

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O ACESSO À JUSTIÇA E A TUTELA DE URGÊNCIA

PAULO ALBERTO SARNO

Mestrando

SÃO PAULO/SP

2012

## SUMÁRIO

<b>TÍTULO I - DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....</b>	<b>04</b>
<b>TÍTULO II - DA TUTELA DEFINITIVA.....</b>	<b>09</b>
<b>TÍTULO III – DA TUTELA DE URGÊNCIA.....</b>	<b>11</b>
CAPÍTULO I - DA TUTELA ANTECIPADA .....	12
CAPÍTULO II - NATUREZA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA .....	16
CAPÍTULO III - CABIMENTO E REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA.....	17
CAPÍTULO IV - LEGITIMIDADE PARA REQUERER A TUTELA ANTECIPADA.....	23.
CAPÍTULO V - MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	25
CAPÍTULO VI – REVERSIBILIDADE.....	25
CAPÍTULO VII -A TUTELA INIBITÓRIA, REINTEGRATÓRIA E RESSARCITÓRIA	27
CAPÍTULO VIII - DA TUTELA CAUTELAR.....	27
CAPÍTULO IX - CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR.....	29
CAPÍTULO X - DO PODER GERAL DE CAUTELA.....	33
<b>TÍTULO IV – DOS DIREITOS COLETIVOS E DAS AÇÕES COLETIVAS.....</b>	<b>35</b>
CAPÍTULO I – DA COISA JULGADA.....	38
CAPÍTULO I I – DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO.....	41
CAPÍTULO I I I – DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	43
CAPÍTULO IV – MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS.....	45
CAPÍTULO V – REGIME JURÍDICO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E DA	

TUTELA ESPECÍFICA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	47
CAPÍTULO VI – A EFETIVAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	50
<b>TÍTULO V – CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>

## TÍTULO I

### INTRODUÇÃO

#### DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O processo conduz a idéia de curso a passo cadenciado.

Para a consecução de uma jurisdição segura e eficiente, a primeira diretriz concerne ao respeito à cláusula constitucional do devido processo legal, que abriga os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Com palavras outras, a garantia da duração razoável do processo, incorporada ao texto constitucional (art. 5º, inciso LVIII), deve ser realizada com observância dos princípios constitucionais e das regras de processo.

O atropelo no trâmite processual propicia a realização de movimento jurisdicional distante da reflexão, ambiente que promove a consecução de decisões injustas ou incoerentes, vale dizer, divorciadas do sistema.

De outra parte, o curso lento do processo prejudica severamente o jurisdicionado, derivando do senso comum a ideia de que a realização efetiva da justiça não convive com a outorga tardia da tutela jurisdicional.

A respeito do tema, colho a dicção da doutrina de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos<sup>1</sup>:

“No sentido comum, o termo processo significa “ato de proceder”, “de ir por diante”, “curso”, “sucessão de estados ou

---

<sup>1</sup> SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007, p. 23-24.

de mudanças”. Qualquer dessas expressões transmite a ideia de “movimento”.

Com o processo judicial não é diferente. Também ele contém a noção de “marcha”, de algo que se desenvolve ao longo de um tempo. É, por sinal, imprescindível que o processo tenha uma certa duração, sem a qual seria impossível ao Estado-juiz assegurar aos sujeitos da relação jurídica processual e destinatários da prestação jurisdicional a observância do devido processo legal, cláusula constitucional que abrange também, dentre outras garantias, as da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, art. 5º, incisos LIV e LV).

Não se pretende, portanto, que o processo tramite aos atropelos, desordenadamente e sem a observância das garantias constitucionais e legais necessárias à produção de uma decisão segura e eficiente. Dizer e realizar o direito não são tarefas singelas; demandam debate, reflexão, análise, ponderação. A jurisdição imediata ou instantânea é, portanto, caminho curto para a má aplicação do direito.

Por outro lado, a excessiva demora em prestar-se a jurisdição também é de todo indesejável. Com efeito, nada justifica a interminável espera causada pela tormentosa duração do processo a que os cidadãos se veem submetidos e da qual, ao final, resta sempre a sensação de injustiça (Hoffman, 2006, p. 17);

Atento a isso tudo, o legislador constituinte apregoa que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Constituição Federal, art. 5º, inciso LVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

(...)

A noção de razoável duração do processo não é de fácil determinação, dada a infinidade de fatores que podem ser incluídos em uma análise desse tipo; mas, em termos amplos, pode-se afirmar que terá razoável duração o processo que propiciar a prestação jurisdicional no tempo necessário, sem dilações inúteis e sem sacrifícios à cláusula do devido processo legal. O tempo razoável não é, portanto, o menor possível, tampouco o excessivo; é o que resulta do equilíbrio entre a pressa e a morosidade.”

Em outro vértice, é importante ressaltar que, para a entrega da tutela jurisdicional no tempo e modo devido, não basta a realização da duração razoável do processo.

Deveras, a eficiência na prestação jurisdicional tem como pressuposto a prolação de decisões em conformidade com os princípios que regem o sistema e utilização de mecanismos processuais específicos para promover a antecipação, quando possível, do direito vindicado ou a preservação dele.

O eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> trata da questão relativa à necessidade de respeito aos princípios, sustentando que a violação de qualquer deles guarda natureza grave, já que propicia o arrefecimento do sistema como um todo. Colho, em seguida, trecho da doutrina, *in verbis*:

“3. Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica

---

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, editora Malheiros, 12ª edição, 2000, p.747.

e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

(...)

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”

Em face da necessidade de correlação entre decisão judicial e princípio, o novo Código de Processo Civil incorporou a dicção de diversos princípios constitucionais.

A propósito, transcrevo os dizeres de alguns dispositivos do novo CPC projetado<sup>3</sup>:

“Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

---

<sup>3</sup> Texto extraído da seguinte página da internet, Senado Federal.

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

(...)

Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

É certo que esse transporte para o plano infraconstitucional não confere às normas principiológicas nova envergadura.

Não obstante, o novo assento serve para estimular a aplicação dos princípios na condução do processo e construção das decisões.

A par disto, a previsão de mecanismos para a efetivação da tutela jurisdicional, com a antecipação do provimento ou resguardo cautelar, é indispensável para a consecução da eficiência.

Não basta, pois, a duração razoável do processo.

Sobre este aspecto calha, novamente, consignar os dizeres da doutrina de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos<sup>4</sup>:

“Ainda que o processo tenha duração razoável, não é dado deixar de considerar que, neste entremeio, fatos e atos podem

---

<sup>4</sup> SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007, p. 23-24.

colocar em risco a efetividade da atuação jurisdicional pretendida.

(...)

Deveras, é inegável a frustração daquele que, após longa espera de tramitação processual, recebe provimento judicial favorável, mas não vê seu direito materializado, concretizado, efetivado, exatamente porque, com o tempo gasto para prestar a jurisdição, desapareceram as condições necessárias à realização do direito consagrado.

Suponha-se um caso em que duas testemunhas sejam de fundamental importância para a demonstração dos fatos alegados pela parte; uma delas, porém, possui idade avançada e acha-se acometida de grave doença; a outra intenta transferir residência para um país distante, sem previsão de retorno.

Num quadro como esse, em que é evidente o risco de perecimento da prova, também periclita o próprio direito cuja demonstração dele depende. Note-se que mesmo sem dilatações desnecessárias, esse perigo pode existir; e à medida que o processo se delonga, dito perigo aumenta.”

