BARBOSA MOREIRA entende, com razão em nosso sentir, que a lei estabelece duas etapas para a perquirição do juiz que antecede a antecipação: verificar se existe nos autos prova inequívoca, vale dizer, unívoca, não ambígua, que comporta um só entendimento, e, em seguida, verificar se essa prova tem força persuasiva suficiente para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente. Em qualquer hipótese exige-se *prova*, requisito que, inquestionavelmente, é mais rígido que a *relevância do fundamento da demanda* exigida para a concessão de liminares (antecipação de tutela) nas ações coletivas.

A exigência de requisito mais dificultoso se justifica na medida em que a possibilidade foi estendida a *todos* os procedimentos, referentes a *todos* os direitos e a *todos* os objetos de tutela jurisdicional, independente de suas particularidades ou relevância. **Não pode, todavia, aplicar-se a procedimentos especiais em que regramento diferenciado, mais facilitado, se justifica pela importância ou natureza dos direitos tutelados, como é o caso dos direitos coletivos, que só pela amplitude e dispersão dos titulares já merecem especial proteção do Estado, equiparando-se aos interesses públicos da antiga classificação binária (público x privado) aos quais deve-se reconhecer primazia sobre os interesses privados (individuais), como é, de regra, o do réu, tanto mais quando o direito coletivo está sob risco de perecimento, pressuposto da tutela antecipada de urgência.** Outrossim, a **magnitude da lesão** a um direito coletivo e a **percepção de confiança gerada quando de sua proteção pelo Estado-Juiz** justificam requisitos mais flexíveis para sua proteção antecipada.

⁶³ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (1997: 155): “A denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil”.

⁶⁴ É o entendimento, por exemplo, de Cândido Dinamarco, para quem “a exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar”, em seu *A Reforma do Código de Processo Civil* (1997: 145). Perfilhando tese similar, Teori Albino ZAVASCKI vê na *prova inequívoca* a exigência de um *fumus boni juris* qualificado pela certeza quanto aos fatos (1999: 76).

Mister destacar, ainda, que dentre os direitos coletivos há aqueles que merecem tratamento diferenciado pela sua própria natureza, como é o caso do meio ambiente e da saúde, para os quais se aplica o **princípio da precaução**, absolutamente incompatível com a exigência do *caput* do art. 273 de *prova inequívoca*. Segundo tal proposição, definida no princípio 15 da ECO 92, “Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”⁶⁵. Significa que, quando uma atividade representar ameaça de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, deverão ser tomadas medidas de precaução (se não espontaneamente, por meio de provimentos judiciais, concedidos – não se pode afastar a hipótese – antecipadamente quando as circunstâncias assim recomendarem), mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente, ou seja, não se deve produzir intervenções no meio ambiente, quando ausentes provas de que a radiação emitida não agrida o meio ambiente. Nesses casos, não há *prova inequívoca* de que tal atividade é nociva ao meio ambiente ou à saúde, tampouco se tem como certos os males causados. Pode haver, contudo, sérios e fundados *estudos* (não provas) demonstrando os riscos da atividade, o que deve ser suficiente para antecipação da tutela. Ocorre que o princípio da precaução só serve a configurar um relevante fundamento da demanda, nunca uma prova inequívoca.

Todos esses argumentos justificam que o regramento especial (no caso, da antecipação da tutela em razão da urgência previsto na lei 7.347/85 e no CDC) **não seja derogado pelo geral.**

É, aliás, o que estabelecem, respectivamente, os §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” e “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, na interpretação que lhes conferem tanto a doutrina tradicional (MAXIMILIANO, 1980: 356-67) como moderna (DINIZ, 1994: 72-5). Embora esses doutrinadores admitam alguns temperamentos ao aforismo segundo o qual “**lei nova geral não derroga lei especial mais antiga**”, afastam tal relativização sempre que a finalidade ou a relevância jurídica dos elementos contidos na

⁶⁵ Cf. NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande (2002)

norma especial assim justificarem. DINIZ, após referir que a norma geral não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, faz apropriadíssima citação de BOBBIO, para quem “a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*.” (idem, p. 72).

Disso tudo extraímos nossa **primeira conclusão relevante** neste trabalho de identificação das peculiaridades da antecipação da tutela coletiva: **quando a concessão se pautar em urgência** (nos termos da lei, quando houver “fundado receio de ineficácia do provimento final – art. 84, §3º) **não se aplicam os requisitos do art. 273 do CPC, especificamente no que respeita à exigência de prova inequívoca**, exigindo-se, tão-somente, o “relevante fundamento da demanda” ou a vetusta *fumaça de bom direito* (*fumus boni juris*) que sempre se exigiu para a concessão de liminares, tivessem elas natureza cautelar ou satisfativa.

