PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fabrício Peloia Del' Alamo

A antecipação da tutela específica no processo civil coletivo

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2010

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fabrício Peloia Del' Alamo

A antecipação da tutela específica no processo civil coletivo

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, área Direito das Relações Sociais, sob orientação do Professor Doutor Nelson Nery Junior.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

_____

_____

_____

À Wanessa, companheira de todas as horas.

Ao meu filho Leonardo, razão da minha vida.

Aos meus pais, Douglas e Cleozeny, por tudo o que me ensinaram, e pelo apoio incondicional de sempre.

Ao meu outro pai, Professor Paulo de Tarso Barbosa Duarte, grande responsável por meu amor à docência e por minha vida profissional.

Agradeço a Deus, por ter me dado a dádiva de ser pai, proporcionando-me chegar até aqui.

Minha gratidão ao meu irmão de espírito, André Nicolau Heinemann Filho, por ter coração sempre aberto e ouvidos de ouvir.

Agradeço à minha irmã, Priscila, e ao meu cunhado, Fábio, por se fazerem tão presentes na minha vida.

Agradeço aos meus avós, pelo carinho, em especial, a Antonio Peloia (*in memoriam*), homem de retidão ímpar, espelho para toda a minha vida.

Meu agradecimento à família do escritório Barbosa Duarte e Portugal de Oliveira, especialmente ao Dr. Manoel Fábio Portugal de Oliveira, pela prazerosa convivência mantida há mais de dez anos.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Nelson Nery Junior, pelas excepcionais aulas do Mestrado, e, principalmente, pelo que fez por mim, compreendendo as dificuldades por que passei.

Reverencio a PUC-Campinas, por ter acreditado em mim.

Por fim, obrigado aos amigos professores e aos meus alunos da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, pela confiança que em mim depositam e pelo aprendizado que constantemente me proporcionam.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre a antecipação da tutela específica nas ações coletivas, como instrumento de efetividade da prestação jurisdicional. Analisam-se as principais diferenças entre a medida cautelar e a tutela antecipada, bem ainda a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil. A partir da ideia de um microssistema para a proteção dos interesses coletivos *lato sensu,* o trabalho examina, igualmente, a tutela específica antecipada, com as peculiaridades do regime processual coletivo vigente.

Palavras-chave: Antecipação de tutela – Tutela específica – Processo coletivo – obrigações de fazer e de não fazer

ABSTRACT

This dissertation deals with the specific tutelage antecipation in collective lawsuits, as a means of effectivity of the jurisdictional fulfillment. The main differences between the injunctive relief and tutelage antecipation are analyzed, as well as the specific tutelage concerning obligations to do and not to do in the Consumer Defense Code and in the Civil Procedure Rules. Based on the idea of a microsystem for *latu sensu* collective interests protection, this paper also goes over the specific tutelage anticipation, with the traits of the current collective procedural rules.

Key-words: Tutelage anticipation – specific tutelage – collective lawsuit – obligations to do and not to do

SUMÁRIO

Introdução.....11

Capítulo 1

Tutela definitiva e tutela provisória

1.1. Questões preliminares.....17
1.2. Tutela provisória e cognição sumária.....27

Capítulo 2

Tutela antecipada e tutela cautelar

2.1. Traços característicos das duas modalidades.....32
2.2. A fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada.....37

Capítulo 3

A antecipação de tutela e seus requisitos.....40

Capítulo 4

Tutela específica no direito das obrigações

4.1. Conceito de obrigação.....49

4.2. Classificação das obrigações quanto ao seu objeto.....51
4.3. Cumprimento espontâneo e forçado das obrigações fazer e não fazer 53

Capítulo 5

A tutela específica concedida por sentença no direito processual civil

5.1. Considerações propedêuticas.....61
5.2. Mecanismos de efetivação da tutela específica: a multa e as medidas sub-rogatórias.....65
5.3. A tutela específica das obrigações de dar.....74

Capítulo 6

A tutela antecipada e a tutela específica nas ações coletivas

6.1. O microssistema para a tutela de direitos transindividuais.....76
6.2. Tutela antecipada no Código de Defesa do Consumidor.....82
6.3. A tutela antecipada nas lides coletivas.....85
6.4. A antecipação de tutela nas lides coletivas contra a Fazenda Pública.....89
6.5. A tutela específica coletiva das obrigações de fazer e não fazer.....95

Capítulo 7

A concessão da antecipação da tutela específica nas lides coletivas

7.1. A antecipação da tutela específica coletiva.....105
7.2. A antecipação da tutela específica no Projeto de Lei nº 5.139/2009.....115

Considerações finais.....123

Anexo 1 – Projeto de Lei nº 5.139/2009 (Exposição de motivos e texto original da Presidência da República) 131

Anexo 2 – Projeto de Lei nº 5.139/2009, com as alterações da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, de 4 de março de 2010.....149

Bibliografia.....176

Introdução

O presente estudo propõe-se a uma análise da antecipação da tutela específica coletiva. Para tanto, será imprescindível dividir este trabalho, de modo a compreender, primeiro, a antecipação de tutela, depois, a tutela específica, em seguida, a antecipação da tutela específica e, por derradeiro, a tutela específica antecipada na perspectiva do processo civil coletivo.

Inicialmente, a partir do princípio consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que assegura a todos os cidadãos o acesso à jurisdição, faremos uma abordagem sobre a tutela jurisdicional adequada (chamada por alguns doutrinadores de tutela jurisdicional diferenciada), de modo a verificar se o processo civil brasileiro dispõe de mecanismos úteis à proteção do direito substancial.

Em seguida, faremos uma análise da antiga distinção entre as principais modalidades de tutela, a de conhecimento e a de execução, para constatar que, em alguns casos, a situação de urgência não permitirá à parte aguardar a provisão jurisdicional definitiva, obtida mediante cognição exauriente.

Surge, então, a tutela cautelar (que muitos entendem não se tratar de modalidade autônoma), concedida em caráter precário, após cognição não exauriente (ou

sumária), muitas vezes dispensando o contraditório prévio, como forma de impedir o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.

Diante das críticas feitas ao critério tripartite (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar), propõem alguns autores uma classificação que haverá de levar em conta o conteúdo da tutela jurisdicional, classificando-a em: declaratória, constitutiva e condenatória. Por sugestão de Pontes de Miranda ainda existiriam outras duas: a mandamental e a executiva, com características próprias. Esse critério será muito útil à análise da tutela específica, em outro capítulo mais adiante.

O principal critério utilizado no trabalho, contudo, será aquele que divide a tutela jurisdicional de acordo com a proposta de Kasuo Watanabe. Segundo o autor, a atividade de cognição pode ser vista em dois planos distintos: o horizontal, quando será dividida em plena ou parcial e o vertical, fracionado em exauriente (completa) ou sumária. O propósito será traçar, ainda no primeiro tópico, as principais características da tutela sumária e provisória, onde estarão as medidas cautelares e antecipatórias.

O segundo capítulo do trabalho abordará as principais diferenças entre as duas modalidades acima mencionadas, especialmente depois da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil (CPC). E, apesar das distinções, que, inclusive, sugerem o equívoco da expressão “tutela cautelar satisfativa”, veremos o quanto os autores, apesar da vasta doutrina existente, ainda persistem na confusão dos dois institutos. Nesse cenário, pareceu ao legislador necessária a inclusão do § 7º ao art. 273 do CPC, que acabou por estabelecer a fungibilidade entre as medidas.

O terceiro capítulo abordará, propriamente, a antecipação de tutela e os requisitos necessários à sua concessão, de acordo com o art. 273 do CPC: 1- prova inequívoca, que conduza a um juízo de verossimilhança e, alternativamente, 2- receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou 3- abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, diferenciando-os daqueles necessários à medida cautelar.

Aliás, será oportuno verificar a exigência de reversibilidade da medida antecipatória, para, se for o caso, diante do bem jurídico tutelado, optar pela concessão da antecipação de tutela, ainda que não seja possível repor as coisas no exato estado em que se encontravam.

Após essa abordagem inicial, o trabalho passará a analisar a tutela específica, fazendo um estudo do instituto na perspectiva do direito das obrigações, levando em conta, especialmente, a sua classificação quanto ao objeto (obrigações de dar, fazer e não fazer).

É que durante muito tempo, entre os civilistas que estudavam as relações eficaciais de conteúdo obrigacional de fazer e não fazer, restou consagrada a idéia de que não seria possível obter-se a tutela específica, já que, em tese, haveria violação da liberdade individual do cidadão.

Por sua vez, sempre também foi aclamado o entendimento doutrinário que não se contentava com a execução genérica das obrigações de fazer e não fazer, quando não havia o cumprimento espontâneo do devedor, mesmo diante da impossibilidade de compeli-lo fisicamente a prestar o que só por ele haveria de ser prestado: *nemo ad factum praecise cogi potest.*

Surgiu, então, no direito francês, a *astreinte*, que consistia na multa diária aplicada ao devedor pelo descumprimento do dever assumido. No direito brasileiro, então, alguns dispositivos legais do Código de Processo Civil de 1973 passaram a admitir a referida multa.

E como forma de privilegiar a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) introduziu no sistema jurídico brasileiro o art. 84, admitindo o uso de diversos mecanismos de obtenção coativa da prestação devida. Tal fato sugeriu, em 1994, reforma ao Código de Processo Civil, que praticamente reproduziu o art. 84 do CDC na redação do art. 461, ampliando-se a possibilidade a todas as obrigações infungíveis, sugerindo, inclusive, fosse repensada a interpretação dada aos arts. 247 e 248 do vigente Código Civil, como se verá.

Nesta esteira, imprescindível será uma abordagem específica do referido art. 461 do CPC, que passa a ser visto como um instrumento assecuratório de uma tutela jurisdicional mais efetiva, que permite a intervenção judicial ainda sem a existência de dano, já ocorrido: bastaria o risco de sua verificação.

E nessa perspectiva, serão analisados os mecanismos de coerção utilizados para compelir o devedor a adotar a conduta esperada, entre eles, a multa e as medidas de sub-rogação previstas pelo § 5º do art. 461 do CPC.

Em seguida, verificaremos a reforma introduzida pela Lei 10.444/2002, que entre outros dispositivos, introduziu o art. 461-A ao CPC, para admitir a ação cominatória também para as obrigações de dar.

No sexto capítulo do trabalho, a antecipação de tutela e a tutela específica, já analisadas de forma pormenorizada nos tópicos anteriores, serão abordadas sob a

perspectiva do processo coletivo. Será fundamental, pois, um estudo do microssistema processual coletivo, tímido antes, mas flagrantemente existente após o Código de Defesa do Consumidor.

Tal idéia fez com que o direito processual civil repensasse sua tradicional ótica individualista, calcada na regra geral de legitimação ordinária, pela qual apenas o titular do direito material ofendido poderia defendê-lo em juízo. Mostra-se necessário repensar o dualismo criado entre o direito privado e o direito público, para romper determinados dogmas e admitir a possibilidade de um só legitimado tutelar interesses massificados, de modo que qualquer decisão possa estender-se para aqueles que não figuraram como partes na demanda.

E vendo no Código de Defesa do Consumidor o agente harmonizador do microssistema, passaremos ao estudo da antecipação de tutela nele prevista, para posteriormente discutir quais requisitos o principal diploma processual coletivo estabelece como necessários à concessão da medida, especialmente quando comparados àqueles exigidos pelo Código de Processo Civil.

Ato contínuo, verificaremos se os requisitos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor para a concessão da tutela antecipada poderão ser invocados a propósito de todas as demandas coletivas, com suas peculiaridades.

Merecerá especial atenção, porque objeto de ampla discussão doutrinária, a possibilidade de antecipar-se a tutela coletiva nas lides contra a Fazenda, especialmente por conta da Lei nº 8.432, de 30 de junho de 1992; na ocasião, será discutida a constitucionalidade dos dispositivos que criam privilégios ao Poder Público.

No último tópico do sexto capítulo será abordada a possibilidade de ter-se a tutela específica coletiva das obrigações de fazer e não fazer, especialmente pela

via da ação civil pública. Espera-se demonstrar a importância da ação cominatória para a proteção dos direitos da sociedade de massa, em comparação à tutela reparadora, tantas vezes não adequada a garantir a efetividade do processo.

Far-se-á uma análise evolutiva entre a tutela específica inicialmente prevista pela 7.347/85 e aquela estabelecida no Código do Consumidor, preocupando-se com os mecanismos de coerção previstos em todos os diplomas que protegem os direitos transindividuais.

No derradeiro capítulo, faremos a fusão dos dois institutos: a tutela antecipada e a tutela específica, na perspectiva das lides civis coletivas, ressaltando a importância da tutela preventiva, para impedir a ocorrência do dano, como verdadeiro instrumento de efetividade do processo civil.

Por fim, a antecipação da tutela específica será estudada como posta no Projeto de Lei nº 5.139/2009, que almeja uniformizar o tratamento dado às ações coletivas e revogar o texto original da Lei de Ação Civil Pública (LACP). A tentativa de unificação, como se verá, não é novidade. Assim, fracassadas as propostas de criação de um Código de Processo Civil Coletivo, restou ao executivo elaborar projeto de lei para suprir (ou não) as lacunas do sistema e afastar aparentes contradições decorrentes dos diversos diplomas que atualmente cuidam do assunto.

Espera-se, ao final do trabalho, tenham os leitores uma noção tanto quanto menos sombria da antecipação da tutela específica, vista como instrumento essencial à defesa dos interesses coletivos *lato sensu*.

Capítulo 1

Tutela definitiva e tutela provisória

1.1. Questões preliminares.

No plano da solução dos conflitos, houve momentos na história das civilizações em que vigia o regime da autotutela, pelo qual uma das partes impunha sua decisão à outra. Ao longo do tempo, contudo, a sociedade passou a não mais aceitar esse mecanismo como modo de aplicação forçada da lei, pelo que se mostrou necessário o surgimento de uma outra forma de solução de conflitos, a qual se dá pelo processo. O Estado, então, assume o papel de jurisdicionar, com exclusividade, dando, ao menos em tese, a solução mais justa e imparcial ao caso concreto.

No vigente ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos a tutela jurisdicional, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Daí pode-se compreender que o legislador constituinte garantiu o acesso ao órgão estatal, que deverá deixar a sua inércia sempre que convocado.

Tutelar significa proteger, defender, amparar, auxiliar. E o propósito da norma constitucional foi permitir a necessária proteção a quaisquer indivíduos que se vejam ameaçados.

Ao falar-se, pois, em tutela jurisdicional, se pretende mencionar exatamente a defesa, o amparo, a proteção que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, presta aos indivíduos subordinados à sua autoridade, ainda que não titulares de direitos materiais dignos de proteção.

Explica José Roberto dos Santos Bedaque[1]:

> Nessa medida, a Constituição Federal não assegura apenas o acesso a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. E o que está à disposição de todos, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela. Assim, a garantia constitucional de ação representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto. [2]

É suficiente, pois, a afirmação da existência de um direito (individual ou coletivo) para que se possa deduzi-lo em juízo, buscando uma tutela que vise à decisão judicial que o reconheça e o atribua a si.

O processo serve, pois, à realização de um direito material. A ciência processual, contudo, afirma existir autonomia entre o referido direito material e o direito de ação, protegido constitucionalmente (art. 5º, XXXV da CF). Assim, ao estabelecer que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, a Constituição contemplou, ao mesmo tempo, a garantia da ação e a inafastabilidade da tutela jurisdicional, não para garantir a realização do direito material concretamente invocado pelos litigantes, mas para permitir o acesso e o de-

---

[1] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização),* p. 64.

[2] Por óbvio, o mecanismo estatal está dirigido para a satisfação daquele que de fato é merecedor da tutela. “Vittorio Denti observa a evolução da jurisprudência da Corte constitucional italiana, que passou a conferir significado concreto aos princípios enunciados na Constituição, assegurando-lhes significado substancial, não meramente formal. Daí o direito de ação, assegurado no art. 24 do texto constitucional, não significar mais apenas direito ao julgamento. Representa, na verdade, *uma concreta garanzia di effettività della tutela dei diritti sostanziali, correlata col princípio di uguaglianza sancito dall’art. 3. costI (La giustizia civile, p. 73)”*, *apud,* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit*., id.

senvolvimento de um processo justo, pelos princípios e garantias previstos no modelo processual constitucional e infraconstitucional brasileiro.

Nelson Nery Junior afirma:

> Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo,* todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada.* Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente. (...)
> A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao direito de ação. (...) O direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular do direito *individual*, quanto o do direito *meta-individual* (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. [3]

Para assegurar, pois, a *tutela jurisdicional adequada,* o Estado deve disponibilizar mecanismos que permitam, sendo o caso, a satisfação do direito material; do contrário, a tutela não será útil, tampouco efetiva.

Nesta mesma linha, e almejando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, a doutrina moderna destaca a chamada *tutela jurisdicional diferenciada,* que deve estar sempre de olhos postos nas corriqueiras mudanças da vida social. Para Bedaque, “deve o processo acompanhar essa evolução, para corresponder efetivamente às necessidades sociais. Assim, para cada tipo de situação de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, isto é, diferenciada pelo procedimento”[4]

Não basta, portanto, tenha a lei assegurado um procedimento qualquer, se ele não puder garantir a tutela do direito substancial. Aquele que é o titular do direito ameaçado, ou do que está prestes a sê-lo, deve ter às mãos um número diversificado (senão, quase infinito) de procedimentos, para atender às diferentes demandas.

---

[3] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo,* p. 172.
[4] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo,* p. 31.

> A grandeza do processualista moderno, portanto, está na capacidade de conseguir adequar a ciência processual às transformações ocorridas na sociedade, devendo a perspectiva individualista da *fase conceitual* ceder lugar à nova realidade eminentemente *crítica* e preocupada com os *resultados práticos do processo* e a *utilidade das decisões.* [5]

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional deve, assim, assegurar condições para o exercício da ação. Dele decorrem outros princípios consagrados, como o da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da assistência judiciária gratuita aos necessitados etc, que visam, todos, sem exceção, a assegurar a efetividade do processo justo, reconhecendo-o como instrumento de realização do direito material.

> Esse compromisso de apreciar as lesões ou ameaças a direitos – o compromisso de prestar tutela jurisdicional – constitui um dever estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito. Mas é um dever que supõe poder. A atividade de prestar tutela jurisdicional, e assim eliminar os conflitos e promover, na expressão de Carnelutti, a *justa composição da lide*, constitui também um poder do Estado, que o exerce monopolisticamente, sujeitando a vontade de todos às suas decisões, inclusive, se necessário, com utilização de meios de coação física. [6]

A propósito da dita atividade jurisdicional, na perspectiva de encontrar mecanismos adequados à solução das lides, passou a doutrina a dividi-la, tradicionalmente, em duas classes: uma primeira, caracterizada pelos atos que consistem na certificação (ou não) da existência do direito (sentença); e outra, composta de medidas que visavam a tornar efetivo o provimento jurisdicional anteriormente proferido. Daí a distinção entre tutela de cognição e tutela executiva.

Assim, ao menos em tese, a parte deve, em primeiro lugar, obter a tutela de conhecimento; depois, para a satisfação de sua pretensão, utilizará da tutela executiva.

---

[5] LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, p. 328.
[6] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 6.

Diferenciando essas duas modalidades de tutela, escreveu Liebman:

> (...) a função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide posta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações acima aludidas.[7]

Com a edição das Leis nº 10.444, de 7 de maio de 2002, e nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a idéia de separar as atividades de cognição e de execução aparentemente restou ultrapassada. Isso porque, via de regra, essas atividades passaram a ser desenvolvidas no âmbito de uma única ação. E isso aconteceu originalmente em relação às ações de obrigação de fazer e não fazer (art. 461 do CPC) e às ações de obrigação de entregar coisa (art. 461-A do CPC), mas, posteriormente, também às ações de pagar quantia (arts. 475-A a 475-R do CPC). Nestas, aliás, a repartição em ações distintas (conhecimento, liquidação de sentença, execução, embargos do devedor), demasiadamente defendida pelos processualistas, foi substituída por uma única demanda, dentro da qual se desenvolvem todas as fases. Daí afirmar-se que, com raras exceções (como nos casos de execução contra a Fazenda Pública ou de execução de sentença penal condenatória), a atividade de execução, promovida em lide autônoma, transformou-se em mecanismo nada usual.

Na mesma esteira, também não parece adequado sustentar-se que a atividade de conhecimento sempre precede a de execução. O próprio art. 273 do CPC, que

---

[7] LIEBMAN, Henrico Túlio. *Processo de execução*, p. 37.

será estudado de forma mais pormenorizada adiante, assegura a possibilidade de antecipação de atos executivos, para que se realizem antes ou durante a fase de cognição. Ademais, a existência de títulos executivos extrajudiciais possibilita a prática de atos de execução antes da instauração da fase de conhecimento, que pode iniciar-se, ou não, em sede de embargos do devedor.

Daí a afirmação de Humberto Theodoro Junior que:

> As atividades jurisdicionais de cognição e execução são independentes entre si, no sentido de que a primeira não é necessariamente preliminar da segunda. (...) Essa tendência culminou com as reformas do Código de Processo Civil que eliminaram a execução das sentenças condenatórias em ação autônoma e a transformou em simples ato de cumprimento do comando judicial, dentro da própria relação processual em que a condenação foi proferida. Trata-se da restauração da antiga *executio per officium iudicis* para substituir a inconveniente e pouco prática *actio iudicati.* [8]

Por isso mesmo, Zavaski prefere:

> (...) considerar as atividades jurisdicionais de cognição e execução não como fases ou momentos distintos e sucessivos da prestação da tutela, e sim como classes de atividades (...) que até poderão coincidir ou confundir-se no tempo e no espaço, nas ações e nos procedimentos, tudo a demonstrar a relatividade de sua segmentação e da própria classificação que a elas tradicionalmente se refere. [9]

A essa divisão entre atividade de cognição e de execução costuma-se acrescentar uma terceira: a tutela cautelar, que tem por objetivo garantir a eficácia da tutela de conhecimento ou de execução. Ela não visa a satisfazer o direito material definitivamente, mas, assegurar que esse direito não seja atingido por um dano iminente e irreparável. Por isso mesmo deve ser prestada antes ou durante o processo principal.

Essa tríade também está muito distante de ser inquestionável. A uma, porque a atividade cautelar também é de cognição e execução.

---

[8] THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 54.
[9] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit*., p. 13.

> Se a medida cautelar depende de uma sentença (de um juízo, portanto) que a reconheça e a declare devida, a atividade jurisdicional para chegar até essa sentença constitui, na verdade, típica atividade jurisdicional de cognição. Por outro lado, os atos de cumprimento da medida cautelar destinam-se, eles também, como qualquer ato de execução, a tornar efetivo o direito à tutela – cautelar – reconhecido pelo juiz. Que diferença haveria, com efeito, no plano executivo, entre a efetivação de um seqüestro ou de um arresto e a de uma penhora? A rigor, nenhuma.[10]

Ademais, há circunstâncias em que se vislumbra a existência de decisões definitivas em processo cautelar. Assim, quando o juiz reconhece a decadência ou a prescrição, terá de proferir julgamento definitivo, ainda que a lide não tenha esse propósito.

De outro lado, o magistrado também tem o poder de adotar medidas urgentes (de caráter cautelar), com o propósito de evitar dano irreparável à parte, mesmo no processo de conhecimento (art. 266 do CPC).

Daí a crítica de alguns autores, para quem essa classificação tripartite é ilusória; afinal, a tutela cautelar continua sendo de cognição e execução, embora prestadas na mesma fase.

Por conta disso, alguns autores propõem uma outra maneira de classificar a tutela jurisdicional, de acordo com as modalidades de crise no plano de direito material e com a solução adequada a elas. Assim, as tutelas poderiam ser classificadas, segundo a doutrina clássica alemã, em três espécies: condenatória, constitutiva e declaratória. No Brasil, essa divisão sofreu a crítica de Pontes de Miranda, que lhe acrescentou outras duas: a mandamental e a executiva.

Conforme este critério, poderá a tutela jurisdicional ser:

a) declaratória – aquela que se restringe a atestar a existência, ou não, de uma situação jurídica. A decisão em perspectiva tem por efeito trazer uma certeza

---

[10] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit*., p. 15.

jurídica ou eliminar uma incerteza. De se ressaltar que todas as decisões também têm conteúdo declaratório. Ocorre que, na tutela condenatória, o magistrado reconhece a existência de uma situação jurídica, mas também determina ao demandado que cumpra um determinado dever; no caso da decisão constitutiva, além de reconhecê-la, também implementa uma situação jurídica nova. A classificação leva, pois, em conta a atuação preponderante do magistrado.

b) constitutiva – aquela que pressupõe uma situação jurídica e a altera. Ao formular um pedido constitutivo (ou constitutivo negativo), o bem jurídico pretendido pelo demandante é a nova situação jurídica decorrente do reconhecimento do direito de que se afirma titular. De acordo com Pontes de Miranda, "a constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico"[11].

c) condenatória – aquela que impõe ao demandado cumprir uma prestação, permitindo a realização de atividade executiva no intuito de efetivá-la materialmente. "Condenar não é declarar a injúria; é mais: 'é reprovar', ordenar que sofra. Entra, além do enunciado de fato, o de valor. A sentença que somente declarasse ter o réu incorrido em pena seria declarativa, não condenatória"[12]

d) executiva – aquela que implica execução direta (ou execução por subrogação), sem participação do executado; há uma substituição da sua conduta pela conduta do Estado-juiz. Ela impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva direta, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe cabe

e) mandamental – é aquela que impõe uma ordem a alguma pessoa e prevê uma medida coercitiva indireta, que atua na sua vontade, como forma de pressioná-

---

[11] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações.* Tomo I, p. 203.
[12] Idem, p. 209.

la a cumprir o mandamento. Assim, o Estado busca promover a execução com a colaboração daquele a quem se deu a ordem, forçando a que ele próprio cumpra a determinação, sem a adoção das medidas sub-rogatórias. De acordo com o autor da classificação:

> Na sentença mandamental, o juiz não constitui: 'manda'. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é a passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*. Nas ações executivas de títulos não-judiciais, essa mediatidade desaparece, de modo que o *ato* prima; ainda que se tenha de levar em conta o elemento condenatório, a ação é executiva. (Advirta-se que falamos sempre em termos de preponderância da eficácia). Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, mas não só declare (pensamento puro, enunciado da existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o 'mandado'. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, *forçando.* [13]

Interessante advertir que as duas últimas modalidades de tutela cognitiva dispensam o processamento de ação executiva, donde a crítica ao critério que distingue as tutelas pelo binômio condenação-execução.

Aliás, para Fredie Didier Júnior, a distinção baseada no critério quinário de Pontes de Miranda perdeu a sua utilidade:

> Com a edição da Lei Federal n. 11.232/2005, essa discussão perdeu um pouco a razão de ser. Atualmente toda decisão que reconhece a existência de dever de prestar (fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia) pode ser efetivada no mesmo processo em que foi proferida, não havendo mais necessidade de instauração de um processo autônomo de execução. Perdeu o sentido, pois, distinguir as sentenças condenatórias das mandamentais e das executivas. O critério distintivo era exatamente a necessidade ou não de um novo processo para a efetivação da decisão judicial; a sentença condenatória deveria ser executada *ex intervalo*, em outro processo, a sentença mandamental/executiva poderia ser executada *sine intervalo*, ou seja, no mesmo processo em que proferida [14]

---

[13] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações.* Tomo I, p. 211.
[14] DIDDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v.2, p. 288/289.