Com essas ponderações iniciais, passo ao exame do próximo tópico, acerca da diferença entre a tutela definitiva e provisória.

## **TÍTULO II**

### **DA TUTELA DEFINITIVA**

A tutela definitiva é aquela conquistada após cognição exauriente, propiciada pela condução processual com preservação dos princípios

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo ser satisfativa ou não.

No sentido exposto, transcrevo a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira<sup>5</sup>:

“A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não.

A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material discutido. Predispõe-se à satisfação de um direito material com a tutela do bem da vida almejado. É a chamada tutela-padrão.

(...)

A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

Particulariza-se e distingue-se das demais modalidades de tutela definitiva por ser *instrumental e temporária*.

É instrumental por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e/ou efetivação). É o instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa), por isso comumente adjetivada como “instrumental ao quadrado”. (...)

A tutela cautelar não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe a efetividade.

É, ainda, temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se

---

<sup>5</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012, p. 461-465.

propõe. Mas, cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. (...)

Mas essa temporariedade não exclui sua definitividade. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável.

*Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, afinal a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando negado), mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo.”*

Em resumo, a tutela cautelar, concedida ao final, também é definitiva, mas não é satisfativa, tendo em vista seu caráter instrumental. Definitiva e satisfativa é a tutela concedida no processo de conhecimento ou executivo.

### **TÍTULO III –**

#### **DA TUTELA DE URGÊNCIA**

Em decorrência dos riscos da duração do processo, existem mecanismos de atuação processual para mitigá-los.

Deveras, a entrega da tutela definitiva pode surgir após trâmite lento, com desprestígio da efetividade.

Daí a incorporação no sistema processual de mecanismos para a salvaguarda da urgência. São eles temporários e propiciam a garantia da utilidade da atuação jurisdicional vindoura e definitiva ou a própria antecipação do bem da vida reclamado, respectivamente, *tutela cautelar* e *tutela antecipada*.

Esses instrumentos processuais são albergados pela expressão *tutela de urgência*.

## **CAPÍTULO I**

### **DA TUTELA ANTECIPADA**

A inafastabilidade do controle jurisdicional é princípio expressamente previsto na Constituição da República, art. 5º, inciso XXXV.

O direito à prestação jurisdicional tem gênese no acesso à jurisdição, guardando, pois, conformação no plano constitucional.

Consoante outrora salientado, a tutela jurisdicional (em sentido lato) deve conter os atributos da efetividade e eficácia.

Colho, a propósito, a doutrina de Giuseppe Chiovenda<sup>6</sup>:

“A vontade da lei tende a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas consequências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”

Com os institutos da tutela antecipada e tutela cautelar, o Código de Processo Civil outorgou ao jurisdicionado instrumentos eficazes para a proteção do que se pede no tempo e modo devidos.

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, por Paolo Capitanio. Tradução 2ª. Edição. Bookseller. 1998, p.67.

Antes do advento da tutela antecipada, a legislação brasileira albergava algumas medidas que consistiam, efetivamente, na antecipação do próprio pedido deduzido, v.g., liminares em mandado de segurança ou ação civil pública.

Essas medidas *mistas*, assim denominadas por parte da doutrina, portavam o pressuposto do *periculum in mora* e a antecipação do próprio direito reclamado.

Com a reforma legislativa de 1994, o mecanismo da antecipação dos efeitos da tutela ganhou projeção, haja vista que a produção dele passou a ser factível no âmbito do procedimento comum.

A tutela antecipada tem assento no art. 273 do Código de Processo Civil.

De acordo com a dicção desse dispositivo, o magistrado 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.”

A par disto, o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil estabelece que a tutela antecipada também pode ser concedida quando “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

Assim, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela tem como pressuposto a satisfação dos requisitos cumulativos da verossimilhança e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou verossimilhança e caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

No sentido exposto, colho a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini<sup>7</sup>:

“Então, e de acordo com o texto legal, tanto no caso de aplicação do inc. I, quanto na hipótese do inc. II, deverá a parte requerente apresentar “prova inequívoca” apta à formação de um juízo de verossimilhança (isso é, de razoável probabilidade, plausibilidade) das alegações que faz.

Desse modo, para que o juiz possa deferir o pedido de antecipação de tutela formulado pelo autor (total ou parcialmente, isto é, o pedido em toda a sua extensão ou somente parte dele) deve estar presente o requisito previsto no caput do art. 273, cumulativamente ao requisito previsto no inciso I, ou cumulativamente ao requisito previsto no inciso II).”

Ao decidir sobre o pleito de tutela antecipada, o magistrado promove cognição não exauriente, conduzida pela alegação verossímil, vale dizer, aquela que se apresenta como aparentemente verdadeira, razoável e plausível.

Com palavras outras, a concessão da tutela antecipada não se faz no plano da certeza absoluta, mas, sim, naquele atinente à probabilidade.

Trata-se de medida que se manifesta pelo movimento cognitivo sumário, que conduz a precariedade.

Nesse sentido, cito a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012.

<sup>8</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012, p. 466-467

“A tutela provisória é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique.

É marcada por duas características essenciais: a sumariedade da cognição e a precariedade.

Identifica-se por ser fundada em uma cognição sumária, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade.

Particulariza-se, ainda, por sua precariedade, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Mas a revogação ou modificação de uma tutela deste viés só pode dar-se em razão de uma alteração do estado de fato ou do estado de prova – quando, na fase de instrução, restem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela.

E, por ser assim sumária e precária, a tutela provisória é *inapta a cristalizar-se com a coisa julgada material*.

A tutela provisória, por excelência é a tutela antecipada. É aquela que antecipa os efeitos da tutela definitiva, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado, o que se pode esquematizar da seguinte forma (...).”

A decisão que acolhe ou rejeita o provimento provisório deve ser devidamente fundamentada, consoante dispõe expressamente o art. 93, inciso IX, da Carta Política.

No que toca ao disposto no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil, é importante destacar que este dispositivo propicia a concessão da tutela desde que verificada a possibilidade de ineficácia, caso a medida venha a ser concedida somente ao tempo da cognição exauriente.

Quanto aos incisos II e § 6º do artigo em comento, a verossimilhança do direito alegado guarda distinta envergadura, em face da inconsistência da defesa apresentada ou ausência de controvérsia.

Com outra dicção, os incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil têm perfil parcialmente distinto, haja vista que somente o inciso II concerne à proteção do direito evidente, distante da necessidade de comprovação do perigo de dano.

O § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil igualmente resguarda o direito evidente, diante da ausência de controvérsia acerca do direito reclamado.

Ainda quanto aos incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil, é importante salientar que a antecipação da tutela pode ser firmada com a veste assecuratória ou punitiva.

Quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, antecipa-se por segurança, vale dizer, o inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil conduz perfil assecuratório.

De modo contrário, restando caracterizado o abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu, a antecipação do provimento guarda nítido caráter punitivo, hipótese do inciso II do artigo em comento.

## **CAPÍTULO II**

### **NATUREZA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

De acordo com a doutrina de Patricia Miranda Pizzol, “a tutela antecipada tem natureza jurídica executiva *lato sensu*, pois satisfaz, no mundo dos

fatos, a pretensão do autor, “dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.”<sup>9</sup>

E prossegue a eminente professora<sup>10</sup>:

“Por exemplo: o autor promove uma ação pedindo que o réu seja condenado a lhe pagar determinada quantia em razão de algum ilícito por ele praticado e pleiteia a tutela antecipada. Se o juiz conceder a tutela antecipada, o autor receberá antecipadamente a quantia requerida, satisfazendo-se desde logo. Assim, a tutela antecipada não serve apenas para assegurar um resultado útil, mas para satisfazer a pretensão do autor. Ressalte-se que esta realização é provisória. A concessão da tutela antecipada se faz por meio de decisão interlocutória, que pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo.”