Foi esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 161.656-SP, Relator o Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 19 de abril de 2001, no qual se discutia questão ambiental relacionada à queima da cana-de-açúcar. Ainda que se tenha feito referência ao §3º do art. 84 do CDC, fez-se constar da ementa que “a natureza jurídica da liminar proferida em ação civil pública é diversa da tutela antecipada regulada pelo art. 273 do CPC, razão pela qual não podem ser invocados, *in casu*, os requisitos estabelecidos no referido preceito legal. Na hipótese dos autos, estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da liminar, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*”. Fez o relator constar de seu voto trecho do parecer exarado pelo Ministério Público Federal, então apresentado pelo hoje Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, onde se lê que “o referido art. 12 da lei da ação civil pública faculta ao juiz a concessão da medida, a maioria das vezes indispensável à preservação do próprio bem da vida. Essa liminar tem, é verdade, como objetivo principal assegurar ao requerente o bem da vida pretendido. Mas isso não a faz sujeita aos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil porque, tal qual acontece com a medida liminar proferida em ação popular e aquela proferida em mandado de segurança, a liminar do art. 12 da lei da ação civil

pública possui regulamentação e requisitos próprios.” Só faltou esclarecer que esses requisitos deveriam ser extraídos do §3º do art. 84 do CDC, dada a perfeita integração existente entre este código e a LACP.

A bem da verdade, não é outra a conclusão que se aplica a todos os procedimentos em que o legislador autorizou a concessão de liminares, sejam eles da tutela jurisdicional coletiva (ação popular, mandado de segurança coletivo), sejam da tutela individual (possessórias, alimentos provisionais etc), cujas liminares, com nítida natureza de antecipação de tutela, continuam sujeitas aos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* que, como visto, no vernáculo positivado equivalem a *relevância do fundamento da demanda* e *justificado receio de ineficácia do provimento final*, respectivamente.

Absurdo ainda maior é cogitar da aplicação dos requisitos do artigo 273 do CPC, em especial da famigerada *prova inequívoca*, às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa, de direito individual ou coletivo, visto que, neste caso, o próprio Código lhes dá tratamento diverso nos artigos 461 e 461-A. Não é raro, contudo, encontrar essa obtusidade em petições iniciais e mesmo em decisões judiciais! A tutela de urgência, individual ou coletiva, das obrigações específicas (fazer, não fazer e entregar coisa certa), encontra em nosso ordenamento tratamento diferenciado justamente em razão da opção extraída da Constituição, de privilegiar a efetiva proteção dos bens jurídicos em detrimento da tutela ressarcitória.

Pelas mesmas razões, não se pode admitir a aplicação à tutela jurisdicional coletiva da restrição constante do §2º do art. 273 (“Não será concedida a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”) que, conforme já assentou a doutrina⁶⁶, refere-se à irreversibilidade dos *efeitos* do provimento antecipatório e não deste mesmo, visto que, por força do §4º do mesmo artigo, os provimentos antecipatórios são por natureza reversíveis, vale dizer, provisórios. Aqui, todavia, o impacto da restrição é menor visto que a jurisprudência⁶⁷ já se encarregou de interpretar o §2º à luz moderadora do critério da proporcionalidade, como aduz o mesmo autor. Ou seja, mesmo para as hipóteses em que o art. 273

⁶⁶ Barbosa Moreira, José Carlos. *Antecipação da tutela*: algumas questões controvertidas. In: Temas de Direito Processual 8ª Série, pp. 82/3.

⁶⁷ Por exemplo, no REsp n. 144.656, julgado em 06.10.1997.

disciplina indubitavelmente a antecipação da tutela, a restrição do §2º não subsiste à regra da ponderação própria do princípio da proporcionalidade.

3.3 – A efetivação direta da antecipação da tutela coletiva condenatória de urgência

Já vimos que, em se tratando de tutela jurisdicional coletiva, diante do perigo de ineficácia do provimento final (tutela de urgência), a liminar (com natureza satisfativa, vale dizer, com natureza de antecipação da tutela pretendida) pode ser concedida (inclusive sem a oitiva da outra parte se imprescindível à proteção do direito, pois a possibilidade é da natureza do provimento liminar) desde que demonstrado o *relevante fundamento da demanda*, sendo dispensável a “prova inequívoca”, porque inaplicável o art. 273 do CPC ao caso. Também é certo que esses provimentos antecipados, via de regra de natureza mandamental e executiva, podem contar, para sua efetividade, com os meios coercitivos referidos no tópico 2.5 ou, em outras palavras, *efetivam-se* com apoio desses meios.

Importa saber quais as obrigações que o legislador autorizou o juiz a antecipar nesses termos, ou seja, com esses requisitos (perigo de ineficácia do provimento final e relevante fundamento da demanda) e valendo-se dos meios coercitivos a que aludimos (multa e meios executivos de coerção direta, possivelmente também a prisão civil).