Embora reconheça o critério de Pontes de Miranda como adequado à classificação das tutelas, José dos Santos Roberto Bedaque sustenta que se destina, apenas, “a resolver as crises de direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de restabelecer o ordenamento jurídico e a paz social.” [15] Todas elas, verdadeiramente, podem proporcionar definitiva satisfação do direito material.

Ocorre que as tutelas de natureza satisfativa são obtidas em processo com cognição exauriente, assumindo caráter de perenidade. A dita cognição exauriente, contudo, dada a significativa rapidez dos acontecimentos, muitas vezes mostra-se pouco célere e não adequada à solução dos litígios.

O tempo muitas vezes decorrido entre a propositura da demanda e a concessão da tutela definitiva pode não ser razoável ante a gravidade de determinadas situações, que exigem resposta rápida.

Sob essa ótica, ficam sem solução as lides urgentes, que demandam ação imediata, ainda que provisória, sob pena de evidente ineficácia do provimento jurisdicional final. Por essa razão, o sistema deve contemplar também tutelas rápidas. De outro lado, essa rapidez não poderá comprometer as garantias processuais e o conhecimento, ainda que provisório, do direito material pleiteado.

Por isso, Humberto Theodoro afirma a necessidade de um processo justo, apto a garantir não apenas o resultado adequado ao autor, como também a ampla defesa e o contraditório em favor do réu.

Assim, surge a idéia de uma tutela mais célere, com cognição não exauriente, que possibilite à parte que a reclama um resultado rápido e antecipado.

---

[15] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 112.

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No primeiro deles, a cognição pode ser plena, se o objeto da demanda for a integralidade do conflito, ou limitada (parcial), se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, dependendo do grau de profundidade com que é realizada.

> Se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada 'de uma área toda de questões', seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade.[16]

Por óbvio, a garantia constitucional do acesso à tutela jurisdicional refere-se àquela de cognição exauriente, que há de buscar a formação da coisa julgada, para permitir um juízo mais apropriado de certeza jurídica. A tutela definitiva é, pois, a tutela padrão, obtida em momento posterior à realização do contraditório. Daí a distinção feita pelos clássicos entre tutela definitiva e tutela cautelar[17].

1.2. Tutela provisória e cognição sumária

Via de regra, a obtenção de tutela jurisdicional dá-se mediante cognição plena, exauriente. Ela pressupõe seja o juiz acionado por iniciativa de uma das partes, seja a outra parte chamada à lide para defender-se, sob pena de violação ao princípio do contraditório, produzam-se todas as provas necessárias, para que, só então,

---

[16] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 113.

[17] Calamadrei critica a utilização das expressões "providências cautelares e definitivas", que seriam causadoras de confusões, notadamente em face das expressões "decisões definitivas e interlocutórias". Assim, sugere a substituição delas por "providências cautelares e principais". CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 167.

a autoridade judicial profira a decisão. As medidas de coerção, que visam ao cumprimento da decisão prolatada, só poderão ser tomadas, ressalvados os casos de execução provisória, após o trânsito em julgado daquela decisão (esgotadas, pois, as vias recursais).

Para evitar os riscos de dano que podem advir na busca dessa tutela plena, especialmente diante da demora para a obtenção de uma tutela jurisdicional exauriente, assegurado o contraditório, tem crescido a idéia de criarem-se modalidades de tutelas urgentes, de modo a permitir que o direito que se quer ver tutelado possa ser exercido imediatamente, mormente nas hipóteses em que é possível o seu perecimento, tudo de modo a permitir que o resultado prático esperado seja útil àquele que buscou a intervenção estatal.

Nesses casos, os mecanismos usuais de tutela mostram-se nitidamente ineficazes, podendo comprometer a função jurisdicional do próprio Estado. Ademais, se o Estado vedou a justiça de mão própria, assumindo o monopólio da atividade jurisdicional, deve criar medidas que visem a evitar aos cidadãos que sofram com as conseqüências da demora da prestação jurisdicional.

> De fato, o tempo decorrido entre o pedido e a concessão da tutela satisfativa, em qualquer de suas modalidades, pode não ser compatível com a urgência de determinadas situações, que requerem soluções imediatas, sem o quê ficará comprometida a satisfação do direito. Daí a necessidade de serem adotadas medidas destinadas a afastar esse estado de risco para a efetividade da tutela satisfativa. É preciso eliminar o perigo de ineficácia da providência jurisdicional definitiva. A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação da efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantanemante.[18]

Para solucionar esse impasse, residente na aparente contradição entre a urgência da medida reclamada e a necessidade de exame completo dos fatos, que, na

---

[18] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 117.

maioria dos casos, demanda ampla instrução probatória, prevêem os ordenamentos jurídicos uma modalidade de tutela diferenciada, que não tem o propósito de produzir um efeito definitivo, mas tão somente o de garantir o resultado eficiente: a tutela provisória.

Trata-se de modalidade que dispensa o contraditório prévio e a cognição plena (ou exauriente), objetivando impedir o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional almejada, esta sim ampla, em razão do decurso do tempo. No que diz respeito ao plano vertical, na concepção de Watanabe, a tutela provisória será obtida mediante cognição sumária, menos profunda que a tutela padrão e com base em juízos de verossimilhança.

Daí a primeira característica dessa tutela, que supõe a existência de uma situação de risco de dano ao direito ou de ineficácia da execução. A urgência, aqui, deve ser entendida em seu sentido mais amplo, ou seja, "qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição".[19] Ademais, também é necessário que se proceda a um juízo de probabilidade (e não de certeza) para a concessão de qualquer medida dessa natureza.

Assim, por exemplo, se o réu tenta dilapidar seu patrimônio para frustrar futura execução, pode parecer razoável a necessidade de alteração do *status quo*, antes do encerramento do processo de conhecimento.

Ao contrário da tutela padrão, a tutela provisória é sempre concedida em caráter precário, já que pode ser revogada a qualquer tempo. Além disso, é temporária, na medida em que tende a durar por prazo determinado, ficando sujeita à cognição

[19] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.,* p. 29.

plena, a ser realizada em momento posterior apropriado.[20] Ademais, obtida a tutela definitiva, também não há razão para que as tutelas cautelar e antecipatória subsistam com o caráter de precariedade e provisoriedade.

Zavascki também menciona algumas situações excepcionais de tutela provisória: assim, em caso de abuso do direito de defesa, ainda que não haja risco de dano irreparável, a tutela merece ser concedida; da mesma forma, nas relações de trato contínuo e prolongado, como as relações familiares (guarda dos filhos, direito de visitas); ainda há casos em que a urgência é presumida, por exemplo, nas relações possessórias.

> Em suma, é com um sentido amplo – que abrange, de um modo geral, todas as situações em que se verifique (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, ou, ainda, (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços – que deve compreender a situação de urgência a que nos referimos e que dá suporte à tutela provisória. [21]

Outra característica, por fim, da tutela provisória é que ela não produz coisa julgada material. Assim, alterada ou desaparecida a situação de perigo que ensejou a medida, ela terá de ser suprimida ou modificada. Como adverte Calmon de Passos[22], somente a mudança de um dos elementos da causa autorizaria a modificação. Da mesma forma, se não concedida a medida, à vista da invocação de uma certa

---

[20] José Roberto dos Santos Bedaque traz uma distinção entre duas técnicas distintas: a tutela sumária não cautelar e a tutela sumária cautelar. Como exemplo da primeira delas, cita o autor o mandado de segurança, que se trata de modalidade alternativa de tutela definitiva, que dispensa a cognição exauriente. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização),* p. 122. O presente trabalho, contudo não tem como propósito a abordagem dessa técnica, preocupando-se, exclusivamente, com a tutela sumária provisória. Ousamos, contudo, discordar de Bedaque, na medida em que, a cognição, no mandado de segurança, é exauriente (e não sumária), nos exatos limites da questão posta, que prescinde da produção complementar de qualquer outra prova, porquanto só se tutelam, por meio do *mandamus*, direitos líquidos e certos, expressão que, como se sabe, alude simplesmente à prova pré-constituída dos fatos de que se irradiam tais direitos.

[21] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.,* p. 31.

[22] CALMON DE PASSOS, J.J.. *Comentários ao Código de Processo Civil,* p. 237.

situação de perigo, somente nova situação de perigo poderia legitimar a propositura de outra cautelar.

Capítulo 2

Tutela antecipada e tutela cautelar

2.1. Traços característicos das duas modalidades

O presente capítulo terá por objetivo descrever algumas diferenças entre as duas principais modalidades de tutela provisória: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Trata-se, inquestionavelmente, de modalidades de tutela provisória, com as características descritas no capítulo anterior e também obtidas mediante cognição sumária.

Elas decorrem, pois, da necessidade de se prestar tutela jurisdicional rápida, para evitar lesões a direitos ou situações de ameaça a eles.

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, o legislador atribuiu ao juiz aquilo que se convencionou chamar de “poder geral de cautela”, consoante estabelece o art. 798 do referido diploma. Assim, tem o magistrado o poder de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receito de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

A doutrina sempre foi dissonante na interpretação do aludido dispositivo legal. Discutia-se, pois, se essas medidas poderiam compor providências que antecipassem, efetivamente, o direito material do interessado ou se apenas consistiriam em garantias processuais. Muitos posicionamentos se formaram a respeito do assunto, tendo a jurisprudência oscilado de uma primeira orientação, que rejeitava as medidas cautelares satisfativas, para outra completamente contrária, que admitia tutelas de mérito.

No direito europeu, essa discussão acabou por conceber a tutela provisória, tanto para conservar, como para regular a situação jurídica material das partes. Só não se admitia a intervenção judicial quando a regulação provisória fosse irreversível:

> Il punto essenciale, a meo avviso, è che il regolamento provvisorio non ostacola il regolamento definitivo, che sarà dato dal giudice del mérito (...). In Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta antecipare la sentenza definitiva, ciõe accordare al richiendente, dal punto de vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria[23]

Nesse contexto, adveio a reforma instituída pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que admitiu, pela redação dada ao art. 273 do CPC, a concessão da tutela antecipada, que consiste em decisão provisória e antecipatória do próprio direito material pleiteado. Assim, após a referida lei, já não é mais passível de questionamento a possibilidade das medidas provisórias satisfativas.

> O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu a sua finalidade clássica: a de instrumento para a obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada dos efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação popular, podendo ser, ou melhor, devendo se reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos

[23] TARZIA, Giuseppe. *Considerazioni Conclusive,* in *Les Mesures Provisoires em Procédure Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 312, *apud* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2, p. 550.

> casos, raros, já referidos, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade. Postulá-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca[24].

Apesar de terem características próximas, as medidas cautelares e antecipatórias hoje se mostram distintas, revelando traços próprios.

A tutela antecipada constituiu "decisão provisória (urgente, sumária, temporária e precária) que satisfaz, total ou parcialmente, imediatamente o direito material deduzido. É a antecipação da eficácia da decisão final; é a concessão imediata de efeitos da tutela jurisdicional final. É, pois, satisfativa".[25]

De acordo com Nelson e Rosa Nery, não se confundem tutela antecipada e tutela cautelar:

> a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)[26].

Assim, embora com função semelhante, a tutela antecipada leva a decisão provisória que satisfaz, total ou parcialmente, mas de modo imediato, o direito material . Trata-se de medida satisfativa.

A tutela cautelar conduz a decisão provisória que não satisfaz, mas assegura a futura satisfação do direito material deduzido. É não satisfativa.

---

[24] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.,* p. 46.
[25] DIDDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.,* p. 515.
[26] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado,* p. 523.

Como bem afirma Hugo Mazzilli:

> a) a tutela cautelar é instrumental, pois se destina a assegurar o resultado prático do processo ou a viabilidade da realização do direito (ex: um arresto no curso da ação principal, ou uma produção antecipada de provas); b) a tutela antecipada busca conceder, antecipadamente, o próprio provimento jurisdicional ou os seus efeitos (ex: em ação civil pública, o juiz proíbe antecipadamente a destruição do bem objetivado na ação, ou proíbe o uso de um agrotóxico prejudicial à saúde humana).[27]

Assim, a tutela antecipada admite que, presentes alguns requisitos que serão oportunamente analisados, alguns ou todos os efeitos práticos da tutela jurisdicional definitiva, de cognição exauriente, os quais, que, em regra, só seriam obtidos mediante a sentença final, sejam desde logo produzidos.

Antecipar, aqui, significa prover à "coincidência entre o conteúdo do ato praticado e daquele previsto para ser praticado futuramente. Ou seja, deve haver identidade estrutural entre eles".[28]

Consoante Cássio Scarpinella Bueno, o critério mais útil para distinguir essas duas modalidades de tutela provisória é "verificar em que condições aquilo que se pretende 'antecipar' coincide ou não com o que se pretende a final".[29]

Assim, se houver coincidência entre o que se pretende obter definitivamente e o que se quer ver antecipado, a hipótese é de antecipação de tutela. Ausente a dita coincidência, trata-se de medida cautelar.

Prossegue o referido autor, com o exemplo do comerciante que procura o advogado com uma notificação de protesto de título, afirmando que jamais prestou qualquer serviço que justificasse a emissão da duplicata, e que tampouco conhece

---

[27] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 212.

[28] Segundo Tommaseo "l'antecipazione si può verificare solo quando l'atto anticipante si identifichi sotto ogni profilo in quello che si assume essere stato anticipato e cioè, in altri termini, quando presentino un'identica struttura". TOMMASEO, Ferrucio. *I provvedimenti dúrgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*, p. 16.

[29] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 27.

seu emissor. O advogado, então, ingressa com medida cautelar de sustação de protesto, afirmando, em cumprimento ao art. 801, inciso III, do CPC, que proporá ação declaratória de nulidade do título. Nesse caso, é evidente que não há coincidência entre o que irá ser pleiteado na ação principal (nulidade do título) e o que se pede na cautelar (sustação do protesto).

> Para a cautelar, a nulidade, que basta ser aparente (*fumus boni iuris*), é mera causa de pedir; o objeto da ação cautelar é mesmo a sustação de protesto. Na ação principal, entretanto, essa nulidade passa a ser objeto da ação, já que compõe o pedido a ser formulado pelo autor[30]

Teori Albino Zavascki diferencia três situações distintas, fundado na obra de Piero Calamandrei:

> Tem-se, destarte, que as situações de risco à efetividade da prestação da tutela definitiva são essencialmente três. Há situações em que a *certificação* do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Quando ocorrerem, será urgente *medida para antecipar a produção da prova,* que, todavia, não importa qualquer antecipação de efeitos da futura sentença. Por outro lado, há situações em que o perigo ameaça não a certificação, mas a futura *execução forçada* do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nestes casos, urgente será *medida para garantir a execução*, o que, igualmente, não significará antecipar efeitos da tutela definitiva. Mas, finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar sob risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora da sua efetiva fruição. Presentes essas circunstâncias, será *urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado* e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.[31].

Outras diferenças ainda saltam aos olhos: a antecipação de tutela se dá em ação de conhecimento, por decisão interlocutória, enquanto que as cautelares estão sujeitas a ação própria. Além disso, os requisitos necessários à concessão de uma ou de outra medida são diferentes (arts. 273 e 798 do CPC).

---

[30] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.,* p. 28.
[31] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.,* p. 49.

Na ação cautelar, o conteúdo da medida é autônomo em relação ao da tutela definitiva. É diferente na tutela antecipatória, em que há coincidência entre o que se antecipa e o conteúdo do direito material afirmado.

Além disso, a cautelar tem duração limitada no tempo, já que a cautela concedida será desfeita quando da prolação de uma decisão definitiva, que a substituirá; diferentemente, a antecipação da tutela pode ter seus efeitos prolongados, já que será sucedida por outra, definitiva, que, em regra, consolidará a situação advinda da medida, exceto nos casos de improcedência, quando a medida haverá de ser revogada.

2.2. A fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada

Nada obstante tenham sido bem traçadas no tópico anterior as diferenças entre aquelas duas medidas de caráter provisório, de fato, desde 1994, quando da introdução da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre foram uníssonos os doutrinadores a propósito dessas características distintivas.

Tanto assim que muitos até hoje consideram a antecipação uma espécie de acautelamento. E aí se retoma a discussão.

Essa dificuldade em encontrar os traços de cada qual dos institutos foi experimentada pelo próprio legislador, com a redação dada ao § 7º do art. 273 do CPC pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, que estabelece a possibilidade do juiz conceder medida cautelar, em caráter incidental, quando for requerida como antecipação de tutela. Trata-se da aplicação do princípio da fungibilidade, adotado por sugestão do Ministro Athos Gusmão Carneiro. Assim, verificado que a parte requereu

medida antecipatória, quando deveria ter pleiteado medida cautelar, o juiz poderá concedê-la, por determinação legal.

Resta indagar acerca da possibilidade de aplicar-se a fungibilidade em sentido contrário (fungibilidade progressiva): de providência cautelar para medida antecipatória.

Cândido Dinamarco sustenta ser tal providência perfeitamente possível. Assim, o juiz estaria autorizado a conceder a antecipação de tutela, embora requerida providência de natureza cautelar, se os pressupostos estiverem satisfeitos. Esse aliás, o posicionamento correto por José Roberto dos Santos Bedaque e Cássio Scarpinella Bueno, entre outros autores.

Nesse mesmo sentido, pronunciam-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidental ou haja pedido de antecipação de tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la. [32]

Contudo, há algo mais a ser observado. Os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada são mais rigorosos do que aqueles necessários à tutela cautelar. Assim, essa fungibilidade só seria possível se presentes os requisitos necessários à concessão da medida que se pretende ver aplicada, em substituição àquela requerida equivocadamente.

Ademais, parece necessário exigir que, na hipótese da referida fungibilidade progressiva, se converta o procedimento para o rito comum, intimando o autor para

---

[32] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.,* p. 531.

que emende a inicial, promovendo as adaptações necessárias, antes de citado o réu.

Esse o posicionamento de Fredie Didier Jr., para quem:

> A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental. [33]

Assim também Nelson Nery e Rosa Nery:

> Fungibilidade. Tutela antecipada. A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada, ou se o autor se negar a proceder à adaptação. [34]

No próximo capítulo, aprofundaremos o estudo da antecipação de tutela, analisando os requisitos necessários à concessão da medida.

---

[33] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 528.
[34] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.,* p. 531.

Capítulo 3

A antecipação de tutela e seus requisitos

Traçados, no capítulo anterior, o conceito e as características do instituto designado tutela antecipada, insta agora voltar os olhos para o Código de Processo Civil, visando a descrever quais são os pressupostos necessários à concessão da medida.

Por primeiro, deve-se esclarecer que, uma vez presentes os requisitos descritos no art. 273 do CPC, a medida antecipatória obrigatoriamente deve ser concedida. Não há liberdade ou poder discricionário do magistrado. Deverá ele, sim, agir com discernimento e prudência para constatar a presença de qualquer dos requisitos. E há dados objetivos que permitem esta constatação. Afinal, a permitir-se a discricionariedade na concessão da medida teríamos também de obstar à reforma da decisão pelo juízo de 2º grau, já que sua discricionariedade poderia sugerir decisão diferente. A quem incumbiria, desta forma, tal faculdade? Ao juiz de 1º grau ou ao Tribunal Superior? Poder-se-ia ter decisões contraditórias, com base na discricionariedade de cada julgador. Não se trata, assim, de um arbítrio ou de uma discrição do juiz, e, sim, de decisão fruto de convencimento motivado.

Os requisitos para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada podem ser divididos em dois grupos: os necessário-concorrentes e os cumulativo-alternativos. São necessários: a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. São alternativos: o receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Em relação a esses requisitos, que são chamados de cumulativo-alternativos, basta a presença de qualquer um deles para que esteja autorizada a concessão da medida. Mas, não só. Eles devem vir acompanhados, sempre, dos elementos necessário-concorrentes. Assim, os elementos descritos nos incisos I e II do art. 273 do CPC devem estar alternativamente presentes, mas obrigatoriamente cumulados com os descritos no *caput* do mesmo dispositivo.

Um outra indagação que deve ser feita diz respeito à necessidade de pedido da parte para a antecipação de tutela. E há grande divergência doutrinária a respeito. Da leitura do *caput*, pode-se concluir que é necessário o pedido da parte. Para Cássio Scarpinella Bueno, contudo, essa não é a posição mais acertada. Respondendo à seguinte indagação: "é possível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício?", assim respondeu:

> À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada (...) é positiva. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada, menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor "efetividade", sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se caso, antecipadamente.[35]

[35] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.,* p. 37.

Ficamos, contudo, com a opinião de Nelson Nery Junior, que acredita não se aplicar à medida antecipatória o art. 798 do CPC (poder geral de cautela). E nem poderia ser de outro modo, diante das diferenças que restaram traçadas no capítulo anterior. Para o autor, "é vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação de tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273 *caput*. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida".[36] Além do mais, a prática forense sugere que, em não havendo pedido explícito, provavelmente o magistrado não fará uma análise detida da petição inicial, para verificar se estão ou não presentes os requisitos necessários à concessão da medida antecipatória. Via de regra, aliás, o despacho que determina a citação do réu é feito, de ofício, pelo cartório.

Passemos, então, à caracterização desses requisitos.

Prova inequívoca é prova robusta, convincente, que conduza a um juízo de probabilidade razoável no contexto. Não se trata de prova plena ou inquestionável. "Prova inequívoca é pura e simplesmente prova com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção (provisória)". [37] Afinal, nenhuma prova será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Não se trata, pois, de prova da verdade absoluta.

> De qualquer forma, prova inequívoca não é aquela suficiente para acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado. Nesses casos, quer pela suficiência da prova documental, quer em razão de a controvérsia girar apenas em torno de questões de direito, a instrução probatória está completa, não havendo necessidade de realização de audiência. O conjunto probatório é apto para formação do convencimento do julgador, que já se encontra em condições de proferir solução definitiva para o julgado[38].

Não havendo controvérsia fática, a hipótese é de julgamento antecipado e não de antecipação de tutela.

---

[36] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.,* p. 524.
[37] ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela*, p. 144.
[38] ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Tutela antecipatória. Liminares*, p. 34.

A expressão não se limita à prova documental, embora ela seja aquela que dá maior credibilidade às afirmações do autor. Assim, quaisquer meios de prova são hábeis ao preenchimento do requisito, inclusive o da testemunhal, que poderá ser obtida mediante justificação prévia, consoante explicita o § 3º do art. 461 do CPC, que cuida da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

O juízo de verossimilhança, por sua vez, é aquele que permite ao julgador chegar a uma conclusão razoável acerca dos fatos, diante do elevado grau de probabilidade da versão do autor. Lembre-se que verossímil é o que se assemelha à verdade ou aparenta verdade. Trata-se de mais do que o *fumus boni iuris*. Afinal, para a tutela antecipada, deve haver juízo cognitivo mais profundo do que o exigido para a tutela cautelar, de modo a se chegar um grau mais intenso de probabilidade da existência de um direito. A verossimilhança deve estar fundada em prova, a cautelar só demanda plausibilidade.

Por isso, a letra da lei, que estabelece a necessidade de prova inequívoca que conduza o magistrado a um juízo de verossimilhança. Necessária ao menos, diante da prova, a aparência de verdade. Assim, ao que tudo indica, especialmente diante das provas produzidas, a solução a ser dada deve, aparentemente, ser aquela pleiteada pelo autor.

E pode parecer contraditório o uso das expressões prova inequívoca e verossimilhança. Afinal, se o fato é certo, o direito existe ou não, cabendo ao magistrado desde logo declará-lo. Contudo, “a referência a ‘prova inequívoca’ deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas”.[39] E consoante dizia Calamandrei:

---

[39] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.,* p. 79.

> todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud. (...) Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el limite fatal de la naturaleza humana: lo que vemos, solo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad. [40]

Além dos requisitos acima mencionados, é preciso que, alternativamente, embora, estejam preenchidos outros pressupostos: a) receio de dano irreparável ou de difícil reparação (antecipação assecuratória) e b) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (antecipação punitiva).

Dano irreparável ou de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido. Nos casos em que o ilícito ainda não foi praticado, é necessário que se demonstre existirem circunstâncias de fato que conduzam à conclusão, por parte do juiz, de que o ilícito é iminente. Nos casos em que já foi praticado, mas se quer evitar sua continuação, basta que se demonstre seu caráter perene.[41]

Trata-se do *periculum in mora*, presente nas tutelas cautelares. Assim, ainda que não haja tempo para a citação do réu, se a medida requer urgência, é caso de antecipação da tutela *inaudita altera pars*, postergando o contraditório para momento apropriado[42].

O risco de dano há de ser concreto (não hipotético), atual (não passado, mas presente) e grave (já que pode fazer perecer o direito do autor).

No segundo caso, pode-se dizer que o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório são conceitos indeterminados, cujo conteúdo tem de ser identificado pelo magistrado diante do caso concreto.

---

[40] CALAMANDREI, Estudios sobre el proceso civil, p. 317.
[41] MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*, p. 183.
[42] Segundo o critério italiano, introduzido pela reforma de 1990, o julgador só deverá conceder a tutela antecipada sem a presença do réu, se sua convocação prejudicar a eficácia da medida. GUIRGA, Maria Francesca. *Principi generale del proceso e misuri provvisorie*. Rivista di diritto procesuale 2/489-510. CEDAM, aprile/giugno, 1997, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op cit.,* p. 374.

> O artigo 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.(...) trata-se de uma antecipação de tutela que ostenta caráter ético. [43].

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, o art. 17 do CPC, que cuida dos atos de litigância de má-fé, constitui referencial para a caracterização da hipótese.

Consoante a doutrina de Nelson Nery e Rosa de Andrade Nery:

> A segunda hipótese, que não é exigível em conjunto com a primeira, dela sendo independente, é o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação. Em tese, é admissível o pedido liminar fundado no inciso II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas respostas pedindo prazo para o adimplemento. [44]

Assim, a hipótese vale para situações em que os embaraços são criados dentro do processo, como a utilização de recursos que visam apenas a postergar a decisão definitiva, ou fora dele.

Importante ainda destacar a necessidade de reversibilidade do provimento jurisdicional, segundo a regra do § 2º do art. 273. Por óbvio, o que está em voga não é a reversibilidade da decisão (que sempre será revogável, consoante o § 4º do mesmo dispositivo), mas, sim, os efeitos práticos da sua execução.

E essa regra tem razão de ser. Afinal, a decisão que antecipa os efeitos da tutela é provisão obtida mediante cognição sumária, que merecerá ser aprofundada.

---

[43] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela,* p. 35.
[44] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.,* p. 528.

Nada obstante, a doutrina moderna tem proposto uma relativização dessa reversibilidade. Muitas vezes, de fato, é impossível a reposição das coisas no exato estado em que se achavam anteriormente à implementação da medida.