### **CAPÍTULO III**

#### **CABIMENTO E REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA**

Preenchidos os requisitos legais, a concessão da tutela antecipada é dever do magistrado, inexistindo discricionariedade a respeito, já que se trata de direito subjetivo do jurisdicionado.

A tutela antecipada é cabível nos procedimento comum ordinário e sumário, bem como no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

---

<sup>9</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 101. (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

<sup>10</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 101 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

Quanto ao procedimento especial, se desprovido, em tese, de regra específica acerca da antecipação da tutela, não há óbice para a adoção do disposto no art. 273 do Código de Processo Civil.

Com a reforma dos artigos 273 e 461, § 3º, do Código de Processo Civil, em consonância com os dizeres da Lei n. 8.592/94, a tutela de urgência conquistou projeção além dos limites da cautela propriamente dita.

Providas de natureza satisfativa, não obstante a provisoriedade, as tutelas antecipada e específica surgiram para mitigar os riscos da demora processual.

Com elas, regra geral, conquista-se aquilo que se pede, de forma antecipada. Os efeitos da futura sentença, transportados, ganham curso no momento presente. Da antecipação nasce a eficiência do movimento processual.

Permite-se, assim, que o jurisdicionado venha a usufruir, desde logo, do eventual produto da sentença vindoura, esta sim definitiva.

O *caput* do art. 273 do CPC estabelece que a concessão da tutela antecipada porta como requisito a verossimilhança do alegado, com gênese em prova inequívoca.

Acerca da extensão do conceito de prova inequívoca, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira doutrinam <sup>11</sup>:

“Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real – ideal inatingível tal como visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova -, tampouco a que conduz à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) – o que só é viável após uma cognição exauriente. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.”

---

<sup>11</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012, p. 498-499

No mesmo sentido é a doutrina da eminente professora Patricia Miranda Pizzol<sup>12</sup>, *in verbis*:

“O vocábulo prova (no latim, *probatio*) tem o sentido de ensaio, verificação inspeção, razão, demonstração, derivando do verbo provar (no latim, *probare*), que significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.”

No sentido comum, o vocábulo indica tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, isto é, “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. Consiste, assim, a prova na demonstração da veracidade daquilo que se afirma.

(...)

Podemos considerar a prova, ainda, no sentido objetivo e subjetivo: (a) no sentido subjetivo, é a crença nos fatos alegados em juízo; (b) no sentido objetivo, os meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a esta convicção. Assim, ela consiste na “soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”. Ou, ainda, prova é o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

(...)

O vocábulo inequívoco, segundo o dicionário, é aquilo que é evidente, que não comporta discussão: “Em que não há

---

<sup>12</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A ação coletiva como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 102-103 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

equivoco, claro, evidente, manifesto” ou ainda, “claro, evidente, que não deixa dúvidas”. Equívoco significa: “Adj. Que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação (...) Que dá margem a suspeita (...). Lóg. Sofisma verbal que consiste em dar sentidos diferentes a uma palavras dentro de um mesmo raciocínio.”

Athos Gusmão Carneiro, a seu turno, sustenta<sup>13</sup>:

“A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é passível de ser impugnada”.

Em resumo, o conceito de prova inequívoca somente pode ser albergado dentro do contexto da probabilidade, distante daquilo que é ambíguo, distante igualmente da certeza absoluta.

O juízo de verossimilhança, por sua vez, alberga os fatos e a subsunção deles à norma.

Sem grau de paridade com o “fundamento relevante” atinente à via mandamental, o exame da verossimilhança do direito não se pauta pela existência de direito líquido e certo.

A par disto, a mera alegação do demandante, ainda que verossímil, mas desprovida de prova, não autoriza a antecipação do provimento.

Os requisitos previstos nos incisos I e II do art. 273 do CPC guardam autonomia. Consoante outrora salientado, cada um deles deve conviver com a verossimilhança para que a tutela possa ser antecipada.

---

<sup>13</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação da tutela, Forense, 5ª. edição, p. 23

Sobre os dizeres dos incisos I e II do art. 273 do CPC, colho a dicção da eminente professora Patricia Miranda Pizzol<sup>14</sup>:

“O primeiro requisito alternativo é que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação **(inc. I)**. O autor deve demonstrar o perigo de se aguardar o provimento final. Ou seja, demonstrar que o provimento final poderá ser inútil e intempestivo.

Pode-se identificar com facilidade se o requisito do perigo da demora está presente nas ações que envolvem o direito à vida. (...)

Trata-se de uma urgência “agônica”, a qual justifica a procedência do pedido (se verossímil), total ou parcialmente, sob pena de inocuidade da procedência somente ao depois da sentença, e do julgamento dos recursos, com efeito suspensivo. (...)

O segundo requisito alternativo é o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. O abuso do direito de defesa pode ser demonstrado quando o réu exerce o contraditório meramente formal, sem qualquer fundamento ou de forma genérica sem impugnar especificamente os fatos alegados pelo autor. Quanto ao manifesto propósito protelatório, ele se verifica quando o réu atua no sentido de procrastinar o feito, impondo resistência injustificada ao andamento do processo.”

---

<sup>14</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A ação coletiva como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 102-103 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

Quanto ao perigo na demora (inciso I do art. 273 do CPC), Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira dispõem assim sobre o tema<sup>15</sup>.

“O “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, mencionado no art. 273, CPC, que justifica a antecipação de tutela assecuratória é aquele risco de dano i) concreto (certo), e, não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer; e, enfim, iii) grave, que tem aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

Dano irreparável é aquele cujos efeitos são irreversíveis.

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa p ex.: dano decorrente de desvio de clientela.”

Especificamente no que concerne ao inciso II do art. 273 do CPC, a doutrina distingue abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, com os seguintes dizeres<sup>16</sup>:

---

<sup>15</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012, p. 507-508

<sup>16</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012, p. 509-510

“O “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” dão ensejo à antecipação de tutela – ainda que não haja risco de dano.

(...)

As expressões “abuso de direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório” têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos do réu, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.).

O termo “abuso do direito de defesa” deve ser interpretado de forma ampla. Abarca não só abusos e excessos cometidos pela via da contestação (defesa em sentido estrito), mas também em qualquer outra manifestação da parte – como, por exemplo, com o uso infundado de exceções rituais, pelo simples fato de suspenderem o processo, interposição de recursos protelatórios ou a solicitação desnecessária de oitiva de testemunhas.”

## **CAPÍTULO IV**

### **LEGITIMIDADE PARA REQUERER A TUTELA ANTECIPADA**

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira<sup>17</sup>, “todo aquele que alega ter direito à tutela jurisdicional está legitimado a requerer a antecipação dos seus efeitos, essa é a regra que não comporta exceções”. E continuam os autores:

---

<sup>17</sup> DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, 7ª edição, JusPODVIM, 2012, p. 513

“Assim, autor, réu, terceiros intervenientes (que a partir da intervenção, se tornam partes) podem requerer a antecipação dos efeitos da tutela, pois todos têm o direito à tutela jurisdicional e, uma vez preenchidos os pressupostos do art. 273, também à antecipação dos seus efeitos. Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se, entretanto, à vontade do assistido, que pode não querer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória.