Quanto à **tutela específica das ações cujo objeto sejam obrigações de fazer e não fazer a resposta é induvidosa**, porquanto, nesse caso, além da explicitude do art. 84, *caput* (que trata das obrigações de fazer e não fazer, autorizando a antecipação se presentes os requisitos do §3º), o regramento é idêntico ao conferido pelo Código de Processo Civil de forma genérica (art. 461). Também no que respeita **às ações que tenham por objeto a entrega de coisa certa a solução deve ser a mesma**, dado que a omissão do art. 84 do CDC, no particular, é suprida pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 90, CDC e 19 da LAPC), que trata da matéria no art. 461-A, com requisitos e procedimento idênticos.

A situação assume maior complexidade quando o objeto da ação e da tutela que se pretende é uma condenação em dinheiro. Pode-se ordenar o réu a pagar sob pena de multa ou bloquear-lhe a conta corrente para forçá-lo a pagar? Ou interromper sua atividade econômica com o mesmo fim?

A resposta do Código de Processo Civil – válida, portanto, para as antecipações de tutela jurisdicional de natureza individual e para as antecipações em ações coletivas quando fundada em evidência – tende a ser negativa. Salvo se admitida a tese de que o *pagar* possa ser considerado como um *fazer*⁶⁸ ou *entregar coisa certa* de modo a aplicar-se o regramento do art. 461 ou do 461-A, interpretação que parece ser ainda muito avançada para nosso estágio de efetividade do processo, deve-se admitir que o §3º do art. 273 impõe a efetivação da tutela antecipada observando-se, no que couber, as normas previstas no art. 588 do CPC, ou seja, por meio da execução provisória. Embora ARENHART (2005: 278-83), de forma muito inteligente, sustente, com base na locução legal *no que couber*, que essa remissão seria apenas aos *princípios* do art. 588, ou seja, da responsabilidade objetiva (inciso I), da garantia (II) e da reversibilidade (III), não nos parece ser esse o sentido da norma, que, no particular, apenas trouxe para a antecipação o que se obteria com a sentença recorrida. Não obstante torçamos para que a tese prevaleça, a entendemos dispensável para a antecipação quando se tratar de tutela jurisdicional coletiva.

Isso porque, para nós, na esteira de tudo que antes sustentamos, a **disciplina legal da antecipação das obrigações de pagar dinheiro nas ações coletivas já autoriza sua atuação concreta por meio de provimentos mandamentais ou executivos e com uso dos meios coercitivos para sua efetivação, fora, portanto, da execução provisória.** Vejamos porque.

O raciocínio é simples. A ação civil pública pode ter por objeto a condenação em dinheiro (art. 3º da Lei 7.347/85) e admite concessão liminar, sem qualquer restrição de objeto (art. 12). O art. 84 do CDC, que se integra perfeitamente à Lei da Ação Civil pública como visto no tópico 3.1, além de explicitar os requisitos para concessão da liminar, expressamente autoriza o juiz a impor multa diária para cumprimento da obrigação (§4º) ou determinar alguma outra medida necessária de

⁶⁸ Na nota n. 48, desenvolvemos raciocínio nesse sentido, o que se torna sustentável especialmente quando a efetivação do pagar possa se fazer de outro modo que não a expropriação (compensação de créditos, bloqueio em conta bancária, etc), para o que se pressupõe disponibilidade de numerário ou relações de trato continuado.

natureza executiva (§ 5º) para obtenção da tutela específica. Sendo assim, desde que o pagamento em dinheiro seja o próprio bem da vida perseguido (tutela específica) e não indenização por perdas e danos, há, indubitavelmente, ao menos em sede de ações coletivas, autorização legal para sua antecipação.

Imagine-se, por exemplo, ação coletiva movida contra bancos para que estes paguem correções diferenciadas nas aplicações de seus clientes (tendo em mente os recentes problemas com a remuneração do capital aplicado em fundos de investimento). Ou ações coletivas movidas contra as ações de telefonia pretendendo ressarcimento das cobranças indevidas (por exemplo, das assinaturas mensais, se sua ilegalidade for reconhecida). Em um ou noutro caso, a tutela específica é, justamente, o pagamento dos valores devidos. Ainda que se reconheça que o provimento definitivo nesse caso seja de natureza condenatória (essa ainda parece ser a tendência em nosso processo), nenhum impedimento há em antecipar seus efeitos concretos como já vimos no item 2.4. Faz-se necessário, apenas, autorizativo legal e este existe.