> Mesmo nestas hipóteses, todavia, é cabível o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos inversos, decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em prejuízo do improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meios adequados a assegurar em maior grau possível a viabilidade de reversão, como, por exemplo, exigindo garantias reais ou fidejussórias, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações. Não se pode confundir *irreversibilidade* com *satisfatividade.* Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter conseqüência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Insista-se no ponto: a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as conseqüências fáticas decorrentes de seu cumprimento. À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao *status quo ante.* Não foi feliz, como se percebe, a redação do dispositivo citado, ao falar em irreversibilidade do provimento.[45]

Sobre o assunto, vale destacar importante lição do Desembargador Sérgio Pitombo, em voto proferido no agravo de instrumento nº 081.168.5/7, no Tribunal de Justiça de São Paulo, a propósito de ação de obrigação de fazer, movida contra a Fazenda Pública Estadual, em que esta sustentou a irreversibilidade da medida, na tentativa de tornar insubsistente a antecipação de tutela deferida pelo magistrado *a quo*:

> Diz a Fazenda Pública que o provimento antecipado jamais se deveria outorgar, posto que há "perigo de irreversibilidade" (art. 273, § 2o, do Cód. de Proc. Civil). Já se observou que: "(...) as circunstâncias geradoras de uma situação de **urgência,** que reclame uma forma de tutela imediata, coloca o Estado, a quem incumbe o dever de prestar jurisdição, entre duas alternativas igualmente insatisfatórias, impondo uma opção sempre perigosa, entre proteger a **aparência,** correndo o risco de oferecer proteção a quem, depois, se verifique não ser titular do direito que o magistrado inicialmente supôs existente, provocando incômodos e prejuízos àquele que haja sofrido a **proteção imediata da aparência;** ou então, preferindo o ordenamento jurídico seguir a outra alternativa, recusando a tutela imediata com base apenas no provável direito protegido, para somente decidir quando o julgador

[45] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.,* p. 101.

dispuser de todos os elementos capazes de propiciar-lhe um **juízo de certeza** sobre a existência do direito de quem pede a proteção jurisdicional, certamente fará com que a sentença se tenha tornado inútil e tardia, dado que o direito, que exigia proteção imediata, por estar exposto a um dano irreparável, ao encerrar-se a demanda, provavelmente não terá mais condições de realizar-se concretamente." (Ovídio A. Batista da Silva. *"Curso de processo civil".* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993, v. III, p. 30-1; os grifos são do autor). Pode-se, então, bem falar na urgência de uma ordenação provisória. Note-se: "O *receio*, aludido na lei, traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser *fundado,* vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável, ou pelo menos, de difícil reparação." (J. E. Carreira Alvim. "A antecipação de tutela na reforma processual", em *"Reforma do Código de Processo Civil*", coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, § 22, p. 70; os grifos são do autor). A tutela jurisdicional antecipável, ou antecipada, do pedido do autor volta-se a atender ao direito material. A satisfazê-lo, praticamente, ainda que de modo provisional. Adiantam-se os efeitos reais, previstos e almejados pelo demandante, na futura decisão definitiva. A força, entretanto, não é a mesma: do ato de antecipação e do ato de definição, ou de tutela final. Cuida-se, pois, de medir o perigo concreto de dano irreparável, ou de difícil reparação, muitas vezes posto em contraste e em confronto com a "irreversibilidade do provimento antecipado" (art. 273, § 2º, *in fine,* do Cód. de Proc. Civil). No caso dos autos, demonstrou-se situação jurídica de irrefreável risco de dano. Ainda que custe reconhecer, no estado atual da "ciência médica", a morte ronda os agravados. Desútil não ver que *necessitas dat legem, non ipsa accipit.* Ora, "A possibilidade de antecipação deve ficar limitada, em princípio, a direitos absolutos ou com eles conexos. Direitos relativos, como os puramente patrimoniais, em regra, são assegurados de forma eficaz com tutela cautelar conservativa que se revela menos gravosa para quem deve suportá-la. Assim, a concessão da tutela antecipada somente deve ocorrer quando não houver outro meio drástico para assegurar o resultado do processo" (José Roberto dos Santos Bedaque "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência", 1ª ed., São Paulo:Malheiros, 1998, § 21, p.320). Os agravados existem na urgência. Desponta, em vários casos, o mencionado conflito; importando, na solução, invocar a razão prática. Assim, aplicada em base de motivo determinante: vida, liberdade jurídica, segurança e outros. Uso, por conseguinte, ético da razão. Sob outro enfoque, visão razoável e, moralmente, aceita de determinado estado, ou situação jurídica inequívoca. Afirma-se, então, que "A irreparabilidade do prejuízo de quem pede a antecipação deve ser examinada em face da possível irreversibilidade dos efeitos causados pela medida. Muitas vezes, ao prejuízo irreparável, afirmado por quem pleiteia a tutela de urgência, se opõe a impossibilidade de a situação retornar ao *status quo* em caso de improcedência da demanda. Esse risco ocorre com maior freqüência na hipótesede tutela cautelar antecipada. A irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação — tal aspecto não surge tomado em conta pela Fazenda Pública, recorrente —. E, mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível" (José Roberto dos Santos Bedaque, *opus loc. cit.,* p. 320). Em palavras simples, só não se adianta a tutela, que pode vir a ser recusada, ao fim. Daí, a exigência de "prova inequívoca", do fato constitutivo do direito, afirmado pelo demandante; ao ponto de convencer ao juiz da "verossimilhança da alegação", que faz (art. 273, *caput,* do Cód. de Proa Civil). Levando-se, pois, em conta a natureza jurídica da irreversibilidade e a mencionada razão prática, para desvendar a aplicação do preceito processual. Nada valendo, nesse lanço, o pretenso dispêndio maior ou menor de somas pelo Estado. O trinômio certeza, probabilidade e risco encontra-se em qualquer controvérsia, emergente em processo (ver Cândi-

> do Rangel Dinamarco, "A instrumentalidade do processo", 5ª ed., São Paulo:Malheiros, 1996, § 33, p. 236-43). O argumento da irreversibilidade, portanto, não se sustenta, pela ausência de razão e proporção.[46]

Destarte, pode-se afirmar que o magistrado tem o dever de assegurar meios para que se torne viável a reversibilidade fática da decisão que antecipou a tutela jurisdicional. Caso contrário, o perigo de dano estaria apenas sendo transferido do autor para o réu.

Por fim, importante a regra constante do § 6º do art. 273 do CPC: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

A intenção do legislador, nesse caso, foi obviamente não retardar a prestação jurisdicional quando o direito material é evidente, privilegiando, assim, a celeridade processual.

Por pedido incontroverso deve-se entender aquele indiscutível, incontestável, que é insuscetível de controvérsia. Assim, por exemplo, se o demandado deixa de contestar a demanda e não sendo o pleito manifestamente descabido, cabe a antecipação da medida. Nos dizeres de Zavascki[47]:

> (...) além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. Incontroverso, em suma, não é o indiscutido, mas sim o indiscutível (...). Nesse enfoque, pode-se dar ao conceito de pedido incontroverso um sentido ampliado, mais afinado com uma interpretação teleológica da norma: será considerado incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação sejam evidentemente descabidos ou improcedentes. Em outras palavras: quando não haja contestação séria.

No próximo capítulo, faremos uma pausa no estudo da tutela antecipada para compreender a origem da tutela específica, com suas características.

---

[46] SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento nº 081.168.5/7, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Sérgio Pitombo, j. 09.09.1998.
[47] ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 110.

Capítulo 4

Tutela específica no direito das obrigações

4.1. Conceito de obrigação

Conquanto o vocábulo **obrigação** possa ser tomado em várias e distintas acepções, preferimos empregá-lo, no âmbito deste trabalho, com o sentido restrito de relação jurídico-obrigacional. Nessa perspectiva, obrigação, para nós, é relação jurídica eficacial, de conteúdo relativo, caráter transitório e índole patrimonial, na qual um dos termos está adstrito a determinado comportamento, de interesse do outro, que pode exigir-lhe a realização.

Pode-se extrair desse conceito que obrigação é sempre efeito de algum fato jurídico, criando vínculo entre duas partes, de jeito tal que em proveito de uma delas, identificada como sujeito ativo, haja a outra, designada sujeito passivo, de adotar certa conduta suscetível de repercussão patrimonial.

Do sujeito ativo, diz-se que é titular de direito subjetivo, e direito subjetivo relativo, pois que o dever jurídico a ele correspondente toca a sujeito passivo, que é, desde logo, pessoa individualizada ou, ao menos, individualizável. Ao contrário, nas relações jurídicas de conteúdo absoluto, seu sujeito passivo compõe-se com a generalidade de todas as demais pessoas, excluído, por óbvio, o titular do direito subjeti-

vo; aqui, a conduta que incumbe aos titulares do dever jurídico correspondente ao direito subjetivo absoluto será sempre uma abstenção, e eventual infração desse dever de omissão configurará ilícito absoluto, fato jurídico apto a criar relação jurídico-obrigacional, esta sim, com sujeito passivo individualizado, exatamente o infrator.

O vínculo que, na relação jurídico-obrigacional, une sujeito ativo e sujeito passivo tem caráter transitório na medida em que perdurará enquanto não realizado o comportamento devido.

Por sua vez, há de se ter em consideração que o comportamento do sujeito passivo corresponde a um interesse reputado digno de proteção, segundo as concepções correntes no contexto do grupo social (tráfico econômico-social). A não realização da conduta devida repercutirá, entretanto, sobre o patrimônio do sujeito passivo da relação jurídico-obrigacional, configurando ilícito relativo.

Por fim, deve-se dizer que o comportamento, que cabe ao titular do dever jurídico adotar em favor do titular do direito subjetivo, denomina-se prestação. Esse comportamento é também o objeto do direito subjetivo, que cabe ao sujeito ativo da relação jurídico-obrigacional. Por isso, pode dizer-se que a efetivação da vantagem, juridicamente reconhecida ao titular do direito subjetivo, supõe a cooperação, espontânea ou forçada, do sujeito passivo.

Ao sujeito ativo caberá, além do direito subjetivo, o poder jurídico de exigir do sujeito passivo a conduta que está a seu cargo. A esse poder dá-se o nome de pretensão.

4.2 Classificação das obrigações quanto ao seu objeto.

Muitas codificações trouxeram diversos rumos quanto à classificação das obrigações. O legislador brasileiro preferiu a técnica romana, dividindo-as, em função de seu objeto. E objeto da relação jurídica obrigacional é a prestação, ou o comportamento a que se vê obrigado o sujeito passivo.

O Código Civil traz, pois, três grupos de obrigações: obrigações de dar (coisa certa ou incerta), obrigações de fazer e obrigações de não fazer.

As obrigações de dar, também chamadas pelos romanos de *obligationes dandi*, são relações jurídico-obrigacionais, cujo objeto consiste em prestação de coisa.

Segundo Limongi França, obrigação de dar "é aquela em virtude da qual o devedor fica jungido a promover, em benefício do credor, a tradição da coisa (móvel ou imóvel), já com o fim de outorgar um novo direito, já com o de restituir a mesma ao seu dono"[48].

Entre as obrigações de dar encontram-se aquelas que consistem na entrega de coisa certa e as que impõem entrega de coisa incerta ou genérica.

Nas primeiras, o objeto da prestação é uma individualidade, com características exclusivas, que permitem distingui-la das demais.

O adimplemento da obrigação de dar ocorre com a exata entrega do devido. *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest.*

---

[48] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil: doutrina geral dos direitos obrigacionais,* p. 60.

“Na obrigação de dar coisa incerta, ao contrário, o objeto não é considerado em sua individualidade, mas no gênero a que pertence. Em vez de se considerar a coisa em si, ela é considerada genericamente”.[49]

Ao surgir a relação jurídico-obrigacional, o objeto da prestação não se acha perfeitamente identificado, mas apenas indicado pelas características de seu gênero e pela quantidade com que há de ser prestado. O cumprimento da prestação tem lugar com a entrega de qualquer coisa que se encontre inserida no gênero, na quantidade estabelecida.

Cessará a indeterminação quando se der a concretização, que resulta da escolha, que, salvo disposição em contrário, competirá ao devedor. O negócio jurídico poderá, portanto, atribuí-lo ao credor, ou a terceiro, bem como deixar a concretização ao acaso.

Quanto às obrigações de fazer, Silvio Rodrigues afirma que:

> O devedor se vincula a determinado comportamento, consistente em praticar um ato, ou realizar uma tarefa, donde decorre uma vantagem para o credor. Pode esta constar de um trabalho físico ou intelectual, como também da prática de um ato jurídico. Assim, assume a obrigação de fazer o empreiteiro que ajusta a construção de uma casa; ou o escritor que promete a um jornal uma série de artigos; ou a pessoa que, em contrato preliminar, propõe-se a outorgar, oportunamente, um contrato definitivo. [50]

O objeto da prestação é, pois, fato, a cargo do sujeito passivo. A atividade devida é a própria ação do devedor.

O adimplemento das obrigações de fazer opera-se com a realização do fato prometido, seguido da entrega da coisa, quando o caso.

A diferença entre a obrigação de dar e fazer está, segundo a doutrina, na circunstância de que, na primeira, a prestação consiste em entregar coisa, certa ou

---

[49] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II, p. 42.
[50] ROGRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. II, p. 31.

incerta; na segunda, o objeto consiste em ação ou serviço do devedor. O problema é que dar e entregar alguma coisa também significam fazer algo.

Por isso, sustenta Washington de Barros Monteiro que:

> O *subtractum* da diferenciação está em verificar se o dar ou o entregar é ou não conseqüência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou entregar alguma coisa, não tendo porém de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer. [51]

Por fim, têm-se as obrigações de não fazer, que implicam em fato negativo do devedor. Nelas, o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional fica adstrito a omitir o que livremente poderia realizar, se não se houvesse obrigado à abstenção.

> Assim como a obrigação de fazer, a negativa ou de não fazer constitui obrigação de prestação de fato, distinguindo-se da de dar. Enquanto na primeira há uma ação positiva, na de não fazer ocorre uma omissão, uma postura negativa. Nesta, a abstenção da parte emerge como elemento fundamental para o interesse do credor[52].

Prestações de não-fazer ordinariamente são duradouras. Há adimplemento, enquanto o devedor se abstiver de praticar o comportamento a que se comprometeu não realizar.

4.3. Cumprimento espontâneo e forçado das obrigações de fazer e não fazer.

Para a caracterização do adimplemento nas obrigações de fazer, importa distinguir as dívidas de meio e as dívidas de resultado.

---

[51] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 1ª parte, p. 91.
[52] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 78.

Nas primeiras, para que se considere cumprida a prestação a cargo do devedor, basta que este tenha atuado de forma diligente de modo a satisfazer o credor, ainda que o resultado esperado não se tenha atingido.

> É o caso do médico que se propõe a tratar de um doente sem poder garantir que o curará; é ainda o caso do advogado que oferece sua atividade, sua cultura e seu talento na defesa de uma causa, sem poder, contudo, prometer como resultado a vitória na demanda. São obrigações de meio e o devedor as cumpre desde que preste, diligente e escrupulosamente, os serviços prometidos. [53]

Nas segundas, a simples ação diligente não é suficiente, se não vier acompanhada do resultado esperado e prometido.

> Noutro tipo de ajuste o devedor promete um resultado, e se não o apresentar é inadimplente. O transportador não cumpre a obrigação contratual demonstrando que agiu com diligência e esforço, mas apenas o faz se entregar a mercadoria a ser transportada, em condições adequadas, no ponto de destino. O mecânico que se comprometeu a reparar uma viatura não se libera da obrigação demonstrando que tentou consertá-la, pois só cumprirá a prestação convencional se entregar o veículo reparado. Trata-se de obrigação de resultado[54].

Importa, ademais, esclarecer que há dívidas de fazer que se cumprem exclusivamente com o comportamento pessoal do devedor. Nesses casos, “o negócio se estabelece “intuitu personae”, pois o credor só visa à prestação avençada, se fornecida por aquele devedor cujas qualidades pessoais ele tem em vista”[55]. Estamos diante das obrigações personalíssimas ou infungíveis. Aí o devedor só estará exonerado se ele mesmo cumprir a prestação, adotando a conduta prometida, de modo que não é possível a substituição de seu comportamento pelo de outra pessoa.

---

[53] ROGRIGUES, Silvio. *Op. cit.,* p. 17.
[54] Idem, p. 18.
[55] Idem, p. 33.

Essa infungibilidade pode decorrer da própria natureza da prestação (v.g. pintura de um artista famoso[56]) ou do ajuste celebrado entre os contratantes.

Assim, fica excluída a possibilidade de terceiro adimplir.

Não havendo a exigência do devedor adimplir pessoalmente ou não se tratando de ato ou serviço cuja execução, por sua natureza, dependa de atributos pessoais do devedor, estamos diante de uma obrigação fungível ou não personalíssima, de modo que o credor pode mandar executar a prestação prometida por terceiro, caso o devedor mesmo não o faça.

Não cumprida em tempo e espontaneamente a dívida de fazer, estará o devedor em mora. Ao credor restará a possibilidade de obter judicialmente a execução forçada da dívida de fazer.

Em se tratando de dívidas de fazer infungíveis, muito se discutiu na doutrina a possibilidade de adotarem-se medidas coercitivas para obrigar o devedor a executar a prestação devida. É que não haveria como compeli-lo fisicamente a prestar o que só por ele haveria de ser prestado: *nemo ad factum praecise cogi potest.*

Segundo Washington de Barros Monteiro, sempre que estiver em jogo prestação de fato infungível,

> (...) injurídico seria, *manu minitari*, coagir o devedor, com sacrifício de sua liberdade individual, ao cumprimento da obrigação. Como bem pondera Alves Moreira, o direito à prestação não confere ao devedor um poder direto sobre a pessoa do devedor. O remédio será obrigá-lo a ressarcir os danos causados, por intermédio da competente ação de indenização. Cuidar-se-á, destarte, de mera aplicação do princípio *nemo potest precise cogi ad factum* ou *nemo ad faciendum cogi potest,* no dizer de Clóvis, duas formas diversas de expressar a mesma verdade (ninguém pode ser diretamente coagido a praticar o ato a que se obrigara). A pressão coativa do vínculo obrigacional manifesta-se, então, não sobre o comportamento, ou sobre a atividade pessoal do devedor inadimplente, mas sobre o seu patrimônio. O mutuante, por

[56] "Se o intérprete de músicas populares que está em evidência se comprometer a atuar em determinado espetáculo, a obrigação, por sua natureza e circunstâncias, será infungível, subendentendo-se ter sido convencionado que o devedor cumpra pessoalmente a obrigação. Resulta daí que a convenção pode ser explícita ou tácita". GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 70.

> exemplo, não pode ser constrangido a efetuar o empréstimo prometido. O pagamento das perdas e danos é, nesse caso, o único remédio contra a relapsia do devedor. [57]

Ratifica o entendimento Sílvio Rodrigues:

> Quando infungível a obrigação de fazer, não pode o credor, em regra, obter sua execução direta, posto que isso envolveria odioso agravo à liberdade individual do devedor. Com efeito, ninguém poderia forçar um arquiteto a projetar um prédio, um decorador a desenhar os adornos de uma residência ou uma bailarina a dançar certa peça. Em todos esses casos, a execução compulsória da prestação envolveria um procedimento incompatível com o estado de liberdade, proclamado nas Constituições modernas. Pois, como vimos, prevalece o princípio de que ninguém pode ser compelido a prestar um fato contra a sua vontade. [58]

Assim, tratando-se de obrigação de fazer infungível, a execução forçada deveria ser provavelmente execução genérica, nos moldes do art. 247 do Código Civil, atingindo o patrimônio do devedor, que teria preservada a sua liberdade individual. Receberia o credor *id quod interest.*

De todo modo, sempre foi uníssono o entendimento doutrinário que proclamava ser ideal que o credor pudesse, ainda nessas obrigações de caráter personalíssimo, sempre obter a prestação ajustada, com o auxílio do Estado, por meio da execução sob forma específica, independentemente da vontade do devedor.

Para assegurar seja a prestação satisfeita em espécie, o direito francês criou a figura da *astreinte*, modalidade de multa por dia de atraso no cumprimento da sentença que contra o devedor seja proferida. Trata-se de meio de estimular o sujeito passivo da relação jurídico-obrigacional à execução do obrigado.

O Direito Processual Civil brasileiro admitiu, em alguns casos, a ação com pedido cominatório (CPC, arts. 287, 461, 461-A, 632 a 641 e 645), estabelecendo a

---

[57] MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.,* p. 98.
[58] ROGRIGUES, Silvio. *Op. cit.,* p. 36.

possibilidade de fixar pena pecuniária ao devedor moroso, para o caso de descumprimento de ordem judicial.

Por essa razão, Caio Mário da Silva Pereira propõe uma flexibilização da regra estabelecida no art. 247 do Código Civil:

> O princípio deve, no entanto, ser entendido com o temperamento que a doutrina boa lhe dá, sob pena de conduzir-se a equiparação da *obligatio faciendi* a uma alternativa a benefício do devedor, o que seria inexato, e já salientou Tito Fulgêncio. A lei é de entender-se de molde a que a conversão da prestação nas perdas e danos se dê somente quando importe em violência física à liberdade do devedor compeli-lo ao cumprimento específico. Afora isto, conveniente será buscar sempre a execução direta. E, neste passo, deve registrar-se a inovação importante em nosso direito, através de uma técnica que faz lembrar, a distância, a elaboração jurídica romana, da precedência da ação sobre o direito: os arts. 639 a 641 do Código de Processo Civil de 1973, a pretexto de regular a execução das obrigações de fazer e não fazer, assentou norma jurídico-material, mais que formal, quando atinente com o próprio conteúdo da prestação. [59]

Trata-se de se propor uma relativização do tradicional princípio *nemo praecise potest cogi ad factum*, reconhecendo que a "incoercibilidade da vontade humana não é um dogma inafastável, desde que respeitados direitos fundamentais"[60]. Deixava-se de lado a idéia guardada pelo Código Civil napoleônico, de que *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, em cas d'inexécution de la part du débiteur* (art. 1142 do Código Civil Francês).

Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, assegurou o direito do consumidor à tutela específica, consoante se pode depreender do § 1º, inciso I, do art. 18; do inciso III do art. 19; do inciso I do art. 35; e do art. 84.

Mas essas inovações não podiam ficar restritas às lides de consumo. Essa discussão acabou por redundar na reforma legislativa de 1994, que culminou com a

---

[59] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v.II, p. 71.
[60] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. II, p. 52.

nova redação do art. 461 do CPC, ampliando-se a possibilidade de tutela específica das obrigações infungíveis.

Assim, pode-se afirmar que as regras dos artigos 247 e 248 do Código Civil merecem uma interpretação mais lógica e menos rigorosa. Tornada, portanto, impossível a prestação de fazer por culpa do devedor, a solução estará, inquestionavelmente, nas perdas e danos.

Se, contudo, ainda for possível o cumprimento da obrigação pactuada, pode o credor optar entre as perdas e danos (se não houver mais interesse na realização da prestação) ou buscar satisfazer a efetiva prestação pactuada, visando à obtenção exatamente daquilo a que tem direito (*id quod debeatur*).

E o legislador ainda foi além. A reforma introduzida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, acrescentou o art. 466-A ao Código de Processo Civil, que trata das obrigações de fazer de natureza personalíssima, que consistam em emitir declaração de vontade.

> (...) a norma processual declara que, condenado o devedor a emitir declaração de vontade será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado. É a própria *obligatio faciendi* que se acha em jogo. E quando o *facere* é um negócio jurídico supre-se a emissão coletiva do *reus debendi* pela vontade jurisdicional e sub-roga-se a sentença no lugar do ato devido. Não há substituição da *res debita (aliud pro alio)*, de vez que o objetivo perseguido pelo credor é obtido em espécie. Mas há uma alteração de técnica de obtenção do resultado: não podendo o *reus debendi* compelir a praticar *manu militari* o ato, obtém do juiz uma declaração de vontade, que encerra o efeito daquela devida e que era a prestação mesma.[61]

Por fim, importante ainda esclarecer que a execução forçada específica das obrigações de fazer fungíveis ou não personalíssimas também é possível. O credor tem, portanto, direito ao fato em si, independentemente da vontade do devedor, nes-

[61] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.,* p. 72.

ses casos. Diante da recusa ou mora do devedor, fica o primeiro autorizado a dar por resolvida a obrigação ou executar o fato, por si mesmo ou por terceiro.

Muito se discutia, no Código Civil de 1916, se era lícito ao credor obter a execução específica da obrigação com a contratação de terceiro, independentemente de autorização judicial. A doutrina chegou a afirmar que não, já que a ninguém é dado fazer justiça pelas próprias mãos.

O vigente Código Civil, contudo, inovou neste sentido, admitindo a justiça de mão própria, em caso de urgência, já que há hipóteses em que a intervenção do Judiciário retardaria muito a realização do direito do credor. Neste sentido:

> O parágrafo único do art. 249 do Código Civil de 2002, que vem transposto do mesmo art. 105 do Projeto de Código de Obrigações de 1965, confirma a interpretação do *caput* do artigo, no sentido de que a expressão "será livre ao credor" tem a acepção de assegurar-lhe um direito de ação. Somente em caso de urgência, quando não houver tempo de obter sentença sem prejuízo manifesto, é que o credor procede *ex própria auctoritate*, e promove a execução do fato por si mesmo ou por terceiro. Assim procedendo, fica-lhe, contudo, reservado o direito de pleitear o ressarcimento dos prejuízos, ulteriormente. Não havendo urgência, ao revés, não se admite a autotutela, devendo a execução do fato se realizar de modo menos gravoso para o devedor, em atendimento à regra da proibição dos excessos manifestos quanto ao exercício do direito.[62]

No concernente às obrigações de não fazer, que tem por objeto uma prestação negativa ou uma omissão, haverá adimplemento durante todo o tempo em que o devedor omite o fato, a cuja abstenção se obrigara.

Realizando a conduta, haverá *mora solvendi* e só será possível a execução específica se for possível restabelecer a situação ao *status quo ante.* Não sendo possível ou sendo inútil ao credor a recomposição, só caberá a execução genérica.

---

[62] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 73

Daí a redação do art. 251 do Código Civil de 2002: “Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção de obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos”.

Tem-se, portanto, a possibilidade de execução específica, com o desfazimento do já realizado. Aliás, o parágrafo único do mesmo dispositivo também autoriza a atuação do credor por sua própria força, em caso de urgência, independentemente de autorização judicial.

Ademais, o art. 461 da Lei Processual Civil disciplina a tutela jurisdicional para as obrigações de fazer e de não fazer, sem prejuízo da possibilidade de pagamento das perdas e danos decorrentes da mora.

Inquestionável, pois, que a fórmula das perdas e danos sofreu importante evolução, em especial no concernente às obrigações de fazer e não fazer, que serão objeto de estudo específico no próximo capítulo. Invocando Dinamarco, pode-se afirmar: “deve-se proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter”.[63]

[63] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 149.

Capítulo 5

A tutela específica concedida por sentença no direito processual civil

5.1. Considerações propedêuticas

Todo o estudo do capítulo anterior prestou-se fundamentalmente à análise da origem da discussão acerca da tutela específica no ordenamento jurídico brasileiro.

A redação dada ao vigente art. 461 do CPC foi resultado de muita discussão doutrinária em torno da regra que previa o dever de indenizar em casos de descumprimento das obrigações que consistiam em fato pessoal do devedor (fazer e não fazer).

Daí que nos pareça importante fazer, neste capítulo, um detalhamento da regra mencionada.

Por muito tempo, o Código de Processo Civil de 1973 não atendeu à execução da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Tal modalidade não era, à época da elaboração do *codex,* sequer cogitada. Talvez não se tenha percebido, naquela ocasião, que a tutela específica é demasiado importante para a defesa de direitos não patrimoniais, como o meio ambiente.

O ordenamento processual sofreu, por muito tempo, as conseqüências da classificação trinária, que a doutrina ordinariamente fazia dos provimentos jurisdicionais (declaratório, constitutivo e condenatório), a qual, em verdade, era insuficiente

para inibir a prática do ato ilícito antes da causação do dano. O que se buscava, portanto, era reparar o dano já verificado e não evitá-lo.