(...)

O réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for reconvincente e denunciante; quando formular pedido contraposto ou ação declaratória incidental; ou quando a ação for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já se constitui o exercício de sua pretensão. Até mesmo quando simplesmente contestar demanda não-dúplice, pode o réu, preenchidos os pressupostos legais, requerer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), em homenagem ao princípio da isonomia.”

Também tem legitimidade o substituto processual, “pois se ele está legitimado a defender o direito de outro, porque disso lhe resulta um proveito que a ordem jurídica assegura, mediante tutela definitiva, por que não lhe reconhecer legitimação para requerer tutela antecipada (...).”

Quanto ao Ministério Público, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira <sup>18</sup> sustentam que ele pode postular tutela antecipada se for parte. “Na qualidade de *custos legis* (art. 82, II e III, do CPC), poderá o Ministério Público apoiar/repelir/sugerir o pleito antecipatório formulado; não poderá,

---

<sup>18</sup> DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, 7ª edição, JusPODVIM, 2012, p. 516

entretanto, formular pedido antecipatório autônomo, pois lhe falta legitimidade para formular a demanda”.

Patricia Miranda Pizzol pensa diferente, salientando que<sup>19</sup>: “também o Ministério Público, nos casos em que atua como fiscal da lei, pode requerer tutela antecipada, pois, consoante o disposto no art. 82 do CPC, ele tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes”.

## **CAPÍTULO V**

### **MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.**

A tutela antecipada pode ser deferida: a) liminarmente, ao tempo em que o juiz despachar a inicial; b) após eventual audiência de justificação prévia; c) depois da citação do réu; d) após a produção de provas; e) na sentença e f) em sede de embargos de declaração.

## **CAPÍTULO VI**

### **REVERSIBILIDADE**

O juiz não deve conceder a tutela antecipada caso seja verificada a possibilidade de a situação por ela gerada ser irreversível.

A irreversibilidade é de ordem fática.

---

<sup>19</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A ação coletiva como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 113 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

Nesse sentido é a doutrina da eminente professora Patricia Miranda Pizzol<sup>20</sup>:

“Como se extrai do § 2º do art. 273, o juiz não deve conceder a tutela antecipada se verificar que a situação gerada por esta é irreversível. Há quem entenda a reversibilidade como requisito para a concessão de tutela.

A irreversibilidade a que se refere a lei é de fato e não jurídica, uma vez que a tutela antecipada, concedida por meio de decisão interlocutória, é essencialmente provisória. A irreversibilidade jurídica só existe com a coisa julgada, isto é, com a sentença transitada em julgado.”

O juiz, ao examinar o pleito de tutela antecipada, deve bem ponderar a situação das partes, lembrando sempre da possibilidade de o beneficiário do provimento provisório ser responsabilizado, caso a tutela seja revogada.

Assim, por exemplo, caso o pleito seja para a salvaguarda da saúde ou da vida do demandante, a tutela deve ser deferida, já que este bem guarda envergadura que, obviamente, se sobrepõe ao aspecto meramente econômico.

De outra parte, caso haja risco para um direito fundamental do réu, a tutela deve ser indeferida.

Observe-se, ainda, que o magistrado pode promover a revisão da decisão outrora proferida, especialmente diante da apresentação de novos elementos, de modo a preservar a segurança jurídica.

---

<sup>20</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A ação coletiva como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 109-110 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

## **CAPÍTULO VII**

### **A TUTELA INIBITÓRIA, REINTEGRATÓRIA E RESSARCITÓRIA.**

Alguns tipos de tutela não guardam correlação com o dano, mas, sim, com o “receio de ineficácia do provimento final”, nos termos do art. 461, § 3º, do CPC e 84, § 3º, do CDC.

É o caso da tutela inibitória, reintegratória e ressarcitória.

A tutela inibitória tem como objetivo afastar a possibilidade de ocorrência de um ato ilícito ou impedir o progresso dele (v.g, evitar a exibição de matéria jornalística a respeito de determinada personalidade).

A tutela reintegratória visa a restabelecer situação fática anterior (*status quo ante*). Nesta hipótese, o ato produzido, contrário ao direito, propaga seus efeitos no tempo (v.g, inserção do nome no SERASA).

Em outro plano, a tutela ressarcitória tem como pressuposto o dano ocorrido. O ressarcimento pode ocorrer via pagamento em pecúnia ou de forma específica (v.g. recomposição de dano ambiental).

## **CAPÍTULO VIII**

### **DA TUTELA CAUTELAR**

A tutela de urgência alberga medidas de natureza satisfativa ou conservativa, visando à entrega do bem da vida ou à garantia da utilidade da jurisdição definitiva.

Com a tutela cautelar busca-se eliminar ou mitigar os riscos concernentes ao perecimento do direito discutido no âmbito da ação principal.

As medidas cautelares, de nítido caráter preventivo, têm por escopo precípua evitar a ocorrência do dano. Com elas preservam-se as condições necessárias para que, em momento vindouro, seja possível entregar o bem da vida albergado pelo provimento definitivo.

Acerca dessa função assecuratória da prestação jurisdicional, transcrevo a doutrina de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos <sup>21</sup>:

#### “6.1 Atuação Garantidora

Em outras passagens deste trabalho, afirmou-se que a tutela cautelar visa a assegurar o resultado útil do provimento jurisdicional definitivo, seja ele de conhecimento, seja de execução. É o que se pode chamar de função assecuratória da prestação jurisdicional cautelar.

O vocábulo assegurar é sinônimo de garantir e, mesmo, de acautelar. Precisamente nesse sentido fala-se na atuação garantidora da prestação jurisdicional cautelar.

Assim, as medidas cautelares devem ser aptas a garantir que o provimento jurisdicional definitivo que venha a ser exarado possa ser eficazmente cumprido e implementado.

A atuação garantidora abrange duas outras formas de atuação: a preventiva e a conservativa. O fato de determinada medida ser preventiva não basta para acautelar; também não basta ter caráter estritamente conservativo. As medidas cautelares precisam reunir essas duas formas de atuação – a preventiva e a conservativa – para, aí sim, alcançar-se o resultado garantidor do objetivo que perseguem.

(...)

---

<sup>21</sup> SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007, p. 34.

Dentre as várias acepções que possui, o verbo prevenir também significa “chegar antes”, adiantar-se; antecipar-se. É exatamente nesse sentido que se alude à atuação preventiva da jurisdição cautelar.

Com efeito, a tutela cautelar é prestada agilmente – isto é, medidas cautelares são adotadas com presteza – a fim de que se evite um dano, que tanto pode recair sobre uma pessoa, uma coisa ou uma prova, mas sempre com repercussão negativa sobre a utilidade do provimento jurisdicional definitivo.

(...)

A par da atuação preventiva, tratada no item anterior deste capítulo, a prestação jurisdicional cautelar atua para preservar as condições necessárias à eficácia do provimento jurisdicional definitivo. Cuida-se da atuação conservativa.

De fato, não basta que as medidas cautelares sejam ágeis e que “cheguem antes” da ocorrência do dano; é preciso que elas tenham a aptidão de manter, ao longo do tempo, os efeitos protetores da tutela cautelar deferida.”

## **CAPÍTULO IX**

### **CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR**

O processo é instrumento para a outorga da tutela jurisdicional.