A única ressalva ao raciocínio acima expandido que nos parece impositivo fazer é que, como sustentamos, todo o regramento peculiar da antecipação de tutela nas ações coletivas se funda em urgência (risco de ineficácia do provimento final) o que, em exemplos como os apresentados, poderia ser de difícil caracterização. Não, todavia, impossível. Basta considerar, no exemplo das empresas de telefonia, que milhares de pessoas que, tendo crédito relacionados, por exemplo, a meses de tarifas pagas a título de assinatura, estejam com suas linhas interrompidas justamente por não terem pago mensalidades passadas. Não é descabido supor que a empresa seja condenada a abater os respectivos créditos de modo a liberar os usuários dos débitos e, adimplentes, voltarem a utilizar-se do serviço.

Exemplos mais simples encontraríamos em ações que, tratando de danos ocasionados em relações de consumo ou mesmo em matéria ambiental, pretendessem a condenação dos réus ao custeio do tratamento de saúde das vítimas. Também aqui, de forma mais nítida, poder-se-ia pensar em antecipação do pagamento com fundamento nos dispositivos referidos do microsistema de tutela coletiva.

Todos esses exemplos dizem respeito à condenação de particulares. Em se tratando do Poder Público, como observa SHIMURA (2003: 184) há a exigência constitucional (art. 100) de que o pagamento se viabilize por precatórios, excetuados os pagamentos definidos em lei como de pequeno valor (como é o caso do art. 17 da Lei

10.259/01, que disciplina os juizados cíveis federais, dispensando precatório para os pagamentos de até 60 salários mínimos).

Outra dificuldade que adviria de uma eventual aplicação do regramento previsto no §3º do art. 273 do CPC para as antecipações de provimentos condenatórios relacionados a pagamento em dinheiro, se admitíssemos sua aplicação na tutela jurisdicional coletiva, seria a **exigência de caução** para antecipação de tutela de natureza condenatória, notadamente pagamento de dinheiro, visto que o aludido parágrafo remete a efetivação da tutela antecipada, em casos que tais, para o art. 588, em cujo inciso II exige-se caução. Trataremos do assunto no tópico 3.5, visto que a hipótese se apresenta, também na antecipação de tutela fundada na evidência, caso em que entendemos aplicável o art. 273 referido.

3.4 – A antecipação da tutela jurisdicional coletiva fundada na evidência: aplicabilidade do art. 273 do CPC

Até aqui procuramos demonstrar distinções relevantes entre a antecipação da tutela jurisdicional dos direitos coletivos fundada na urgência e a dos direitos individuais com o mesmo fundamento. Neste tópico, nosso objetivo é justificar porque, em se tratando de tutela antecipada de evidência, nosso entendimento é diverso. É que **não há previsão no microssistema da tutela jurisdicional coletiva de antecipação de tutela com fundamento na evidência do direito**, pelo que, em razão da **subsidiariedade** do Código de Processo Civil prevista no art. 19 da Lei 7.347/85 e 90 do CDC (decorrente, ademais, do próprio sistema), tem aplicação o regramento do Código e, em particular, do art. 273.

Exigem-se, assim, para antecipação da tutela jurisdicional coletiva com base na evidência, os **requisitos** do *caput* do referido artigo combinado com o inciso II (prova inequívoca, verossimilhança e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) ou os do §6º (incontrovérsia parcial). O **procedimento para efetivação** observará o que dispõem os artigos 461 e 461-A, quanto às obrigações

de fazer, não fazer e entregar coisa certa, e o art. 588 (execução provisória), quanto às demais hipóteses.

Essa orientação independe do direito coletivo supostamente violado (meio ambiente, consumo, saúde) **e de qual seja o objeto da ação** (condenação genérica, imposição de obrigação de fazer ou não fazer, de entregar). Se inexistir justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), vale dizer, não houver urgência, não tem aplicação o art. 12 da LACP na sua combinação com o art. 84 do CDC mas sim o art. 273 do CPC. Exemplificativamente. Suponha-se que uma mata nativa de um parque nacional foi completamente destruída por fogo induzido por um proprietário de terras vizinhas, tendo algum dos legitimados coletivos ajuizado ação civil pública para obter desse fazendeiro indenização em favor do fundo dos interesses difusos a que alude o art. 13 da Lei 7.347/85, regulado, no âmbito federal, pela Lei 9.008/95. Aquele legitimado só logrará obter antecipação da tutela, que no caso se efetivaria aplicando-se os princípios do art. 588 (da execução provisória), se ocorrer abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou incontrovérsia parcial, visto que o dano ao meio ambiente já ocorreu e não se visualiza nenhuma necessária recomposição imediata do local, não havendo, *a priori*, *periculum in mora* ou receio de ineficácia do provimento final, ressalvada, obviamente, alguma outra hipótese de perigo, como no caso de o autor evidenciar que o réu está dilapidando o patrimônio para evitar pagar a indenização.