Aliás, antes do advento da sistemática de cumprimento de sentença, instituída pela Lei nº 11.232/2005, a sentença de natureza condenatória não era, por si só, suficiente para superar o inadimplemento do réu-devedor. Mostrava-se necessária a propositura de outra ação (de execução), para retirar o devedor da situação de inação e praticar a constrição necessária ao asseguramento da satisfação do crédito, caso ele não atendesse voluntariamente à condenação.

Mas, não só. Na redação original do Código de 1973, como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, ainda que se obtivesse, no processo de conhecimento, sentença favorável, o procedimento executivo não era capaz de permitir a tutela reparadorana forma específica. Afinal:

> o lesado teria que pedir a condenação do infrator a reparar o dano mediante a prestação de um fazer, isto é, teria que requerer condenação a um fazer. Uma vez condenado o infrator ao fazer e não observada a sentença, teria que ser proposta ação de execução da sentença que condenou ao fazer. Requerida, na ação de execução, a prestação do fazer individualizado na sentença, e nada sendo feito pelo réu, a única alternativa seria realizar a concorrência pública – custosa e demorada – para encontrar o terceiro capaz de fazer aquilo que, segundo a própria sentença, deveria ter sido feito pelo infrator. Encontrado o terceiro, este obviamente teria que ser pago para fazer. Pagamento que teria que acabar sendo feito pelo próprio lesado, restando-lhe cobrar do infrator, através do procedimento de execução por quantia certa, o valor despendido[64].

Pode-se afirmar, pois, que o Código foi pensado apenas para permitir a obtenção da tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, mas não para assegurar a tutela específica dos direitos. Por isso, sustenta o mesmo Luiz Guilherme Marinoni ter sido o referido Código inconstitucional por omissão, na medida em que deixou de "fornecer ao jurisdicionado e ao juiz as técnicas processuais executivas indispensá-

[64] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v.III, p. 45.

veis às tutelas prometidas pelo direito material" e acabou por "desconsiderar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva", negando "ao juiz o uso dos instrumentos necessários ao exercício do seu poder".[65]

A partir do século XX, na Itália, ganhou corpo a idéia de prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva, que assegurasse, ao titular de um direito, a o bem da vida pretendido. Com isso, não se exigiria a superveniência de um dano, para que o ofendido agisse em juízo; bastaria a ocorrência de um ilícito ou a iminência de sua verificação.

Daí tenha a reforma introduzida pela Lei nº 8.952/1994 procedido à alteração do art. 461 do CPC, para permitir a tutela específica dos direitos materiais, certamente inspirada no art. 84 do CDC, que acabara de ser promulgado quatro anos antes.

Criou-se, a partir dessa reforma, modalidade de asseguramento da tutela específica, de modo a obter-se o mesmo resultado que seria alcançado em caso de cumprimento espontâneo da obrigação, preservando a integridade do direito material e evitando a tutela pelo equivalente pecuniário.

Alguns autores, inclusive, passaram, a partir daquela reforma, a classificar a tutela específica em três modalidades: a *inibitória* ou preventiva, que se presta a impedir a ocorrência do ilícito; a *reintegratória*, que visa a impedir a continuação do ilícito, removendo-o, fazendo-o desaparecer; e a *ressarcitória*, que objetiva a reparação do dano já causado, pelo restabelecimento da situação ao momento a ele anterior.

---

[65] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit*., p. 46.

Mais do que isso. A reforma do art. 461 admitiu a existência de sentença de força tipicamente executiva, assim entendida aquela que dispensa a propositura de ação de execução autônoma para a obtenção do direito material. Posteriormente, esse mecanismo acabou sendo ampliado para todas as sentenças, por ocasião da mudança introduzida pela Lei nº 11.232/2005, antes referida:

> Porém, a maior importância do art. 461 não está na circunstância de ter oportunizado sentença de executividade instrínseca, dispensando a ação de execução de sentença, mas sim no fato de que, a partir dele, ao processo civil foi possível viabilizar as tutelas que dependem de sentenças que se liguem a meios executivos de coerção indireta, como a multa, e a meios de execução destinados a permitir a simples implementação da tutela jurisdicional – como a busca e apreensão e a remoção de pessoas e coisas –, exatamente nas hipóteses em que a tutela jurisdicional do direito não depende de qualquer prestação do demandado. O art. 461 dispensou a propositura de ação de execução de sentença em todas as hipóteses em que se pede ao juiz a imposição de obrigação contratual de fazer, e, bem mais importante do que isto, viabilizou a obtenção de toda e qualquer tutela jurisdicional do direito que exija a mera imposição de não fazer ou de fazer, ou a determinação de qualquer meio executivo capaz de assegurar o não fazer ou o fazer, ou ainda que requeira meio executivo suficiente para remover ou eliminar os efeitos concretos do que não deveria ter sido feito pelo réu.[66]

Neste diapasão, convém lembrar que o citado art. 461 presta-se, ao mesmo tempo, à criação do título executivo judicial (expressão que talvez não designe adequadamente o fenômeno, depois da reforma que dispensa o processo de execução autônomo) e à realização do direito neste título reconhecido. Nas hipóteses em que já existe o título executivo extrajudicial, a tutela judicial, que vise à satisfação do direito nele reconhecido, será feita de acordo com os artigos 632 a 643 do CPC, assegurado ao magistrado os mesmos poderes conferidos pelo artigo 461.

Pode-se afirmar, inclusive, que a redação do art. 461 serviu de estímulo à modificação introduzida no sistema processual pela Lei nº 11.232/2005; afinal, percebeu-se a efetividade das decisões judiciais que permitiam o seu cumprimento independentemente de processo de execução autônomo. Assim, o legislador aproxi-

[66] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit*., p. 48.

mou das obrigações de fazer e não fazer (e de dar coisa certa, com a inclusão do art. 461-A no CPC) as obrigações de pagar quantia, criando uma fase, dentro do próprio processo de conhecimento, de cumprimento da sentença.

Esta reforma, aliás, sugere, como sustentado, seja repensado o critério quinário de classificação das decisões proposto por Pontes de Miranda. Afinal, o principal elemento que diferenciava as sentenças condenatórias das mandamentais ou das executivas era o fato de que estas duas últimas dispensavam um processo executivo autônomo, sem intervalo. Com a sobredita reforma, também as provisões condenatórias passaram a prescindir da abertura de execução autônoma, com nova citação do devedor, permitindo sejam os efeitos da sentença obtidos no próprio processo de conhecimento; assim, ocorrido o trânsito em julgado, prossegue o processo de conhecimento em sua fase complementar, com as medidas de constrição sobre o patrimônio do devedor, precedidas, obviamente, da liquidação, sempre que necessária.

5.2. Mecanismos de efetivação da tutela específica: a multa e as medidas sub-rogatórias

No âmbito das obrigações de fazer e não fazer, Fredie Didier Junior identifica a possibilidade de ter-se a tutela específica por meio da própria conduta do demandado ou ainda, por decisão judicial, obter-se medida que assegura o resultado prático equivalente, que consiste na busca do resultado final pela via da imposição de medidas sub-rogatórias.[67]

Na primeira das hipóteses, consoante estabelece o § 4º do art. 461 do CPC, prevê o legislador a possibilidade do juiz impor multa diária ao réu, em caso de des-

[67] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 334.

cumprimento do preceito no prazo estabelecido. A decisão que a estabelece, seguindo a classificação quinária originalmente proposta por Pontes de Miranda, pode ser classificada como mandamental, assim entendida aquela que impõe uma prestação a alguém e prevê uma medida coercitiva indireta que atue na vontade dele como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Nesse caso, o Estado busca promover a execução com a colaboração do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida.

A multa é uma medida coercitiva que tem como propósito compelir ao cumprimento da prestação. Trata-se da medida habitualmente denominada *astreinte,* que tem origem no direito francês.

Ela não se presta à compensação, como se fora sanção ou servisse à indenização dos prejuízos porventura decorrentes da prática de um ilícito. A esse propósito, aliás, o §2º do mesmo dispositivo menciona que a indenização por eventuais perdas e danos será devida independentemente da multa.

Trata-se, pois, de ação coercitiva, de caráter intimidatório e acessório, já que visa a coagir o devedor ao cumprimento da ordem emanada. Por esta razão, não pode ter valor irrisório, embora também não se admita transforme-se em medida de enriquecimento sem causa. Deve, sim, ser fixada em montante que possa gerar no devedor a preocupação com as conseqüências do descumprimento.

Nesse sentido, aliás, Cássio Scarpinela Bueno afirma:

> A multa deve agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer a obrigação que assumiu. Daí ela dever ser suficientemente adequada e proporcional para este mister. Não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às conseqüências de seu não-acatamento. Não pode, de outro lado, ser desproporcional ou desarrazoada a ponto de colocar o executado em situação vexatória. O magistrado, assim, deve ajustar o valor e a periodicidade da multa consoante as circunstâncias concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada pelo exeqüente. O § 4º do art. 461, ademais, é claro, forte na razão

> de ser da multa, quanto à possibilidade de ela ser fixada sem pedido da parte interessada. [68]

Nesta esteira, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a "multa pelo descumprimento de decisão judicial não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, devendo ser reduzida a parâmetros razoáveis"[69]. Nada obsta, de todo modo, a que o juiz, no curso da ação de conhecimento ou na fase de execução da decisão, altere o *quantum* inicialmente estabelecido, se restar demonstrado que está excessivo ou que é insignificante para a sua finalidade.

Ademais, o § 4º referido é de meridiana clareza ao afirmar que a multa poderá ser aplicada liminarmente ou na sentença, independentemente de pedido do autor, donde a conclusão de que o juiz pode agir de ofício. Em verdade, considera-se um reforço ao ato decisório, conferido pelo próprio juiz para dar-lhe maior eficácia . Trata-se, afinal, de estímulo ao cumprimento de uma ordem, absolutamente desvinculado do objeto da ação.

Importante ainda esclarecer que o beneficiário da multa é o autor da demanda e o seu destinatário, a parte a quem se determinou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Diferente a multa do art. 14 do CPC, que tem típica natureza sancionatória.

Assim, não paga espontaneamente a multa e transitada em julgado a decisão que a estabeleceu, o credor da quantia poderá cobrá-la executivamente, nos moldes do previsto no art. 475-J do mesmo diploma, independentemente da propositura de nova ação.

---

[68] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, v. III, p. 415.
[69] BRASIL. STJ. Resp 793.491/RN, 4ª Turma, Relator Ministro César Asfor Rocha, j. 26.09.2006.

De se esclarecerem, também, o termo inicial e o final para a aplicação da multa: se imposta como antecipação de tutela, será devida desde o momento fixado pelo juiz (descumprimento da ordem, nas obrigações de fazer; realização da conduta proibida, nas obrigações de não fazer), já que o recurso da decisão que a aplicou seria o agravo de instrumento e ele não tem efeito suspensivo, e cessará assim que cumprida a determinação (fazer ou não fazer). Contudo, consoante Nelson Nery, ela só será exigível após o trânsito em julgado da sentença de procedência do pedido. Esclarece Fredie Didier Junior:

> (...) somente quando o beneficiário da multa se tornar, ao fim do processo, o vencedor da demanda é que fará jus à cobrança do montante. Assim o é porque a multa é apenas um *meio*, um *instrumento* que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio). Como bem pontua Guilherme Rizzo Amaral, *seria admitir-se a adoção de técnica para o alcance do nada.* [70]

Há, contudo, divergências neste sentido[71].

---

[70] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit*, p. 360.

[71] Segundo Cássio Scarpinella Bueno, "não tem aplicação à hipótese, por ser norma especial, o art. 12, § 2º, da Lei n. 7.347/1985, a *Lei da Ação Civil Pública*, que dispõe ser a multa exigível apenas após o trânsito em julgado da decisão favorável ao exeqüente, embora devida desde o descumprimento da ordem. Essa interpretação deve prevalecer mesmo diante do novo parágrafo único do art. 14, que também exige o trânsito em julgado *da decisão final da causa* para a exigibilidade da multa. É que a natureza jurídica das duas medidas é diversa. A multa fixada com base no art. 461 tem natureza coercitiva, relacionada intrinsecamente com a atuação, o mais eficaz possível, sobre a vontade do executado para que ele próprio cumpra a obrigação tal qual ajustada no plano de direito material. A do art. 14, parágrafo único, tem natureza *sancionatória*, porque decorre do descumprimento da obrigação fixada no inciso V do dispositivo. Deixar a multa do art. 461 para ser cobrada apenas depois do trânsito em julgado, e, pois, depois da fixação definitiva das responsabilidades de cada parte pelos fatos que ensejaram a investida jurisdicional, seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar a vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial e, conseqüentemente, à satisfação do exeqüente, que teve reconhecido em seu favor o direito à prestação da tutela jurisdicional." BUENO, Cássio Scarpinella.*Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, v. III, p. 415. Ficamos, contudo, com o entendimento de Nelson Nery Junior, que parece trazer maior segurança jurídica, especialmente diante da possibilidade de ter-se revogada a decisão, em caso de improcedência da demanda. Afinal, se porventura paga a multa antes do trânsito, haveria alto risco de impossibilidade de devolução dos valores porventura satisfeitos pelo réu, o que obrigatoriamente deveria ocorrer, já que o beneficiário da multa é o autor e o destinatário da multa, o réu.

Se, contudo, houver sido fixada na sentença, será devida em razão do atraso no cumprimento da ordem, incumbindo ao juiz especificar a data a partir de quando deva incidir. Será relevante, neste caso, que se estabeleçam, também, os efeitos atribuídos à sentença, em caso de eventual recurso interposto contra ela. A multa cessará, da mesma forma, assim que cumprida a determinação.

Além da multa, estabeleceu o legislador no § 5º do art. 461 a possibilidade do magistrado, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias, como busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, entre outras.

Trata-se das chamadas medidas sub-rogatórias, delineadas em rol exemplificativo (da redação do dispositivo tem-se que o juiz poderá determinar as medidas necessárias, quaisquer que sejam elas; ademais, o uso da expressão "tais como" – ou exemplificativamente – também indica que o que virá a seguir são exemplos). Por isso, pode o juiz determinar aplicação de outras medidas que se mostrem necessárias ou adequadas à obtenção dos resultados almejados. Aplica-se, no caso, o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz.

Exemplificando, Fredie Didier Junior sustenta:

> É possível, por exemplo, que o juiz (i) obste a divulgação de matéria jornalística na imprensa falada ou escrita nos casos em que a veiculação da matéria configurar ato ilícito ou puder causar dano a alguém; (ii) imponha a veiculação de anúncio em jornal ou *outdoor* no sentido de que uma determinada empresa está descumprindo ordem sua; (iii) determine a interdição do estabelecimento comercial por não atendimento às normas de segurança do trabalho, ou por causar danos ao meio ambiente; (iv) determine a retirada das prateleiras de produtos expostos ao consumidor em desconformidade com as regras de informação publicitária ou de segurança e conservação, além de outras medidas possíveis. [72]

[72] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit*, p. 340.

Decisão inovadora do Superior Tribunal de Justiça admitiu, inclusive, como medida de sub-rogação, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado a um cidadão, com fundamento no art. 461, § 5º do CPC, tudo de modo a garantir a proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.[73]

A doutrina, aliás, vem entendendo que o referido § 5º constitui típica exceção à regra que impõe a vinculação da sentença ao pedido formulado. Há, pois, evidente mitigação do princípio da congruência objetiva, consagrado nos arts. 128 e 460 do CPC.

A decisão que impõe a medida é tipicamente executiva, ou seja, impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva direta, que será adotada em substituição à sua conduta, caso não cumpra voluntariamente o que lhe foi imposto. Nesta hipótese, diferentemente daquela decisão que arbitra multa em caso do descumprimento do preceito judicial, o Poder Judiciário dispensa a colaboração do executado para a efetivação da prestação devida, já que promove a substituição da conduta do demandado pela ação do próprio Estado.

Ora, se é possível que o magistrado adote medida coercitiva substitutiva da conduta do devedor isso significa que ela não é forma de coerção indireta, visando a estimular o devedor ao cumprimento da obrigação, mas ordem direta, que substitui a sua conduta, satisfazendo a pretensão do autor.

Estabelece o discutido § 5º do referido art. 461 que as medidas de apoio podem ser aplicadas de ofício ou a requerimento. De mais a mais, se não há óbice à imposição de multa diária *ex officio,* parece-nos não haver razão para que o magistrado, também independentemente de provocação da parte, determine as medidas

---

[73] BRASIL. STJ. AgRg nos EREsp 796.509/RS, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, j. 11.10.2006.

necessárias para assegurar o resultado prático equivalente. Consoante Rizzatto Nunes:

> (...) se a tutela específica requerida não puder ser concedida por impossibilidade do meio ou desaparecimento do bem pretendido, pode o juiz criar as condições que tenham o mesmo efeito real ao do adimplemento. Assim, por exemplo, se a ação foi proposta para impedir que determinado patrocinador veicule publicidade enganosa (obrigação de não fazer) e se se descobrir que a fita com o anúncio tenha desaparecido ou tenha sido destruída, ou que o próprio patrocinador esteja se ocultando para evitar a citação ou intimação, pode, ou melhor, deve o magistrado, para cumprir a pretensão legal, intimar os veículos de comunicação proibindo-os de veicularem o anúncio enganoso. Com isso o juiz terá obtido o resultado prático equivalente e, claro, eficiente. [74]

Aliás, parece absolutamente tranqüilo sustentar-se que o juiz não está adstrito ao pedido formulado pela parte. Isso significa que pode impor ao réu uma determinada medida coercitiva direta, ainda que o autor tenha requerido a aplicação de uma providência sub-rogatória diferente ou mesmo a imposição de multa (medida coercitiva indireta).

Mas, não só. É perfeitamente adequado admitir, no curso da lide ou mesmo depois, a substituição de uma medida por outra, de ofício ou a requerimento da parte interessada, especialmente se aquela se mostrou ineficaz ou excessiva. Afinal, está o magistrado autorizado a tomar todas as medidas que julgar adequadas para satisfazer a pretensão.

Questiona-se, inclusive, a possibilidade de utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica, para compelir o obrigado a cumprir a determinação judicial. A questão gira em torno da interpretação dada ao art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, que proíbe a prisão civil por dívida, exceto nos casos de depositário infiel e de dívida alimentar.

Não se vai discutir aqui a subsistência (ou não) da prisão civil para o depositário infiel, diante do fato do Brasil ser signatário do “Pacto de São José da Costa Ri-

---

[74] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 771.

ca". Esse assunto, aliás, foi objeto de recente decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal.[75]

Contudo, é interessante abordar o significado que se deve dar à expressão *dívida*, constante do referido dispositivo constitucional. Isso porque, em se compreendendo *dívida* como obrigação de pagar quantia, a proibição do inciso LXVII não exclui a utilização da prisão civil para a tutela de outras espécies de obrigação. Se, contudo, dermos à expressão dívida o significado de obrigação civil, a vedação é mais abrangente, ficando excluída a prisão civil fora das duas hipóteses no mesmo inciso descritas.

Seguem essa segunda linha de entendimento autores como Ovídio Baptista da Silva, Humberto Theodoro Junior, José Miguel Garcia Medina, Elton Venturi, entre outros. Ficamos com esta corrente, porque inicialmente nos parece que admitir a prisão civil como medida sub-rogatória para o cumprimento de obrigações seria violar, por vias transversas, o dispositivo constitucional.

Ousamos discordar do posicionamento adotado por alguns autores, que admitem uma interpretação a *contrario sensu* do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, para afirmar que a proibição abrange apenas a hipótese de prisão civil por dívida, de modo que todas as demais seriam permitidas. Tampouco se admite o argumento de que, algumas vezes, a medida mostra-se a única forma de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Não se sustenta medida de coerção extremada, como a prisão, se não explicitamente prevista, especialmente porque a liberdade está assegurada como direito individual do cidadão, de modo que só parece razoável suprimi-la quando a lei constitucional expressamente o autorizar.

---

[75] BRASIL. STF. RE 349.703/RS, Tribunal Pleno, Relatores Ministro Carlos Britto e Ministro Gilmar Mendes, j. 03.12.2008; BRASIL; STF. RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluzo, j. 03.12.2008.

No mais, ainda que se sustente, como o faz Kazuo Watanabe, que não se trata de estabelecer prisão civil por dívida, mas, pela prática de crime, o provimento mandamental não seria admissível.

Isso porque a prisão, nesse caso, assumiria natureza criminal, pela prática do crime descrito no art. 329 (resistência) ou no art. 330 (desobediência) do Código Penal. Afinal, só se poderia falar em pena restritiva da liberdade decorrente de descumprimento de ordem judicial, crime tipificado pela legislação brasileira. Como então proceder à prisão? Alguns entendem que poderia o próprio magistrado que proferiu a decisão não cumprida proceder à prisão em flagrante, como mecanismo coercitivo. Usando dos argumentos utilizados por Cássio Scarpinella Bueno, cremos não ser isso possível:

> A uma, porque a prisão em flagrante, de acordo com a legislação penal brasileira, é medida *punitiva* e não coercitiva. Ela se justifica pela ocorrência de crime e não deve ser revogada por quaisquer comportamentos que não os valorados pela legislação penal (v., em especial, o art. 302 do Código de Processo Penal), dos quais não consta a hipótese aqui destacada para exame, pelo contrário. Para a lei processual penal, considera-se flagrante delito quem acaba de cometer a infração penal (art. 302, II, do CPP). Tanto assim que o tempo desta prisão será descontado do cômputo da pena aplicada a final (art. 42 do Código Penal). Por isso, o elemento "coercitivo", que tanto interessa no direito processual civil no contexto aqui examinado, perde o sentido. A duas, porque os crimes acima indicados, à exceção do crime de "resistência", reclamam a sua persecução com base na Lei 9.099/1995, a "Lei dos Juizados Especiais", na sua parte criminal, em função das penas máximas previstas para eles (art. 61). Ademais, o parágrafo único do art. 69 daquele diploma legislativo veda a prisão em flagrante nas condições que especifica. O que pode ocorrer, de acordo com o *caput* de seu art. 69, é o encaminhamento do acusado para prestar esclarecimentos perante o Juizado (art. 70). Assim, seria ilegal e abusiva qualquer medida que atentasse à liberdade individual, com base na prática dos crimes referidos, sem observância das específicas regras daquela Lei. A três, porque a tipificação, ou não, de uma conduta como crime de maior ou menor potencialidade ofensiva não pode ser utilizada pelo processualista civil como elemento que justifique a maior ou a menor potencialidade de efetividade das ordens tomadas pelo magistrado no âmbito da "jurisdição civil". Ainda mais quando um dos princípios fundantes dos Juizados criminais é "sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade" (art. 62 da Lei n. 9.099/1995). [76]

[76] BUENO, Cássio Scarpinella*, Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, v. III p. 421.

Destarte, a decisão que determina a prisão do executado deveria estar fundada na prática de crime e só poderia ser determinada pelo juízo criminal, que é o competente para a apuração do delito. Afinal, pelas razões já expostas, não se poderia falar em prisão em flagrante determinada pelo juízo cível no caso.

Por tudo isso, entendemos não ser possível a utilização da pena de prisão como medida coercitiva pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer.

5.3. A tutela específica das obrigações de dar

Desde há muito tempo o STF firmou entendimento segundo o qual não cabe ação cominatória para compelir o réu a cumprir obrigação de dar (Súmula 500).

Contudo, a Lei nº 10.444/2002 acrescentou ao Código de Processo Civil o art. 461-A, que estendeu às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro a mesma forma de execução das obrigações de fazer e não fazer, priorizando a tutela específica. Excluem-se deste procedimento as obrigações de pagar quantia, hoje executadas de acordo com o sistema indicado nos arts. 475-J e seguintes do CPC.

Embora o presente estudo volte-se especificamente à tutela das obrigações de fazer e não fazer, cremos importante ao menos mencionar a possibilidade de ter-se a tutela específica das obrigações de dar, o que revela uma evolução legislativa interessante, criando um sistema bem mais eficiente, especialmente diante da possibilidade do magistrado utilizar-se das medidas coativas diretas ou indiretas descritas nos parágrafos do art. 461, consoante o autoriza o § 3º do art. 461-A da Lei Adjetiva.

Assim, deverá o magistrado, em ação que se presta ao cumprimento de obrigação de dar coisa, fixar prazo para o cumprimento espontâneo (art. 461-A, *caput*);

não adotando o devedor a conduta determinada, serão tomadas as medidas de apoio adequadas: fundamentalmente, a busca e apreensão da coisa móvel ou a imissão na posse, se imóvel.

Se, mesmo dessa maneira, não for possível a tutela específica, pode o juiz valer-se das medidas coercitivas descritas no § 5º do artigo 461, sem prejuízo da imposição de multa.

De todo modo, em caso de urgência, parece aceitável que o juiz, sem a oitiva da parte contrária, conceda a tutela específica antecipada, determinando, de plano e antes da concessão de prazo para o cumprimento espontâneo, as medidas que julgar adequadas.

Se a obrigação, por sua vez, estiver fundada em título extrajudicial, o mecanismo adequado é o previsto nos artigos 621 a 631 do CPC.

Passaremos, adiante, à análise dos dois institutos antes estudados na perspectiva do processo coletivo.

Capítulo 6

A tutela antecipada e a tutela específica nas lides coletivas

6.1. O microssistema para a tutela de direitos transindividuais

O surgimento das ações coletivas remonta, de acordo com Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior[77], a duas fontes fundamentais. A primeira, o antecedente romano da ação popular em defesa das *rei sacrae, rei publicae*. Ao cidadão ficava atribuído o poder de defender a coisa pública em razão do forte vínculo que o unia aos bens públicos. Ademais, vigorava a noção de que a República pertencia ao cidadão romano e era seu dever defendê-la. No direito romano, aliás, as ações populares não eram excepcionalidade, dada a singeleza da organização política do Estado.

A segunda fonte, mais próxima, deu origem às ações coletivas das "classes", na prática judiciária anglo-saxã dos últimos oitocentos anos, e daí derivam as atuais *class actions* norte-americanas.

Esse quadro histórico, contudo, não tem linearidade. O direito ao processo, fortemente influenciado pelo Iluminismo e pelo Liberalismo, a partir do século XVI (com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista), passa a ser visto como

---

[77] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 4, p. 23-53.

atributo exclusivo do titular do direito ofendido, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual. Só ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Não havia, pois, espaço para o direito da coletividade.

A lógica ramista[78], surgida em oposição à lógica aristotélica, consistia na disposição da matéria segundo uma ordem rigorosa, de forma a realizar a passagem gradual dos princípios gerais e universais para aqueles particulares. Foi nesse contexto que a argumentação dialética perdeu força, em prol da atividade de subsunção de fatos à norma legal.

A codificação sugerida pelo Iluminismo chega ao Brasil com o Código Civil de Beviláqua, em 1916, oportunidade em que o País adquire sua independência jurídica de Portugal. Desse diploma constou o art. 76, que foi pensado para a pureza do sistema, visando a afastar qualquer possibilidade de abertura para tutelas coletivas e extinguindo as ações populares, que remanesciam no sistema jurídico por conta do direito romano, que remanescia nas entrelinhas das Ordenações do Reino: “Art. 76: Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único: O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

Com isso foram atingidas não só a ação popular das Ordenações do Reino, mas, as demais lides coletivas, já que nelas o titular do direito material não era pessoa perfeitamente identificada.