O provimento cautelar serve de instrumento para os demais tipos de tutela jurisdicional. Daí a dicção do renomado jurista italiano Piero

Calamandrei<sup>22</sup> firmada no sentido de que as medidas cautelares propiciam a “garantia da garantia”, *in verbis*:

“Para esgotar o quadro das garantias jurisdicionais, é necessário fazer referência aqui também à atividade acautelar, a qual não pode ser considerada, a rigor, como um *quartum genus*, a colocar no mesmo plano dos outros três tipos de garantia examinados até agora, a base de um certo critério homogêneo de classificação. Na realidade, a mesma, pelos modos com se realiza, poderia entrar, segundo os casos num ou em outro dos três tipos de garantia dos quais se têm feito menção; mas o que se distingue a atividade acautelar e permite fazer dela um tipo especial, é que a mesma anuncia e prepara a posta em prática de outras garantias jurisdicionais (e especialmente das de tipo a), das quais essa atividade acautelar quer assegurar antecipadamente o mais eficaz rendimento prático.

(...)

Assim a garantia acautelar aparece como posta ao serviço da posterior atividade jurisdicional que deverá restabelecer de um modo definitivo a observância do direito: a mesma está destinada, mais que fazer justiça, a dar tempo à justiça de cumprir eficazmente sua obra. O conteúdo da garantia acautelar é variável, enquanto, devendo o mesmo antecipar de um modo provisório os efeitos de uma sucessiva garantia jurisdicional definitiva, é necessário que se ajuste, caso a caso, ao diferente conteúdo desta; mas este é precisamente seu caráter definitivo: ser o anúncio e a antecipação (se poderia dizer a sombra que precede o corpo) de outra providência

---

<sup>22</sup> CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Volume I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbey. Editora BOOKSELLER, 1999, p. 129-131.

jurisdicional, o instrumento para fazer que esta possa chegar a tempo, a garantia da garantia.”

Com palavras outras, nas ações de conhecimento e execução busca-se a tutela do direito; nas demandas cautelares resguarda-se a tutela do processo, visando ao resultado útil e eficaz daquela demanda vindoura.

Além de instrumental, o provimento cautelar é acessório, haja vista que sempre dependente do processo principal, a teor do que dispõe expressamente o art. 796, *in fine*, do Código de Processo Civil.

Não obstante seja instrumento para propiciar o acertamento das relações jurídicas em outro processo, a demanda cautelar é autônoma, visto que viabiliza a outorga de provimento distinto e específico.

Além disto, outros aspectos indicam a autonomia do provimento cautelar, como a natureza urgente e o movimento cognitivo.

O caráter urgente é intuitivo, em face da necessidade de uma atuação jurisdicional ágil e eficaz.

A cognição não é exauriente. No plano horizontal é plena, mas no plano vertical é sumária.

Com outra dicção, a plausibilidade do direito invocado e a situação de urgência devem concorrer para demandar a pronta atuação jurisdicional.

Ainda no que concerne às características, é importante salientar que a medida cautelar pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, operando a nova decisão efeitos *ex nunc*.

No sentido exposto, colho novamente a doutrina de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos<sup>23</sup>:

---

<sup>23</sup> SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007, p. 41-43

“Em lição doutrinária que já se tornou clássica em nosso direito processual, Kazuo Watanabe ensina que a cognição do juiz desenvolve-se em dois planos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial); no plano vertical, pode ser sumária (incompleta) ou exauriente (completa) (Watanabe, 1987, p. 83 e segs).

No plano horizontal, a cognição tem por limite o trinômio composto pelas questões processuais, pelas condições da ação e pelo mérito; no plano vertical, ela é classificada segundo o grau de sua profundidade.

(...)

Cuidando-se, porém, da tutela cautelar, a cognição, no plano horizontal, é plena, já que o processo cautelar abrange todos os elementos do aludido trinômio; máxime quando se sabe que ele possui mérito próprio.

No plano vertical, todavia, a cognição é sumária, na medida em que, dado o caráter provisório e instrumental da tutela cautelar, seu deferimento nem sequer precisa de aprofundada cognição, por sinal difícil de realizar com a rapidez que se exige para a prestação desse tipo de jurisdição.

(...)

#### 7.7. Revogabilidade e Modificabilidade

(...)

A revogabilidade e a modificabilidade são características diretamente decorrentes da provisoriedade. Com efeito, se as medidas cautelares não pudessem ser revogadas ou modificadas, seriam verdadeiramente definitivas e não provisórias.

Convém ressaltar, porém, que a lei permite a revogação e a modificação das medidas cautelares a qualquer tempo e não apenas a final. Essa possibilidade ampla é plenamente justificável, dada a modificabilidade, também a qualquer tempo, do estado de coisas que conduziu à adoção da medida.

(...)”

Quanto ao momento da concessão, antecedentes são as medidas requeridas antes da propositura do processo principal e incidentes aquelas requeridas no curso dele (processo principal).

## **CAPÍTULO X**

### **DO PODER GERAL DE CAUTELA**

A legislação de regência alberga procedimentos cautelares específicos, aqueles disciplinados nos artigos 813 e seguintes do Código de Processo Civil, a saber: arresto; sequestro; caução; busca e apreensão; exibição; produção antecipada de provas; alimentos provisionais; arrolamento de bens; justificação; protestos, notificações e interpelações; homologação do penhor legal; posse em nome do nascituro; atentado; protesto e apreensão de títulos.

Há, ainda, outras medidas provisionais, previstas no artigo 888 e incisos do diploma legal em comento, podendo o magistrado, na pendência da ação principal ou antes da propositura ordenar ou autorizar: obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; o depósito de menores castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; o afastamento de um dos cônjuges da morada do

casal; a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós e a interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Todas essas medidas são nominadas, vale dizer, típicas, visto que expressamente previstas na lei.

Além delas, o magistrado pode determinar, nos termos do art. 798 do Código de Processo Civil, “as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação.

Trata-se do poder geral de cautela, que deve incidir quando, distante das hipóteses previstas na legislação, surgir circunstância que venha demandar a atuação urgente do magistrado, para salvaguarda do direito de uma das partes.

A propósito, promovo a transcrição da doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira<sup>24</sup>:

“O poder geral de cautela é aquele atribuído ao magistrado para que conceda medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo não previstas expressamente em lei, desde que presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Trata-se de previsão legal da atipicidade da tutela cautelar. Já o poder geral de antecipação é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (art. 273 e § 3º do art. 461 do CPC). Cuida-se da positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada satisfativa.”

---

<sup>24</sup> DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, 7ª edição, JusPODVIM, 2012, p. 475

Ainda de acordo com a dicção dos autores citados<sup>25</sup>, distingue-se o poder geral de cautela do poder geral de antecipação:

“Já o *poder geral de antecipação* é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (art. 273 e § 3º do art. 461 do CPC). Cuida-se de positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada satisfativa.”

Prossigo com o exame das ações coletivas.

## **TÍTULO IV**

### **DOS DIREITOS COLETIVOS E DAS AÇÕES COLETIVAS**

Consoante salientado no início deste trabalho, somente a duração razoável do processo não garante a outorga da tutela jurisdicional no tempo e modo devidos.

Dentre os diversos mecanismos processuais postos a serviço da eficácia da prestação jurisdicional, a tutela coletiva guarda assento singular no que concerne ao acesso à jurisdição, haja vista que destinada ao albergue do direito da coletividade.

---

<sup>25</sup> DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, 7ª edição, JusPODVIM, 2012, p. 475

O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre os direitos coletivos *lato sensu*, a saber: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os direitos difusos e coletivos guardam natureza eminentemente coletiva (*stricto sensu*). Os direitos individuais homogêneos portam natureza individual, mas podem ser tutelados de modo coletivo.

Em consonância com o inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC, os interesses ou direitos difusos têm as seguintes características: a) transindividuais; b) natureza indivisível e c) titulares indeterminados com vínculo decorrente de circunstâncias fáticas.

Os interesses ou direitos coletivos são aqueles “transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, conforme a dicção do inciso II do parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

A par disto, o inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor revela o conceito dos interesses ou direitos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

O professor Kazuo Watanabe, ao escrever sobre o tema, bem distinguiu os tipos de tutela coletiva, com os seguintes dizeres<sup>26</sup>:

“[3] TUTELA COLETIVA DOS CONSUMIDORES – A tutela coletiva abrange dois tipos de interesses ou direitos: a) os essencialmente coletivos, que são os “difusos”, definidos no inciso I do parágrafo único do art. 81, e os “coletivos” propriamente ditos, conceituados no inciso II do parágrafo único do art. 81; b) os de natureza coletiva, apenas na forma

---

<sup>26</sup> WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. Editora Forense, 10ª. Edição, II Volume, p. 70-76.

em que são tutelados, que são os “individuais homogêneos”, definidos no inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

[4] INTERESSES OU DIREITOS “DIFUSOS” – Na conceituação dos interesses ou direitos “difusos”, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo.

À tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, que pela sua própria natureza deve ser feita molecularmente, em benefício de todos os consumidores atingidos, será suficiente uma só demanda coletiva, cuja sentença, nos termos do art. 103, I, fará coisa julgada *erga omnes*.

(...)

[5] INTERESSES OU DIREITOS “COLETIVOS” – Os interesses ou direitos “coletivos” foram conceituados como “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, parágrafo único, nº II). Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. (...)

(...)

Mas, por outro lado, a natureza indivisível dos interesses ou direitos “coletivos” ensejará, não raro, a proteção de pessoas não pertencentes às associações autoras de ações coletivas. Não foi por outra razão que o inc. II do art. 103 estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes* “limitadamente ao grupo, categoria ou classe”. Vale dizer, se uma ação coletiva é proposta, por exemplo, por um

sindicato e ela é julgada procedente, a coisa julgada beneficiará não somente os seus filiados, como também todos os demais membros da categoria, ainda que alguns deles não estejam filiados ao sindicato autor. (...)

(...)

[6] INTERESSES OU DIREITOS “INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS” – O inc. III do parágrafo único do art. 81 conceitua os interesses ou direitos “individuais homogêneos” como “os decorrentes de origem comum”, permitindo a tutela deles a título coletivo.

A homogeneidade e a origem comum são, portanto, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais.”

A dicção da doutrina transcrita revela que a tutela coletiva tem como objetivo precípua albergar de forma ampla os jurisdicionados.

Aliás, não é por outra razão que a coisa julgada, no processo coletivo, guarda perfil diferenciado, conforme tópico seguinte.

## **CAPÍTULO I**

### **DA COISA JULGADA**

Dentre os princípios consagrados na Carta da República, a preservação da segurança jurídica guarda porto seguro na obediência à coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal).

De lés a lés, os princípios permeiam os institutos jurídicos, de modo a promover a segurança e a igualdade.

Com outro dizer, a coisa julgada propicia a certeza jurídica, haja vista que com ela as partes alcançam a imutabilidade da decisão judicial, não mais sujeita à incidência de recursos.

Conquista-se, assim, a estabilidade das relações sociais, com a perpetuação dos efeitos da *res iudicata* (autoridade e vinculação do julgado) no tempo.

A respeito da coisa julgada, calha transcrever a doutrina de Enrico Tullio Liebman<sup>27</sup>:

“6 – A distinção entre coisa julgada formal e material, reestruturada por LIEBMAN no nº 19 com vistas aos conceitos de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, é acolhida unanimemente na doutrina brasileira contemporânea, que costuma equiparar a coisa julgada formal à preclusão, falando em “preclusão máxima” quando se trata de sentença definitiva. Alguns autores têm até propugnado a supressão do termo “coisa julgada formal”, substituída que ficaria pela preclusão. Na verdade, porém, coisa julgada formal e preclusão são dois fenômenos diversos, na perspectiva da decisão irrecorrível. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente.

Afirma-se, ainda, que só a sentença de mérito é apta a revestir-se de imutabilidade dentro e fora do processo (coisa julgada formal e coisa julgada material); as demais decisões exaurem sua imutabilidade no âmbito interno do processo, revestindo-se,

---

<sup>27</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. Editora Forense. 4ª. Edição. 2007, p. 68.

apenas, pela preclusão, da coisa julgada formal. Elucidativo, nesse ponto, o art. 474 do Código Processual vigente que, ao tratar do julgamento implícito das questões não discutidas, tradicionalmente reservado ao campo da coisa julgada material – reporta-se expressamente à sentença de mérito. Trata-se da chamada eficácia preclusiva da coisa julgada.”

Também sobre a coisa julgada, transcrevo excerto da obra de Francesco Carnelutti<sup>28</sup>:

“Se com o processo se obtém a coisa julgada de fundo, diz-se que a res foi julgada, frase em que por *res* se entende a realidade sobre a qual opera o processo, isto é, a lide ou o negócio; *res iudicata* ou *iudicium de re* são duas fórmulas equivalentes, ou seja, a mesma coisa na ordem direta e inversa. Coisa julgada, então, significa a decisão de mérito que se obtém por meio do processo de cognição ou, em outros termos, a decisão sobre as questões de fundo; as questões de fundo julgadas não são apenas as expressamente resolvidas, como também aquelas cuja solução seja uma premissa necessária para a solução das primeiras e que, portanto, resolvem-se implicitamente (a chamada decisão implícita). Já que as questões de ordem não concernem à lide, sua solução não constitui nunca coisa julgada.

(...)

A eficácia ou autoridade da coisa julgada, tal como definida neste ponto, tem caráter material no sentido de que se manifesta ou se expande fora do processo; logicamente, o resultado do processo não pode ficar contido nele;

---

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. Volume I. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. SERVANDA, 1999, P. 184-186.

juridicamente, o processo faz-se com a finalidade de integrar o direito, e seu produto não pode menos do que transcender o ciclo produtivo. (...)

Precisamente porque a eficácia material da coisa julgada se resolve na declaração de certeza ou na constituição de uma relação jurídica, e por isso se desenvolve fora do processo, tal eficácia manifesta-se em relação a todos, não somente em relação às partes, no sentido de que em relação a todos se fixa aquela relação : por exemplo (...); não é exato dizer nesse sentido que a eficácia da coisa julgada se limita às partes; (...)

(...)

Da eficácia material da coisa julgada, que atua fora do processo, distingue-se sua eficácia processual, que se desenvolve, por sua vez, no próprio processo, tanto de cognição como de execução.

(...)

(...) Para evitar a confusão, enquanto a imperatividade é denominada coisa julgada material, a imutabilidade recebe o nome de coisa julgada formal.”

## **CAPÍTULO II**

### **DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO**

No âmbito do processo coletivo, a coisa julgada é colhida por características bem específicas, *erga omnes* ou *ultra partes*.

Tratando-se de direito difuso (inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC), a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas (art. 103, inciso I, do CDC).

Se o direito for coletivo (inciso II do parágrafo único do art. 81), o julgado produzirá *res iudicata ultra partes* (art. 103, inc. II, do CDC), salvo improcedência por insuficiência de provas.

Em último plano, no que toca aos direitos individuais homogêneos (inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC), a coisa julgada será *erga omnes* apenas para a hipótese de procedência do pedido (art. 103, inciso III, do CDC).

Esse regime especial tem como pressuposto assegurar a extensão subjetiva do julgado na hipótese de acolhimento do pedido, visto que o bem tutelado pertence a uma coletividade. Decorre deste contexto a expressão “*secundum eventum litis*”.

De outra parte, é importante o registro de que a especificidade do mecanismo da coisa julgada no processo coletivo não alberga a possibilidade de vinculação do resultado da demanda “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, nos termos do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Deveras, o bem tutelado pela ação coletiva, quanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, não pertence aos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim à coletividade, expressão esta que não se compatibiliza com o ideário de limitação territorial.

Da mesma forma, a natureza dos direitos difusos e coletivos, respectivamente, indetermináveis e determináveis quanto aos titulares (plano subjetivo), e indivisíveis no que concerne ao objeto (plano objetivo), não se harmoniza com o conteúdo restritivo de específica área territorial (a do órgão prolator).

Assim, *verbi gratia*, proposta determinada demanda para a liberação de remédio contra câncer, a eventual concessão de provimento liminar deverá albergar toda a coletividade, no país inteiro, tendo em vista que decisão desta envergadura, de natureza difusa, guarda efeitos *erga omnes*, nos termos da lei.

Essa produção de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* garante acesso à jurisdição de forma ampla, mitigando a necessidade de busca individual da tutela jurisdicional.

Segue, então, a exposição dos mecanismos processuais existentes para a efetivação da tutela coletiva.

### **CAPÍTULO III**

#### **DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES COLETIVAS**

No início deste trabalho consta arrazoado acerca da duração razoável do processo e da efetividade da jurisdição.

Consoante dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O princípio da inafastabilidade da jurisdição alberga os direitos individuais e transindividuais

Trata-se de acesso efetivo à justiça, e não meramente formal.

Daí que o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, incorporando a dicção do princípio posto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política, estabelece expressamente que para a defesa dos direitos e interesses transindividuais “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Como se sabe, não há jurisdição sem ação. E, em consonância com o princípio dispositivo, o magistrado deve decidir “a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (art. 128 do Código de Processo Civil).

O Código de Defesa do Consumidor, no entanto, alberga exceção ao princípio dispositivo, ao estabelecer, em seu art. 1º, que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, 170, inciso V da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

A possibilidade de conhecimento de ofício das matérias regradas pelo Código de Defesa do Consumidor revela, claramente, que o acesso à jurisdição ganhou dimensão distinta com o advento deste importante diploma legal nos idos de 1990.

Nesse sentido é a dicção da doutrina de Patricia Miranda Pizzol<sup>29</sup>:

“No âmbito dos processos coletivos relativos a lides de consumo, a lei autoriza o juiz a conhecer de ofício as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, por serem normas de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC). Trata-se de uma exceção ao princípio dispositivo que traduza a incidência do princípio da igualdade no processo do consumidor, pois se destina a regra a assegurar um real equilíbrio entre as posições do consumidor e do fornecedor. Assim, promovida uma ação pedindo seja reconhecida nulidade de uma cláusula contratual sem demonstrar a sua abusividade à luz do art. 51 do CDC, isso não impede o juiz de reconhecê-la.”

Ainda quanto ao princípio dispositivo, no que toca à produção das provas, o art. 130 do Código de Processo Civil confere poderes instrutórios ao

---

<sup>29</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. “A Tutela Antecipada nas Ações Coletivas como Instrumento de Acesso à Justiça”. São Paulo: RT, 2006, p. 86-138 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

magistrado, sem esquecer que compete ao juiz a direção do processo, a teor do que dispõe o art. 125 do mesmo diploma legal.

No processo coletivo (*stricto sensu*), em face da indisponibilidade do bem, a atuação do magistrado deve ser ampla com relação aos poderes instrutórios, de modo a garantir o efetivo acesso à justiça para muitos.

## **CAPÍTULO IV**

### **MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS**

O art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

A propósito dessa interação, cito excerto da doutrina de Nelson Nery Junior <sup>30</sup>:

“O art. 89 do CDC, em sua redação aprovada pelo Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República. Esse artigo dispunha que as normas do Título III do CDC, relativo a parte processual, seriam aplicáveis a outros direitos ou interesses difusos e individuais, tratados coletivamente.

No entanto, o veto presidencial não afetou os sistemas do CDC e da legislação extravagante que trata de aspectos processuais dos interesses difusos. Como efeito, o art. 21 da LACP, com a

---

<sup>30</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *In* Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Editora Forense, II Volume, 10ª.edição, p. 220-221.

redação dada pelo art. 117 do CDC, determina que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III do CDC. Vê-se que esse artigo tem abrangência maior do que a do texto vetado do art. 89, pois não discrimina quais os interesses individuais que podem valer-se dos dispositivos do CDC, ao passo que o vetado art. 89 somente permitia a utilização dos dispositivos processuais do CDC para as ações que versassem sobre direitos individuais homogêneos tratados coletivamente, cuja definição se encontra no comentário ao art. 81, parágrafo único, para o qual remetemos o leitor.

(...)

Todo o Título III do CDC, portanto, pode ser utilizado nas ações que trata a LACP, disciplinando o processo civil dos interesses difusos, coletivos ou individuais.

(...)

A recíproca também é verdadeira. As disposições da LACP são integralmente aplicáveis às ações propostas com fundamento no CDC, naquilo em que não houver colidência, como é curial. Tome-se como exemplo todo o regulamento do inquérito civil, criado pelo art. 8º da LACP, que pode ser instaurado pelo Ministério Público para investigar fatos sobre relações de consumo, subordinados ao regime do CDC.

(...)

Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC, e só subsidiariamente a LACP. Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita

compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei nº 7.347/85.”

Também a indicar a relação de paridade entre o CDC e LACP, lembro que o art. 110 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei 7.347/85, propiciando a defesa de qualquer direito difuso ou coletivo no âmbito da ação civil pública.

No mesmo sentido, o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor prevê a aplicação, para as ações previstas no título III da Lei 8.078/90, das normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347/85, inclusive no que concerne ao inquérito civil.

De *lege lata*, a interação propiciou a formação de um microsistema, ampliando consideravelmente a envergadura de proteção dos direitos e interesses metaindividuais.

## **CAPÍTULO V**

### **REGIME JURÍDICO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E DA TUTELA ESPECÍFICA NAS AÇÕES COLETIVAS**

O microsistema das ações coletivas dispõe sobre a tutela antecipada nos artigos 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor e art. 12 da Lei da Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 84, § 3º, do CDC. 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.”

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

Para a concessão da tutela antecipada nas ações coletivas, o regime não é aquele previsto no art. 273 do CPC, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No sentido exposto, a doutrina de Patricia Miranda Pizzol<sup>31</sup> :

“A tutela antecipada pode ser concedida no processo coletivo, como já afirmado, bastando, para tanto, a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, tendo em vista que esses são os requisitos exigidos pelo art. 84, §3º, do CDC e também pelo art. 12 da LACP (como este não se refere a requisito algum, devemos interpretá-lo no sentido da suficiência dos requisitos gerais da tutela de urgência – fundamento relevante e risco de lesão). Não se aplica aos processos coletivos, no nosso sentir, o requisito da prova inequívoca previsto no art. 273 do CPC para a tutela antecipada. Quanto aos incisos e aos parágrafos do art. 273, estes se aplicam complementando o regime da tutela antecipada no processo coletivo.