Embora aplicáveis, em tese, às ações coletivas, os artigos 12 da LACP e 84 do CDC só podem ser invocados, obviamente, quando presentes seus próprios requisitos. Ausentes, as reformas do Código de Processo Civil abriram à tutela jurisdicional coletiva novas possibilidades de antecipação de tutela que, entretanto, ficam sujeitas ao regramento para elas estabelecido. Nenhuma derrogação há, aí, na disciplina da antecipação da tutela jurisdicional coletiva; pelo contrário, houve uma ampliação legal para criar novas hipóteses de concessão. E isso é motivo de louros ao legislador, dado que a alteração vem em boa hora contribuir para uma justa redistribuição do ônus do processo, independente da presença do requisito da urgência.

3.5 – Da inexigibilidade de caução do legitimado coletivo

Se afastada a tese que sustentamos no item 3.3, segundo a qual, mesmo nas antecipações de natureza condenatória (pagamento em dinheiro), aplica-se o regramento do microssistema de tutela coletiva e não o art. 273 ou, mesmo que ela prevaleça, ao menos nas antecipações fundadas em evidência se porá uma importante questão: a exigência (ou não) de caução para efetivação de tutela relacionada ao recebimento de dinheiro.

A princípio, ela é exigível. Isso porque o §3º do art. 273 estabelece que a “efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461 e 461-A”. Como já visto, é difícil sustentar que a obrigação de pagar dinheiro seja considerada obrigação de fazer (art. 461) ou de entregar coisa certa (art. 461-A), restando, pois, as normas previstas no art. 588 para regularem a efetivação da antecipação em comento. Dentre essas normas há a do inciso II que condiciona o “levantamento de depósito em dinheiro” à caução idônea, só dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar até o limite de 60 vezes o salário mínimo (cerca de R\$ 18.000,00) quando o exequente se encontrar em estado de necessidade (§2º). Ou seja, a lei preocupou-se com a situação excepcional e estabeleceu um limite. Ocorre que este limite é individual, o que não é de se criticar, visto que, de fato, o Código de Processo Civil é todo ele formatado em uma perspectiva individualista.

O problema está em aplicar esses regramentos à tutela jurisdicional coletiva, informada por outros princípios e critérios!

Tomemos mais um exemplo.

Empresa petroquímica causa grande desastre ecológico com derramamento de substâncias altamente danosas em importante rio de uma dada região pesqueira, ocasionando indiscriminada mortandade de peixes e, assim, inviabilizando a sobrevivência de todos os pescadores da região. Bem orientada juridicamente, uma associação de pescadores locais ingressa com uma ação coletiva de condenação genérica para proteção dos direitos individuais homogêneos dos pescadores que se viram privados de seu sustento com o fim dos peixes e, liminarmente, pede que a empresa seja condenada a pagar, enquanto não recuperado o rio e viabilizada

novamente a pesca, um salário mínimo mensal para cada um de seus 200 associados, que passam necessidade. O pedido antecipado é, indubitavelmente, de natureza condenatória, embora o que se pretenda seja a produção do efeito concreto do pagamento. O valor, mensal, já excede o limite do §2º. O que fazer?

Imaginemos um outro exemplo em que os prejudicados com a prática lesiva não estejam em estado de necessidade, por exemplo, integrantes da classe média, vítimas de determinado medicamento para emagrecimento rápido que ocasionou câncer de estômago. Consideremos que uma associação ou o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado coletivo, tenha ingressado com a mesma ação coletiva, com pedido liminar para custeio do tratamento médico individual das cinquenta vítimas já identificadas, orçado em R\$ 1.500,00/mês/pessoa.

No primeiro caso pode-se interpretar teleologicamente o §2º para se dispensar a caução. E se o entendimento não prevalecer, pode a caução ser cobrada da associação?

E no segundo exemplo, pode-se cobrar caução?

Entendemos que em nenhum caso a caução deve ser exigida, independentemente da interpretação teleológica eventualmente conferida ao §2º do art. 588. Assim porque, como temos insistido, deve-se analisar as técnicas de tutela dos direitos coletivos à luz das suas peculiaridades. E qual é a grande peculiaridade neste caso? O autor não age em interesse próprio, não pleiteia o dinheiro para si; está apenas legitimado extraordinariamente⁶⁹ para, em juízo, defender interesses de um determinado grupo de titulares de interesses individuais homogêneos. Sendo assim, **não se lhe pode exigir caução para obter um bem que não será por ele usufruído.**

Se não por esse fundamento, por outro, de índole constitucional, deverá ser afastada a exigência de caução: a garantia constitucional do acesso à justiça, gravada no inciso XXXV do art. 5º, dado que a legitimação coletiva foi prevista justamente para viabilizar o acesso à justiça dos direitos coletivos. Exigir caução do legitimado coletivo, que nenhum interesse direto tem no direito em disputa, tende a desestimulá-lo de fazer o pedido liminar diante da impossibilidade de prestá-la. Há,

⁶⁹ A legitimidade é extraordinária por se tratar de direitos individuais homogêneos, que possuem titulares individualizáveis, mas que podem ser coletivamente defendidos em juízo. Nesse sentido, NERY JR (2004: 1426, nos comentários que faz ao art. 5º da LACP).

nessa hipótese, evidente prejuízo ao acesso à justiça, à adequada proteção que merecem os direitos em questão.