Em 1934, pela primeira vez, a Constituição Federal fez menção às ações populares. Até esse momento, em nome de uma pureza do sistema, o instituto fora olvidado.

---

[78] O método foi criado por Pierre de la Ramée e pregava que a matemática constituía o modelo sobre o qual se construíam todas as formas de conhecimento. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 4, p.25.

O efetivo surgimento das ações coletivas no País deve-se à direta influência dos processualistas italianos da década de 70. Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, criado pela redemocratização e pela valorização do Ministério Público. Estava presente, ademais, um movimento universal para assegurar o acesso à Justiça. Em França, foi editado em 1973 o diploma conhecido como Lei *Royer,* que conferia legitimidade ativa às associações de consumidores para a defesa de seus direitos. Contemporaneamente, na Inglaterra, surgem a *representative action* e a *relator action***,** modalidades que permitiam, embora de maneira singela, que um indivíduo representasse em juízo determinado grupo a que pertencia.

Vivia-se, em verdade, um momento universal de massificação dos conflitos sociais, cuja origem estava na Revolução Industrial do século XVIII. O Estado Liberal, não intervencionista, valorizador do indivíduo, não mais dava conta das novas necessidades sociais decorrentes da industrialização e da criação de uma classe operária.

Surge a idéia de um Estado Social, mais interventor, protetor das questões sociais, responsável pela harmonização da vida em grupo, preservador de direitos que vinham sendo frequentemente alijados pela Revolução Industrial. Identificam-se, nesta ocasião, os direitos humanos de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), em oposição aos direitos de primeira geração (ou direitos de liberdade), que tinham o indivíduo como seu titular.

Os direitos transindividuais (direitos humanos de terceira geração) nascem, pois, em um terceiro momento, historicamente designado por Celso Fernandes Campilongo como Estado Pós-Social, no qual estão em voga os movimentos sociais decorrentes da massificação. Esses direitos ultrapassam o indivíduo, encontrando sustentáculo na fraternidade da Revolução Francesa.

Tradicionalmente, aliás, indivíduo e Estado eram os únicos pontos de referência do Direito. Esse fato gerou a separação inicial entre interesses públicos e privados (direito público e direito privado). Essa divisão, contudo, deixou de ser suficiente para explicar determinados interesses que pertenciam a grupos de pessoas e apresentavam características semelhantes (legitimação, extensão da coisa julgada, etc). Percebeu-se a existência de interesses que ultrapassavam o âmbito individual, mas não eram de todo o público – e, sim, apenas compartilhados por grupos, classes, categorias de pessoas, etc.; reconheceu-se a necessidade, assim, de assegurar o acesso coletivo à Justiça, como forma de tutelar coletivamente esses interesses. Era necessário, portanto, superar o rígido dualismo entre o interesse individual privado e o interesse público.

Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os limites de aplicação de determinados dogmas processualistas às situações de direitos com titulares indeterminados e de litigiosidade de massa, principalmente àquelas em que apenas um legitimado move ação em benefício de um todo coletivo.

Não se trata de estabelecer um litisconsórcio, assim entendido o exercício conjunto da ação por pessoas distintas, figura já conhecida na antiga processualística romano-germânica, mas de permitir que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma só pessoa.

O direito processual civil foi forçado a uma mudança na sua tradicional ótica individualista, diante de uma sociedade de massa, alterada em suas estruturas fundamentais (novos direitos, novas formas de lesão que têm uma natureza comum, maior número de situações “padrão”, que geram, pois, lesões “padrão”).

Impulsionados por essa orientação, no Brasil os processualistas Ada Pellegrini Grinover, Waldemar Mariz de Oliveira Junior, Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco passaram a elaborar o anteprojeto brasileiro pioneiro para a defesa de interesses de natureza coletiva, apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual. Incumbido de relatar a tese, José Carlos Barbosa Moreira deu suas contribuições ao trabalho, que foi apresentado, então, à Câmara dos Deputados.

Sem prejuízo, os então Promotores de Justiça Nelson Nery Junior, Édis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, entendendo a importância do Ministério Público na defesa desses interesses, passaram a discutir a proposta original e elaboraram um outro anteprojeto, que foi apresentado ao Poder Executivo federal e depois submetido ao Congresso. Esse projeto teve escopo mais amplo, admitindo a proteção a diversos direitos de natureza transindividual, entre eles o meio ambiente, o patrimônio cultural e o consumidor. Referido trabalho previu maior atuação do Ministério Público, instituindo o inquérito civil e acabou se transformando na Lei nº 7.347/1985.

Na mesma esteira, um pouco depois, a Constituição Federal de 1988 assegurou o acesso à Justiça, tanto para a tutela de direitos individuais, quanto para a de direitos coletivos. Aliás, o capítulo do título II da Carta Magna de 1988 designa-se “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Daí que a melhor redação para o inciso XXXV do art. 5º seria, segundo Didier, “ä lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo”.

Depois da Constituição, a redação do art. 83 do CDC (Lei nº 8.078/1990) e do art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) reforçou a idéia de que são cabíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos afirmados perante o Judiciário.

Assim, de uma mesma situação de direito material invocada surgem diversas tutelas judiciais possíveis, voltadas à efetividade da jurisdição. Daí ser possível ajuizar, partindo do mesmo fato, uma ação civil pública para a tutela de um direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, pleiteando uma condenação genérica, uma tutela específica ou ainda o dano moral decorrente da lesão aos interesses da comunidade.

Fica evidente, pois, o surgimento do processo coletivo brasileiro, assim entendido

> "aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se postula um direito em face de de um titular de um direito coletivo *lato sensu*, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas.[79]

Daí a criação de procedimentos especialmente voltados às causas coletivas, alguns deles já alhures mencionados: a ação popular (Lei nº 4.717/1965), a ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, da CF/88) e as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), que integrariam um microssistema processual coletivo.

Essa idéia já vem sendo defendida pela maioria dos doutrinadores que tratam do processo coletivo, os quais vêem o CDC como um "Código de Processo Coletivo Brasileiro". Aliás, o art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/1990 traz os conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto* sensu, e individuais homogêneos, atingindo, assim, um tema que não havia sido explicitamente tratado por nenhuma legislação nacional.

---

[79] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p.44.

Ademais, o diploma trouxe uma série de inovações processuais, como a possibilidade de determinar-se a competência pelo domicílio do autor, a extensão subjetiva da coisa julgada, as regras de legitimação, a regulamentação da litispendência entre a ação coletiva e a individual. Além disso, ao alterar a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor atuou como agente unificador e harmonizador, adequando os dispositivos do seu Título III à sistemática processual vigente do CPC e da LACP e criando mecanismos de interação entre esses diplomas.

Com isso definiu-se um microssistema processual para as ações coletivas. Assim, no que for compatível, em sede de ação popular, de ação civil pública, de ação de improbidade administrativa ou mesmo de mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do Código de Defesa do Consumidor.

6.2. Tutela antecipada no Código de Defesa do Consumidor

O instituto da tutela antecipada também restou previsto na legislação consumerista. O art. 84, § 3º, da Lei nº 8.078/1990 estabeleceu 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”.

O dispositivo mencionado trata da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, possibilitando ao magistrado conceder a correspondente tutela específica (*id quod debeatur)* ou determinar providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O aludido § 3º dessa regra legal não se refere expressamente à antecipação de tutela, mas permite seja ela concedida “liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”. Não há dúvida, portanto, que a medida prevista no art. 84, § 3º, do

CDC consiste em modalidade de antecipação de tutela, já que o que se objetiva com a concessão da liminar aí referida é a própria satisfação imediata do direito alegado. Trata-se, em suma, de providência semelhante àquela prevista no art. 461, § 3º, do CPC, que se destina à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. Ocorre que, nas obrigações de fazer e não fazer *intuitu personae*, não é possível a obtenção da tutela específica, sem que haja ação do devedor, já que não há como compeli-lo fisicamente a prestar o que só por ele haveria de ser prestado: *nemo ad factum praecise cogi potest.* Salvaguarda-se, desse modo, a liberdade pessoal do devedor, cuja responsabilidade será, exclusivamente, de índole patrimonial. Com a redação do art. 273 do mesmo CPC generalizou-se a possibilidade de concessão da antecipação da tutela em ações declaratórias, constitutivas e de prestação pecuniária.

Para Nelson Nery Junior, é "como se fora o julgamento prévio e inicial do mérito a favor do consumidor. Não se trata aqui de medida cautelar, mas de providência que se assemelha às liminares possessórias"[80].

Os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada são a relevância do fundamento da demanda e o receio de ineficácia do provimento final. E aqui parece haver diferença entre essa medida antecipatória e aquela prevista no art. 273 do CPC. Afinal, os requisitos para a concessão de uma e de outra tutela são diferentes.

Com efeito. O Código de Defesa do Consumidor não faz explícita exigência à necessidade de prova inequívoca, que conduza a um juízo de verossimilhança sobre

---

[80] NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 559.

as alegações. Exige apenas que o fundamento da demanda seja relevante. Trata-se do *fumus boni iuris,* decorrente da plausibilidade das alegações.

Assim, será relevante o fundamento, quando aquilo que for narrado pelo autor parecer ao juiz razoável.

O segundo requisito necessário à concessão da providência antecipatória é a entrevista ineficácia do provimento final, requisito que nada mais significa senão o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o *periculum in mora.*

A esse propósito, Rizzatto Nunes, ao tratar de um caso prático em que a parte, na petição inicial, diz que foi negativada no Serviço de Proteção ao Crédito por dívida já quitada, exibindo o comprovante de pagamento, assim se pronuncia:

> A norma não está querendo dizer ineficácia total da ação decisória, porque, claro se, no exemplo, depois de três anos o juiz determinar que seja retirado o nome do autor-consumidor do cadastro do Serviço de Proteção ao Crédito, a decisão terá eficácia, só que tão tardia que o dano já se terá produzido. Daí que o sentido de *receio de ineficácia do provimento final* tem o mesmo sentido amplo de retardamento da eficácia, permissão de alongamento do tempo do dano e assim por diante. O que a lei pretende é que o simples receio de diminuição da eficácia do provimento final seja, desde já, motivo suficiente (somado ao fundamento relevante) para a concessão da medida liminar. [81]

Pode-se perceber que o legislador, no Código de Defesa do Consumidor, acabou por estabelecer requisitos diferentes daqueles estabelecidos na Lei Adjetiva para a antecipação de tutela. Ao fazê-lo dessa forma, acabou por aproximar o instituto da medida cautelar, exatamente porque os requisitos, no Código de Defesa do Consumidor, são exatamente os mesmos previstos para a concessão da cautelar (*fumus boni juris e periculum in mora*). Mais uma vez evidencia-se a dificuldade do próprio legislador em diferenciar os dois institutos, donde concluir-se ser fundamental a fungibilidade prevista no § 6º do art. 273 do CPC.

---

[81] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Op. cit.,* p. 772.

Não se previu no CDC, contudo, a possibilidade da concessão da antecipação de tutela em caso de abuso no direito de defesa. Ocorre que seu art. 90 determina a aplicação subsidiária do CPC, podendo disso tirar-se que, presentes os requisitos descritos no art. 273, a tutela antecipatória haverá de ser concedida também nesta hipótese.

Quanto ao momento para tal concessão, o Código de Defesa do Consumidor previu poder ser determinada *inaudita altera pars*, logo no despacho inicial ou após justificação prévia, citado o réu. Nada obsta, contudo, a que seja concedida posteriormente, de acordo com o andamento processual e a superveniência de condições que o justifiquem, ou até mesmo na própria sentença, hipótese em que eventual recurso da decisão, quanto à antecipação, terá efeito meramente devolutivo.

6.3. A tutela antecipada nas lides coletivas

A Lei nº 7.347/1985, que regulamenta a ação civil pública, principal forma de tutela de interesses coletivos *lato sensu*, prevê expressamente a possibilidade de ser ajuizada ação cautelar coletiva para a tutela de interesses transindividuais (art. 4º). E, para que a medida venha a ser deferida, impõe-se a presença dos requisitos gerais das cautelares (*fumus boni juris e periculum in mora*). A redação do dispositivo, contudo, dava margem a dúvida; tratava-se de tutela cautelar ou de tutela inibitória?

Apesar da dúvida, os autores, com base nesse art. 4º e também na redação do art. 12 da Lei da Ação Civil Pública (LACP), antes mesmo da reforma introduzida ao CPC em 1994 e antes também da edição da Lei nº 8.078/1990, já admitiam a concessão de medida urgente de natureza satisfativa. Assim se pronunciou Fredie Didier Junior, a propósito da redação do art. 4º da Lei nº 7.347/1985:

> Embora mencione expressamente a tutela cautelar, a redação do dispositivo não dá margem a dúvida: não se trata de tutela cautelar, mas sim, *tutela inibitória*, que é satisfativa e visa exatamente obter providência judicial que impeça a prática de ato ilícito e, por conseqüência, a ocorrência de um dano.[82]

Posteriormente, com a redação do art. 273 do CPC, dada pela Lei nº 8.952/1994, e a edição do Código de Defesa do Consumidor, nenhuma discussão paira mais acerca da admissibilidade da antecipação de tutela nas lides coletivas. É que, embora nada se dissesse expressamente a propósito do assunto, por força do que veio a determinar o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, tornou-se inquestionável a aplicação da regra do § 3º do art. 84 do CDC às lides coletivas. Ademais, a noção de microssistema processual para as lides coletivas, integrado especialmente pela Lei de Ação Civil Pública, pela Lei de Ação Popular e pelo Código de Defesa do Consumidor, permitirá extrair-se a mesma conclusão.

Por essa razão, pode-se afirmar que o processo coletivo admite a liminar como medida cautelar ou como antecipação dos efeitos da sentença, com natureza satisfativa. Daí o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli, para quem “em ação civil pública ou coletiva, a liminar pode consistir na autorização ou vedação da prática de ato, ou na concessão de qualquer providência de cautela, com ou sem imposição de multa diária.”[83]

Além disso, o art. 12 da Lei nº 7.347/1985 já permitia ao juiz concedesse mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão interlocutória sujeita a agravo. E por liminar deve-se entender a decisão dada no início da lide, “que tanto

---

[82] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 309.
[83] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.,* p. 445.

pode ter como finalidade assegurar uma providência acautelatória, como antecipar provisoriamente alguns dos efeitos práticos da sentença."[84]

Assim, na defesa dos interesses metaindividuais, qualquer dos legitimados à propositura da ação civil pública poderá requerer a tutela antecipada, desde que presentes os requisitos. E quais seriam esses requisitos: os do Código de Processo Civil ou os do Código de Defesa do Consumidor?

Por força do que estabelece o art. 21 da LACP, acrescentado pelo art. 117 da Lei nº 8.078/1990, o art. 84, § 4º, desta última, aplica-se a todas as ações coletivas. Esta, aliás, a opinião de Hugo Nigro Mazzilli, para quem a "tutela será cabível se relevante o fundamento da demanda e justificado o receio de ineficácia do provimento final". [85] Assim, são aplicáveis os requisitos do Código de Defesa do Consumidor. Além do mais, o Código do Consumidor não diferencia o tratamento da tutela antecipada em ações individuais e em ações coletivas.

Outras considerações importantes ainda merecem destaque, na hipótese da concessão da tutela antecipada em lide coletiva.

Por primeiro, a decisão que concede a tutela antecipada em processo coletivo haverá de produzir eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos do art. 103 do CDC, aqui utilizado analogicamente. Daí a responsabilidade do magistrado na concessão da tutela provisória.

Por segundo, indaga-se sobre a necessidade de pedido para a antecipação de tutela nas lides coletivas. Parece-nos acertada a posição de Mazzilli, para quem a concessão da tutela depende, sim, de expresso pedido do autor da ação. Poderá, contudo, impor multa liminar que vise a assegurar o cumprimento da decisão, inde-

---

[84] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit., p.* 442.
[85] Idem, p. 461.

pendentemente de pedido neste sentido. “Em síntese, tutela antecipada ou liminar de ofício, não; multa diária de ofício para assegurar o cumprimento da decisão, sim”[86]. A necessidade de obediência ao princípio da demanda estaria implícita no dispositivo e seria externada pela redação do art. 273 do CPC.

Além disso, interessante a discussão acerca da legitimidade para pleitear a tutela antecipada nas lides coletivas. Pode-se afirmar que qualquer dos co-legitimados à propositura da ação coletiva pode pleitear a antecipação de tutela; po-dem-no, inclusive, os terceiros intervenientes, que passam a atuar como litisconsor-tes. Assim, como parte (art. 81, CPC), inquestionavelmente pode o Ministério Público requerer a tutela antecipada, bem ainda a imposição de multa ou de medida de sub-rogação.

Atuando a Instituição como *custos legis*, há distintos posicionamentos. Para Fredie Didier, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga “poderá o Ministério Público apoi-ar, repelir, sugerir o pleito antecipatório formulado; não poderá, entretanto, formular pedido antecipatório autônomo, pois lhe falta legitimidade para formular a demanda” [87]. Nada obstante, os mesmos autores citam outros doutrinadores que sustentam o contrário. Assim, Cássio Scarpinella Bueno entende que, na qualidade de fiscal da lei, o membro do Ministério Público pode solicitar antecipação de tutela, desde que seu pedido esteja em consonância com os interesses e direitos que ensejam sua atuação no feito.

> Pensar diferentemente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais do que isso. É apequenar a fun-ção social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela pró-pria Constituição Federal – em que ele, o processo, seja eficaz, em que ele

[86] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.,* p. 445.
[87] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Op. cit.,* p. 554.

> produza os efeitos que devem surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se com melhor direito do que o outro.[88]

Esse último o posicionamento é o que se nos mostra mais adequado.

Nessa perspectiva, como defende Zavaski, as medidas provisórias devem ser compatíveis com a natureza da demanda proposta, respeitados os limites dos poderes outorgados ao legitimado para a sua propositura, assegurando ao indivíduo, que teve seu interesse tutelado pela ação coletiva, a possibilidade de submeter-se ou não ao resultado da ação, por força, inclusive, das características da coisa julgada nas ações para a tutela, em especial, de interesses individuais homogêneos, que se opera, *secundum eventus litis.* (arts. 103 e 104 do CDC).

Daí que:

> A pretensão possível de ser deduzida por substituto processual na ação civil coletiva é apenas a que conduz a uma sentença genérica. Não há substituição processual na fase de cumprimento da sentença (liquidação e execução individuais). A atividade executiva depende da iniciativa do próprio titular do direito material. Não é compatível com o sistema, destarte, pretender-se, em regime de substituição processual, pleitear, ainda que em caráter provisório, medidas cuja eficácia possa atingir imediata e necessariamente a esfera jurídica dos substituídos, sonegando-lhes a liberdade de optar pela não vinculação. Essa limitação se estende também às providências cautelares: o substituto processual poderá pleiteá-las, mas desde que se trate de medidas (a) relacionadas com a ação de conhecimento, pois a legitimação extraordinária não existe para a liquidação e execução, já que se esgota com a sentença, e (b) que não importem vinculação necessária do patrimônio jurídico do substituído aos efeitos do provimento jurisdicional[89]

6.4. A antecipação de tutela nas lides coletivas contra a Fazenda Pública

O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, estabelece não ser cabível qualquer medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, quando providência

---

[88] BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada,* p. 49.
[89] ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 191.

semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Daí que podemos afirmar não ser admissível a liminar, em ação coletiva: a) contra ato do qual caiba recurso administrativo, com efeito suspensivo, independentemente de caução (Lei nº 12.016/2009, art. 5º, I); b) contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (Lei nº 12.016/2009, art. 5º, II); c) contra decisão judicial transitada em julgado (Lei nº 12.016/2009, art. 5º, III); d) se o objeto da cautela visar à compensação de créditos tributários, à entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, à reclassificação ou equiparação de servidores públicos e à concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou a pagamento de qualquer natureza (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, § 2º); e) se a liminar esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei nº 8.437/1992, art. 1º, § 3º); f) antes de ouvido o representante da Fazenda Pública (Lei nº 8.437/1992, art. 2º).

Quanto a essa última hipótese, proclama o art. 2º da Lei nº 8.437/1992: "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".

Aplicando este dispositivo, já decidiu o STJ que "a liminar concedida sem respeito a este prazo é nula".[90]

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a razão do artigo está:

> na defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em processos coletivos (...). Trata-se do reconhecido expediente do processo cooperativo, já denominado contraditório preventivo, evitando a surpresa e aprofundando o compromisso dialético do juiz com as partes.[91]

---

[90] BRASIL. STJ. Resp nº 88.583/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 21.10.1996.
[91] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.,* p. 311.

Nada obstante, os Tribunais têm atenuado o rigor da restrição imposta. Assim, se, em determinado caso, a prévia oitiva da Fazenda Pública puder acarretar a ineficácia do ato a ser praticado, não deverá o magistrado condicionar a concessão da liminar à medida constante do referido art. 2º. Parece necessário que o julgador, diante da situação concreta, faça o controle de constitucionalidade difuso da norma, para afastá-la, sempre que a manifestação prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público puder acarretar risco de dano irreparável ou de difícil reparação a direitos de natureza transindividual; nesse caso, a liminar haverá de ser concedida *inaudita altera pars.*

Daí que, no nosso entendimento, o jurisdicionado tem o direito de obter do Judiciário tutela jurisdicional adequada. Caso seja necessária a liminar, o juiz deverá concedê-la, haja ou não previsão para tanto, ouvida ou não a Fazenda. A vedação somente poderia ser aplicada pelo juiz se não ofender o princípio constitucional do direito de ação.

> A conclusão geral é a de que todas as leis que limitam, regulam ou restringem a concessão de tutela de urgência (em processo individual ou coletivo) poderão ser submetidas ao controle difuso de constitucionalidade. Esse controle garantirá sua razoabilidade, sempre tendo em vista o risco de ineficácia da decisão futura, que, em ação de mandado de segurança, onde a prestação do direito é in natura, poderá inviabilizar o pedido. Nos demais casos concretos, dever-se-á atender para os valores em jogo, diante dos fatos e da discricionariedade do juiz.[92]

E, ainda sem questionar a constitucionalidade da norma, há argumentos que permitem sustentar seja a medida antecipatória concedida, sem a prévia oitiva da Fazenda. Para Teori Albino Savaski, não se pode falar em inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.437/1992; todavia,

> O dispositivo agora comentado apenas explicita o princípio. Pode ocorrer, porém, situação de tal gravidade e urgência que não permita sequer aguar-

[92] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.,* p. 312.

> dar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição, conceder a medida antecipatória. Para tanto estará autorizado pelo sistema constitucional, em face do qual, configurada a incompatibilidade, deve ceder a restrição prevista na lei ordinária[93]

Não bastasse isso, a própria Lei nº 8.437/1992, em seu art. 4º, estabelece a possibilidade de pedido de suspensão da execução da medida antecipatória deferida contra a Fazenda Pública, por decisão fundamentada do Presidente do Tribunal competente para apreciar eventual recurso.

Neste mesmo sentido, o art. 15 da novel legislação, que disciplina o mandado de segurança coletivo e individual (Lei nº 12.016/2009), também admite a mesma providência de sustação da liminar deferida contra a Fazenda Pública, sempre para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 15), por requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público.[94]

A medida, por óbvio, não obsta à interposição de agravo de instrumento endereçado ao Tribunal, com pedido de efeito suspensivo, nos termos dos arts. 527, III, e 558 do CPC, visando a cassar *incontinenti* a cautela concedida. O relator do recurso (e não o Presidente do Tribunal), nesse caso, demonstrada a relevância dos fundamentos e a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação decorrente da execução da medida, poderá atribuir efeito suspensivo ao agravo, sustando a liminar.

O pedido de suspensão, diferentemente, deve ser apreciado privativamente pelo Presidente do Tribunal e dispensa a análise das questões processuais e do mérito do agravo, privativas do juízo recursal do agravo. Para tanto, basta se comprove

---

[93] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela,* p. 209.
[94] Disposição semelhante, aliás, já constava da Lei nº 4.348/1964, que estabelecia normas processuais relativas ao mandado de segurança (art. 4º).

que a liminar: a) é manifestamente contrária a interesse público ou de flagrante ilegitimidade e b) causa grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Não é necessário ao pedido de suspensão, ademais, que tenha sido interposto agravo da decisão que concedeu a liminar. Da decisão do Presidente do Tribunal, que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo interno, em 5 dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à interposição (§ 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992). Do julgamento desse agravo, se desfavorável à Fazenda Pública, caberá, ainda, novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para apreciar eventual recurso especial ou extraordinário (§ 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992), ainda que negado provimento a eventual agravo de instrumento também interposto.

Advirta-se, ademais, que o art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.437/1992 admite o pedido de suspensão da execução em sede de sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, em processo de ação popular e em processo de ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

De todo modo, o referido art. 4º tem merecido interpretação cautelosa, consoante se depreende de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Fazenda Pública. Suspensão da Medida. Concedida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, é cabível o pedido de suspensão da medida, conforme disposições da L 4348/64 4º e L 8437/92 4º, aplicáveis à espécie por força da L 9494/97. Entretanto, somente deve ser deferida a suspensão, em caso de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Trata-se de norma de exceção, que deve ser aplicada sempre restritivamente. Não se defere o pedido de suspensão em ACP movida pelo MP em favor dos direitos coletivos relativos à infância e juventude (ECA 201 V), em que se obrigou a Fazenda Pública a matricular as crianças, com idade de sete anos incompletos, na primeira série do ensino fundamental. Se é verdade que o ato combatido gera reflexos, não de pequena monta, na estrutura da administração pública, afetando a ordem e a economia públicas, não se pode ignorar a extrema relevância dos interesses tutelados na demanda, ou seja, o direito, protegido constitucionalmente, de crianças receberem o ensino fun-

> damental. Diante dessa situação em conflito, se mostra prudente, pelo menos neste instante, sacrificar-se estes em prol do acenado interesse da administração. Ademais, o ato impugnado desafia a impugnação por recurso de agravo de instrumento, com possibilidade de obtenção do efeito suspensivo, meio esse adequado à discussão do mérito da decisão[95]

E não poderia ser diferente, sob pena de admitirmos a criação de privilégios à Fazenda Pública, em evidente violação ao princípio constitucional de acesso à Justiça. Aliás, a inconstitucionalidade dessas regras, que limitam a concessão de liminares contra a Fazenda Pública, é defendida por diversos autores, na medida em que parecem verdadeiramente não contribuir à obtenção da tutela jurisdicional adequada, violando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Esse é posicionamento que se nos mostra mais adequado, apesar da opinião contrária dos Tribunais Superiores.

Ademais, tem-se de ter em conta que as ações de natureza coletiva normalmente tutelam direitos indisponíveis, que merecem proteção especial, ainda que seja necessário colocar em segundo plano determinadas regras processuais, em função dos valores postos em conflito. Neste sentido, interessante decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que admitiu a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, em ação de obrigação de fazer promovida com o objetivo de compelir o Estado de São Paulo ao fornecimento de medicamento para paciente portador de Aids.[96] Na ocasião, afastou-se tratar-se de hipótese em que havia proibição à concessão da liminar, decorrente das revogadas Leis nº 4.348/1964 e nº 5.021/1966 (substituídas pela vigente Lei nº 12.016/2009), e atenuou-se eventual irreversibilidade da medida antecipatória, para dar guarida à vida e à saúde do autor da demanda.