Em se tratando de tutela antecipada específica, nas hipóteses de obrigação de fazer, de não fazer, ou de dar coisa certa ou incerta, os requisitos também são o fundamento relevante (*fumus boni iuris*) e o risco de ineficácia do provimento final

---

<sup>31</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A Tutela Antecipada nas Ações Coletivas como Instrumento de Acesso à Justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 130 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

(periculum in mora), à luz do art. 84, § 3º e dos arts. 461, § 3º, e 461-A do CPC.”

No que toca à tutela específica, a disciplina está albergada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e art. 11 da Lei da Ação Civil Pública, que guardam a seguinte dicção:

“Art. 84 do CDC. 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 adimplemento.”

“Art. 11 da LACP. 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.”

Na quadra do processo coletivo (*stricto sensu*), o autor deve buscar o cumprimento específico da obrigação, haja vista que o direito albergado por este tipo de demanda é indisponível, vale dizer, pertencente à coletividade.

A conversão da obrigação em perdas em danos somente é factível quando impossível a concretização da tutela específica, em seu todo ou parte.

Nesse sentido, colho a doutrina de Patricia Miranda Pizzol<sup>32</sup>:

---

<sup>32</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A Tutela Antecipada nas Ações Coletivas como Instrumento de Acesso à Justiça São Paulo: RT, 2006, p. 128 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

“De acordo com os arts. 84 do CDC e 461 do CPC (com a redação dada pela Lei 8.952/94), na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa que poderá ser fixada para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.

Em se tratando de processo coletivo, como o direito protegido não pertence ao legitimado (mas sim à coletividade, grupo, classe, categoria ou aos indivíduos unidos por uma categoria comum), não pode, em regra, o autor optar pela conversão em perdas e danos, salvo se manifesta a vantagem no caso concreto para a efetiva e adequada proteção ao direito (lembrando que o pedido deve passar pelo crivo do juiz e do Ministério Público que oficia como custos legis nos processos coletivos). Quanto à conversão em perdas e danos em razão da impossibilidade da tutela específica, não há qualquer óbice à sua realização.”

## **CAPÍTULO VI**

### **A EFETIVAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA**

De acordo com o disposto no § 3º do art. 273 do CPC, “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”.

Em consonância com o disposto nos arts. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, o magistrado deve determinar, de ofício ou a requerimento, a aplicação das medidas necessárias para a conquista do resultado prático equivalente ao adimplemento, tais como: imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, com a requisição de força policial se necessário.

A doutrina denomina esse conjunto como “medidas de apoio ou de sub-rogação”.

No processo coletivo, a aplicação da multa e medidas de apoio guarda previsão nos artigos 84, §§ 2º, 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“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 adimplemento.

(...)

“§ 2º - A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

(...)

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 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.”

Acerca das medidas de apoio e sub-rogação, transcrevo a doutrina de Patricia Miranda Pizzol<sup>33</sup>:

“Medidas de apoio são aquelas que servem, assim como a multa, para compelir ao cumprimento da decisão. Já medidas de sub-rogação são aquelas que substituem a própria prestação, isto é, satisfazem o direito do autor com a tutela específica ou com um resultado prático equivalente.

Por exemplo, um hospital, em razão de uma tutela antecipada, deve pagar determinado valor para a compra de medicamento. Se o hospital não cumprir tal medida o juiz poderá impor multa diária para cada dia em que o hospital descumprir a medida ou impedimento da atividade do hospital (medidas de apoio – coercitivas) ou ainda, determinar a busca e apreensão de medicamento no hospital (medida de sub-rogação – satisfativa).

É muito importante destacar que estas medidas, assim como a multa, podem ser utilizadas de ofício pelo julgador, não havendo, portanto, a necessidade de requerimento do autor.”

Em movimento derradeiro, algumas palavras sobre a multa.

A finalidade de aplicação da multa é coercitiva e o valor dela deve ser fixado pelo magistrado.

---

<sup>33</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A Tutela Antecipada nas Ações Coletivas como Instrumento de Acesso à Justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 121 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

O termo *a quo* de incidência da multa é o término do prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da obrigação. Em outro plano, o termo final é o momento do cumprimento da obrigação.

No que toca ao autor coletivo, nas ações que venham a albergar direitos difusos ou coletivos (*stricto sensu*), o destino da multa deve ser o fundo referido no art. 13 da Lei 7.347/85. Para a hipótese de a demanda envolver direitos individuais homogêneos, a liquidação e execução são singularizadas, devendo o valor da multa ter como destino o próprio exequente.

Ainda sobre a multa, de acordo com a doutrina de Patricia Miranda Pizzol<sup>34</sup>:

“Faz-se mister tecer alguns comentários com relação à multa:

(...)

b) o valor da multa pode ser grande, também excedendo o valor da obrigação (não fica sujeita ao limite do art. 421 do CC);

c) o juiz pode modificar esse valor ou o período (diária, mensal etc.), conforme art. 461, § 6º, do CPC;

d) pode ser aplicada no momento da concessão da tutela antecipada ou na sentença ou na execução.

(...)”.

---

<sup>34</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A Tutela Antecipada nas Ações Coletivas como Instrumento de Acesso à Justiça. São Paulo: RT, 2006, p. 133-134 (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier)

## **TÍTULO V**

### **CONCLUSÃO**

Com o presente trabalho busca-se demonstrar a importância da tutela coletiva para a proteção dos direitos metaindividuais.

As ações coletivas constituem eficiente mecanismo para a salvaguarda dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, propiciando acesso à justiça de forma eficiente e célere.

A eficiência na prestação jurisdicional não mais pode ser concebida sob o ponto de vista da singularidade.

Após a implantação do chamado microsistema das ações coletivas, a tutela de massa ganhou outra perspectiva. Ao seu lado, a tutela de urgência propicia a efetivação das medidas impostas, buscando sempre o cumprimento da obrigação específica, de modo a prestigiar a posição da coletividade.

São essas as ponderações que faço a respeito do tema.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 8ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 12ª edição, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Volume I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Editora BOOKSELLER, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação da tutela, Forense, 5ª. Edição.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. Volume I. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. SERVANDA, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituzioni di Diritto Processuale Civile", por Paolo Capitanio. Tradução 2ª. Edição. Bookseller. 1998.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Editora JusPODIVIM, 7ª edição, 2012.
- GIDI, Antonio. Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas. Editora Saraiva, 1995.
- LEAL, MÁRCIO FLÁVIO MAFRA. Ações Coletivas: História, Teoria e Prática. Editora Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. Editora Forense. 4ª. Edição, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria das Ações Coletivas. Editora RT, 3ª. Edição, 2012.
- MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. Processo Civil Coletivo. Editora Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. Editora Saraiva, 25ª. Edição, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *In* Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Editora Forense, II Volume, 10ª.edição, 2011.

PIZZOL, Patricia Miranda. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. (Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2006.

PIZZOL, Patricia Miranda. A competência no Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007

SHIMURA, Sérgio. Tutela Coletiva e sua efetividade. Editora Método, 2006.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Manual de Tutela Antecipada: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

VIGORITTI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo. Milano: Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR. Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. Editora Forense, 10ª. Edição, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as Ações Constitucionais e sua Efetividade. *In* Ações Constitucionais, Editora JusPODIVIM, 6ª. Edição, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; Curso Avançado de Processo Civil, Volume I, Editora RT, 12ª. Edição, 2012.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos, Editora Juarez de Oliveira, 1ª. Edição, 2006.