Para melhor compreendermos o papel dos legitimados coletivos e o despropósito de se exigir, deles, a caução referida no art. 588, convém retomar o que vimos no tópico 1.2 acerca do contexto de surgimento da tutela jurisdicional coletiva.

Ficou lá evidenciado que um dos principais entraves ao acesso à justiça dos direitos coletivos era a inexistência de legitimados que pudessem garantir tal acesso sob uma perspectiva coletiva, capaz de viabilizar a proteção de todos os direitos e de todos os lesados. Também ficou consignado que, num sistema romano-germânico como o nosso, cabia à lei a escolha daqueles que poderiam viabilizar esse importante mister, tendo ela optado por legitimar os entes públicos, o Ministério Público e as associações civis. Ora, os recursos que custeiam os dois primeiros é de natureza pública, de toda a sociedade, e não deve ser utilizado para garantir a usufruição por um grupo determinado lesado por um particular que seria resguardado. As associações, por seu turno, de regra não dispõem de bens ou numerário suficiente a servir de caução às causas que defendem. Nesse contexto, exigir caução é desproporcional na medida em que não há adequação entre o beneficiário da providência e o responsável pela caução, que exerce sua função em interesse alheio.

Também cabe considerar que a regra nas ações coletivas é responsabilizar patrimonialmente o legitimado apenas nas hipóteses em que age de má-fé (art. 18, LACP; 87, CDC; 218, ECA; 88, Estatuto do Idoso etc).

3.6 – Recursos e suspensão da liminar

Duas ordens de peculiaridades merecem ser aqui ressaltadas.

A primeira em relação aos efeitos dos recursos.

Demonstrando precoce compromisso com a efetividade do processo, desde a sua edição, em 1985, a Lei da Ação Civil Pública já estabelecia como regra o **efeito apenas devolutivo dos recursos**, tendência que somente com as duas mini-reformas do Código de Processo Civil, uma dez anos após a lei (1994), outra quase

vinte (2001 e 2002), se espalharam para todo o processo civil. Diz o art. 14, originariamente, que “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”. Em vigor até hoje, o dispositivo se aplica para todos os recursos interpostos contra as decisões proferidas em ação civil pública, incluindo, obviamente, o agravo contra a liminar.

Sendo assim, tem menos importância para a tutela jurisdicional coletiva que para a individual, a inclusão feita pela Lei 10.352/2001, do inciso VII ao art. 520 estabelecendo que será recebida apenas no efeito devolutivo a sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. Serve, apenas, para explicitar que o que se antecipa são os efeitos, como já vimos alhures, bem como para assegurar a continuidade dos efeitos da antecipação para além da sentença.

Mais interessante foi a alteração introduzida pela mesma lei no art. 527, III, em sua parte final: “Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: ... III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), *ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal*, comunicando o juiz da decisão”. Ao permitir a concessão da antecipação da tutela em segundo grau (chamado efeito ativo) a lei permite um novo juízo positivo sobre a matéria, sempre tendo em mente a efetiva proteção do direito.

Impende registrar, então, que com as alterações promovidas pela Lei 10.352/01 desapareceram as diferenças entre os recursos contra a antecipação de tutela individual e coletiva. Em ambos os casos, agora, **a regra é o efeito devolutivo**, podendo-se conferir efeito suspensivo (ou ativo) para evitar prejuízo irreparável, condição que, sempre deverá levar em consideração, diante da possibilidade de mal irreparável em relação aos dois interesses em jogo, a regra da ponderação entre ambos.

A segunda peculiaridade é de fato distintiva entre o regramento vigente para a antecipação da tutela coletiva e para a individual e refere-se à possibilidade de **suspensão da execução das liminares concedidas nas ações movidas contra o poder público pelo presidente do tribunal ao qual compete o julgamento do respectivo recurso**. Enquanto para as liminares em geral, cabe agravo contra o despacho (*rectius* decisão) do presidente do Tribunal tanto da decisão que concede como da que nega a suspensão, nos termos do art. 4º da Lei 8.437/92, em se tratando de liminar concedida em sede de ação civil pública, por força do art. 12, §1º, da respectiva lei, só caberá agravo da decisão que suspender a execução da liminar. Ou seja, negada,

pelo presidente a suspensão, dessa decisão não cabe decisão, devendo a liminar continuar produzindo validamente seus efeitos.