---

[95] SÃO PAULO. TJSP. Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada em ACP 47026/0-2, decisão do Presidente, Desembargador Dirceu de Melo, j. 23.1.1998, *apud*. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.,* p. 532.

[96] SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento nº 081.168.5/7, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Sérgio Pitombo, j. 09.09.1998.

6.5. A tutela específica coletiva das obrigações de fazer e não fazer

Como defendemos no tópico anterior, a idéia de um microssistema, integrado por diversos diplomas legislativos, é muito aceita entre os doutrinadores que discutem a tutela coletiva.

Aliás, também há o grande coro dos que proclamam ser o Código de Defesa do Consumidor o principal instrumento na defesa dos interesses transindividuais, sustentando, inclusive, tratar-se do verdadeiro “Código de Processo Coletivo Brasileiro”.

Neste diapasão, o Código de Defesa do Consumidor traz dispositivo de redação praticamente idêntica àquela do art. 461 do CPC. E nem poderia ser diferente. Afinal, foi o próprio art. 84 da Lei nº 8.078/1990 que, segundo a doutrina, teria sido o inspirador da reforma introduzida pela Lei nº 8.952/1994 no mencionado art. 461.

Mas, não só. Ao lado da Lei nº 8.078/1990, também tem papel fundamental a Lei nº 7.347/1985, que, muito antes do Código de Defesa do Consumidor, deu o pontapé inicial para que se iniciasse a discussão dos direitos metaindividuais, em especial a da possibilidade de ter-se tutela jurisdicional coletiva para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer.

É que a tutela ressarcitória, por muito tempo absoluta nos ordenamentos jurídicos por força da influência do Estado liberal – que pregava a proteção à liberdade e à dignidade do indivíduo, considerado como ser singular – passou a se mostrar insuficiente à tutela dos direitos da sociedade de massa, direitos transindividuais, que, por suas características, deveriam ser preservados, muitos porque indisponíveis.

Neste sentido, dispõe o art. 3º da LACP que "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Dessa redação, pode-se sustentar que se volta muito mais para a obtenção da tutela específica, do que para uma condenação pecuniária, "de preferência preventivamente – de direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, já que estes, muitas vezes, são de difícil reparação ou mensuração pecuniária"[97].

> Ilustrando, imagine-se, por hipótese, a venda de pílulas anticoncepcionais em farmácias de todo o Brasil, sabendo que são, comprovadamente, ineficazes. Eventual dano provocado a consumidor indeterminado caracterizar-se-ia, inegavelmente, como difuso, já que atingiria a saúde pública de modo geral. A tutela ressarcitória, além de lenta e ineficaz, mesmo à luz da nova regra do cumprimento de sentença (Lei 11.232/05), mostra-se impotente para expurgar o ilícito do mundo factual. *A tutela específica* das obrigações de fazer e não fazer, por outro lado, materializada pela retirada dos medicamentos do mercado de consumo, ou por sua não exposição à venda, ou ainda, pela publicidade informando a ineficácia do medicamento, apresenta-se, inegavelmente, mais adequada diante da natureza do interesse a ser protegido. Outros exemplos podem ser pensados, essencialmente quando o bem ameaçado for transindividual. De que adiantará a tutela reparatória materializada pelo pagamento em dinheiro (que irá para um fundo), na hipótese de desmatamento de determinada floresta natural? Ou do envenenamento de determinado manancial, extirpando a fauna aquática? O pagamento em dinheiro será suficiente para reparar o dano causado a algum patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico? Nesta situação, como ficará o dano causado em decorrência da implosão de determinada igreja histórica da cidade de Ouro Preto, Patrimônio Cultural da Humanidade? O valor em dinheiro será suficiente para a recomposição da obra edificada no século XVIII, sob influência do estilo barroco? Como reconstituir a escultura de Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho, destruída? Ou alguma pintura expressiva de Manoel da Costa Athaíde, dentro da igreja demolida? Será que a réplica da Taça Jules Rimet tem o mesmo valor daquela (específica) entregue ao Brasil em decorrência do tricampeonato mundial de 1970? A réplica, por mais que contenha a mesma quantidade de ouro, o mesmo valor material, jamais será aquela (específica, enfatize-se) erguida e beijada por Carlos Alberto Torres em 1970![98]

A jurisprudência, aliás, tem admitido, com freqüência, o pedido de tutela inibitória em sede de ação civil pública. Em verdade, segundo Gregório Assagra de Almeida, ele é o mais recomendável:

> (...) pois no plano dos direitos ou interesses massificados, o dano coletivo poderá se tornar irreparável *in natura*. Também depois que tenha ocorrido a consumação de ilícitos com danos sociais graves, a aferição em espécie

---

[97] ESTEVES, Carolina Bonadiman, *in* COSTA, Susana Henrique da (coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*, p. 351.
[98] LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, p. 357.

> desses danos materiais e, até dos danos morais gerados no seio social, são hoje questões das mais tormentosas no plano das tutelas jurídicas coletivas. Portanto, com base no art. 5º, XXXV, 129, III, ambos da CF e, ainda, com base no artigo 11 da LACP e arts. 83 e 84 do CDC, aplicáveis à ação civil pública com base no art. 21 da LACP, é cabível o ajuizamento de ação civil pública com pedido de tutela inibitória (mandamental ou executiva) em relação, em regra, a todos os direitos massificados tuteláveis via ação civil pública. [99]

Aliás, a tutela específica é aquela que mais se aproxima do adimplemento voluntário e por isso mesmo deve prevalecer diante da tutela genérica, fundada na reparação pecuniária do prejuízo já experimentado. Atente-se ao fato de que, quando estamos diante de direitos coletivos *lato sensu*, a tutela específica deve ser sempre a requerida, de modo que não é dado ao legitimado autônomo, que não tutela interesse seu, optar por uma ou por outra. Neste ponto, parece-nos que o art. 84 do CDC estabelece uma ordem rigorosa dos provimentos: em primeiro lugar, tenta-se a tutela específica; depois, buscam-se eventuais providências que assegurem o resultado prático equivalente e, só ao final, pede-se a conversão em perdas e danos.

A execução genérica da obrigação deve ser, pois, a última opção.

> Critica-se, com veemência, a regra do art. 84, § 1º, do CDC, que permite, indistintamente, a opção, pelo autor, da tutela específica ou reparatória. Esse dispositivo deve se harmonizar com o *caput* do art. 84, bem como com toda a ideologia do sistema, já que, em relação à ação que venha ter por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, a "vedete" deverá ser sempre a *tutela específica.* Enfatize-se, o autor não terá liberdade de, indistintamente, requerer a conversão da obrigação em perdas e danos. A tutela ressarcitória só poderá ser atendida pelo magistrado se a tutela específica mostrar-se impossibilitada. Essa regra geral ganha relevância quando o autor coletivo postula em nome da coletividade, muitas vezes indeterminada. O magistrado tem o dever de certificar se o interesse da coletividade não está sendo lesado, já que, como se disse, a efetividade do processo mostra-se plenamente realizada com a preservação específica do bem ou sua recomposição ao estado natural.[100]

Neste mesmo sentido, Antonio Gidi:

---

[99] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, p. 102.
[100] LENZA, Pedro.*Op. cit.*, p. 360.

> O objetivo principal perseguido pela ação civil pública é o da efetiva proteção a todos os direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos (v. LACP, art. 1º, IV, acrescentado pelo art. 110 do CDC). Seu objetivo primordial não é o de cominar multas ou impor o pagamento de indenizações, nem o de estabelecer responsabilidade. Uma ação civil pública é proposta para impedir, evitar, minorar ou reparar os danos causados ou a serem causados. Assim, é condenado o réu à obrigação de fazer ou não fazer (sob pena de execução específica ou cominação *ex officio* de multa diária – astreinte) que a ação civil pública realiza a plenitude da sua função social em nosso ordenamento jurídico. Regulamenta essa modalidade da ação civil pública o art. 11 da LACP. Somente quando (repita-se enfaticamente: 'somente quando') a reconstituição do bem lesado não puder ser proporcionada pela execução *in specie* é que – ante tal impossibilidade fática – a condenação imposta deverá ser em dinheiro. O montante (assim como aquele relacionado com eventuais astreintes) deverá ser vertido ao 'fundo' (*fluid recovery*) instituído pela lei e a ser utilizado criativamente em 'finalidade compatível com sua origem'. [101]

Sobre a multa, que pode ser imposta como medida de coerção, ou sobre as medidas de sub-rogação, vale tudo o quanto foi anteriormente dito, no tópico 5.1. Sem prejuízo disso, algumas especificidades devem ser aqui abordadas. Primeiramente, porque a própria Lei nº 7.347/1985 tem explícita previsão para ação civil pública que objetive o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (art. 11). Referida regra legal estabelece que deve o juiz determinar o cumprimento da prestação ou 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.

Por óbvio, partindo-se da idéia de um microssistema de direito processual coletivo, essa norma não pode ser vista isoladamente, sem uma análise detida do art. 84 do CDC.

Aparentemente, ao proclamar deva a multa ser suficiente, parece o legislador ter pretendido levar em conta a necessidade de ser ela hábil a estimular o réu ao cumprimento da determinação. Trata-se, pois, de ação coercitiva, de caráter intimi-

---

[101] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 165.

datório e acessório, já que visa a coagir o devedor ao cumprimento da ordem emanada. Não se cuida de medida sub-rogatória, mas de um meio de constrangimento do executando ao cumprimento do julgado. Por isso, não pode ter valor insignificante. Nesta perspectiva, Rodolfo de Camargo Mancuso defende que o "ônus financeiro representado pelo reiterado pagamento da *astreinte* se revele mais oneroso do que o cumprimento do julgado" [102]. E, exemplificando, cita caso interessante em que as *astreintes* não atingiam a finalidade almejada, comprometendo a efetividade prática da imposição judicial:

> (....) na Ação Civil Pública 2.002.61.11.000574-9, que o Ministério Público Federal moveu em face da Anatel e da Telesp, esta última foi condenada, em primeira instância, a recalcular as suas tarifas, sob pena de pagar uma multa diária de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), valor que em um mês podia chegar a R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Contudo, neste caso, o descumprimento da decisão agravada gerava um lucro mensal aproximado de R$ 5,00 por conta de telefone, valor que, multiplicado pelo número de assinantes existentes em junho de 2004, que era de 12.220.787, atingia valores superiores a R$ 61.000.000,00 (sessenta e um milhões de reais). Pela comparação dos números, percebemos que compensava à Telefonica não cumprir com a decisão judicial, pois com isto garantia o recebimento de aproximadamente 61 milhões de reais e tinha que pagar 'apenas' 1,5 milhão de multa, o que demonstra que a multa fixada era totalmente insuficiente para pressionar seu cumprimento, razão pela qual foram propostas novas medidas de coerção.[103]

Por sua vez, a noção de compatibilidade está presa à natureza da obrigação a ser cumprida. É que, tratando-se de prestação fungível ou não personalíssima, a obrigação pode perfeitamente ser executada por terceiro, às custas do devedor, donde a multa parece mecanismo inapropriado ou, como preferiu o legislador, incompatível.

De outro lado, da leitura do referido art. 11 da LACP, vê-se não existir tutela própria para evitar a causação do dano, impondo obrigação de não fazer (fala-se em

---

[102] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, p. 269.
[103] Idem, p. 269.

“cessação da atividade nociva”, pressupondo dano já causado). Mais uma vez, para compor o microssistema, invocável o art. 84 do CDC, que não faz qualquer restrição à tutela inibitória, permitindo a ação coletiva sem a limitação criada pelo mencionado art. 11.

Outro ponto importante, que merece destaque, é a possibilidade do juiz impor multa diária, ainda que não requerida pelas partes; e, nesse ponto, todos os diplomas são uniformes (art. 11, Lei nº 7.347/1985; art. 84, § 4º, Lei nº 8.078/1990; art. 461, § 4º CPC). De fato, em se tratando de direitos transindividuais, muitas vezes indisponíveis, parece indispensável tenha o juiz poderes mais amplos, de modo a prover à tutela jurisdicional adequada. Há quem sustente, inclusive, a possibilidade de se estabelecer a multa de forma progressiva, para romper a resistência do devedor, que insiste na adoção da conduta proibida.

Cabe lembrar, além disso, que as *astreintes*, tidas como meio de coação, não podem ser confundidas com a multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC, esta inspirada no instituto do *contempt of court* da *common law.*

> A norma introduziu no Brasil o instituto do *contempt of court.* Deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraço à sua efetivação, descumprindo o dever estatuído no CPC 14 V, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contempt of court).* Essa infração pode ensejar reprimenda nas esferas civil, penal, administrativa e processual, além da multa fixada nos próprios autos onde ocorreu o *contempt*, valorada segundo a gravidade da infração e em montante não superior a vinte por cento do valor da causa.[104]

Daí que, diferentemente do que ocorre em relação às *astreintes*, a multa do art. 14 não deva ser destinada à parte, já que visa à sanção pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição; daí que, “não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como

[104] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.,* p. 208.

dívida ativa da União ou do Estado", conforme se trate de ato praticado diante da Justiça Estadual ou Federal (parágrafo único do art. 14 do CPC). Por sua vez, ambas as multas (as *astreintes* e aquela prevista no art. 14 do CPC) não se confundem com aquela decorrente de litigância de má-fé, que é "ato prejudicial à parte vítima do *improbus litigator*, porque ofensiva ao princípio da probidade (lealdade) processual (CPC 14 II)".[105]

Quanto ao momento de exigibilidade da multa, parece-nos razoável ratificar o entendimento anteriormente exposto, segundo o qual ela só é exigível após o trânsito em julgado da sentença coletiva, embora seja devida desde o descumprimento da decisão judicial. A Lei nº 7.347/1985, traz, outrossim, regra expressa neste sentido (art. 12, § 2º), depois reproduzida no art. 231, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e no art. 83, § 3º, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Aliás, recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a "prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (Súmula 410/2010). A orientação se justifica, consoante já havia decidido o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Apelação cível. Embargos à execução. Ações da CRT. Obrigação de fazer. Multa fixada em acórdão, na fase de conhecimento. Seu cumprimento, em princípio, depende de ciência pessoal do devedor. A ciência do advogado é para os atos de natureza processual, não dos que dependam do agir exclusivo da parte. Hipótese em que houve cumprimento indireto do julgado, mediante pagamento de quantia equivalente à diferença de ações devida. Concordância do credor, que inclusive levantou o valor depositado em juízo. Pretensão à execução da multa diária descabida. Recurso a que se nega provimento. [106]

---

[105] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Op. cit.*, p. 208.
[106] RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação cível nº 70.09.031.808, 6ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 10.11.2004.

Além disso, em se tratando de interesse metaindividual, eventual multa haverá de ser revertida ao fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

Outro ponto relevante diz respeito à prisão como medida de coerção. Já defendemos, anteriormente, a impossibilidade de sua aplicação para compelir o obrigado a cumprir a determinação judicial. Há autores, contudo, que a admitem na tutela coletiva, tudo por conta da relevância e das características dos interesses tutelados. Assim, Kazuo Watanabe, para quem a prisão pode ser aplicada pela prática de crime decorrente do descumprimento de ordem da autoridade judicial (crime de desobediência), pois que, segundo ele, essa medida não estaria entre as proibidas pelo art. 5º, LXVII da Constituição Federal, já que não se trata de prisão civil por dívida:

> Enquanto for prática e juridicamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, a liberdade pessoal, se desconforme ao Direito, é desconsiderada, admitindo-se a atuação do comando judicial através dos meios de atuação determinados pelo juiz e executados por seus auxiliares. O que não se pode violentar é a liberdade pessoal quando o resultado pretendido somente através do ato do devedor possa ser atingido, como no exemplo do artista de renome que se recusa a pintar o quadro prometido. São situações nitidamente distintas. O princípio da liberdade pessoal, portanto, deve ser contido nos devidos limites. É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão por ato de desprezo à dignidade da justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito.[107]

Nada obstante, tal posicionamento não se sustenta, porque, como crime de pequeno potencial ofensivo, eventual conduta caracterizadora da desobediência sujeitar-se-ia aos trâmites da Lei nº 9.099/1995, que veda a prisão em flagrante. Ademais, a medida de prisão pela prática de crime é punitiva e não coercitiva.

---

[107] WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 866.

De outra banda, admitindo-se como singela medida de coerção civil, ela contraria frontalmente a regra do art. 5º, inciso LXVII, da Carta Magna Brasileira. Recorde-se que referido dispositivo constitucional traz evidente limitação a direito fundamental e, como tal, por regra de hermenêutica, deve ser interpretada restritivamente, de modo a não ampliar as hipóteses aí previstas, pelo que a prisão civil, atualmente, permanece admissível apenas para o devedor de alimentos, tendo em vista recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a propósito do depositário infiel.[108]

Ficamos, pois, com a orientação de Eduardo Talamini, para quem, quando o texto constitucional se refere a "dívida", quer reportar-se ao inadimplemento das obrigações em geral, não só as de conteúdo econômico. Rebatendo a opinião contrária daqueles que insistem na tese de que "dívida" quer referir-se apenas às obrigações pecuniárias, indaga: "se a regra geral fosse essa, como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária?"[109]

Mas, não só. De uma leitura pouco atenta do art. 4º da Lei nº 7.347/1985 poder-se-ia concluir que o objeto da ação civil pública ficaria limitado às obrigações de pagar quantia ou às obrigações de fazer e não fazer. Não é esse o entendimento correto, contudo.

Isso, porque dispõe o art. 19 da LACP que se aplica subsidiariamente à ação civil pública o CPC, que, por sua vez, admite todas as espécies de tutela jurisdicional. Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que, para os direitos e interesses por ele protegidos, "são admissíveis todas as espécies de ações

---

[108] BRASIL. STF. RE 349.703/RS, Tribunal Pleno, Relatores Ministro Carlos Britto e Ministro Gilmar Mendes, j. 03.12.2008; BRASIL; STF. RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluzo, j. 03.12.2008..

[109] TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega da coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, p. 302.

capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83). Assim, a tutela deve se amoldar ao direito material que se busca proteger.

E mais. O art. 117 do CDC, para que não pairasse nenhuma dúvida, determinou fosse acrescentado à LACP o art. 21, com redação que determina a aplicação, à defesa dos interesses individuais e coletivos *lato sensu*, no que for cabível, dos dispositivos do Título III da Lei nº 8.078/1990. E, como vimos, entre as normas desta lei está o mencionado art. 83, que admite todas as espécies de ações.

Neste sentido:

> Atualmente, em função do disposto no art. 21 da LACP (introduzido pelo art. 117 do CDC) e, conseqüentemente, do disposto no art. 83 do CDC, não restam dúvidas de que, segundo a interpretação sistemática do art. 3º da LACP, passou a ser possível a prestação de toda e qualquer espécie de tutela através da ação civil pública. Isso porque, como o CPC e o CDC aplicam-se subsidiariamente à LACP e como o âmbito de aplicação da LACP foi expressamente ampliado com o advento do CDC, a ação civil pública passou a admitir, em tese, quaisquer espécies de tutela: cognitivas (meramente declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas em sentido amplo), executivas em sentido estrito e cautelares (as cautelares já eram admitidas pelo art. 4º e, na verdade, foram amoldadas ao se revestirem de feição satisfativa para evitar danos).[110]

Por tudo isso, pode-se afirmar, com tranqüilidade, ser possível a tutela específica coletiva das obrigações de fazer e não fazer pela via da ação civil pública, aplicando-se, subsidiariamente, os arts. 84 do CDC e 461 do CPC, pela evidente interação entre os diplomas, uma vez que o procedimento escolhido nesses casos há de ser o descrito em tais dispositivos.

---

[110] ESTEVES, Carolina Bonadiman, *in* COSTA, Susana Henrique da (coord.). *Op. cit.,* p. 353.

Capítulo 7

A concessão da antecipação da tutela específica nas lides coletivas

7.1. A antecipação da tutela específica coletiva

A Lei nº 7.347/1985, principal instrumento de proteção aos direitos metaindividuais, previu, apesar de promulgada antes da reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, medidas urgentes, provisórias, obtidas mediante cognição sumária, sem distinguir o que caracterizaria medida tipicamente antecipatória ou medida cautelar. Assim, estabeleceu o art. 4º a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar, para evitar a causação de dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Da mesma forma, o art. 12 da referida lei expressamente proclamou a possibilidade de concessão de liminares, com ou sem prévia justificação, sempre que o juiz o entendesse pertinente.

Com a posterior publicação do Código de Defesa do Consumidor e diante das normas que verdadeiramente permitiam uma interação entre os diplomas legais que versam sobre a tutela coletiva (*v.g*. arts. 19 e 21 da Lei nº 7.347/1985, este último acrescentado por alteração introduzida pelo próprio CDC), novo importante dispositivo foi introduzido no microssistema para permitir, expressamente, a ação cominató-

ria, estando o juiz autorizado a conceder a tutela específica da obrigação, inclusive liminarmente, de modo a impor ao réu um “fazer” ou um “não fazer” (art. 84 do CDC).

Ato contínuo, a referida reforma do Código de Processo Civil de 1994 deu nova redação ao art. 273 e, principalmente, ao art. 461 do mesmo *códex*. Passou, pois, a Lei Adjetiva a incorporar, com alguns poucos ajustes, a letra do art. 84 do CDC.

Só a partir daí passa a ser mais clara, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, a distinção, já discutida algures, entre as medidas cautelares, assecuratórias da efetividade do provimento jurisdicional definitivo, e aquelas que antecipam propriamente a decisão judicial final. Até então, a doutrina sustentava a existência de cautelares satisfativas, que nitidamente ostentavam características de antecipação de tutela (a esse propósito, o art. 4º da Lei nº 7.437/1985 revelava a amplitude da ação cautelar que ganhava características de medida antecipatória, sempre que a liminar fosse concedida para obstar à ocorrência do dano).

Restava, pois, clara a intenção do legislador no campo da tutela coletiva, especialmente depois de feitas as distinções de mister entre os dois institutos (cautelar e antecipação de tutela): no microssistema, admitia-se a liminar, tanto em sede de processo cautelar, como em antecipação de tutela, esta última neste trabalho estudada a propósito da tutela específica.

Mas, não só. O art. 19 da Lei nº 7.347/1985 previu expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, donde a conclusão de que a antecipação de tutela, admissível em qualquer ação por força do art. 273, passou a ser importante mecanismo no combate à ofensa dos direitos coletivos *lato sensu*. Daí que não parece a nós haver mais razão para que se utilizem impropriamente as “cautelares satisfativas”, mesmo porque a expressão parece contraditória em si mesma; afinal, se a medida é satisfativa, como poderia ser cautelar?

Para distinguir os institutos, convém repetir a lição de Mazzili:

> a) a tutela cautelar é instrumental, pois se destina a assegurar o resultado prático do processo ou a viabilidade da realização do direito (ex: um arresto no curso da ação principal, ou uma produção antecipada de provas); b) a tutela antecipada busca conceder, antecipadamente, o próprio provimento jurisdicional ou os seus efeitos (ex: em ação civil pública, o juiz proíbe antecipadamente a destruição do bem objetivado na ação, ou proíbe o uso de um agrotóxico prejudicial à saúde humana).[111]

Presentes, pois, os requisitos estabelecidos pelo § 3º do art. 84 do CDC (relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), podem ser antecipados alguns ou todos os efeitos práticos da tutela jurisdicional definitiva, de cognição exauriente, que, em regra, só seriam obtidos mediante a sentença final. Trata-se de medida tipicamente antecipatória e não cautelar, já que o pedido formulado liminarmente coincide com a provisão jurisdicional definitiva que se pretende obter por sentença. Assim, pode o magistrado antecipadamente reconhecer o direito que deverá ser aplicado ao caso concreto, determinando as medidas de coerção, que serão utilizadas desde logo. Daí que se possa concluir que os §§ 4º a 6º do art. 461 do CPC (ou os §§ 4º e 5º do art. 84 do CDC) têm aplicabilidade também para a implementação da decisão antecipatória da tutela específica.

De todo modo, ainda que haja dificuldade na diferenciação, previu o § 7º do art. 273 do CPC a fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, a qual, de acordo com o posicionamento adotado, pode funcionar em via de mão dupla, ou seja, requerida providência antecipatória, quando a medida correta seria a cautelar, poderá o juiz conceder esta, presentes os requisitos; do mesmo modo, requerida cautelar a título de antecipação de tutela, deverá a autoridade judicial esta deferir, abrindo-se, em regra, prazo à parte para que emende a inicial, de modo a adequá-la ao rito processual ordinário. No campo da tutela coletiva, de resto, isso é ainda mais

[111] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 212.

fácil, já que os requisitos previstos para a medida antecipatória no art. 84, § 3º, do CDC são os mesmos exigidos para a cautelar (*fumus boni iuris*, ou relevância do fundamento da demanda, e *periculum in mora*, ou receio de ineficácia do provimento jurisdicional final).

Assim, se, por falha, alguém propuser ação cautelar, quando deveria ter ajuizado ação ordinária, com pedido de antecipação da tutela específica, estará o juiz autorizado a deferir a medida antecipatória, por conta da fungibilidade consagrada no § 7º do art. 273 do CPC.

A tutela antecipada, ademais, mostra-se mecanismo mais eficiente na tutela dos direitos metaindividuais, especialmente no plano das obrigações de fazer e não fazer. Mesmo porque, na ação civil pública, almeja-se a proteção de determinados bens que, na sua maioria, mostram-se indisponíveis (meio ambiente, patrimônio público, bens de valor artístico, etc), parecendo indispensável possa o juiz, sempre que necessário, determinar, imediatamente, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de serem aplicadas as providências adequadas (multas ou medidas sub-rogatórias), sem prejuízo de eventuais sanções outras, como aquela prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC.

Parece-nos, assim, de extrema relevância a utilização do instituto da antecipação da tutela específica, fundada especialmente nos art. 84, § 3º, da Lei nº 8.078/1990, para a preservação desses novos direitos massificados. Nessa mesma esteira, Lúcia Valle Figueiredo, a propósito da ação civil pública:

> Deverá o magistrado, pela prova já trazida aos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de que – ao que tudo indica – o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia pôr em risco o bem de vida pretendido – dano irreparável e de difícil reparação.
> A irreparabilidade do dano na ação civil pública é manifesta, na hipótese de procedência da ação. A volta ao *statu quo ante* é praticamente impossível e o *fluid recovery* não será suficiente a elidir o dano. Mister também salientar que os valores envolvidos na ação civil pública têm abrigo constitucional. A

> lesão a ditos valores será sempre irreparável (danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores histórico, turístico e paisagístico).
> O art. 461 do Código de Processo Civil, em seu § 3º, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.952, de 13.12.94, possibilita a concessão da tutela liminarmente, caso seja relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final. Verifica-se que se pretendeu não o ressarcimento que, insista-se, na ação civil pública não ressarce efetivamente, porém apenas minorar o dano. Porém, pretende-se, isso sim, a tutela específica, que, muita vez, ou a maioria das vezes na ACP somente será alcançada com a medida liminar ou a própria antecipação da tutela se for o caso.[112]

Na perspectiva da prevenção, ganham relevância os mecanismos processuais colocados à disposição do magistrado para compelir à adoção ou à abstenção de determinada conduta (*astreintes*, interdição de estabelecimento, busca e apreensão, demolição de obras, remoção de pessoas), de que se falou já nos itens 5.1 e 6.4 deste trabalho.

A preocupação está, pois, com a tutela preventiva. Neste sentido, a orientação do Princípio 15, previsto na Conferência da Terra, no Rio de Janeiro:

> Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.