A diferenciação é positiva e demonstra o compromisso do legislador com a efetividade dos provimentos antecipados em defesa dos interesses coletivos.

3.7 – Da necessidade de audiência da pessoa jurídica de direito público antes da concessão liminar

Se no tópico anterior apresentamos uma diferenciação que favorece a antecipação da tutela jurisdicional coletiva, aqui ocorre o contrário.

Dispõe o art. 2º da Lei 8.437/92 que:

“Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

Essa exigência, todavia, não pode levar ao perecimento do direito que se pretende tutelar, sob pena de inconstitucionalidade por afronta ao direito constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

3.8 – A interdisciplinaridade e a importância dos instrumentos de obtenção extrajudicial da prova

Deixamos, propositadamente, para o fim desta nossa reflexão uma peculiaridade que, muito embora guarde estreita relação com a efetividade da tutela jurisdicional coletiva (e com a antecipação em particular), é menos jurídica que as

anteriores. Assim procedemos para chamar a atenção do leitor quanto à importância de compreendermos os aspectos extrajurídicos deste microsistema, para dele logarmos extrair a efetividade de que necessita a sociedade, titular dos direitos coletivos.

Vimos, no tópico 1.3, que uma das características marcantes da tutela coletiva é a interdisciplinaridade com que ela se vê obrigada a lidar, dada a natureza dos direitos que protege. Essa característica, somada à complexidade própria que assumem as questões coletivas pela sua magnitude, tende a gerar nos juízes uma grande resistência ao enfrentamento do mérito, tanto mais em sede liminar. O prejuízo é ainda maior para a apreciação das lides coletivas diante da tendência muito apropriadamente captada pelo luminar sociólogo português BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (1996: 29), no particular ladeado pelo não menos brilhante filósofo brasileiro José Eduardo Faria, válida tanto em Portugal como no Brasil, a uma “**judicialização rotinizada**” – resultado da massificação da litigância e da priorização, nas avaliações de desempenho dos juízes, do critério quantitativo ao qualitativo – que leva os magistrados a evitarem sistematicamente os processos e domínios jurídicos que os obriguem a estudos ou decisões mais complexas.

Diante desse quadro de adversidade, o que podem fazer os legitimados coletivos para facilitarem a concessão das liminares em causas complexas e, assim, contribuírem decisivamente para a efetividade dos direitos coletivos?

Uma postura de efetiva abertura à participação da sociedade interessada na causa, por meio de audiências públicas e mobilização da sociedade civil organizada e da imprensa, de modo a criar, na comunidade (da qual faz parte o magistrado) um sentimento favorável à causa, certamente ajudará.

Queremos, entretanto, destacar outra postura ainda pouco valorizada: a busca extrajudicial da prova. Quantas não são as ações coletivas ajuizadas sem um só documento ou elemento de convicção além dos argumentos constantes da própria peça? “Protestar provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito”, numa ação coletiva complexa, pode levar à sua inviabilidade. Muito melhor seria instruir a inicial com fotos, documentos, depoimentos, estudos científicos abalizados, perícias. Infelizmente, não é da prática brasileira, que prefere transferir toda a responsabilidade ao Poder Judiciário.

Claro que, dispondo o Ministério Público do valioso instrumento de apuração administrativa que é o inquérito civil, com poder requisitório cujo descumprimento enseja sanção criminal (art. 10 da Lei da Ação Civil Pública), suas possibilidades de melhor instruir suas iniciais são maiores. Ainda assim, muitas são as ações civis públicas que seus membros ajuízam com poucos elementos obtidos em instrução inquisitiva.

Mas também as associações e demais legitimados dispõem da possibilidade de requerer das autoridades competentes certidões e informações que julgarem necessárias, nos termos do art. 8º da LACP, havendo inclusive prazo legal para seu atendimento (15 dias). Interpretação sistemática justificaria, inclusive, a gratuidade desses requerimentos, visto que o art. 18 da mesma lei dispensa as associações de boa-fé do pagamento de custas e despesas processuais, bem como do adiantamento de emolumentos nas ações judiciais para as quais se destinariam as certidões e informações. Não se justifica, pois, que a associação tenha que ajuizar a ação para poder obter gratuitamente informações quando interessaria a todos, inclusive ao pretense infrator, que, com instrução prévia, talvez algumas ações sequer fossem ajuizadas.

Também nada impede que, mediante articulação entre os órgãos públicos ou entre a sociedade civil e entre uns e outros, fossem viabilizadas perícias prévias sobre as matérias técnicas em debate. A providência de fotografar ou filmar as práticas que se pretende impedir judicialmente ou de tomar declarações escritas de lesados também, muitas vezes, podem contribuir decisivamente na formação da convicção do juiz desde o início do processo, antes ou logo depois de ouvida a parte contrária.

Uma tal postura tende a contribuir significativamente para o incremento da efetividade dos direitos coletivos e independe de qualquer alteração legislativa.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** SILVA, Zilda Hutchinhson Shild (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva.** São Paulo: RT, 2003 (Temas Atuais de Direito Processual Civil – 6).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 11a. ed, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

_____. **O Futuro da Democracia.** 8a. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 8a. ed, Brasília: Editora da UnB, 1995.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinnheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, 168 p. (Orig.: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report,* Milano: Giuffrè, 1978).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução: Paolo Capitanio. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo.** Tradução: Hermínio A. Carvalho. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4ª. Ed. rev., ampliada e atualizada, 1997.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 9ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A Reforma da Reforma**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: Estudos Norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. SALLES, Carlos Alberto (Coord. Tradução). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 158 p.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: Individual e Coletiva**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela Específica**. 2ª. Ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda**. 5ª ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A Antecipação da Tutela.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 9ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações.** Tomo I: Ação, Classificação e Eficácia. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas.* In: Temas de Direito Processual – oitava série. São Paulo, Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Anotado.** 8a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas Ações Coletivas.** São Paulo: Lejus, 1998.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito: situação atual.** 5ª ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii.* **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português.** Porto: Centro de Estudos Judiciários e Edições Afrontamento, 1996.

_____. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 5a ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16a. ed, São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Vigliar. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Da Cognição no Processo Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 2ª ed., rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

Artigos:

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Tradução: Luis Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 217 (jul-set 1999), p. 55-79.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002*. In: **Estudos de Direito Processual Civil** (Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão), MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 276-291.

ASSIS, Araken. *O 'contempt of court' no direito brasileiro*. In: **Revista de Processo n. 111** (jul-ago/2003), pp. 18-35.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação de Tutela: algumas questões controvertidas*. In: **Temas de Direito Processual – Oitava Série**. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.77-88.

_____. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. In: **Temas de Direito Processual – Oitava Série**. São Paulo: Saraiva, 2004b, pp. 89-106.

_____. *Questões velhas e novas em matéria de classificação de sentença*. In: **Temas de Direito Processual – Oitava Série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11a. ed, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. In: **Revista de Processo n. 61**, jan-mar de 1991, pp. 144-160.

_____. Tutela dos Interesses Difusos. Tradução: Tupinambá Pinto de Azevedo. **AJURIS**, 1985, n. 33, p. 169-182.

CERRI, Augusto. *Ancora sulle ragione e sui limiti della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*. In: **La Tutela Giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. LANFRANCHI, Lucio (Org.). Torino: Giappichelli Editore, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2917>>. Acesso em 18 dez. 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo54.doc>>. Acesso em 18 dez. 2005.

FERNANDES, Iara de Toledo. *Tutela de Urgência na Ação Civil Pública*. In: **Processo Civil Coletivo**. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 350-353.

FERRAZ, Sérgio. *Provimentos antecipatórios na ação civil pública*. In: **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. MILARÉ, Édis (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 567-74.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei da Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In: **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. MILARÉ, Édis (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 17-32.

_____. *Propostas para incrementar a efetividade dos instrumentos previstos na Lei 7.347/85 e ampliar o acesso à justiça dos direitos coletivos*. In: **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85**. ROCHA, João Carlos de Carvalho e outros (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In: _____ (Coord). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 29-45.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: **Revista de Processo**, 97 (jan-mar 2000), pp. 9-15.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: **Ação Civil Pública – 15 anos**. MILARÉ, Édis. (Coord). São Paulo, Revista dos Tribunais (2000), pp. 707-751.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro*. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (Org). **10 Anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental 2002.

NERY JR, Nelson. *Procedimentos e Tutela Antecipatória*. In: **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 380-412

SHIMURA, Sérgio. *Problemas relativos à Fazenda Pública, tutela antecipada e execução provisória*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella. **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: **Participação e Processo**. GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (Org.). São Paulo: RT, 1988, pp. 98-113.

_____. *A 'plenitude de defesa' no processo civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo, Saraiva, 1993.

TARZIA, Giuseppe. *La Durata del Processo Civile e la Tutela dei Deboli*. In: **Estudos de Direito Processual Civil** (Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão), MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 127-133.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O 'contempt of court' na recente experiência brasileira*. In: **Revista de Processo** n. 119 (jan/2005), pp. 35-59.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. In: **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença*. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.