Mostra-se clara a adoção do princípio da precaução (ou da prevenção, como preferem alguns autores), de modo a dar preferência às medidas que procurem evitar a causação do dano, em detrimento daquela ressarcitória, utilizada quando já verificado o prejuízo, muitas vezes irreparável.

E nem se questione, como pretendem alguns autores, haver discricionariedade da autoridade judicial para conceder (ou não) a antecipação da tutela específica,

---

[112] FIGEIREDO, Lúcia Vale. *Ação civil pública. Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipada*, in MILLARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação,* p. 349.

diante da redação do art. 12 da Lei nº 7.347/1985 (que se vale da expressão "poderá"). Afinal, presentes os requisitos legais, a medida deverá ser deferida, fundamentando o magistrado sua decisão, sob pena de ver constatado o dano que se pretendia evitar, de difícil ou impossível reparação.

Neste sentido:

> (....) se pelo § 1º do art. 12 a decisão do tribunal que venha a "suspender a execução da liminar" deverá ser "fundamentada" (sic), com maior razão o será aquela proferida em 1º grau, que tenha concedido a medida. Visto que a decisão sobre o pedido de liminar é proferida "com ou sem justificação prévia" (art. 12), tudo leva a aconselhar que o advogado já instrua a petição inicial com o rol de testemunhas, para o caso de vir a ser exigida a citada justificação.[113]

Aliás, sobre o referido § 1º do art. 12 da LACP saliente-se que se tratar de outra tentativa de obstar ao acesso à tutela jurisdicional, quando o réu da demanda for pessoa jurídica de direito público, à semelhança do que se verifica na Lei nº 8.437/1992. Afinal, porque estabelecer privilégios à Fazenda, se tem ela à sua disposição, como os demais indivíduos, o recurso cabível contra a decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional?

De todo modo, parecem inconstitucionais todas as regras legais que criam obstáculos à concessão de liminares, obstando o amplo acesso à Justiça, especialmente diante dos direitos tutelados pela ação coletiva. Ademais, não parece haver qualquer razão para desigualdade sugerida pelo § 1º do art. 12 da LACP, porque o dispositivo parece estar eivado de inconstitucionalidade também pela violação ao princípio da isonomia.

Retomando o assunto da antecipação da tutela específica, reforce-se, enfim, a importância das medidas de coerção, que incidem desde o instante em que se der

---

[113] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 202.

o descumprimento da ordem imposta, apesar da multa diária só poder ser executada após o trânsito em julgado da sentença, por força do que determina o art. 12, § 2º da Lei nº 7.347/1985. Aliás, as *astreintes* e as demais medidas sub-rogatórias podem ser concedidas, independentemente de pedido do autor da demanda coletiva, em antecipação de tutela.

Essas medidas têm de ser verdadeiro instrumento de coação, a fim de compelir o réu à adoção da conduta determinada. Daí sustentar-se a necessidade de que as *astreintes* sejam arbitradas em valor considerável em ação coletiva, de modo a causar prejuízo significativo ao devedor pelo seu inadimplemento.

Nada obsta, afinal, seja a antecipação da tutela específica concedida após justificação prévia, citada e ouvida a parte adversa, ou mesmo no decorrer da ação. É que a relevância do fundamento da demanda pode evidenciar-se apenas depois de apresentada a contestação ou mesmo após a instrução probatória, admitindo-se a antecipação de tutela inclusive na sentença. E a importância da medida em sentença advém da regra antevista no art. 520, inciso VII, do CPC, que estabelece seja a apelação porventura interposta recebida apenas no efeito devolutivo, fazendo, pois, incidir, desde o descumprimento da sentença, as medidas de coerção eventualmente nela estabelecidas.

Ademais, parece possível sustentar-se a aplicação dos meios coativos para a tutela antecipada específica, inclusive quando estivermos diante de um título executivo extrajudicial (*v.g,* o termo de ajustamento de conduta), nos termos do art. 645 do CPC.

Por óbvio, o que se pretende nesse regime de antecipação da tutela específica é privilegiar a execução específica, para impedir a ocorrência do dano, em detri-

mento da malfadada tutela reparadora, muitas vezes não adequada à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Neste sentido:

> Escusado lembrar que o cumprimento específico da obrigação é fundamental no campo dos interesses metaindividuais, onde a tradicional "conversão em perdas e danos" jamais poderá suprir a eficácia da prestação *in concreto*, e muita vez não consegue recompor o *statu quo ante:* uma condenação pecuniária, por mais expressiva que seja, não tem como compensar a floresta devastada, nem pode ressuscitar o último exemplar de uma espécie animal, nem tampouco neutralizar todos os males causados por uma publicidade enganosa[114].

E a relevância do instituto mostra-se em diversos diplomas que integram o microssistema de direito processual coletivo, além da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a antecipação da tutela específica está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213, da Lei nº 8.069/1990) e no Estatuto do Idoso (art. 83, da Lei nº 10.741/2003), com características idênticas àquelas estabelecidas no regime da Lei Adjetiva e do Diploma Consumerista.

Para finalizar este tópico, advirta-se que a antecipação da tutela específica não pode sujeitar-se (como também não se sujeita a sentença) aos limites estabelecidos pelo art. 16 da Lei nº 7.347/1985, com a alteração trazida pelo art. 2º da Lei nº 9.494/1997, que limita a coisa julgada *erga omnes* aos limites de competência do órgão julgador.

Aparentemente, equivocou-se o legislador, confundindo os limites subjetivos da coisa julgada, decorrentes da eficácia *erga omnes* ou *ultra partes,* com os seus limites territoriais. Ademais, de se notar que apenas o referido art. 16 sofreu a alteração, que não atingiu, contudo, o Código de Defesa do Consumidor. De se considerar que os dois diplomas, compõem um único microssistema em matéria de ações coletivas (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC)

---

[114] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 209.

Assim, para Hugo Nigro Mazzilli,

> o CDC estende a competência territorial do juiz prolator a todo Estado ou a todo o país, conforme se trate de dano regional ou nacional (art. 93, II); de outro lado, o CDC disciplina adequadamente a coisa julgada na tutela coletiva (art. 103) – e seus princípios aplicam-se não só à defesa coletiva do consumidor, como também à defesa judicial de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tenham ou não origem nas relações de consumo (como os interesses ligados ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, às pessoas portadoras de deficiência etc). Naturalmente, em face dessa conjugação de normas, restou ineficaz a alteração que o art.2º da Lei n. 9.494/97 procedeu no art. 16 da LACP. [115]

Aliás, os principais doutrinadores sustentam a existência de evidente inconstitucionalidade da alteração. Neste sentido, Nelson e Rosa Nery:

> O CDC 103 aplica-se a todas as ações coletivas que versem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que ajuizadas com base na LACP. Essa incidência se dá por força da LACP 21. O regime da coisa julgada da LACP 16, com redação dada pela L 9494/97, não mais se aplica a nenhuma ação coletiva. Não se aplica porque tem abrangência restrita, sendo que o sistema do CDC 103 é mais completo e atende às necessidades das sentenças proferidas nas ações coletivas. A LACP 16 também não pode ser aplicada a nenhuma ação coletiva por ser inconstitucional, já que ofende os princípios constitucionais do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade. Qualquer modificação na LACP 16 ou no CDC 103 para restringir os limites subjetivos da coisa julgada a território, o que *per se* é um absurdo jurídico ímpar, abstraindo-se de sua inconstitucionalidade, para que pudesse ter eficácia, deveria ter sido feita não apenas na LACP 16, mas também no CDC 103. Como isso não ocorreu, a L 9494/97 não produziu nenhum efeito. O juiz não poderá restringir os limites subjetivos da coisa julgada como preconizado pela LACP 16: deve aplicar o CDC 103, ignorando aquela norma inconstitucional. Com o advento do CDC 103, em 1990, que regulou *completamente* o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o sistema legal que rege o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) passou a ser o do CDC 103. Pela superveniência do CDC, houve *revogação tácita* da LACP 16 (de 1985) pela lei posterior (CDC, de 1990), conforme dispõe a LICC 2º §1º. Assim, quando editada a L 9494/97, não mais vigorava o LACP 16, de modo que ela não poderia ter alterado o que já não existia. Para que a "nova redação" da LACP 16 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia *formal* e, por conseqüência, *material*), deveria a L 9494/97 ter *incluído* na LACP o art. 16, já que não se admite, no direito brasileiro, a repristinação de lei (LICC 2º, § 3º). Portanto, também por esse argumento não mais existe o revogado sistema da coisa julgada que vinha previsto na LACP 16. O único dispositivo que se encontra em vigor sobre o assunto é, hoje, o CDC 103. [116]

---

[115] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 497.
[116] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado e legislação extravagante,* p. 1023.

E, por uma questão de bom senso, não poderia ser diferente, pelas próprias características dos direitos tutelados. Imagine-se uma indústria poluidora, lançando dejetos tóxicos em um rio que atravessa dois (ou mais) estados da federação. A ação coletiva de obrigação de não fazer, com pedido de tutela antecipada, para fazer cessar imediatamente a atividade degradadora do meio ambiente, não pode produzir efeitos nos limites da competência territorial do órgão julgador, sob pena de, ajuizada a ação em um dos estados atingidos, restar autorizada a atividade poluidora no outro deles. Seria verdadeiramente um contra-senso, especialmente diante das características do interesse tutelado (difuso, no caso), que pode ter sujeitos indeterminados atingidos em diferentes locais.

Pense-se, por sua vez, em uma ação coletiva que objetivasse obstar o fumo em aeronaves. Proferida a decisão, em sede de tutela antecipada, por juiz de direito de São Paulo poderiam os passageiros, ultrapassados os limites geográficos do Estado, sem que isso lhes acarretasse qualquer sanção (inclusive à companhia aérea), fazer uso de derivados do tabaco, o que se mostra verdadeiramente um absurdo.

Concluindo, pode-se afirmar que, em razão da integração existente entre a LACP e o CDC, o art. 16 da primeira lei não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, bem ainda, analogicamente, naquelas que visam à defesa de interesses difusos e coletivos, já que é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial nos processos coletivos, considerada a extensão do dano, que poderá ser nacional, regional ou apenas local.

Assim, não é a imutabilidade da coisa julgada que será nacional, regional ou local. O que poderá ter maior extensão é o dano. Neste sentido, a decisão obtida na ação coletiva, inclusive aquela que antecipa os efeitos da tutela específica, sempre terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes.*

7.2 A antecipação da tutela específica no Projeto de Lei nº 5.139/2009[117]

Muitas foram as tentativas de organizar-se um diploma único para a tutela dos direitos transindividuais. Pensou-se, inclusive, na criação de um Código de Processo Civil Coletivo, tudo de modo a disciplinar o assunto uniformemente e evitar discussões sobre aparentes contradições existentes nos diversos diplomas legais, que versam sobre o mesmo assunto, como aquela, relatada há pouco, entre os arts. 16 da LACP e 103 do CDC. Parecia haver necessidade de codificação das regras que compunham o microssistema de direito processual coletivo, reconhecendo-se a existência de um ramo autônomo do direito processual civil (coletivo), com princípios e fundamentos diferentes do processo civil individual.

Assim, o Professor Antonio Gidi, em 2002, confeccionou o primeiro anteprojeto: o "Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para países de direito escrito", publicado na Revista de Processo.

Posteriormente, Antonio Gidi, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watababe[118], adotando grande parte das sugestões do primeiro projeto, apresentaram ao Instituto Ibero-Americano de Direito Processual o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do referido Instituto, na Venezuela, em outubro de 2004.

Mais adiante, sob a Coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi elaborado o primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos,

---

[117] O projeto original e o texto com as modificações da Câmara dos Deputados seguem anexos à presente dissertação.

[118] O projeto foi revisado por Aluisio Gonçalves de Catro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sérgio Artavia.

encaminhado para discussão ao Instituto Brasileiro de Direito Processual e depois enviado ao Ministério da Justiça.

Por fim, restou apresentado mais um anteprojeto, elaborado pelos Programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá, sob a supervisão do Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, responsável pelas disciplinas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos nas aludidas universidades, o qual tinha como texto base o elaborado por Ada Pellegrini Grinover.

Em que pese a recente discussão sobre a autoria de alguns dos anteprojetos, travada inclusive em obra doutrinária, o fato é que quase todos, apesar de bem intencionados, contemplavam normas jurídicas que se distanciavam da realidade brasileira, inspiradas que estavam nas *class actions* do direito norte-americano, na expectativa de harmonizar o sistema processual coletivo, que, em verdade, já tinha no Código de Defesa do Consumidor o seu diploma unificador.

Enfraquecida a idéia inicial de elaborar-se um Código de Processo Civil Coletivo, mas inspirado nos propósitos desses anteprojetos[119], foi que o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão de juristas, presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, para repensar a tutela coletiva. O resultado desse trabalho foi o Projeto de Lei nº 5.139/2009, de autoria do Poder Executivo, que propõe ampla reformulação da Lei

[119] A Exposição de motivos do Projeto de Lei, de autoria do Ministério da Justiça, afirma: "A mencionada Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com o passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para a Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo – USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, respectivamente".

de Ação Civil Pública, revogando o texto anterior (Lei nº 7.347/1985), bem ainda grande parte dos dispositivos do Título III do CDC, entre outros dispositivos.

Encaminhado ao Congresso Nacional, referido projeto encontra-se, atualmente, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, devendo seguir, para deliberação do Plenário.

O projeto, que já conta com inúmeras emendas, disciplina a antecipação da tutela e a tutela específica, trazendo poucas alterações em relação às normas já existentes no microssistema processual.

A tutela antecipada, concedida sem audiência da parte contrária, diante de justificação prévia, após a oitiva do réu ou mesmo durante ou depois da instrução probatória, está prevista no art. 17 do referido projeto[120]. Aliás, parece terem sido adotados os requisitos antevistos no art. 84 do CDC para a concessão da medida antecipatória, como já vínhamos sustentando ser adequado. É que o novo texto exige a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento jurisdicional final, para a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela definitiva. Era o que já fazia o § 3º do art. 84 do CDC, dispensando a necessidade de verossimilhança fundada em prova inequívoca do art. 273 do CPC.

Além disso, prevê o texto do projeto, a possibilidade da antecipação de tutela ser concedida independentemente de pedido do autor[121], o que não se admite até

---

[120] O texto original, enviado ao Congresso Nacional, assim dispunha: Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida. § 1º Atendidos os requisitos do **caput**, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia. § 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido. § 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

[121] Emenda oferecida na Câmara dos Deputados parece restabelecer a necessidade de pedido do autor, para que a antecipação de tutela seja concedida, *in verbis:* Art. 17. Sendo relevante o funda-

este instante por conta da redação do art. 273 do CPC, que exige o requerimento da parte.

Aliás, apesar de silentes o CDC e a Lei nº 7.347/1985, já admitia a doutrina, valendo-se subsidiariamente do Código de Processo Civil, a possibilidade da antecipação de tutela no processo coletivo, quando caracterizado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório (art. 273, II do CPC). O Projeto de lei contempla, explicitamente, essas possibilidades, acrescentando ainda uma terceira, decorrente da existência de parcela incontroversa do pedido, que também poderia suscitar a tutela antecipatória.

Quanto a esta terceira hipótese, entendemos tratar-se de hipótese de julgamento antecipado (e não de tutela antecipada). Afinal, se parte do pedido mostra-se incontroversa, pode-se proferir decisão de cunho não provisório (definitivo), já que desnecessária a produção de prova em audiência, nos termos do art. 330, I, 2ª parte, do CPC.

Importante inovação decorre do § 3º do art. 17 do referido Projeto de Lei, que admite a possibilidade da multa, fixada em caráter liminar, ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Aprovado o texto, não nos restará senão aplicá-lo, embora, anteriormente, preocupe-nos a execução da multa antes do trânsito em julgado, especialmente nos casos de descumprimento de obrigações de fazer e não fazer. É que as *astreintes*, medidas de coerção, revertem em favor do autor da demanda e, sendo executadas

---

mento da ação e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, a requerimento do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

imediata e definitivamente[122], podem implicar ulterior irreversibilidade, em caso de improcedência definitiva do pedido.

Quanto às ações que objetivam o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer (e também de dar), o Projeto de Lei também tem regra específica. Neste sentido:

> Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor. § 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito. § 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Aqui também parece não ter havido modificação significativa. É que, prevista a antecipação de tutela em dispositivo específico (art. 17), perfeitamente possível admitir imponha-se ao réu, em caráter liminar, o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de serem a ele aplicadas as medidas de coerção (ou indutivas, como designou o projeto) ou sub-rogatórias [123], independentemente de pedido do autor[124].

---

[122] Emenda proposta ao Projeto original do Executivo suprimiu do § 3º do artigo 17 a permissão para que a multa fixada liminarmente pudesse ser exigida por meio de execução definitiva, *in verbis*: § 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados.

[123] As emendas ofertadas pela Câmara dos Deputados ao projeto de Lei 5.139/2009 suprimiram o artigo 22 do texto original. Daí que o assunto antes disciplinado no artigo 24 encontre-se previsto no artigo 23, aqui transcrito (a sublinha não é do original): Art. 23. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará, a requerimento do autor, a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.
§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito. § 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

[124] A redação dada na Câmara dos Deputados, como visto na nota anterior, é pior do que aquela constante do Projeto original, porque exige requerimento do autor, tanto para a antecipação de tutela, como para que o juiz determine o cumprimento da prestação ou a abstenção devida, bem ainda a cessação da atividade nociva em prazo razoável. Tudo sugere, aliás, tenha também de ser requerida

Parece, ademais, que foram incluídas no sistema processual coletivo, a fim de que se submetam à mesma sistemática das ações de obrigação de fazer e não fazer, as obrigações de dar coisa distinta de dinheiro ("obrigações de entregar", segundo o texto legal). Seguiu-se, em verdade, a tendência do Código de Processo Civil, que, por força da Lei nº 10.444/2002, acrescentou-lhe o art. 461-A, para permitir a tutela específica dessa categoria de obrigação, com a aplicação, inclusive, das medidas de coerção, se necessárias.

Também agiu com acerto o legislador, ao não exemplificar quais são as medidas sub-rogatórias admitidas, evitando qualquer discussão, como aquela surgida em torno do art. 84, § 5º do CDC, sobre serem exaustivas ou exemplificativas as medidas constantes do dispositivo.

Outro ponto relevante, que já foi defendido neste trabalho, diz respeito à preferência pela tutela específica em detrimento da tutela ressarcitória, em evidente respeito ao princípio da precaução. O § 1º do art. 24[125] sugere a conversão em perdas e danos apenas se inviáveis a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente e, no caso de direitos ou interesses difusos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito. Nessa direção, o art. 25 do Projeto[126] determina que, mesmo na ação reparatória de danos, sempre que possível e independentemente do pedido do autor, a condenação deve consistir na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação ou compensação do dano sofrido.

---

pelo autor a medida coercitiva ou sub-rogatória, o que se revela um retrocesso, diante da vigente redação do arts. 84, § 4º, do CDC.

[125] § 1º do artigo 23, com as emendas do Congresso Nacional.

[126] Com as emendas do legislativo, o dispositivo está no artigo 24. Também aqui a expressão "independentemente de pedido do autor" foi suprimida do texto original, para exigir requerimento expresso do autor.

Recorde-se, também, que o Projeto[127] prevê que os recursos interpostos nas ações coletivas devam ser recebidos apenas no efeito devolutivo, salvo quando for relevante a fundamentação e houver possibilidade da decisão causar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz poderá atribuir o efeito suspensivo. A sistemática mostra-se interessante, especialmente diante do bem jurídico a ser protegido pela ação coletiva. Neste ponto, parece recomendável estabelecer o efeito devolutivo como regra, admitindo-se, em caráter excepcional, o efeito suspensivo, de acordo com a sistemática do agravo, já adotada no Código de Processo Civil (arts. 527, III e 558).

O Projeto, ademais, rompe a idéia, tão criticada no atual regime da vigente Lei de Ação Civil Pública, de que a coisa julgada haveria de produzir efeitos apenas no âmbito de competência do órgão prolator da decisão. A coisa julgada, aliás, segundo a redação do art. 32[128] operará *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados[129]

Por derradeiro, insiste o Projeto na aplicação das Leis nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, mantendo os privilégios à Fazenda Pública quanto à concessão de tutela antecipada contra ela. Aparentemente, será perdida a oportunidade para uma reflexão ampla sobre o assunto, porque, parece, permanecerão efervescentes as discussões travadas no item 6.4.[130]

---

[127] Artigo 31 do Projeto original; artigo 30, com as emendas da Câmara.

[128] Artigo 31 do texto emendado, que suprimiu do texto original a frase "independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados", sem que isso, aparentemente, traga conseqüências significativas.

[129] Não será objeto de estudo pormenorizado, porque estranho ao tema deste trabalho, o regime jurídico da coisa julgada no Projeto de Lei 5.139/2009, que traz mudanças significativas, as quais, contudo, não estão imunes a críticas, como aquelas já lançadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que propõe a manutenção da sistemática atual da coisa julgada, *in* http://www.jusbrasil.com.br/noticias/724374/mp-ve-riscos-no-anteprojeto-da-nova-lei-da-acao-civil-publica.

[130] O texto original assim estabelecia, no § 1º do artigo 69: § 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997. A

emenda proposta na Câmara, contudo, por conta da revogação das duas primeiras mencionadas leis, sugere a seguinte redação: § 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplicam-se ainda o disposto nas Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.494, de 10 de setembro de 1997 e 12.016, de 07 de agosto de 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil assegurou, entre os direitos fundamentais do cidadão, que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Trata-se da garantia de acesso à jurisdição.

Ocorre que a duração normal de um processo pode gerar risco ao direito material que se pretende tutelar. Para evitar mal desta ordem, o sistema brasileiro está estruturado de modo a contemplar soluções rápidas, destinadas a conservar situações ou antecipar efeitos da própria tutela definitiva pretendida. São medidas não definitivas (provisórias) e obtidas mediante cognição não exauriente (sumária). As principais foram objeto deste estudo: a tutela cautelar e a tutela antecipada, que até hoje são muitas vezes confundidas, apesar de terem traços característicos próprios.

A tutela cautelar é provisória e não satisfativa, objetivando apenas assegurar a futura obtenção do direito material deduzido. A tutela antecipada também é decisão provisória, mas que satisfaz, total ou parcialmente, o direito material deduzido de modo imediato. Por isso, trata-se de medida de cunho satisfativo.

E aqui mais uma vez invocamos o critério sugerido por Cássio Scarpinella Bueno, que nos parece bastante útil para distinguir essas duas modalidades de tute-

la provisória. Segundo ele, deve-se “verificar em que condições aquilo que se pretende “antecipar” coincide ou não com o que se pretende a final”.[131]

Assim, se houver coincidência entre o que se pretende obter definitivamente e o que se quer ver antecipado, a hipótese é de antecipação de tutela. Ausente a dita coincidência, trata-se de medida cautelar.

De todo modo, para amenizar a discussão, entendeu adequado o legislador estabelecer a fungibilidade entre as duas medidas (art. 273, § 7º do CPC), que se opera em via de mão dupla. Assim, requerida providência antecipatória, pode o juiz, entendendo ser o caso e presentes os requisitos, conceder medida cautelar incidental. Da mesma forma, formulado pedido de cautelar, estará autorizado o magistrado a conceder a antecipação de tutela, adequando-se apenas o rito processual da demanda originariamente proposta.

O Código de Processo Civil exige alguns requisitos à outorga da antecipação de tutela, quais sejam: a) obrigatórios: a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações; b) alternativos: o receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; c) a possibilidade de reversibilidade fática da provisão, embora esse requisito venha sendo atenuado, acertadamente, pela doutrina e jurisprudência.

No âmbito da Lei nº 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, também se previu a antecipação da tutela. O art. 84, § 3º da referida lei estabelece 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”. Os requisitos necessários à concessão da medida no Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do que dispõe o Código de Processo

[131] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 27.

Civil, são: a relevância do fundamento da demanda (*fumus boni juris)* e o receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), exatamente os mesmos exigidos para a concessão da cautelar.

No processo coletivo, não se pode olvidar a existência de um microssistema para a tutela dos direitos transindividuais, integrado, especialmente, pela Lei de Ação Civil Pública, pela Lei de Ação Popular, pela Lei do Mandado de Segurança (que disciplina o mandado de segurança coletivo) e, principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, que atuou como agente unificador do referido sistema.

Essa idéia, aliás, sugere busquemos nestas referidas leis as normas que mais favoreçam a proteção aos direitos materiais coletivos *lato sensu.* Daí que não é possível extrair nenhuma conclusão sobre a antecipação da tutela específica, sem que percorramos todos os diplomas supra-indicados, buscando a aplicação complementar do Código de Processo Civil, por determinação do art. 19 da LACP, sempre que ele não contrariar o espírito da tutela coletiva.

Exatamente por isso, podemos afirmar que os requisitos à concessão da tutela antecipada coletiva são exatamente aqueles previstos no art. 84, § 3º do CDC, dispensando-se, pois, a necessidade de prova robusta que permita a verossimilhança das alegações. Bastaria, pois, a relevância do fundamento, somada à ineficácia do provimento final.

Importante advertir que eventual irreversibilidade do provimento, aqui, "não deve ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina"[132]. É que os direitos discutidos na ação, na sua maioria indisponíveis e de significativa repercussão social, podem sugerir,

---

[132] BRASIL. STJ Resp nº 144.656/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ 27.10.1997, *in* NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F; BONDIOLI, Luis Guilherme A. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor,* p. 382.

pelo princípio da razoabilidade, a concessão da medida antecipatória, ainda que aparentemente irreversível a medida adotada.

Aliás, qualquer dos legitimados à propositura da demanda, incluindo aí o Ministério Público, inclusive quando atua como *custos legis*, pode requerer a medida antecipatória, que não pode ser concedida *ex officio*, em respeito ao princípio da demanda, externado no art. 273 do CPC, aplicado subsidiariamente. De outro lado, em se tratando de medida cautelar, o juiz está investido do poder geral de cautela (art. 798 do CPC), que lhe assegura a possibilidade de agir de ofício.

A redação original do Projeto de Lei nº 5.139/2009 parecia pôr fim a essa discussão, porque admitia, expressamente, a concessão da tutela antecipada, independentemente de pedido do autor (art. 17). Nada obstante, emenda oferecida na Câmara dos Deputados restabelece a necessidade de pleito do interessado, caracterizando clara involução da tutela coletiva, que poderia se libertar das amarras do art. 273 do CPC[133].

No âmbito da tutela coletiva específica das obrigações de fazer e não fazer, deve-se repudiar a ultrapassada idéia estampada no art. 247 do vigente Código Civil, segundo a qual, não cumprida a prestação ajustada, restaria apenas execução genérica. Ao longo do tempo, ficou clara a necessidade de criar mecanismos para a tutela cominatória (daí a classificação quinária proposta por Pontes de Miranda das decisões judiciais, que já vislumbrava a existência de provimentos que dispensavam o procedimento executivo autônomo: as mandamentais e as executivas), visando a compelir o devedor a adotar a conduta esperada. Esses mecanismos atuam, ora na vontade do devedor (indiretos), ora em substituição à sua própria conduta (diretos) e

[133] O retrocesso pode ser visto, também, na emenda oferecida na Câmara dos Deputados, que passou a exigir pedido expresso da parte para a concessão das medidas de coerção, diretas ou não.

podem ser aplicados pelo juiz independentemente de pedido expresso do autor, principalmente em sede de tutela antecipada, desde que o pleito de antecipação tenha sido expressamente formulado (daí falar-se em antecipação da tutela específica).

No primeiro caso (meios indiretos), tem-se a multa cominatória (*astreinte*), que deve ser fixada em valor considerável, para preservar seu caráter intimidatório e coativo, constrangendo o executado ao cumprimento do julgado[134], sem prejuízo, se for o caso, da imposição da multa prevista no art. 14, parágrafo único do CPC, esta não destinada à parte.

As *astreintes* serão devidas após a intimação pessoal do devedor do descumprimento da ordem exarada, mas exigíveis depois do trânsito em julgado da sentença. Essa posição parece garantir maior segurança jurídica, especialmente porque o destinatário da multa é o autor da demanda e eventual levantamento por ele realizado dos valores porventura satisfeitos a este título pode tornar-se irreversível.

Assim, improcedente a demanda, após cognição exauriente, eventual multa arbitrada ao réu em antecipação de tutela específica há de ser desconsiderada, tendo em vista o equívoco da decisão que a fixou. Não se confunde, pois, a multa cominatória decorrente do descumprimento de ordem judicial (*astreinte*) com aquela prevista no art. 14, V e parágrafo único do CPC, que tem nítido caráter sancionador, sempre devida, mesmo que os pedidos venham a ser julgados improcedentes.

Recorde-se, ademais, que, na ação coletiva, as *astreintes* serão revertidas ao fundo de que cuida o art. 13 da LACP (cf. art. 100 do CDC).

---

[134] Recorde-se que o juiz pode de ofício, a qualquer tempo, modificar o valor arbitrado, sempre que verificar que se tornou insuficiente ou excessivo (art. 461, § 6º do CPC)

Há quem sustente, ainda, a possibilidade da prisão do executado, cabível em situações extremas, como medida de coação. O posicionamento que a admite, contudo, apresenta afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, que veda a prisão civil por dívida. De todo modo, ainda que se sustente ter a prisão caráter punitivo, viu-se que não há na legislação penal, diante das modificações trazidas pela Lei nº 9.099/1995, autorização para a prisão em flagrante pela prática do crime de desobediência. Tal posicionamento parece-nos o mais adequado, inclusive, no processo coletivo.

Neste sentido, aliás, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reformou a decisão do juízo *a quo*, que ordenou a prisão dos sócios de empresa poluidora:

> OBRIGAÇÃO DE FAZER - Execução de sentença proferida em ação civil pública ambiental - Art 461, do CPC, que autoriza outros tipos de medida, mas nunca a prisão dos diretores, mormente em tais circunstâncias, sob pena de consubstanciar nítida e inegável espécie de prisão civil, de regra vedada expressamente pela Constituição da República (art. 5o, inc. LXVII) - Recurso provido. [135]

Se os meios de coerção indiretos não forem adequados à tutela específica, pode o magistrado valer-se do rol exemplificativo do § 5º do art. 461 do CPC, que estabelece medidas substitutivas da conduta do devedor, que visam a atingir resultado prático equivalente, obtendo-se decisão de eficácia executiva *lato sensu.* Exemplificando, cita Marcelo Buzaglo Dantas:

> (...) se numa ação civil pública é acolhido pedido de paralisação das atividades de uma fábrica que esteja emitindo gases poluentes na atmosfera, a tutela específica da obrigação de não fazer consistirá exata e justamente na observância voluntária ao preceito, ao passo que o resultado prático equivalente será obtido com o lacre forçado dos dutos, por determinação do juízo.
> De outro lado, pode ocorrer, ainda, que, após a instrução processual, constate-se a existência de uma solução alternativa à interdição pura e simples da empresa, com o que, muitas vezes, também ocorrem sérios prejuízos

[135] SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento nº 294.123.5/0-00, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Paulo Travain, j. 26.02.2003.

> (demissão de funcionários etc). Suponha-se, por exemplo, a descoberta de uma nova tecnologia de filtragem dos gases, que, se instalada no local, atingirá os mesmos objetivos da paralisação das atividades. Neste caso, embora não tenha sido expressamente postulada, a adoção desta providência é perfeitamente possível pelo juiz, a teor do que estabelece a parte final do dispositivo em apreço.[136]

Vale dizer que, ainda que não postulada medida sub-rogatória específica, pode o juiz concedê-la, na medida em que se mostre mais adequada à tutela do direito transindividual (*v.g*. interdição de estabelecimento, demolição ou desfazimento de obra, requisição de força policial).

Parece-nos, além disso, ter o processo coletivo privilegiado a tutela específica em detrimento da tutela reparadora, genérica, que só deverá ser buscada como última opção, quando aquela tornar-se impossível, não cabendo, pois, ao autor da demanda, que age como substituto processual ou como legitimado autônomo e não é o titular do direito material pleiteado, o poder de optar por uma ou por outra, tudo de modo a permitir a preservação do interesse da coletividade e a efetividade da provisão jurisdicional. A ordem do art. 84, *caput* e § 1º do CDC deve, pois, ser rigorosamente respeitada[137].

E em respeito ao princípio da precaução é que a tutela específica antecipada ganha maior relevância, não parecendo razoáveis os benefícios criados em favor da Fazenda Pública, quando em demanda que objetiva a antecipação de tutela contra ela. Por isso, toda discussão acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 8.437/1992, que desprestigiam os direitos coletivos *lato sensu*, na maioria das vezes, indisponíveis e merecedores de imediata proteção.

---

[136] DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental, in* MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios, p. 403.*

[137] Neste ponto, andou bem o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que expressamente proclamou a preferência pela tutela específica em relação à tutela reparadora, que só deve ser utilizada, se inviável a primeira.

Assim, a prestação imediata da tutela *in natura* reveste-se de absoluta prioridade nas ações coletivas, especialmente quando comparada àquela ressarcitória, que se mostra, na maioria dos casos, inadequada a restabelecer o *status quo ante*, pela própria característica do direito violado, nem sempre reparável ou quantificável.

O processo tem, portanto, de ser visto como mecanismo de consolidação dos direitos materiais e, por isso, a ampliação dos poderes do magistrado, nos termos dos citados arts. 83 e 84 do CDC, servirá "para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto"[138]

Fala-se, por isso mesmo, na necessidade de tutela jurisdicional adequada e, por isso, célere e efetiva à proteção dos direitos da sociedade de massa; daí a importância do tema objeto de estudo neste trabalho.

---

[138] WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 857.

ANEXO 1

Projeto de Lei nº 5.139/2009

SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES

EM nº 00043 - MJ

Brasília, 8 de abril de 2009.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência anteprojeto de lei que regula a Ação Civil Pública, com vistas a adequá-la ao comando normativo da Constituição.

2. O anteprojeto também objetiva ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985.

3. O Código de Processo Civil, de 1973, balisador da disciplina processual civil, mas ainda fundado na concepção do liberalismo individualista, não responde neste novo estágio de evolução jurídico-científica ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual – IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, respectivamente.

5. Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido em junho de 2008 pela Advocacia-Geral da União, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil.

6. Diante desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva.

7. Dentre as inúmeras inovações do anteprojeto, destacam-se:

a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma;

b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública;

c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos;

d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos;

e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Civis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça;

f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Civil Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal;

g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos;

h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade;

i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador;

j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário;

k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e

l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94).

8. As propostas foram discutidas com a sociedade em diversas oportunidades. As sugestões apresentadas foram amplamente debatidas na Comissão.

9. Por derradeiro, os avanços consubstanciados na proposta terão amplo e imediato reflexo na forma de tutelar os direitos coletivos no Brasil, o que representa um passo importante rumo ao acesso à justiça e à efetividade da tutela coletiva.

10. Essas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, são as razões que fundamentam a proposta que ora submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Tarso Fernando Herz Genro
Ministro de Estado da Justiça

SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES

PROJETO DE LEI

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos 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; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II
DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III
DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2° O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV
DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o **caput** do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no **caput**, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no **caput**, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do **caput**, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V
DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI
DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada **erga omnes**, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no **caput** e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do **caput** à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no **caput**, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos **ex nunc**.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII
DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no **caput**, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII
DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX
DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X
DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI
DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no **caput**.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as pecularieda des e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; e

XII - a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,

ANEXO 2

(Projeto de Lei nº 5.139/2009, com as alterações da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, de 4 de março de 2010)

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
PROJETO DE LEI Nº 5.139, DE 2009

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.
Autor: Poder Executivo
Relator: Deputado Antonio Carlos Biscaia

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

I – RELATÓRIO

A proposição em epígrafe, de autoria do Poder Executivo, tem por objetivo disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O primeiro parecer apresentado acolheu as emendas de números 2, 4 a 7, 9 e 10 e rejeitou as emendas de números 1, 3, 8 e 11.

A este primeiro substitutivo foram apresentadas, então, 100 (cem) emendas pelos integrantes desta Comissão, tendo sido acolhidas as de nºs 3, 40, 58, 79 e 95 e rejeitadas as emendas nºs 1, 2, 4 a 39, 41 a 57, 59 a 78, 80 a 94 e 96 a 100.

Aprovada a criação de uma Subcomissão especial para estudar o projeto foram apresentadas diversas sugestões de alterações pelos integrantes,

das quais 17 (dezessete) foram acolhidas e incorporadas ao texto do 2º Substitutivo apresentado.

É o relatório.

II – VOTO

Após as discussões e debates realizados no plenário desta Comissão no final do ano passado resolvemos acolher novas alterações ao texto do Projeto num total de 08 (oito), as quais passo a enumerar:

1ª) **Art. 3º, inciso IV:**

(...)

IV- tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;"

2ª) **Art. 6º, inciso VII:**

"(...)

VII – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais."

3ª) **Art. 11, §2º:**

"(...)

§2º - Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, a recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura de ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública."

4ª) **Art. 17, §3º:**

"(...)

§3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados."

5ª) **Art. 27, caput:**

"O juiz poderá impor multa pessoal, de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, ao agente público ou representante da pessoa jurídica de direito privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação pessoal e o contraditório prévio."

6ª) **Supressão do Artigo 31 que prevê o reexame necessário em caso de improcedência do pedido.**

7ª) **Art. 46, caput:**

"Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada."

8ª) **Art. 68, §1º:**

"(...)

"§1º. À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplicam-se o disposto nas Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.494, de 10 de setembro de 1997 e 12.016, de 07 de agosto de 2009."

Por todo o exposto, apresento complementação de voto com substitutivo, acolhendo sugestões de alterações realizadas durante os debates no plenário desta Comissão, nos termos do art. 57, inciso XI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Sala da Comissão, em 03 de março de 2010.

Deputado Antonio Carlos Biscaia
Relator

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
TEXTO FINAL COMPILADO
SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 5.139, DE 2009

Disciplina a ação civil pública para a tutela de direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, da previdência e assistência social, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude, das pessoas portadoras de deficiência e do trabalhador;

III - da ordem social, política, econômica, urbanística e financeira, da cidadania, da economia popular, da livre concorrência, das relações de trabalho e sindicais, do patrimônio genético, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§1.º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§2.º É cabível a propositura de ação civil pública, pelo Ministério Público Militar, para a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e indivi-

duais homogêneos relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar ou ato praticado por autoridade militar.

Art. 2.º A tutela coletiva abrange os direitos ou interesses:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos 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; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§1.º A tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§2.º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II
DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3.º A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento dasdecisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva.

CAPÍTULO III
DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4.º. É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§1.º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§2.º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§3.º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5.º. A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§1.º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§2.º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas a versar sobre o mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§3.º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6.º. São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades deeconomia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais.

§1.º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de 1 (um) ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§2.º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§3.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive formado por Ministérios Públicos entre si, por Defensorias Públicas entre si, ou entre uns e outros.

§4.º As pessoas jurídicas de direito público cujos atos sejam objeto de impugnação poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que a medida se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7.º. É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da lide.

§1.º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§2.° O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habi litação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando tal comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§3.º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8.º. Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o

Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 9.º. Não haverá extinção do processo coletivo por ausência das condições da ação ou de pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício, quando cabível, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis em prazo razoável a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV
DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§1.º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§2.º A petição inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o caput do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva a versar sobre bem jurídico correspondente.

§3.º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

§4.º Em caso de tutela de urgência ou de impossibilidade justificada, a petição inicial poderá ser apresentada sem o comprovante de consulta, devendo o juiz ordenar sua ulterior apresentação.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a petição inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finali-

dade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§1.º Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§2.º Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, a recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a intimação pessoal do Ministério Público e, quando for o caso, da Defensoria Pública e, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos, a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos direitos ou interesses objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados direitos ou interesses, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias ou superior a 60 (sessenta) dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sendo de 60 (sessenta) dias o prazo para a resposta.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o saneamento do processo, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da ação e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, a requerimento do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§1.º Atendidos os requisitos do caput, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§2.º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§3.º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a ação será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores.

§1.º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§2.º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§3.º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão ajustar-se sobre o modo de cumprimento da obrigação ou sobre garantias mínimas em favor da coletividade lesada.

§4.º Obtido o acordo, será esse homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos direitos ou interesses difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração, podendo atribuir o ônus da prova ou seu custeio a quaisquer das partes;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova e das despesas com seu custeio, diante de fatos novos, observados o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Parágrafo único. Todos os meios lícitos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação coletiva e a defesa, inclusive as evidências por amostragem, por estatísticas e os diagnósticos sociais.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria da prova.

Parágrafo único. Não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial, competirá ao juiz indicar e nomear o perito, bem como decidir sobre o pagamento de seus honorários e das despesas processuais decorrentes da nomeação, podendo determinar o seu custeio com recursos do fundo de que trata o art. 65 desta Lei.

CAPÍTULO V
DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 22. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 23. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará, a requerimento do autor, a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

§1.º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de direitos ou interesses coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§2.º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 24. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível, a requerimento do autor, a conde-

nação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e a requerimento do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 25. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de cumprimento de sentença, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 26. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação
de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§1.º Quando o cumprimento da sentença envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§2.º Para fiscalizar os atos de liquidação e o cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§3.º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§4.º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valo-

res, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§5.º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de 1 (um) ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§6.º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão acordar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com o acordo, propondo nesse caso ação individual no prazo de 1 (um) ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 27. O juiz poderá impor multa pessoal, de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, ao agente público ou representante da pessoa jurídica de direito privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação pessoal e o contraditório prévio.

Parágrafo único. Caso o agente não seja o competente para a prática do ato, deverá ele indicar ao juiz a pessoa responsável.

Art. 28. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 29. O juiz poderá, assegurado previamente o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos direitos e interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§1.º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da pessoa jurídica.

§2.º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e cumprimento da sentença.

§3.º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI
DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 30. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe efeito suspensivo.

Art. 31. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes.*

Art. 32. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 33. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§1.º Não serão admitidas novas ações individuais relacionadas com direitos ou interesses individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§2.º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no §1.º e à questão de fato o previsto no caput e no §6.º do art. 37.

§3.º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados da propositura da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1.º e 2.º.

§4.º A alegação de falta de comunicação prevista no §3.º incumbe ao membro do grupo, devendo o réu da ação coletiva comprovar a comunicação.

Art. 34. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo em caso de atuação de má-fé do autor.

Art. 35. Nas ações coletivas que tenham por objeto direitos ou interesses difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, para reparação dos danos individualmente sofridos, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do caput à sentença penal condenatória.

Art. 36. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão dessas, até o julgamento da ação coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§1.º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a ação individual conceder medidas de urgência.

§2.º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de ação coletiva a versar sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente.

§3.º A ação individual somente poderá ter prosseguimento a pedido do autor, se demonstrada mediante fundamentos idôneos a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da ação coletiva.

§4.º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência dessa e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório

da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que tem direito.

§5.º No prazo de 90 (noventa) dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§6.º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de 30 (trinta) dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 37. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá propor ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de 1 (um) ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para alterar seu resultado.

§1.º A faculdade prevista no caput, nas mesmas condições, fica assegurada ao réu da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos *ex nunc*.

§2.º Para a admissibilidade da ação prevista no §1.º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que deverá ser superior a 10% (dez por cento) do conteúdo econômico da demanda.

Art. 38. A ação rescisória para desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais colegitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII
DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 39. É competente para a liquidação e cumprimento da sentença coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e o cumprimento da sentença serão coletivos, sendo promovidos por qualquer dos legitimados à ação coletiva.

Art. 40. É competente para a liquidação e cumprimento da sentença de forma individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§1.º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o devedor será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§2.º Na hipótese do §1.º, o devedor será intimado para a execução após a penhora.

Art. 41. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão somente, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 42. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de cumprimento de sentença por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 43. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§1.º No caso de direito ou interesse individual homogêneo cujos titulares ainda não sejam nominalmente conhecidos, o depósito será feito em conta judicial vinculada ao processo, observados os requisitos do caput; sendo, após o decurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos para que os lesados individuais requeiram o levantamento da parte que lhes caiba, o dinheiro revertido para o fundo de que trata o art. 65 desta Lei.

§2.º Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 44. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo de 1 (um) ano contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e o cumprimento da sentença coletiva quanto à indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 45. Havendo condenação em pecúnia, originária de ação relacionada a direitos ou interesses difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada a critério desse, ouvido o Ministério Público, na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§1.º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§2.º Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII
DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 46. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, medi-

ante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 47. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 48. O compromisso de ajustamento de conduta terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de sua homologação judicial, hipótese em que terá eficácia de título executivo judicial.

Parágrafo único. Quando o compromisso de ajustamento de conduta versar sobre bem indisponível, poderão ser estipuladas regras quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 49. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios legais, inclusive mediante intervenção na pessoa jurídica de direito privado, quando necessária.

§1.º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§2.º Nas hipóteses do §1.º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo procurador do credor coletivo.

§3.º Qualquer um dos colegitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de liquidação e execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro colegitimado.

§4.º Quando o ajustamento abranger direitos ou interesses individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§5.º Nos casos do §4.º, o indivíduo interessado poderá optar por propor a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajus-

tamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 50. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§1º. Da instauração do inquérito civil, caberá recurso do interessado ao Conselho Superior do Ministério Público;

§2º. O prazo de interposição do recurso será de 5 (cinco) dias a contar da intimação do ato impugnado.

Art. 51. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais colegitimados com relação ao mesmo objeto.

§1.º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até 15 (quinze) dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§2.º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§3.º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis, em manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX
DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 52. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§1.º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§2.º No prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento a dispor sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§3.º O regulamento de que trata o §2.º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de ações coletivas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 53. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§1.º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§2.º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento a dispor sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 54. A sentença do processo coletivo condenará o réu, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§1.º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§2.º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais ou quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado e periciais, custas e demais despesas processuais, salvo em caso de comprovada má-fé.

Art. 55. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé será condenado ao pagamento das despesas processuais, dos honorários advocatícios e de até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI
DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 56. O réu, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§1.º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja ação em curso, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§2.º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos direitos e interesses referidos no caput.

§3.º Em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela ação.

§4.º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos direitos ou interesses referidos no caput, assegurados a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 57. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo se a ação houver sido proposta, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, na hipótese de inexistência de ação em curso.

Art. 58. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 59. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 60. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 61. Os juízes e tribunais que, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação coletiva, inclusive a existência de diversas ações individuais a tramitar contra o mesmo réu, com identidade de fundamento jurídico, oficiarão ao Ministério Público, com remessa de cópia ao órgão superior competente e, quando cabível, a outros legitimados.

Parágrafo único. Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 62. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 63. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 64. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

§1.º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6.º.

§2.º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar-se, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 65. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 45, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da ação e o direito ou interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no caput.

Art. 66. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam tais ações.

Art. 67. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§1º. À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplicam-se o disposto nas Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.494, de 10 de setembro de 1997 e 12.016, de 07 de agosto de 2009.

§2º. A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas

de que trata esta Lei, far-se-á na forma do art. 730 da Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973.

Art. 68. O art. 342 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial ou administrativo, inquérito policial, inquérito civil ou em juízo arbitral. (NR)"

Art. 69. Esta Lei entra em vigor no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua publicação.

Art. 70. Ficam revogados:

I - a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3.º a 7.º da Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3.º da Lei n.º 7.913, de 7 de dezembro de 1989.

IV - os arts. 209 a 211, 212, caput e §1.º, 213, e 215 a 224 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7.º da Lei n.º 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2.º e 2.º-A da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - o art. 4.º, na parte em que altera o art. 2.º-A da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, e o art. 6.º da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 81, 82, caput, 83, 85 a 89 e 92, da Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003; e

XII - a Lei n.º 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Sala da Comissão, em 03 de março de 2010.

Deputado Antonio Carlos Biscaia

Relator

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALMEIDA, João Batista. *A ação coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos*. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 34*.* São Paulo, 2000.

_____. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A proteção jurídica do consumidor.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Manual de Direito do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro:* um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Manual de ações constitucionais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *O direito de defesa e a efetividade do processo: 20 anos após a vigência do Código. Revista de Processo*, v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Tutela antecipatória. Liminares, in.* Obra coletiva coordenada por Tereza de Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *et al*. *Código do Consumidor comentado.* 2. ed. São Paulo: 1995.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução.* 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil.* São Paulo Atlas, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil.* 12. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005

_____. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. Temas de direito processual – 4 série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Temas de direito processual - 7 série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Códigos Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal.* Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Constituição Federal*: Saraiva, 2009.

_____. *Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Revogada pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em 10.03.2010.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em 10.03.2010.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8437orig.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandadod e segurança individual e coletivo e dá outras providências.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 15.02.2010.

_____. *Projeto de Lei nº 5.139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, in* Subchefia de Assuntos Parlamentares da Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm. Acesso em 15.03.2010.

_____. *Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, in Câmara dos Deputados*. Disponível em www.camara.gov.br/sileg/integras/740183.pdf. Acesso em 15.03.2010.

BRASIL. STF. RE 349.703/RS, Tribunal Pleno, Relatores Ministro Carlos Britto e Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03.12.2008. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp. Acesso em 25.02.2010.

_____. STF. RE 466.343/SP,Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluzo, julgado em 03.12.2008. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp. Acesso em 25.02.2010.

_____. STJ. AgRg nos EREsp 796.509/RS, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 11.10.2006. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em 10.03.2010.

_____. STJ. Resp nº 88.583/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.10.1996. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em 10.03.2010.

_____. STJ. Resp 793.491/RN, 4ª Turma. Relator Ministro César Asfor Rocha, julgado em 26.09.2006. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em 10.03.2010.

_____. STJ. Resp nº 144.656/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 27.10.1997, *in* NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F; BONDIOLI, Luis Guilherme A. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor,* p. 382.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva.* v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança.* São Paulo: Saraiva, 1989.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. X, t.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência: análise teórica e dogmática.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Susana Henrique da (coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceptuais.* São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. Revista do Advogado*, n. 89. São Paulo, 2006.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental, in* MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, José Augusto. *Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e Jurisprudências do STF. Revista de Processo,* v. 25. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezione introduttive.* Il Mulino, 1989, *in* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 2. Salvador: Edições JusPodium, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 4. Salvador: Juspodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 1997.

ESTEVES, Carolina Bonadiman, *in* COSTA, Susana Henrique da (coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Ação civil pública. Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipada, in* MILLARÉ, Edis (coord.). Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Pablo. *Novo curso de direito civil.* V.2. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARBI, Carlos Alberto. *Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. RT*, v. 782. São Paulo, 2000

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Código de Processo Civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito. Revista de Processo,* n. 111. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil.* Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2004.

_____. *Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUIRGA, Maria Francesca. *Principi generale del proceso e misuri provvisorie*. Rivista di diritto procesuale 2/489-510. CEDAM, aprile/giugno, 1997, *in* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro,* v. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Precessual Civil Brasileiro.* v. 1, 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas. Identidade total ou parcial. Conexão, continência e litispendência. A aparente diversidade no pólo ativo. Conflito positivo de competência. Reunião dos processos perante o juízo prevento, in A marcha do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas. Revista do Advogado*, n. 89. São Paulo, 2006.

_____. *et al*. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kasuo; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Atlas, 2008.

JUSBRASIL. *MP vê riscos no anteprojeto da Nova Lei da Ação Civil Pública.* Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/noticias/724374/mp-ve-riscos-no-anteprojeto-da-nova-lei-da-acao-civil-publica. Acesso em 10.03.2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado.* 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. *Teoria geral da ação civil pública.* 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Henrico Túlio. *Processo de execução.* 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil: doutrina geral dos direitos obrigacionais. v*. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

LOPES DOS SANTOS, Sebastião Donizete. *Tutela coletiva de urgência: da individual à coletiva - uma proposta de sistematização.* 2009 (Mestrado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento.* v. 2. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Paulo Afonso. *Direito Ambiental Brasileiro.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Interesses difusos. Conceito e Legitimação para agir.* 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual do Consumidor em Juízo.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência.* Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediatada sentença.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva).* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sério Cruz. *Curso de processo civil: execução.* v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MAZZEI, Rodrigo Dias. NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juizo.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro*. Ações coletivas no direito comparado e nacional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Samuel. *Projeto e monografia jurídica: orientações para a elaboração do projeto de pesquisa e monografia jurídica. 4*.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009.

MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85. Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Ação civil pública – 15 anos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil.* v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto F. BONDIOLI, Luis Guilherme A. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *et. al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Código de Processo Civil comentado.* 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Juarez de (coord). *Comentários ao código de proteção do consumidor.* São Paulo: Saraiva, 1991.

PANUTTO, Peter. *Tutela específica nos procedimentos especiais.* Campinas: Millennium Editora, 2006.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIZZOL, Patrícia. *Liquidação nas ações coletivas.* São Paulo: Lejus, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. t. 1 e t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

_____. *Tratado das ações.* t.1 e t.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação cível nº 70.09.031.808, 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 10.11.2004. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris. Acesso em 07/03/2010

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Valdeci dos. *Teoria geral do processo.* Campinas: Millennium Editora, 2007.

SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento nº 081.168.5/7, da 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Sérgio Pitombo, julgado em 09.09.1998. Disponível em http://www.tj.sp.gov.br/Servico/Consulta2Instancia.aspx. Acesso em 15/02/2010.

SÃO PAULO. TJSP. Agravo de Instrumento nº 294.123.5/0-00, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Paulo Travain, julgado em 26.02.2003. Disponível em http://www.tj.sp.gov.br/Servico/Consulta2Instancia.aspx. Acesso em 26/03/2010.

SÃO PAULO. TJSP. Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada em ACP 47026/0-2, Presidente Desembargador Dirceu de Melo, julgado em 23.01.1998, *in* NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado.* 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SHIMURA, Sérgio, *in* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais.* v.2. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Roberto Aguiar Munhos. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral.* São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *As tutelas típicas relativas a deveres de fazer e não fazer e a via do art. 461 do CPC. Revista de Processo,* v. 25. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega da coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARZIA, Giuseppe. *Considerazioni Conclusive,* in *Les Mesures Provisoires em Procédure Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1985, *in* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento.* v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Processo de execução e cumprimento da sentença.* 24. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2007.

TOMMASEO, Ferrucio. *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria.* Padova: Cedam, 1983.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo.* São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva.* São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. Revista de Processo,* v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1995.

WATANABE, Kasuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: Bookseller, 2000.

_____. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. Revista de Processo,* n. 139. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *et. al*. *Código do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZANELATO, Marco Antonio. *A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. Revista do Advogado,* n. 89. São Paulo, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo