

**SÉRGIO DE OLIVEIRA SILVA JÚNIOR**

**TUTELAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS: TUTELA INIBITÓRIA  
COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA O ALCANCE DA PRESTAÇÃO  
JURISDICIONAL**

**RIBEIRÃO PRETO**

**2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**SÉRGIO DE OLIVEIRA SILVA JÚNIOR**

**TUTELAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS: TUTELA INIBITÓRIA  
COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA O ALCANCE DA PRESTAÇÃO  
JURISDICIONAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.

RIBEIRÃO PRETO

2009

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

S586t Silva Junior, Sérgio de Oliveira, 1979 -  
Tutela de urgência nas ações coletivas: tutela inibitória  
como instrumento adequado para o alcance da prestação  
jurisdicional / Sérgio de Oliveira Silva Junior. - - Ribeirão Preto,  
2009.  
109 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos e  
Função social do direito. Ribeirão Preto, 2009.

1. Direito. 2. Tutela. 3. Tutela inibitória. I. Título.

CDD: 340

# **TUTELAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS: TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA O ALCANCE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Palavras-chave: tutelas, urgência, inibitória, coletiva

RESUMO: A tutela jurisdicional repressiva tem se mostrado, em muitos casos concretos absolutamente ineficazes, por não viabilizar ao processo o cumprimento do seu dever, qual seja, o restabelecimento da parte vencedora ao *status quo ante*. Para evitar a ocorrência do dano, há a possibilidade de ser utilizada a tutela inibitória, também denominada tutela preventiva. A ausência de legislação codificada hábil a regulamentar as lides coletivas, aliada à complexidade das questões relacionadas à tutela inibitória, tem sido alguns dos fatores que tem contribuído para a tímida utilização das tutelas preventivas nas demandas que envolvem direitos da coletividade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1. A crise do Poder Judiciário e a tutela jurisdicional adequada.....	08
1.1. O acesso à ordem jurídica justa e o Direito Constitucional de Ação.....	09
1.2. Os conflitos de massa.....	14
2. Breve histórico acerca da tutela dos interesses transindividuais.....	21
2.1. Os novos direitos e as novas formas de tutela jurisdicional.....	28
2.2. Conjugação das normas relacionadas à tutela processual coletiva.....	37
2.3. A “razoável duração do processo” como direito e garantia fundamental (art. 5., LXXVIII, CF).....	40
3. As tutelas de urgência nas ações coletivas.....	45
3.1. Requisitos autorizadores.....	51
3.2. As liminares nos processos coletivos: a relevante questão do controle de constitucionalidade em sede de ação coletiva.....	55
3.3. Liminares contra o Poder Público.....	62
4. Tutela inibitória: novo paradigma para a efetividade do processo.....	66
4.1. Tutela inibitória e sua importância para o direito processual constitucional...69	
4.2. Fundamentos da tutela inibitória.....	73
4.3. A questão probatória na tutela preventiva.....	77
4.3.1. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas tutelas preventivas.....	83
4.3.2. Inversão do ônus da prova versus teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.....	88
5. Eficácia da tutela inibitória coletiva.....	95
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>105</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

A adequação do processo à realidade material constitui hoje um dos grandes desafios enfrentados pela moderna ciência processual, notadamente com o desenvolvimento do estudo das tutelas coletivas.

Diante dos novos desafios apresentados pela sociedade moderna, e pelas novas modalidades de relações jurídicas que ela aporta, a tutela inibitória ou preventiva constitui instrumento eficaz à proteção que se amolda às necessidades de certas situações em que a ocorrência do dano pode resultar em consequências irreversíveis.

A tutela inibitória coletiva, pouco explorada e estudada no Brasil, tem por enfoque não o dano, como as tradicionais tutelas, mas sim o ilícito, ou seja, a probabilidade de dano.

Para a exposição do tema proposto foi adotada a metodologia dedutiva, partindo-se das tutelas de urgência no sistema processual brasileiro, tendo por escopo final as tutelas inibitórias coletivas.

No primeiro capítulo será abordada a crise do Poder Judiciário diante do gradativo aumento de conflitos e a tutela jurisdicional adequada para solucioná-los num tempo razoável, destacando a necessidade de melhor sistematização das normas processuais coletivas.

Será abordado o acesso à ordem jurídica justa e o direito constitucional da ação, pois não há que se falar em observância do princípio constitucional da devida prestação jurisdicional em casos em que esta torna-se ineficaz diante da ausência de instrumentos hábeis a recompor os prejuízos causados pelo ato ilícito.

Os conflitos de massa, diante das suas peculiaridades, também serão abordadas no referido capítulo.

No capítulo seguinte será traçado um breve histórico acerca da tutela dos interesses transindividuais, reportando, inclusive, ao período romano.

Ao tratar dos novos direitos e das novas formas de tutela jurisdicional, será destacada a insuficiência da classificação trinária, qual seja, tutelas declaratória, constitutiva e condenatória.

As tutelas de urgência propriamente ditas serão estudadas no terceiro capítulo, com especial ênfase para os requisitos autorizadores e as liminares nos processos coletivos e contra o Poder Público.

Tanto as tutelas cautelares quanto antecipatórias, nos termos em que concebidas no Código de Processo Civil, estão diretamente relacionadas ao risco de dano ao processo, bem como aos interesses das partes. O processo com duração demasiada, além de prejudicar as partes envolvidas na relação processual, ocasiona, ainda, efeitos negativos a toda coletividade, sendo fonte de angústia e descrédito para a sociedade, causando o chamado dano marginal.

As tutelas inibitórias, por suas vezes, estão relacionadas ao ilícito ou a probabilidade de sua ocorrência, constituindo um novo paradigma para a efetividade da prestação jurisdicional, assunto que será tratado no quarto capítulo.

As questões relacionadas à eficácia da tutela inibitória coletiva, tanto no âmbito subjetivo quanto territorial serão abordadas nos subcapítulos, oportunidade em que será evidenciada a necessidade de flexibilizar e relativizar conceitos e institutos processuais.



Indiscutível a relevância do assunto, notadamente diante dos novos conflitos coletivos que para serem solucionados dependem da conjugação de normas esparsas pelo ordenamento jurídico.

## **1. A crise do Poder Judiciário e a tutela jurisdicional adequada.**

No atual estágio dos conhecimentos científicos, há consenso entre os estudiosos de que não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*). Não haveria, então, lugar para o direito, na ilha do solitário *Robison Crusóé*.

Exerce o direito função ordenadora da sociedade, dirimindo e compondo os conflitos daí advindos. Tal função é desempenhada pelo Poder Judiciário, poder este dotado de autonomia e inúmeras prerrogativas imprescindíveis para o desempenho de seu *mister*.

A morosidade na prestação jurisdicional constitui fato notório e conhecido por todos, tendo como causa uma série de fatores, dentre os quais pode-se destacar a grande quantidade de processos e a insuficiência de recursos para a contratação de servidores e investimento maciço em tecnologia.

No ano de 2008 o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, divulgou dados alarmantes relacionados à quantidade de processos em trâmite.

No final do ano acima referido, a Justiça Estadual contava com 11.108 magistrados, tendo sido julgados 1,7 milhão de processos<sup>1</sup>.

A tutela coletiva tem se mostrado como uma das alternativas para se evitar a ruptura entre o Direito e a sociedade, pois num único instrumento torna-se possível solucionar os interesses de dezenas, centenas e até milhares de pessoas. A tutela coletiva consegue compatibilizar economia, celeridade e eficácia num único instrumento.

---

<sup>1</sup> Informações disponíveis no site [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 06 dez. 2009. Pesquisa na íntegra colacionada no anexo I.

Estas ações, todavia, exigem uma disciplina processual própria, com peculiares princípios e regras interpretativas, como bem observado por Elton Venturi:

*De fato, constitui pressuposto fundamental para o implemento da tutela coletiva perceber as peculiaridades do objeto a ser tutelado por intermédio do processo coletivo, distintas daquelas ínsitas aos direitos de cunho individual<sup>2</sup>.*

Diante da ausência de codificação das normas processuais coletivas, dificuldades têm sido encontradas pelos operadores do Direito em operacionalizar referidas normas, por encontrarem-se esparsas no sistema processual brasileiro.

### **1.1. O acesso à ordem jurídica justa e o direito constitucional de ação.**

A garantia constitucional à ordem jurídica justa, prevista no art. 5., inciso XXXV, da Constituição Federal não pode ser confundida com acesso ao Judiciário<sup>3</sup>.

Confere a Constituição Federal ao jurisdicionado a obtenção do que lhe é efetivamente devido, àquilo que seria obtido se não tivesse havido resistência por parte do recalcitrante em cumprir com a obrigação assumida.

---

<sup>2</sup> **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

<sup>3</sup> “Art. 5., inciso XXXV, da CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em outras palavras, o mandamento constitucional garante ao jurisdicionado não apenas o acesso ao Judiciário, mas sim à obtenção da que lhe é efetivamente devido, à ordem jurídica justa.

Para que seja cumprido o mandamento constitucional, o Judiciário tem por obrigação não apenas apreciar a pretensão alegada, mas dar uma resposta dentro de um prazo razoável, de modo a não transformar o provimento jurisdicional em algo inútil, sem qualquer relevância ou efeito prático capaz de efetivamente tutelar o direito violado.

A duração excessiva do processo ou a má operacionalização das regras processuais contrapõe-se à sua efetividade e fere os direitos fundamentais do cidadão.

O direito constitucional de ação refere-se ao direito a uma tutela jurisdicional adequada, capaz de efetivamente assegurar o direito reclamado. Por ter o Estado reservado para si a exclusividade na dicção do direito, a assunção da referida obrigação gera para os cidadãos, em contrapartida, direitos. Em síntese, o Estado tem o dever de prestar uma tutela jurisdicional adequada e em contrapartida o cidadão tem o direito a referida tutela.

A dimensão do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional não se compatibiliza com uma interpretação simplista do direito de ação.

Cândido Rangel Dinamarco enfatiza:

*A garantia de ingresso em juízo (ou do chamado 'direito de demandar') consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só*

*lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição)*<sup>4</sup>.

Quando se cogita em princípios constitucionais, oportuno destacar que estes constituem normas da mais alta generalidade e abstração, de extrema importância para a correta interpretação e aplicação da lei, como bem destacado por Paulo Bonavides:

*Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais. Mas essa importância docorre em grande parte de um máximo poder de legitimação, que lhes é inerente*<sup>5</sup>.

A sentença judicial de mérito não pode ser apenas o ato por meio do qual o juiz “cumpre e acaba o ofício jurisdicional”, consoante previsto no art. 463, *caput*, do Código de Processo Civil<sup>6</sup>. A melhor interpretação do referido dispositivo é no sentido da solução do conflito de interesse num tempo razoável, hábil a não comprometer a justa solução da lide, ou seja, a prestação jurisdicional não pode ser célere a ponto de comprometer a colheita das provas necessárias a elucidação da verdade e nem morosa a ponto de comprometer a efetividade do processo.

Nesse sentido, assevera Luiz Guilherme Marinoni:

*(...) se o processo visa à efetividade da tutela do direito, aproximando os planos processual e de direito substancial,*

---

<sup>4</sup> **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 373.

<sup>5</sup> **A Constituição Aberta.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 181.

<sup>6</sup> “Art. 463 do CPC: Publicada a sentença, o juiz só poderá altera-la:

I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II – por meio de embargos de declaração”.

*imprescindível é que a tutela jurisdicional corresponda exatamente àquilo que se verificaria caso a ação pudesse ser realizada no plano social. Dado que ao cidadão foi proibida a realização da tutela privada de seus direitos e interesses (salvo em raríssimos e expressos casos), a tutela jurisdicional deve ser uma espécie de realização da tutela privada, isto é, deve ser assegurado exatamente aquilo que o cidadão obteria se pudesse fazer “justiça com as próprias mãos”<sup>7</sup>.*

O autor que teve o seu direito violado, ao exercer o direito de ação busca perante o Estado, primordialmente, a reparação do seu direito, ou seja, a recomposição do dano; num segundo plano e em algumas situações almeja a punição do réu.

Em casos de irreversibilidade do dano, mínima será a utilidade prática decorrente da punição do agente.

Paulo Affonso Leme Machado destaca:

*(...) Muitas vezes, situações como emissão de poluentes proibidos ou em quantidade superior à autorizada, cortes de árvores, venda ou aplicação de pesticidas, abate de fauna, etc. exigirão do juiz uma intervenção na abertura do processo sob pena de, afinal, resultar ineficaz a decisão<sup>8</sup>.*

No âmbito dos interesses transindividuais, a responsabilização civil do causador do dano torna-se de extrema dificuldade, na maioria das situações resta ao prejudicado tão somente uma compensação insignificante pela perda ou deterioração do bem, assumindo a tutela

---

<sup>7</sup> *Op. Cit.* p. 38.

<sup>8</sup> *apud* Iara de Toledo Fernandes. **Tutela de Urgência na Ação Civil Pública.** In: Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

estatal um caráter muito mais punitivo em face do agente do que propriamente reparatório para o titular do direito<sup>9</sup>.

Quando tratamos da tutela de interesses individuais ou coletivos, seja ela jurisdicional ou extrajurisdicional, geralmente estamos diante de casos que reclamam urgência, em que não será possível a recomposição do dano causado, daí a importância de se impedir a sua ocorrência.

Nesse sentido é a lição de Barbosa Moreira:

*Em grande número de hipóteses é irreparável a lesão consumada ao interesse coletivo: nada seria capaz de reconstituir a obra de arte destruída, nem de restaurar a rocha que aformoseava a paisagem; inexistente, ademais, prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano, insuscetível de medida por padrões econômicos. Em poucas matérias se revela de modo tão eloquente como nesta a insuficiência da tutela repressiva, exercitada mediante a imposição de sanções e, quando necessário, pela execução forçada da condenação. O que mais importa é evitar a ocorrência da lesão; daí o caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional<sup>10</sup>.*

Os novos direitos oriundos da moderna sociedade de massas não têm como característica básica e essencial a expressão econômica, razão pela qual não podem ser resguardados com a utilização dos instrumentos tradicionais da processualística civil, atrelados à classificação tríplice dos provimentos jurisdicionais, quais sejam: tutela

---

<sup>9</sup> CRUZ da, Ana Paula Fernandes Nogueira. O Ministério Público e a tutela preventiva dos interesses metaindividuais: o papel do Inquérito Civil. **Revista de Direito Ambiental**. MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antônio Herman V (Coord). Ano 8, abril-junho 2003. São Paulo: RT, 2003. p. 201.

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 102.

declaratória, constitutiva e condenatória. Em muitos casos a punição do agente em nada contribuirá para a solução do conflito ou reparação do dano.

## **1.2. Os conflitos de massa**

A preocupação com o social, com os interesses titularizados por um grupo ou classe, remonta à antiguidade; o desenvolvimento dos instrumentos jurídicos hábeis, todavia, remontam a data recente.

A revolução no modo de vida, nas relações sociais, na comunicação entre as pessoas nas últimas décadas foi radical. O avanço da tecnologia permitiu a disponibilização de produtos e serviços em larga escala, ocasionando, conseqüentemente, a contratação em massa.

Como bem destaca Adroaldo Furtado Fabrício:

*Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação. As relações de troca intensificaram-se; populações inteiras, antes postas à margem do comércio jurídico, entraram a participar dele; democratizou-se o capital pela abertura dos mercados acionários; universalizou-se a demanda de consumo sob o estímulo irresistível da propaganda massiva; multiplicou-se a produção de bens e serviços para corresponder a essa demanda incessantemente expandida; produtos de cuja existência sequer se poderia ter cogitado no limiar deste Século tornaram-se imprescindíveis à vida do homem comum, pelo mecanismo conhecido das necessidades criadas; popularizou-se o crédito a fim de garantir-se a constante expansão da massa consumidora; as relações de trabalho multiplicaram-se e se fazem a cada dia*



*mais complexas e conflituosas; a mecanização e agora a automação conduzem à sempre crescente terceirização da economia. De outra banda, a superlotação reduz o espaço físico à disposição de cada indivíduo, intensificando atritos, neurotizando o convívio e favorecendo litígios: a luta pelo espaço vital vai deixando de ser simples metáfora para tornar-se realidade do dia-a-dia; a competição entre indivíduos e grupos toma cores de guerra sem quartel; a máquina onipresente e multímoda atropela, acidenta, danifica, fere e mata em proporções assustadoras, sem que a possamos dispensar ou sequer controlar; a inquietação e a desigualdade sociais produzem as mais variadas rebeldias e o repúdio todas as normas de contenção; a conscientização política desvenda os malafortunados e os incorpora à multidão dos insatisfeitos e reivindicantes. De tudo resulta o afluxo contínuo de novas causas de participação da atividade jurídica. Não é só a população que aumenta; é o grau de participação de cada indivíduo nos assuntos coletivos que cresce mais e mais"<sup>11</sup>.*

Os conflitos em massa são facilmente perceptíveis nas relações de consumo, pois a *standartização* dos produtos e serviços origina a padronização das relações contratuais.

O produto ou serviço inserido no mercado, se defeituoso ou viciado, acarretará prejuízo a dezenas, centenas e até milhares de pessoas, consumidoras efetivas ou em potencial.

Num determinado estágio evolutivo da sociedade, passou-se a perceber que a pulverização dos interesses ou a sua desprezível

---

<sup>11</sup> As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 7. p. 30.

expressividade econômica individual representava fator de desestímulo na proteção e restabelecimento do direito violado.

Em 11 de setembro de 1990 foi editado o Código de Defesa do Consumidor, com o advento da Lei n. 8078/90.

A regulamentação específica das relações de consumo adveio tardiamente, notadamente se levado em consideração que nos Estados Unidos a proteção ao consumidor adveio com a Lei Sherman, de 1890 (conhecida como Lei antitruste americana).

No Brasil, antes do Código de Defesa do Consumidor, aplicavam-se às relações de consumo as ultrapassadas regras previstas no Código Civil de 1916.

Para compreender a legislação consumerista, necessário se faz analisar o período pós-Revolução Industrial.

Com o crescimento populacional nas metrópoles ocorreu um natural aumento da demanda, passando as empresas a aumentarem a produção de forma vertiginosa e gradativa, ocasionando, por óbvio, aumento da oferta.

Os produtores passaram a adotar um modelo de produção que atendesse as necessidades de oferta em massa, surgindo a chamada produção em série ou "standartização".

A produção homogênea, ou em série, adotando o modelo standartizado, possibilitou uma diminuição profunda dos custos e significativo aumento da oferta.

Referido modelo foi incrementado no período da primeira guerra mundial e cresceu de forma vertiginosa a partir da segunda guerra, período em que despontaram as chamadas tecnologias de ponta, notadamente com o fortalecimento da informática.

A globalização da economia e formação dos blocos econômicos acentuaram a preocupação com a regulamentação das ofertas massificadas.

Se por um lado o novo modelo viabilizou a facilitação na aquisição de produtos e fruição de serviços, de outro ocasionou a submissão dos consumidores às imposições feitas pelos titulares dos meios de produção de produtos e prestação de serviços.

Consome-se não mais o que se quer, mas aquilo que é imposto.

Diante da disponibilização em massa, os riscos e prejuízos também poderão afetar uma gama maior de pessoas, que em muitos casos não se restringem a uma comarca, Estado ou País.

Na Constituição Federal de 1988 o art. 5., inciso XXXII prevê que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Ao comentar os direitos dos consumidores, José Afonso da Silva destaca:

*Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas*

*de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista.*<sup>12</sup>

Constitui a tutela do consumidor cláusula pétrea e a Lei n. 8078/90 adveio para regulamentar a previsão constitucional.

O art. 3. da Constituição Federal trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispondo o seu primeiro inciso "construir uma sociedade livre, justa e solidária".

Os objetivos acima descritos, nos dizeres de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio Fernando Elias Rosa e Marisa F. Santos:

*(...) constituem comandos-valores que têm por finalidade o bem-estar social, ou seja, são normas de natureza programática que devem ser observadas pelos governantes na elaboração e na execução de suas políticas*<sup>13</sup>.

A justiça, portanto, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Dada a "natureza social" do ser humano, sua vivência em grupos faz com que conflitos nasçam das próprias relações do agrupamento social.

Nos contratos de consumo em massa, notadamente nos de adesão, de suma importância uma tutela estatal hábil a afastar a ocorrência do ilícito, o mesmo podendo ser dito nos casos em que há

---

<sup>12</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 266.

<sup>13</sup> **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

produtos ou serviços potencialmente nocivos à saúde dos consumidores.

Indiscutível a importância da atuação preventiva em muitas relações de consumo, pois a atuação repressiva, na maioria das vezes, tornar-se-á ineficaz.

Nesse diapasão, ilustrativo o exemplo citado por Filomeno, com relação à comercialização de leite em pó oriundo da Europa após o acidente nuclear de Tchernobyl. Foi ajuizada ação cautelar pelo Ministério Público com pedido de liminar para a imediata suspensão da venda do produto, a qual foi concedida. A não concessão da medida de urgência certamente redundaria na ocorrência de danos irreparáveis aos consumidores (art. 6., I, do Código de Defesa do Consumidor)<sup>14</sup>.

Nesse contexto, pode-se observar que provimentos jurisdicionais hábeis a afastar o ilícito e o dano estão em consonância com um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, concretização da justiça e em se tratando de conflitos coletivos, o julgador deverá aferir com muita cautela as peculiaridades do caso concreto, podendo se valer, inclusive, das tutelas específicas previstas nos artigos 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor<sup>15</sup>.

Consoante acima destacado, a irreversibilidade do dano poderá tornar a tutela estatal inócua, daí a importância da tutela específica.

Eduardo Talamini distingue a tutela específica da tutela genérica, nos termos a seguir colacionados:

---

<sup>14</sup> **Manual de direitos do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 190.

<sup>15</sup> “Art. 461 do CPC: Na ação que tenha por objetivo o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

*Portanto, do ponto de vista processual, genérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor – seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação. Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro. Mais precisamente, tutela específica (categoria que abrange – mas não se limita a – execução específica) é a que visa ao exato resultado jurídica que se teria, não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária<sup>16</sup>.*

Aos conflitos de massa, portanto, poderão ser utilizados tanto instrumentos processuais genéricos, ao se objetivar a responsabilização patrimonial, quanto instrumentos específicos, nos casos em que se busca o retorno ao "status quo ante", como se processo não houvesse.

---

<sup>16</sup> **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: RT, 2001. p. 224.

## 2. Breve histórico acerca da tutela dos interesses transindividuais.

Embora os direitos transindividuais tenham tratamento legislativo recente no Brasil e no exterior, a preocupação com estes não é recente, já que no direito romano já foram encontrados relatos de tutela coletiva<sup>17</sup>.

Como bem destacado por Sérgio da Cruz Arenhart:

*O direito romano conheceu, mesmo em seus tempos mais remotos, a figura da tutela inibitória. Em verdade, a proteção preventiva inibitória era conferida por meio de interditos e não pela via tradicional das 'actiones', ao menos até a última fase do processo civil romano (cognitio extraordinária)<sup>18</sup>.*

A atuação jurisdicional romana envolvia, normalmente, duas pessoas distintas, um agente público denominado pretor e o particular que julgava os casos concretos, denominado *iudex*.

O *iudex* proferia uma *sententia*, ou seja, detinha poder decisório.

Existia, portanto, um procedimento bifásico; uma primeira fase preparatória do julgamento era feita pelo magistrado (agente do Estado romano), já a segunda fase era de responsabilidade de

---

<sup>17</sup> No Brasil foi a Lei n. 7347/85, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para os interesses coletivos. Em Portugal, a Constituição de 1976, positivou em seu art. 52, n. 1. a seguinte prescrição:

“Os cidadãos tem o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral”. Mazzei, Rodrigo. **Tutela Coletiva em Portugal: uma breve resenha.** in: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin. p. 660.

<sup>18</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 195.

particulares convocados para colaborar com a distribuição da justiça (*iudex* ou *arbiters*)<sup>19</sup>.

Como ensina Scialoja:

(...) *O juiz propriamente dito tem faculdades restritas, num campo de apreciação limitado em decorrência do mandato conferido ao magistrado; deve simplesmente reconhecer a existência ou não, do direito na forma em que tenha sido designado; a existência ou não, daqueles fatos cujo reconhecimento tenha sido preestabelecido; e, caso reconheça a existência do direito e dos fatos, deve condenar aquele para o qual tenha sido designado* (tradução nossa)<sup>20</sup>.

Caso se fizessem necessários atos de *imperium*, com suficiente força coercitiva para impor-se sobre as partes, o interessado deveria valer-se dos chamados *interdictum*, pedidos endereçados diretamente aos pretores.

Os interditos, à semelhança do que ocorre com as *actiones*, são uma forma de tutela dos interesses perante o direito romano. Ao revés, porém, do que ocorre com estas, os interditos não passam pelo exame de um juiz (*iudex*), sendo analisados e decididos diretamente pelo pretor. Ademais, enquanto as *actiones* tinham de fundar-se em algum direito reconhecido, os interditos eram utilizados precisamente quando não havia, no direito objetivo romano, previsão de tutela para a

---

<sup>19</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 195.

<sup>20</sup> (...) *el juez propiamente dicho tiene facultades más restringidas, um campo de apreciación limitado ya por el mandato que le confiere el magistrado; debe simplemente reconocer la existencia, o no, del derecho, en la forma en que ha sido designada; la existencia, o no, de aquellos hechos cuyo reconocimiento le ha sido encomendado; y, en el caso de que reconozca la existencia del derecho y de los hechos, debe condenar a aquello para lo cual ha sido designado*. In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil Romano**: ejercicio y defensa de los derechos. Trad. Santiago e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954. p. 119.



pretensão do demandante. Finalmente, caracterizavam-se por representar, ao invés do exercício de *iurisdictio*, atuação de *imperium* do poder romano<sup>21</sup>.

Existiam, portanto, já no período romano as chamadas tutelas de urgência, notadamente a inibitória, hábil a evitar a ocorrência do ilícito, como, v.g., a invasão de uma determinada área alheia. As tutelas de urgência, no referido período, estavam relacionadas, via de regra, à proteção da posse.

Sérgio Cruz Arenhart, ao traçar um perfil histórico da tutela inibitória destaca:

*Ora, por sua peculiar característica, a tutela inibitória exige (como sempre exigiu) a capacidade da autoridade ordenar certa abstenção (ou, eventualmente, algum ato comissivo) a alguém. Foi, por isso mesmo, no campo dos interditos que a tutela inibitória, capaz de proibir certa conduta, prosperou. Na lição de Gaio (GAI, IV, parágrafos 139 e 140), essas figuras, existentes desde o período das 'legis actiones' até a época formularia, tinham por função ordenar ou proibir que se fizesse algo. O próprio nome 'interdito', como esclarece Bonfante, deriva da capacidade desse comando de fazer proibir determinada conduta, chamando-se de decretos (decreta) dos comandos positivos<sup>22</sup>.*

Ao tratar do subsistema do processo coletivo, Teori Albino Zavascki destaca os antecedentes históricos do processo coletivo, nos seguintes termos:

---

<sup>21</sup> BONJEAN, L. B. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 69.

<sup>22</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 195.

*Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da common Law, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (Courts of Chancery) admitiam, no direito inglês, o bill of peace, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, como o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses<sup>23</sup>.*

Os conflitos de massas, aliados ao gradativo aumento de processos em trâmite, reclama o aperfeiçoamento e aplicação dos instrumentos processuais coletivos, representando estes uma das formas de buscar a tão almejada duração razoável do processo.

Em recente matéria jornalística veiculada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em entrevista concedida à revista Valor Econômico, Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ao comentar acerca da comissão constituída por 11 (onze) juristas designados pelo Senado Federal para elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil, destacou:

*(...) o ideal seria que os processos tramitassem em cerca de dois anos. A principal medida até agora, sugerida para conferir maior rapidez ao trâmite processual, é a criação de um recurso apenas ao fim da sentença, exceto em caso de liminares.*

*(...)*

---

<sup>23</sup> **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 23.

*A prodigalidade de recursos é uma das principais causas para a tramitação de processos por dez ou vinte anos. Hoje, em um mesmo processo é possível ter dez decisões que se submetem a 40 recursos*<sup>24</sup>.

Mauro Cappelletti adverte para a constante ocorrência de lesões que afetam simultaneamente numerosos indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constituindo fenômeno sempre mais extenso e frequente nas sociedades industriais, considerando que as atividades e as relações nela existentes se referem, cada vez mais, a categorias inteiras de indivíduos, e não mais a uma pessoa singular. Assim, os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos códigos tradicionais de inspiração individualística liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais ou coletivos<sup>25</sup>.

O processo civil em vigor no nosso país foi idealizado como ciência nos meados do século passado, influenciado pelos princípios liberais do individualismo que marcavam a sociedade da época.

O surgimento dos direitos transindividuais ou coletivos, por muitos nominados "novos direitos", fez surgir um problema de ordem constitucional, por colocar em dúvida o princípio do acesso à justiça, pois torna-se questionável a aptidão do aparato jurisdicional tradicional para atender de forma adequada a esses interesses emergentes.

Na medida em que o Estado reserva para si a titularidade exclusiva da jurisdição, assume a relevante e difícil incumbência de ser eficiente quando instado a solucionar o conflito.

---

<sup>24</sup> Disponível em: [HTTP://intranet.tj.sp.gov.br/imprensa/Clipping\\_Imprimir.aspx?ArticleID=14534](http://intranet.tj.sp.gov.br/imprensa/Clipping_Imprimir.aspx?ArticleID=14534). Acesso em: 16 out. 2009.

<sup>25</sup> *apud* SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2007. p. 231.

A garantia do acesso à justiça envolve o direito à tutela jurisdicional adequada, porquanto a proteção inadequada de um interesse protegido significa, no mais das vezes, a negativa de tutela (como proclamado pelo Estado) ou, ao menos, a proteção de algo que não é o interesse garantido pelo legislador<sup>26</sup>.

No Brasil, ressalvada a ação popular, reservada ao cidadão<sup>27</sup> e instituída em nossa ordem jurídica constitucional pela Carta de 1934, nenhum instrumento processual havia a permitir a tutela dos interesses transindividuais.

As iniciativas acerca da normatização das tutelas coletivas eram bastante tímidas, restringindo-se, inicialmente, à Lei n. 6938/81 (Lei Federal que tratou da Política Nacional do Meio Ambiente), que cometeu ao Ministério Público legitimidade ativa para promover a responsabilização civil do causador de danos ambientais (art. 14, parágrafo primeiro).

Embora referida Lei tratasse da legitimidade ativa, mostrava-se, ainda, bastante insatisfatória por não normatizar mecanismos processuais específicos e distintos daqueles constantes no Código de Processo Civil.

A solução para os problemas aventados somente iniciou com a Lei Federal n. 7.347/85, que instituiu a denominada ação civil pública.

---

<sup>26</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 23.

<sup>27</sup> Segundo Alexandre de Moraes cidadão deve ser entendido como sendo o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, sendo imprescindível a comprovação do referido *status* mediante a exibição do título de eleitor ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos. In: **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 193.

O art. 1. da Lei da Ação Civil Pública dispõe que o seu objeto constitui os interesses difusos e coletivos<sup>28</sup>.

O rol previsto no artigo acima mencionado é exemplificativo, diante da norma residual prevista no quarto inciso.

Conforme pode ser observado no art. 5. da Lei n. 7.347/85 não apenas o Ministério Público detêm legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública, mas também a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação que goze de representatividade adequada.

Com o passar dos anos, leis infraconstitucionais passaram a gradativamente ampliar as hipóteses de cabimento das ações coletivas, dentre as quais podem ser citadas a Lei 7.853/89 (que dispõe sobre a proteção da pessoa portadora de deficiência), 7.913/89 (que regulamenta a defesa coletiva dos investidores no mercado de valores imobiliários), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, que trouxe um microsistema jurídico, reinserindo, inclusive, o inciso IV ao art. 1. da Lei da Ação Civil Pública, por intermédio de seu art. 110), 8.429/92 (que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa), 8.884/94 (Lei antitruste), 10.257/01 (Estatuto das Cidades), 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), e outras.

---

<sup>28</sup> Indiscutível a amplitude do referido artigo, o qual dispõe, *in verbis*:

“Art. 1. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – à ordem urbanística”.

Os anseios da sociedade refletem na atividade legislativa, fato claramente comprovado pelas leis acima mencionadas.

## **2.1. Os novos direitos e as novas formas de tutela jurisdicional.**

Na clássica Teoria Tridimensional do Direito, preconizada por Miguel Reale, o Direito envolve fato, valor e norma<sup>29</sup>.

Os fatos emergentes da sociedade são valorados, nascendo daí a norma.

Os influxos do direito material e, em especial, das reações que exige ele diante de cada espécie de agressão, e segundo a proteção de cada interesse específico, são absolutamente relevantes para a construção (e classificação) de tutelas jurisdicionais adequadas a realidade de cada situação carente de tutela<sup>30</sup>.

Nesse contexto, as classificações dos provimentos jurisdicionais são feitas, de acordo com as influências do direito material, bem como das necessidades que emergem da sociedade.

Os provimentos jurisdicionais são tradicionalmente classificados em declaratórios, constitutivos e condenatórios.

As tutelas declaratórias são aquelas que se restringem à declaração de um direito ou fato, subclassificadas em declaratórias negativas e positivas, dotadas, em regra, de eficácia "ex tunc", ou seja, retroativas. Em apertada síntese, sua função é espancar dúvidas

---

<sup>29</sup> **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 64.

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 55.

juridicamente relevantes a respeito de alguma relação jurídica ou de fato determinado.

As tutelas constitutivas, por suas vezes, são aquelas em que, ao lado do reconhecimento da incidência de uma determinada norma jurídica, reconhecimento de um direito ou fato, viabiliza a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Nestas tutelas não há apenas a declaração, mas a incidência imediata de uma determinada sanção ou efeito jurídico almejado pela parte, por tal motivo possuem eficácia "ex nunc".

Nas tutelas condenatórias, por derradeiro, há a declaração de um direito e a realização de uma sanção específica, obrigando o destinatário a fazer ou deixar de fazer algo, sob pena de sujeitar-se a incidência do poderio estatal, ou seja, ver restrito o seu direito de propriedade diante da penhora, arrematação ou adjudicação de bens.

A classificação tradicional das tutelas jurisdicionais acima referidas peca pela sua edificação a partir do plano estritamente jurídico, abstrato, em que a atividade jurisdicional não se projeta para o mundo concreto.

Luiz Guilherme Marinoni, nesse sentido, defende que:

*o sistema tradicional de tutela dos direitos, estruturado sobre o procedimento ordinário e as sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de permitir que os novos direitos sejam adequadamente tutelados. Esse modo de conceber a proteção dos direitos não levou em consideração a necessidade de tutela*

*preventiva, nem obviamente os direitos que atualmente estão a exigir tal modalidade de tutela*<sup>31</sup>.

Muitos estudiosos, teóricos do direito, estruturam suas teses e ensinamentos sob o plano exclusivamente jurídico, no universo das normas, dissociados da necessária e direta realidade fática. Há uma distância considerável entre a tutela teórica do interesse e a sua possibilidade efetiva de realização, ou seja, a sua efetividade prática. Desprezam tais estudiosos que a ciência é voltada para o homem e não o inverso, o Direito tem por finalidade resolver os conflitos de interesses oriundos da sociedade, tendo por escopo a manutenção da paz social. Não se trata de Direito pelo Direito, mas sim Direito para a sociedade.

A própria sentença condenatória não é apta a realizar transformações no mundo fático, salvo se houver adimplemento voluntário do destinatário da ordem, necessitando de uma nova fase para tanto, a denominada fase de cumprimento de sentença, que poderá ser sucedida pela fase de execução, caso a sentença não tiver sido voluntariamente adimplida.

A tutela condenatória, consoante dito, não é apta a solucionar uma série de conflitos, notadamente àquelas que envolvem obrigações de fazer ou não fazer, emergindo daí as chamadas tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*.

Ao comentar o assunto, notadamente a natureza da sentença que permite a sua imediata execução, Ada Pellegrini Grinover sustenta:

---

<sup>31</sup> **Tutela Inibitória:** individual e coletiva. São Paulo: RT, 1998. p. 14.



não há resposta a essa indagação na visão tradicional, que classifica o processo de conhecimento e as sentenças nele proferidas em meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas, uma vez que a sentença condenatória, por definição, demanda um processo de execução separado. Somente se poderia dizer que a sentença do art. 461, quando aplicada às medidas sub-rogatórias previstas em seu parágrafo quinto, é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas ou, em outras palavras, de sentenças executivas *lato sensu*<sup>32</sup>.

Enquanto na sentença condenatória há a declaração de um direito e a ordem para que seja cumprido o comando judicial, na executiva *lato sensu* a ordem estatal é cumprida de plano, não tendo o destinatário a opção entre cumprir ou não cumprir o comando judicial, como ocorre, v.g., na ordem de despejo ou de reintegração de posse.

Nas sentenças mandamentais, por suas vezes, o destinatário terá a opção entre cumprir e não cumprir o comando judicial, todavia, estará sujeito a algumas sanções, cominações previstas na sentença, como, v.g., multa diária.

Conforme leciona GOLDSCHMIDT, ao defender a autonomia das tutelas mandamentais, assevera que esta se distingue de todas as demais tutelas clássicas conhecidas: difere da tutela meramente declaratória, porque é suscetível de execução; não se confunde com a tutela constitutiva, porque exige execução; tampouco confunde-se

---

<sup>32</sup> Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Reforma do Código de Processo Civil**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 261.

com a tutela condenatória, porque não se limita a formar um título executivo<sup>33</sup>.

Pontes de Miranda, ao tratar da sentença mandamental dispõe:

*Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbo), - o ato, por isso, é dito imediato. Não é imediato, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva. Na sentença mandamental, o juiz não constitui: 'manda'<sup>34</sup>.*

Com relação à sentença executiva, destaca Pontes de Miranda:

*(...) Por isso mesmo, é possível a pluralidade de solução e, pois de sentenças, no mesmo processo executivo. A continuidade e a eventual pluralidade do ato refletem-se nas execuções, em contaposição à instantaneidade unitária de outras sentenças<sup>35</sup>.*

O direito à higidez do meio ambiente e o direito do consumidor são fundamentais para o desenvolvimento da sociedade, estando estes inseridos nos chamados “novos direitos”.

Num determinado estágio evolutivo da sociedade, o Estado não poderia mais tratar apenas dos interesses individuais, despontando a importância da tutela dos interesses sociais, tornou-se imprescindível a proteção de bens pertencentes a toda a comunidade.

---

<sup>33</sup> *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 88.

<sup>34</sup> **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974. p. 63.

<sup>35</sup> *Ibidem*. p. 64.

A estruturação de novos instrumentos processuais torna-se medida necessária, como bem enfatizado por Luiz Rodrigues Wambier:

*É necessário, todavia, que ao lado do desenvolvimento legislativo, se opere um vasto trabalho interpretativo, pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de que todo esse moderno e bem montado “arsenal”, composto por mecanismos novos e pela revitalização de antigos institutos processuais, dê respostas rápidas e eficientes à sociedade, ansiosa, sem dúvida, por perceber que efetivamente não se trata apenas de mais um modismo operado por força da mudança da lei, mas de um conjunto de normas – substanciais e instrumentais – que vieram para valer e para ficar<sup>36</sup>.*

Primeiro surgiram as normas de direito material, que assumiram a função de prevenção e concretização dos bens coletivos. A partir de então nasceram as novas formas de tutela jurisdicional, advindo as tutelas dos direitos coletivos, também denominados proteção dos interesses transindividuais ou metaindividuais.

A tutela dos direitos transindividuais não pode ser estudada e operacionalizada por meio de normas instrumentais tradicionais, institutos e instrumentos processuais apegados à ensinamentos ultrapassados, exigindo maior dinâmica e celeridade dos mecanismos processuais, notadamente os provimentos de urgência.

Como bem enfatiza Cândido Rangel Dinamarco:

*O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades*

---

<sup>36</sup> **Sentença Civil:** liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006. p. 292.

*dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas*<sup>37</sup>.

Na tutela dos novos direitos, dentre os quais podem ser inseridos os direitos coletivos, notadamente os dos consumidores, indiscutível a importância do poder geral de cautela, bem como dos mecanismos preventivos e coercitivos, hábeis a impedir ou restabelecer a violação do direito.

A alta concentração de pessoas nos grandes centros urbanos e em diversas regiões do País faz nascer a preocupação com a efetividade do processo.

Como bem destacado por Sérgio Cruz Arenhart:

*(...) a efetividade do processo deve tomar em conta um princípio básico na noção de eficácia: obter o melhor resultado possível com o menor esforço. É preciso que a resposta jurisdicional adequada seja obtida com o mínimo de gasto – de tempo e de energia, das partes e da máquina judiciária – possível, buscando-se a simplificação dos procedimentos e a desburocratização da justiça*<sup>38</sup>.

Entre a distribuição da petição inicial e a prolação da sentença há um *iter procedimental* que deve ser respeitado, atos processuais concatenados que constituirão as fases do procedimento (postulatória, saneadora, instrutória e decisória), sendo certo que entre os atos processuais tem-se os chamados “tempos mortos do processo”, ou seja,

---

<sup>37</sup> **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 376.

<sup>38</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 32.

períodos em que os autos aguardam as certificações e registros de praxe para remessa e retorno aos julgadores, bem como as comunicações entre servidores e jurisdicionados, formalidades que muitas vezes podem comprometer a justa e eficaz solução da lide.

Misael Montenegro Filho pondera:

*... é impossível a completa solução do conflito de interesses sem que medeie razoável espaço de tempo entre a formação do processo e a sentença final proferida pelo magistrado, o que causa às partes, na maioria das vezes ao autor. Costumamos comparar o processo a uma árvore que nos dá frutos: colhê-los sem que tenham amadurecido representa conviver com coisa que não se mostrava pronta (o que corresponde, mutatis mutandis, à prolação de sentença sem a colheita de provas, quando o processo demandava essa prática); colhê-los quando já amadurecidos a mais tempo do que o devido – tempo inimigo, no dizer do mestre DINAMARCO – significa colher coisa que pereceu (o que corresponde à resposta manifestada tempos depois do que se mostrava razoável)<sup>39</sup>.*

Nos processos em que há interesses coletivos sendo discutidos, a preocupação com a prestação jurisdicional num lapso temporal razoável constitui medida que se impõe.

Nos processos coletivos os poderes conferidos aos juízes são potencializados, dentre eles pode-se citar, v.g., a possibilidade de ser concedida tutela antecipada *ex officio*.

---

<sup>39</sup> **Curso de Direito Processual Civil:** medidas de urgência – antecipação de tutela e ação cautelar. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 3. p. 7.

Enquanto o art. 273 do Código de Processo Civil prevê dentre os requisitos para a concessão da tutela antecipada o requerimento da parte, o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, notadamente em seu parágrafo quarto, permite ao juiz conceder a medida pertinente, *independentemente de pedido do autor*<sup>40</sup>.

Observa-se, portanto, que o legislador, ao permitir ao juiz a concessão da liminar *ex officio*, encarou o processo como meio para a consecução de fins, sendo certo que o interesse da coletividade pode ser invocado como justificativa à flexibilização da regra geral prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.952/94.

Como bem destacado por Cândido Rangel Dinamarco:

*Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (‘toda decepção é muito triste’), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional, mas decidida mudança de mentalidade. É preciso implantar um novo ‘método de pensamento’, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo*<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> “Art. 273 do CPC: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:  
(...)”

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

<sup>41</sup> **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 331.

Hodiernamente, temos, portanto, novas formas de tutelas e novos instrumentos legalmente previstos, todos voltados à efetividade e utilidade do comando estatal, viabilizando, com isso, a pacificação social.

## **2.2. Conjugação das normas relacionadas à tutela processual coletiva.**

Não há no Brasil a Codificação do direito processual coletivo, motivo que obriga os operadores do Direito a valer-se de normas esparsas e dispositivos de conexão.

Conforme destacado anteriormente, uma das primeiras manifestações normativas no sentido de tutelar interesses transindividuais foi a criação da ação popular, regulamentada pela Lei n. 4.717/65 e prevista na Constituição Federal no art. 5., inciso LXXIII<sup>42</sup>. A ação popular permite a qualquer cidadão o ingresso em juízo para pleitear a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, bem como a indenização respectiva a fim de que as coisas retornem ao *status quo ante*.

Posteriormente, a Lei n. 7.347/85 instituiu a Ação Civil Pública, regulando as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, e qualquer outro interesse difuso e coletivo (art. 1).

---

<sup>42</sup> “Art. 5., LXXIII, CF: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A complementação da normatização dos direitos transindividuais (ou metaindividuais) ocorreu com a Lei n. 8.078/90, que em seu título III trata "Da defesa do consumidor em juízo".

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor trata das distinções entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, deixando claro referido diploma que há nítidas distinções entre as três categorias de interesses.

Consoante prevê o art. 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos são os interesses ou direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli:

*São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*<sup>43</sup>.

Os interesses coletivos, nos termos do art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, são 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".

Diferencia Kazuo Watanabe os interesses difusos dos coletivos nos seguintes termos:

*Nas duas modalidades de interesses ou direitos 'coletivos', o traço que os diferencia dos interesses ou direitos 'difusos' é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação*

---

<sup>43</sup> **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.



*jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)*<sup>44</sup>.

Por derradeiro, os interesses individuais homogêneos são os que decorrem de origem comum, nos termos do art. 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Devem ser entendidos como aqueles que dizem respeito a um número determinável de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligados entre si por um vínculo fático, decorrente da origem comum das lesões<sup>45</sup>.

Em disposições legais em que não for utilizada a terminologia "interesses individuais homogêneos", mas apenas a expressão interesses coletivos, deverá o intérprete ter a capacidade técnica de verificar no caso concreto se está diante de um ou outro.

No artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor são encontrados os legitimados ativos para a propositura de ações coletivas, dando, ainda, novo tratamento à coisa julgada, ampliando o seu limite subjetivo *erga omnes* ou *ultra partes* (art. 103).

---

<sup>44</sup> **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 824.

<sup>45</sup> SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.

Permitiu a Lei n. 8078/90 uma perfeita interação entre as normas coletivas, por prever em seu art. 90 uma norma de conexão, remetendo o intérprete à Lei n. 7.347/85<sup>46</sup>.

No art. 117 a Lei n. 8.078/90 acrescentou à Lei n. 7.347/85 o dispositivo de número 21, consagrando a perfeita complementação entre as normas<sup>47</sup>.

Dessa forma, observa-se que embora não tenha o Brasil um Código específico para o processo civil coletivo, o sistema processual pós Código de Defesa do Consumidor permite a tutela jurisdicional efetiva e adequada dos conflitos de massa, nos moldes exigidos pela garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5., inciso XXXV, da Constituição Federal).

Diante da inexistência de codificação das normas processuais relacionados ao direito coletivo, não se pode negar a dificuldade de aplicação e “adequação” de institutos processuais previstos no sistema individualista para o coletivo, como, por exemplo, os limites subjetivos da coisa julgada e o critério de prevenção diante de ações coletivas conexas ou continentes.

### **2.3. A “razoável duração do processo” como direito e garantia fundamental (art. 5., inciso LXXVIII, da CF).**

A Emenda Constitucional n. 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu em seu art. 5., inciso LXXVIII que a todos, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, são assegurados

---

<sup>46</sup> “Art. 90 do CDC: Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

<sup>47</sup> “Art. 21 da LACP: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Há muito tempo tem sido objeto de intensas e acaloradas discussões a busca da efetividade do processo em prol da sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, cumprindo, com isso, o princípio do acesso à Justiça, previsto no art. 5., inciso XXXV, da Constituição Federal.

Diante da necessidade de observância das normas técnicas que regem o direito instrumental, a efetividade do processo muitas vezes resta comprometida, fulminando o tão almejado “acesso à Justiça”.

José Roberto dos Santos Bedaque, nesse sentido pronunciou-se nos seguintes termos:

*o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado<sup>48</sup>.*

O processo, diante da sua importância prática (dada a sua instrumentalidade) tem tido o seu enfoque de estudo gradativamente deslocado do âmbito do direito processual, civil e penal para a teoria do direito e para o da filosofia, sempre sob os influxos do chamado “direito processual constitucional”.

---

<sup>48</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: RT, 2004. p. 19.

Os estudiosos do ramo do direito instrumental têm se conscientizado acerca da importância do aperfeiçoamento e observância das normas constitucionais, sofrendo direta intervenção do neoconstitucionalismo.

Embora seja complexa a conceituação de neoconstitucionalismo, oportuno trazer à baila os dizeres de Miguel Calmon Dantas:

*Entende-se por neoconstitucionalismo a etapa contemporânea da ciência do direito constitucional, marcada pela defesa da normatividade dos princípios, entendidos como instância ética ou reserva material de justiça, que se assegura por um sistema de garantias em que têm função primordial de guarda da força normativa constitucional as vias de instauração do controle de constitucionalidade<sup>49</sup>.*

O processo, diante desta visão, não se resume à função de resolver conflitos de interesses diante de pretensões resistidas, mas sim implementar e concretizar as manifestações relacionadas à pessoa humana e aos direitos fundamentais, desempenhando tanto a função repressiva quanto preventiva. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito num Estado em que as normas não são aplicadas de forma eficaz e efetiva.

O processo moroso que compromete a efetividade da prestação jurisdicional afronta a lei e reflexamente a Constituição Federal, o mesmo podendo ser dito daquele em que não foi concedido o

---

<sup>49</sup> Direito Fundamental à Processualização. In: **Constituição e Processo**. DIDIER JR., Fredie *et all* (Coord.). Salvador: Podium, 2007. p. 367.

provimento de urgência exigido pelas peculiaridades do caso concreto, comprometendo a justa solução da lide.

Luiz Fux, ao tratar da celeridade e eficácia do processo destaca:

*Considera-se, assim, efetivo o processo que confere no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito levado à submissão decisória da justiça. Compõe-se do binômio “fazer bem e depressa” ou “rapidez e segurança”, a que se referia a doutrina clássica do processo cautelar. O processo, enfim, será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado<sup>50</sup>.*

Para o resultado útil do processo, o nosso ordenamento jurídico prevê as chamadas tutelas de urgência, que podem ser didaticamente classificadas em protetivas e satisfativas.

As tutelas cautelares, como regra, estão inseridas dentre as tutelas protetivas, ou seja, têm por finalidade proteger, resguardar ou assegurar o resultado útil do processo, ostentando um caráter bi-instrumental. Excepcionalmente a tutela cautelar terá caráter satisfativo, como ocorre, v.g., com a cautelar de busca e apreensão de incapazes.

Para a obtenção da antecipação provisória do provimento jurisdicional que demanda urgência e necessidade, prevê o ordenamento jurídico as chamadas tutelas antecipadas, concedidas em situações excepcionais, quando presentes os requisitos gerais e específicos, previstos, respectivamente, nos artigos 273 e 461, ambos do Código de Processo Civil.

---

<sup>50</sup> **Tutela de segurança e tutela da evidência.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 52.

Em muitas situações, os conflitos oriundos da sociedade majoram a importância de uma nova forma de tutela de urgência, a chamada tutela inibitória, relacionada não ao dano, mas sim ao ilícito, sendo em alguns casos concretos, notadamente naqueles em que há interesses coletivos, o único instrumento possível e viável para se resguardar os interesses da parte necessitada, titular de um determinado direito.

### **3. As tutelas de urgência nas ações coletivas**

O Código de Processo Civil possui mecanismos adequados a afastar os riscos da prestação jurisdicional tardia, ora permitindo ao juiz valer-se de um instrumento protetivo, a pedido da parte ou “ex officio” (tutelas cautelares), ora concedendo antecipada e provisoriamente o que seria concedido ao final (antecipação da tutela), ambos subordinados à presença de requisitos legais, previstos nos artigos 798, 273 e 461 do CPC e art. 84 do CDC.

Com as tutelas de urgência, seja cautelar, seja tutela antecipada, nos deparamos com o paradoxo existente entre acúmulo de processos e necessidade de protegê-los dos efeitos deletérios do tempo.

Tendo por finalidade agilizar a prestação jurisdicional, recentemente adveio a emenda constitucional n. 45, com a consagração da razoável duração do processo. Logo após, para implementar a previsão constitucional, advieram leis de constitucionalidade duvidosa, que na maioria das vezes sacrificam direitos para contemplar a celeridade, como se esta e aquela não fossem fatores indispensáveis e exigências cumulativas para a concretização da Justiça<sup>51</sup>.

As tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias, são de extrema relevância para a efetividade do processo, tanto individuais quanto coletivos, por existir uma necessidade lógica de ser aliada a celeridade à efetividade processual.

---

<sup>51</sup> Para exemplificar o alegado basta mencionar a súmula vinculante (art. 103-A da CF), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, parágrafos 1. e 2., introduzidos pela Lei 11.276/2000) e o julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, introduzido pela Lei n. 11.277/2006).

Ambas têm por objetivo combater os efeitos prejudiciais do tempo, visando a antecipação da tutela a satisfação provisória e antecipada da pretensão, quando presentes os seus requisitos autorizadores; ao passo que a tutela cautelar tem por objetivo não a satisfatividade, mas sim proteção, resguardo ou segurança do instrumento (processo).

Pode-se afirmar que a tutela antecipada satisfaz provisoriamente a pretensão do requerente, ao passo que a tutela cautelar protege provisoriamente o instrumento que veicula a pretensão. Enquanto a tutela antecipada recai sobre o direito, a tutela cautelar recai sobre o instrumento, protegendo indiretamente o direito nele discutido.

As tutelas de urgência são admitidas em todos os instrumentos hábeis a sofrer os efeitos danosos do tempo, como bem destacado por Misael Montenegro Filho:

*(...) várias medidas de urgência se encontram desenhadas não apenas na lei processual, como também em legislações esparsas, bastando citar, neste particular, as liminares em ações civis públicas e em mandados de segurança, dando ao autor resposta jurisdicional (satisfativa ou acautelatória), sem sujeitar o promovente ao aguardo da sentença final*<sup>52</sup>.

Para a efetividade da atuação estatal na solução de controvérsias, imprescindível que o titular da relação substancial carente de proteção possa assegurar não apenas a proteção formal do seu direito, mas proteção real, eficaz, capaz de proporcionar-lhe os mesmos benefícios que o cumprimento espontâneo da obrigação lhe conferiria.

---

<sup>52</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 3. p. 39.



Com bem destaca José Roberto dos Santos Bedaque:

*a tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade de tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita*<sup>53</sup>.

Ao verificar o juiz que a demora na prestação jurisdicional poderá causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação, deverá, se presentes os requisitos legais, conceder a tutela específica para o caso concreto.

Com relação à tutela protetiva, ou seja, acautelatória (ou cautelar), poderá o juiz concedê-la “ex officio”, valendo-se do poder geral de cautela preconizado no art. 798 do Código de Processo Civil, desde que presentes os seus requisitos autorizadores: “fumus boni juris” (fumaça do bom direito) e “periculum in mora” (perigo da demora).

No tocante à antecipação dos efeitos da tutela, observa-se que os seus requisitos autorizadores, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, são mais rígidos, não se contentando o legislador com a fumaça do bom direito ou com o perigo da demora, como nas cautelares, exigindo um “plus”, que consiste na prova inequívoca e verossimilhança do alegado.

Alguns doutrinadores ainda insistem afirmar que o requerimento da parte também serve como requisito distintivo entre tutela cautelar e tutela antecipada, dentre eles, oportuno citar o entendimento de

---

<sup>53</sup> **Tutela cautelar e tutela antecipada:** sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 11.

Marcos Destefenni<sup>54</sup>, ao asseverar que “o juiz não pode antecipar a tutela “ex officio”. A concessão da tutela antecipatória depende de pedido da parte. Afinal, o próprio art. 273 é claro:

*o juiz, a requerimento da parte, poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. A função jurisdicional, em regra, é inerte. Aliás, com base no art. 2. do CPC, podemos dizer nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, antecipatória ou final, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.*

Com relação à vedação da tutela antecipada “ex officio” pelo juiz, não há motivos hábeis a impedir a sua concessão em determinados casos concretos.

O processo constitui instrumento público, em que O Estado, por intermédio do Poder Judiciário, tem por função garantir a paz social e resolver os conflitos de interesses com eficácia e presteza. A ausência de solução da lide por culpa do Estado (erro ou lentidão) coloca em questão a sua supremacia enquanto ente soberano. O princípio do acesso à justiça previsto no art. 5., inciso XXXV, da CF exige que a prestação jurisdicional seja eficaz.

Como bem destacado por Kazuo Watanabe ao tratar da garantia constitucional acima mencionada:

*não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva*

---

<sup>54</sup> **Curso de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. p. 323.

*proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem justa*<sup>55</sup>.

O art. 461, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil dispõe 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 mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

Referido dispositivo trata da medida de urgência específica para as situações que envolvem obrigações de fazer e não fazer. No parágrafo terceiro acima referido, o legislador não condiciona a concessão da medida ao prévio requerimento.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), em seu art. 83, parágrafo primeiro, também permite a concessão de liminar antecipatória ex officio, ao dispor que:

*sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil.*

À primeira vista, em decorrência da expressa alusão ao art. 273 do CPC feita pelo Estatuto do idoso, poderá o intérprete ser induzido a defender a impossibilidade da concessão da tutela antecipada “ex

---

<sup>55</sup> Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: **Reforma do Código de Processo Civil**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) *apud* Marcos Destefenni. *op. cit.* p. 317.

officio”, por exigir o Código de Processo Civil o expresse requerimento da parte.

Para a concretização da justiça, deve o intérprete valer-se de todos os instrumentos disponíveis no nosso ordenamento jurídico, tendo-se sempre em mente que a formalidade processual não basta por si só, mas tem por finalidade restabelecer em cada caso concreto o direito violado ou afastar de forma efetiva a sua iminência de violação.

A questão da antecipação de ofício ganhou novo ingrediente com a regra da fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Afinal, se as medidas são fungíveis e o juiz pode determinar medidas cautelares de ofício, o que é pacífico e está previsto no art. 797 do CPC, não subsistem mais razões para impedir a antecipação da tutela “ex officio”.

O processo não basta por si só, mas constitui instrumento hábil a concretizar a efetividade do direito material.

Sensível à efetividade da justiça no caso concreto, o Tribunal Regional Federal da 3. Região tem reiteradamente se manifestado favorável à concessão “ex officio” da antecipação da tutela, consoante demonstra a ementa a seguir colacionada:

*Ação rescisória. Previdenciário. Concessão de aposentadoria por invalidez. Percepção de aposentadoria deferida anteriormente na via administrativa. Erro de fato. Caracterização. Presença dos requisitos legais para o deferimento do benefício. Compensação de valores pagos a título de renda mensal vitalícia na fase da execução. Antecipação da tutela. Concessão de ofício<sup>56</sup>.*

---

<sup>56</sup> TRF da 3. Região, AC 2003.03.99.014601-6/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, Oitava Turma, unânime. DJ 26/01/2005.

Quanto às terminologias utilizadas, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, em que foi ampliado o rol de legitimados à defesa dos interesses metaindividuais (art. 129, parágrafo primeiro, da CF), perdeu sentido a discussão a respeito da denominação dada à ação civil pública e à ação coletiva.

Adotando a posição assumida pelo CDC, denomina-se ação coletiva aquela para defesa de interesses transindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), movida por qualquer um desses co-legitimados (arts. 81 e 82 do CDC).

### **3.1. Requisitos autorizadores**

Como acima mencionado, o art. 12 da LACP autoriza o juiz a conceder “mandado liminar”, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo. Referido dispositivo legal não faz qualquer alusão aos requisitos que possibilitam a concessão do “mandado liminar”, devendo o juiz analisar no caso concreto se estão presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Além do art. 12 da LACP, oportuno destacar o disposto em seu art. 4. que dispõe: “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

O art. 4. da LACP possibilita a concessão de uma medida hábil a impedir a continuidade da prática de um ato ilícito, evitando, como consequência, a ocorrência de um dano.

Como bem destacado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., ao se referirem ao art. 4 da LACP:

*(...) 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<sup>57</sup>.*

Em razão da importância assumida pelo processo coletivo, diante da quantidade de pessoas sujeitas aos seus efeitos, os requisitos autorizadores para a concessão das tutelas de urgência devem ser encarados sob um novo enfoque.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Nery destacam:

*Dentro do sistema da jurisdição civil coletiva (LACP + CDC) para as ações coletivas destinadas às defesas de direitos coletivos 'lato sensu', é possível a concessão tanto de liminar cautelar quanto antecipatória do mérito. Chegamos a essa insofismática conclusão pelos diversos mecanismos postos à disposição dos jurisdicionados. No art. 12 da LACP temos a regra geral para a concessão da liminar antecipatória do direito, onde se faz mister o preenchimento dos requisitos do "fumus boni juris" e "periculum in mora". Também se configura como liminar antecipatória do direito aquela prevista no art. 84, parágrafo terceiro, do CDC (ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), possuindo como requisitos os mesmos mencionados no art. 12 da LACP. Também há a possibilidade de*

---

<sup>57</sup> **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, jan. 2007. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 329.

concessão de liminar antecipatória do direito no sistema da jurisdição civil coletiva, tendo por base o art. 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, como no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil o grau de cognição para convencimento do juiz (provas inequívocas para que se convença da verossimilhança da alegação) é mais vertical que o previsto na jurisdição civil coletiva, sendo, pois, mais dificultoso para o requerente convencer o magistrado a conceder a medida, temos que somente com base no inciso II deste mesmo artigo (fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu) é que será possível a concessão da liminar antecipatória de mérito<sup>58</sup>.

Dessa forma, nas ações coletivas “lato sensu”, para a concessão da tutela antecipada, deverão ser verificados os requisitos previstos no art. 84, parágrafo terceiro, do CDC, quais sejam: relevância do fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e justo receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), assumindo os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil importância à aplicação subsidiária.

Consoante pode-se observar, no processo coletivo os requisitos para a concessão da tutela antecipada se confundem com os da tutela cautelar.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Nery sustentam:

*Dentro do sistema da jurisdição civil coletiva (LACP + CDC) para as ações coletivas destinadas às defesas de direitos coletivos ‘lato sensu’, é possível a concessão tanto de liminar cautelar quanto*

---

<sup>58</sup> FIORILLO, Celso Antônio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 125.

antecipatória do mérito... Chegamos a essa insofismática conclusão pelos diversos mecanismos postos à disposição dos jurisdicionados. No art. 12 da LACP temos a regra geral para a concessão da liminar antecipatória do direito, onde se faz mister o preenchimento dos requisitos do “fumus boni juris” e “periculum in mora”. Também se configura como liminar antecipatória do direito aquela prevista no art. 84, parágrafo terceiro, do CDC (ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), possuindo como requisitos os mesmos mencionados no art. 12 da LACP. Também há a possibilidade de concessão de liminar antecipatória do direito no sistema da jurisdição civil coletiva, tendo por base o art. 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, como no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil o grau de cognição para convencimento do juiz (provas inequívocas para que se convença da verossimilhança da alegação) é mais vertical que o previsto na jurisdição civil coletiva, sendo, pois, mais dificultoso para o requerente convencer o magistrado a conceder a medida, temos que somente com base no inciso II deste mesmo artigo (fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu) é que será possível a concessão da liminar antecipatória de mérito<sup>59</sup>.

Como bem foi destacado por Mauro Cappelletti:

*Para que o Poder Judiciário se justifique, diante da necessidade social da justiça célere e eficaz, é imprescindível que os próprios juízes sejam capazes de ‘crescer’, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos ‘difusos’, ‘coletivos’ e*

---

<sup>59</sup> FIORILLO, Celso Antônio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 132.



*'fragmentados', tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais*<sup>60</sup>.

Para a concessão de uma dada tutela de urgência em sede coletiva, há que ser feita uma análise distinta e peculiar do caso concreto, analisando os requisitos autorizadores de uma forma mais flexível se comparado com os previstos no art. 273 do Código de Processo Civil.

### **3.2. As liminares nos processos coletivos: a relevante questão do controle de constitucionalidade em sede de ação coletiva.**

As liminares concedidas em processos coletivos produzem efeitos "erga omnes" ou "ultra partes".

Diante de tal fato, há o paradoxo que envolve, de um lado, a segurança jurídica e efeitos coletivos da liminar, de outro, a necessidade de flexibilização dos requisitos autorizadores à concessão das liminares satisfativas.

Em se tratando de ações coletivas, o magistrado tem em suas mãos um poderoso instrumento que pode afetar massa indeterminada de pessoas e até mesmo o Poder Público.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr citam um interessante exemplo que bem ressalta a importância da liminar em processos coletivos:

*imagine-se um mandado impetrado pelo Sindicato dos Bares e Restaurantes do Estado de São Paulo contra decreto do Prefeito Municipal da Cidade de São Paulo que vedava o fumo em bares*

---

<sup>60</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 59.

*e restaurantes. O ato normativo tem efeitos práticos concretos evidentes, cabendo a tutela pela ação de mandado de segurança. Sendo admissível a ação, a liminar que suspendesse a aplicação daquele ato, seria equivalente a excluí-lo do ordenamento jurídico, de forma muito similar, quase idêntica, a uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade"*<sup>61</sup>.

Nas ações coletivas, portanto, a decisão liminar do juiz de primeira instância, que reconhece a inconstitucionalidade da norma, tem o condão de expungir do ordenamento jurídico a lei de efeitos concretos.

O controle de constitucionalidade poderá se dar pela via de ação ou de exceção, sendo o primeiro denominado controle concentrado e o segundo controle difuso.

Ao tratar do assunto, destaca Alexandre de Moraes:

*No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna.*

*Há dois sistemas ou métodos de controle judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa)*<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> *Op. cit.* p. 329.

<sup>62</sup> **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 585.

A questão da semelhança entre o controle difuso da constitucionalidade via tutela coletiva e controle concentrado de constitucionalidade não é pacífico na jurisprudência. Alguns autores entendem inviável a ação civil pública veicular controle incidental da constitucionalidade, independentemente da matéria que seja veiculada.

Lara de Toledo Fernandes, ao tratar da ação civil pública como ação com "status constitucional" destaca:

*Poe-se como doutrina constitucional – processual sedimentada, a lição no sentido de que “as ações constitucionais urge dar-se rendimento processual máximo”.*

*A aplicação deste aforisma norteia a exegese, por exemplo, na ação de mandado de segurança, da inconstitucionalidade do prazo de cento e vinte dias para a interposição do “mandamus”, mormente por este velar por um “direito líquido e certo”. Da mesma forma, para a ação civil pública, sedimenta a tese da sua imprescritibilidade, reforçada pela ausência de previsão legal no bojo da lei; referenda a utilização da Ação Civil Pública com a finalidade do exercício de controle de constitucionalidade, pela via difusa<sup>63</sup>.*

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, aliando-se aos juristas que não admitem controle de constitucionalidade difuso via ação coletiva destaca que “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias<sup>64</sup>”.

---

<sup>63</sup> **Tutela de urgência na ação civil pública.** In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 351.

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade *apud* DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 329.

Hugo Nigro Mazzilli entende que:

*pelo sistema constitucional vigente, somente por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação interventiva é que os tribunais podem retirar a eficácia das leis com imutabilidade 'erga omnes'; aos juízes singulares só se admite proclamar a inconstitucionalidade com efeitos 'inter partes', nunca em processos coletivos com efeitos para toda a sociedade*<sup>65</sup>.

A ação civil pública não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, caso em que estaria caracterizada a usurpação de competência da Corte Suprema, mas pode perfeitamente suscitar controle difuso da constitucionalidade, como fundamento jurídico do pedido<sup>66</sup>.

A ação civil pública tem por objeto uma pretensão; quando há formulação de pedido de declaração de inconstitucionalidade "incidenter tantum", constitui este fundamento jurídico do pedido, ou seja, a sua "causa petendi".

Em outras palavras, se o objeto da ação civil pública não for, unicamente, a declaração de inconstitucionalidade, impossível será cogitar em usurpação de competência.

---

<sup>65</sup> **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.

<sup>66</sup> Acórdão da Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no RE 227.15999-4-GO, tendo como Relator o Exmo. Ministro Néri da Silveira, julgado em 12.03.2002, por votação unânime, acatou a argumentação de que "Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, "incidenter tantum", de lei ou ato normativo federal ou local.

Como bem destacou o Ministro Carlos Velloso ao votar na medida cautelar em reclamação n. 2.460-1, em que é reclamante o Estado do Rio de Janeiro<sup>67</sup>:

*(...) a declaração de inconstitucionalidade não se constitui no próprio pedido da ação civil pública, mas, conforme dito, em causa de pedir, como acontece, comumente, nos processos de mandado de segurança, ação popular, etc. Ora, consagra a nossa Carta – é um truísmo a afirmativa – o controle de constitucionalidade difuso, que se realiza num caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal. Negar ao juiz ou ao Tribunal, no caso, efetivar tal controle, importa aplicar maus tratos na Constituição.*

Nesse diapasão, perfeitamente possível, v.g., a propositura de uma ação civil pública que busca a declaração da nulidade de atos administrativos praticados por autoridade pública, que tenha lastreado a sua decisão em lei inconstitucional. Nesse caso, a inconstitucionalidade da lei constituirá fundamento jurídico do pedido, ou seja, a “causa petendi”. A declaração de inconstitucionalidade será decidida incidentalmente, constituindo, pois, questão prejudicial.

No caso em que a inconstitucionalidade da lei constitui a causa de pedir em sede de ação coletiva, a liminar nela concedida possui a eficácia de suspender os efeitos da lei atacada enquanto perdurar a sua eficácia, observando, porém, os limites da competência territorial da autoridade judicial.

Para melhor elucidação do alegado, oportuno destacar o exemplo citado por Hugo Nigro Mazzilli:

---

<sup>67</sup> Med. Caut. em Reclam. n. 2.460-1. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 06 ago. 2004.

*(...) em face de aumento indevido de mensalidades escolares, fundado em lei inconstitucional, nada impede que o Ministério Público ou quaisquer co-legitimados peçam a tutela coletiva para buscar a repetição do indébito, em benefício do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas* <sup>68</sup>.

No exemplo acima citado nada impediria (e seria até dever) a formulação de pedido liminar para obstar a cobrança do aumento fundado em lei inconstitucional, fato que comprova a possibilidade da concessão da tutela de urgência em sede de ação coletiva que tenha como causa de pedir a declaração da inconstitucionalidade "incidenter tantum".

Caso a constitucionalidade de uma dada lei venha a ser questionada tanto como causa de pedir na ação coletiva, quanto pedido em ação direta de inconstitucionalidade, tem se pacificado na jurisprudência o entendimento de que a liminar naquela concedida continua produzindo os seus regulares efeitos, mesmo nos casos em que há suspensão do processo por determinação da Corte Suprema.

Na reclamação n. 2.460-1, julgada em 10 de março de 2004, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com um caso complexo, em que o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal ajuizaram ações civis públicas em diversas Varas Federais e Estaduais do Estado do Rio de Janeiro, tanto na capital, quanto nos municípios interioranos. As ações tinham como objeto a proteção dos consumidores e como causa de pedir a declaração de inconstitucionalidade de normas locais que disciplinavam funcionamento dos bingos.

---

<sup>68</sup> *Op. cit.* p. 117.

Nas ações coletivas ajuizadas foram concedidas liminares determinando o fechamento dos bingos.

Ocorre que, os bingos na época funcionavam sob o amparo do Decreto 25.723/99, ato normativo que estava sendo objeto da ação direta de inconstitucionalidade n. 2.950, ajuizada pela Procuradoria Geral da República.

Portanto, as ações civis públicas tinham como causa de pedir a inconstitucionalidade do referido decreto e nelas haviam sido concedidas tutelas antecipadas determinando o fechamento dos bingos.

O referido decreto constituía objeto da ação direta de inconstitucionalidade, não tendo nela sido concedida liminar.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs reclamação, requerendo a revogação da liminar e a suspensão das ações civis públicas.

O pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

*O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão concessiva de liminar e determinou a suspensão, com eficácia ex nunc, das ações civis públicas ora em curso na 6. Vara Federal do Rio de Janeiro, de n. 2003.510.1011662-9; na 4. Vara Federal de Niterói, de n. 2003.510.2001865-3; na Vara Federal de Resende, de n. 2002.510.9000475-4; na 1. Vara Federal de Petrópolis, de n. 2003.510.6000234-6; e na 7. Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado do Rio de Janeiro, de n. 2003.001.106509-0, mantida a tutela antecipada nelas deferida, tendo em vista a existência de tramitação de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte, cujo objeto discute a validade constitucional de norma*

*impugnada nas respectivas ações, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que confirmava o referendo à referida cautelar. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 10.03.2004<sup>69</sup>.*

Nas ações coletivas, portanto, as tutelas de urgência deverão ser concedidas sempre no interesse da sociedade, exigindo do julgador o chamado juízo de ponderação, podendo este valer-se do poder geral de cautela que está condicionado tão somente ao seu juízo discricionário na análise dos requisitos legais, quais sejam, “fumus boni juris” e “periculum in mora”.

A liminar fundamentada na inconstitucionalidade da lei poderá ser concedida nas ações coletivas, não constituindo usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de controle difuso e não concentrado. A inconstitucionalidade nas ações coletivas poderá ser suscitada como causa de pedir, não constituindo o pedido principal.

### **3.3. Liminares contra o Poder Público. –CUIDADO COM REVOG. VE**

Nos casos em que o Poder Público ocupa o pólo passivo da demanda, a Lei n. 8.437/92 condiciona a concessão da liminar à prévia audiência do representante judicial do ente público.

O artigo 2. da referida lei preceitua que: “no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante legal da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

---

<sup>69</sup> Med. Caut. em Reclam. n. 2.460-1. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 06/08/04.



A lei em testilha veda a concessão de liminar cautelar em face do Poder Público, porém não proíbe a antecipação dos efeitos da tutela.

Como bem destaca Humberto Theodoro Júnior:

*(...) uma vez que a antecipação da tutela não se confunde com a medida cautelar, tem-se entendido que o particular, observados os requisitos do art. 273 do CPC, tem direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente advinham da final sentença de mérito, mesmo em face da Fazenda Pública. A Lei . 8437/92, ao vedar medida liminar em ação cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto do processo movido contra o Poder Público, não representaria empecilho à antecipação da tutela, justamente por não se tratar de mera medida cautelar, mas de instituto novo, não alcançado pela restrição da questionada lei de proteção processual à Fazenda Pública<sup>70</sup>.*

Não há empecilhos para a concessão de liminar antecipatória em face do Poder Público, porém, a lei condiciona a concessão à prévia oitiva representante do Poder Público.

Quando houver ameaça de iminente perecimento do direito, avaliando o juiz que a espera do prazo de 72 horas prevista na Lei n. 8437/92 ocasionará dano irreparável ou de difícil reparação, deverá, em consagração ao princípio constitucional que assegura o acesso à prestação jurisdicional (art. 5., inciso XXXV, da CF), concedê-la de imediato, antes, portanto, da audiência do representante legal do Poder Público.

---

<sup>70</sup> **Curso de Direito Processual Civil.** 28. ed. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 562.

Em se tratando de ações coletivas, pode se verificar no ordenamento jurídico inúmeros dispositivos esparsos na legislação extravagantes, que proíbem a concessão de liminares em face do Poder Público, dentre os quais cumpre destacar:

- a) contra ato do Poder Público em que caiba recurso administrativo, sujeito a efeito suspensivo (art. 5., inciso I, da Lei n. 12.016/09);
- b) contra despacho ou decisão judicial que possa ser modificado por recurso ou correição (art. 5., inciso II, da Lei n. 12.016/09);
- c) se o objeto da liminar visar à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou à extensão de vantagens funcionais (art. 5. da Lei n. 4348/64);
- d) para a obtenção de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (art. 1., parágrafo quarto, da Lei n. 5.021/66);
- e) se a liminar esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1., parágrafo terceiro, da Lei n. 8.437/92).

Além das referidas restrições legais, várias medidas provisórias que tinham como objeto a restrição da concessão de liminares em ações coletivas (civis públicas, mandados de segurança e cautelares) foram editadas pelo chefe do Poder Executivo.

Em 1993, o chefe do Poder Executivo editou a Med. Prov. 375/93, e sob a justificativa de regular a concessão de medidas cautelares inominadas, liminares em mandado de segurança e liminares em ações civis públicas, na realidade, acabou por vedar a concessão de liminares.

Referida medida provisória, na verdade, obstruía o serviço da Justiça e atentava contra a separação dos Poderes, ao sujeitar o Poder Judiciário ao Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito e declarou a inconstitucionalidade da referida medida provisória<sup>71</sup>.

Antes mesmo da manifestação da Corte Suprema, nenhum juiz teria a obrigação de acatar a restrição contida na referida medida provisória, pois o dever constitucional atribuído ao Poder Judiciário, no sentido de conceder ao jurisdicionado tutela adequada, justificava, por si só, a concessão da liminar com fundamento na presença dos seus requisitos autorizadores.

Como bem anotaram Nelson e Rosa Nery:

*pelo princípio constitucional do direito de ação (art. 5., inciso XXXV, da CF), o jurisdicionado terá direito de obter do Poder Judiciário tutela jurisdicional adequada. Caso seja necessária a concessão de liminar, como a tutela adequada, o juiz deverá concedê-la, haja ou não previsão da lei para a concessão de liminares. A vedação da lei para a concessão de liminares somente poderá ser aplicada pelo juiz se não ofender o princípio constitucional do direito de ação* <sup>72</sup>.

Todas as restrições às concessões de liminares em ações coletivas devem ser entendidas com “cum granus salis”, pois as limitações só serão válidas quando não representarem obstáculos ao perecimento do direito, sob pena de caírem nas malhas da inconstitucionalidade.

---

<sup>71</sup> AdinMC n. 975-3-DF, STF Pleno, j. 9-12-93, m.v., rel. Min. Carlos Veloso, DJU, 20-06-97, p. 28.476.

<sup>72</sup> **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1310.

#### **4. Tutela inibitória: novo paradigma para a efetividade do processo.**

Para a efetividade do processo e para a concretização de uma ordem jurídica justa, torna-se imprescindível a atuação do Estado de forma preventiva, antecedendo a ocorrência da causa do dano, ou seja, afastando a possibilidade da ocorrência do ilícito.

A autoridade judiciária, após a provocação, ao tomar conhecimento do risco provável da ocorrência de ilícito, poderá (deverá) valer-se de instrumentos hábeis a obstar tal fato, impondo medidas cominatórias, como restrições de direitos e “astreintes”, desestimulando o suposto violador da norma.

Consoante será exposto, a tutela inibitória coletiva para alguns casos constitui o único instrumento hábil a evitar a violação do direito e o conseqüente dano irreparável ou de difícil reparação, para outras situações constitui a melhor alternativa, por viabilizar a diminuição de ações individuais (pós dano), concretizando, com isso, o princípio constitucional da efetividade.

Num Estado Democrático de Direito há que vigorar a ordem, a fiel observância das leis e o pleno acesso à justiça, permitindo com isso, o restabelecimento do direito violado.

Para a proteção do direito substancial violado ou na iminência de o ser, imprescindível a existência de instrumentos efetivos e eficazes, sendo certo que tanto o direito em si, quanto o instrumento que o tutela, deverão estar em consonância com os ditames previstos na Constituição Federal.

A morosidade na prestação jurisdicional tem sido um das causas que mais tem contribuído para a ineficácia da prestação jurisdicional, pois os jurisdicionados, diante de situações de extrema urgência e necessidade, são forçados a pleitearem liminares (cautelares ou antecipatórias), demonstrando os seus requisitos autorizadores, contando com o reconhecimento destes por parte do julgador, sob pena de ver sacrificado o seu direito.

Ocorre que, em muitos casos, sequer as liminares cautelares ou antecipatórias serão hábeis a afastar o dano causado a parte que a pleiteia.

A sociedade tem passado por inúmeras transformações, deparando-se o operador do direito com problemas e situações até então inimagináveis há algumas décadas como: problemáticas relacionadas à biotecnologia, à engenharia genética, aos conflitos de massa a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos...

O Direito, ciência social que tem por objetivo regulamentar a vida em sociedade, deve caminhar *pari passu* com esta, sob pena de não cumprir com a finalidade a que é destinado, qual seja, perpetuar a convivência social humana.

Novos direitos são enunciados e legislados, todavia, poucos instrumentos processuais são aprimorados. Em muitas situações o conservadorismo do operador do direito ou a miopia do legislador impedem que o processo consiga concretizar a tão almejada efetividade.

Nesse contexto, poderão os jurisdicionados invocarem ora tutelas jurisdicionais repressivas ora tutelas jurisdicionais preventivas.

O jurisdicionado quando recorre a tutela estatal, muito mais que uma resposta de mérito, busca um resultado efetivo, um pronunciamento definitivo que atenda ao seu pedido.

Como bem destaca Luiz Rodrigues Wambier:

*na verdade, mais do que a sentença de mérito, o que o autor efetivamente quer é que o processo produza resultados efetivos. Do ponto de vista formal, todavia, busca-se com o processo de conhecimento um pronunciamento que aplique o direito ao caso concreto. Em razão disso, é que o sistema jurídico processual municia o Poder Judiciário com poderes para, além de reconhecer a existência de violação ou ameaça ao direito da parte, atuar, mediante o concurso de atos executivos (de coerção ou sub-rogação), para realizar o direito reconhecido pela sentença<sup>73</sup>.*

Em muitos casos o ressarcimento do dano (no plano teórico) não implica na efetiva proteção e restabelecimento do bem ou garantia violada, como v.g., a violação ao direito de imagem (art. 5., inciso X, da CF), em que a aplicação dos resultados de um provimento declaratório, constitutivo ou condenatório redundaria na simples afirmação de que todos têm direito a imagem, mas que todos podem violar tal direito desde que estejam dispostos a pagar por isso.

Diante de tais considerações, indiscutível a importância do estudo e aprimoramento de novas tutelas, de novos instrumentos processuais, destacando-se no presente as tutelas preventivas, também amplamente conhecidas como tutelas inibitórias.

---

<sup>73</sup> **Sentença Civil:** Liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006. p. 29.

#### **4.1. Tutela inibitória e sua importância para a ordem jurídica justa.**

No Estado Liberal prevaleceu a tendência de se privilegiar valores da liberdade individual perante os poderes estatais, com base numa rígida divisão dos poderes.

Nesse período excluía-se a função preventiva do poder jurisdicional, já que essa função determinaria uma ampliação dos poderes de controle do Estado juiz e uma limitação da liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas.

A atuação do Estado juiz antes da ocorrência do ato lesivo, quase sempre é pensada em termos de tutela antecipada e tutela cautelar, ou seja, como medida que impeça a concretização ou continuidade da violação ao direito, relacionadas ao dano (processual ou material).

Todavia, diante da mudança de panorama jurídico e político, como o advento do Estado Social e com as previsões de garantias processuais estabelecidas na Constituição, o advento do chamado direito processual constitucional, formas de tutelas jurisdicionais preventivas começaram a ser pensadas pelos juristas e admitidas pelos mais variados ordenamentos jurídicos, destacando-se, no direito brasileiro, a tutela cautelar e a tutela inibitória.

Em algumas situações a eficácia do provimento jurisdicional depende da atuação preventiva do operador do Direito, daí se cogitar na tutela inibitória, que poderá ser utilizada tanto para evitar a violação do direito ou impedir a sua continuidade.

Nesse sentido, destaca Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

*Há primazia absoluta da tutela preventiva e com fundamento notadamente no princípio da precaução, em razão das incertezas inerentes às inovações científicas e tecnológicas.*

*(...)*

*Pode-se aquilatar que é muito mais viável a concessão de tutelas preventivas urgentes diante da comprovação, quantum satis, de risco iminente de dano irreparável de dano ou de difícil reparação, do que diante do risco provável de impactos de médio e longo prazos, sem a possibilidade, ademais, de se afastar a ocorrência de concausas<sup>74</sup>.*

A tutela inibitória destina-se a impedir, de forma definitiva e imediata a violação de um direito. Poderá ser positiva ou negativa e tem natureza mandamental.

A ação inibitória poderá ser individual ou coletiva, ou seja, poderá ser utilizada para a proteção de interesses individuais ou da coletividade (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Em síntese, pode-se afirmar que há basicamente três espécies de ações inibitórias: a) a destinada a impedir a prática de ato contrário ao direito, ainda que nenhuma providência tenha sido anteriormente tomada, b) a voltada a impedir a repetição de ato contrário ao direito, c) a orientada a impedir a continuação do ato contrário ao direito.

Enquanto nas tutelas cautelar e antecipada (tradicional) o Estado atua *a posteriori* (após o dano), a sistematização da tutela inibitória permite a atuação do Estado diante da mera probabilidade de

---

<sup>74</sup> **Eficácia das Tutelas Urgentes nas Ações Coletivas. Efeitos dos Recursos. Suspensão de Liminar e de Sentença.** In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 370.



ocorrência do ilícito, afastando, com isso o dano, sendo este consequência daquele.

Joaquim Felipe Spadoni, nesse sentido pondera:

*Ao exercer também uma função preventiva, a jurisdição deixa de ser vista como uma atividade estatal atuada apenas após a ocorrência da violação do direito, com o fim de repor as coisas ao 'status quo ante', na forma em que foi concebida durante o Estado Liberal, para assumir também o papel de prevenção de atos contrários à ordem jurídica estabelecida, intervindo na relação dos particulares antes mesmo de se caracterizar o ato violador do direito, para que este se realize na exata forma prevista pelo ordenamento jurídico<sup>75</sup>.*

A tutela inibitória não tem por escopo evitar a lesão de um direito processual da parte, como ocorre com a tutela antecipada e com a tutela cautelar.

Destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte. Busca o titular do direito violado, junto ao Poder Judiciário, a adoção de medidas que impeçam a concretização dos atos ameaçados. Aqui, a atividade jurisdicional atua não após, mas antes da prática do ato antijurídico. Atua não para reparar o dano causado ou para obter indenização, mas sim para proteger o direito, de forma que o seu titular possa dele usufruir *in natura*.

A tutela inibitória apresenta-se com inestimável relevância na proteção de direitos de conteúdo extrapatrimonial (relacionados aos

---

<sup>75</sup> **Ação Inibitória:** a ação preventiva prevista o art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 28.

direitos da personalidade e grande parte dos transindividuais), pois na maioria das situações, uma vez violada a norma, a irreversibilidade do dano acaba por comprometer a efetividade da prestação jurisdicional, como ocorre, v.g., com a poluição de um rio, desmatamento de florestas ou até mesmo diante da colocação no mercado de consumo de produto nocivo à saúde do consumidor.

Barbosa Moreira, ao destacar a importância das normas relacionadas à sanidade do meio ambiente, à preservação das belezas naturais, e à honestidade das mensagens publicitárias, salienta que:

*(...) se a justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro de pecúnia<sup>76</sup>.*

O art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, como fundamento da tutela inibitória coletiva, consoante abordado no capítulo que segue, possibilita, de forma eficaz, a coibição da prática de futuro ato lesivo a qualquer interesse coletivo (difuso, coletivo propriamente dito ou individual homogêneo), fazendo-se cessar a continuação ou reparação da violação já iniciada, ou mesmo impedindo-se que inicie.

---

<sup>76</sup> Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual.** p. 24.

## 4.2. Fundamentos da tutela inibitória.

O processo não cria direitos, mas os reconhece e os torna efetivos, razão pela qual pode-se afirmar que o direito material é o fundamento da tutela inibitória.

O fundamento substancial da tutela inibitória genérica, no direito brasileiro, reside no direito ao cumprimento específico da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, que tem por consectário o direito à inibição do ato violador de direito, consagrado nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Eduardo Talamini, ao tratar da natureza processual do art. 461 enfatiza:

*Ao confirmar que a preferência pelo cumprimento específico sempre vigorou no direito material está o fato histórico de que jamais foram estranhos à nossa tradição jurídica meios de tutela específica do dever de fazer ou de não fazer – ou, quando menos, tentativas de formulação de tais meios. Com o art. 461, houve o aperfeiçoamento do sistema processual, mediante instauração de mecanismo de maior eficiência e abrangência geral. No entanto, a circunstância de antes já existirem instrumentos de tutela específica – ainda que pouco eficientes ou de restrito alcance – indica que o princípio de direito material então vigente era, basicamente, o mesmo que ora se tem: a prioridade do cumprimento específico<sup>77</sup>.*

O artigo 225 da Constituição Federal prevê uma obrigação de cunho preventivo, por impor ao Poder Público e à coletividade o dever

---

<sup>77</sup> **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: RT, 2001. p. 40.

de preservar o meio ambiente, situação em que pode ser destacada a importância da tutela inibitória.

Cumprido destacar o Código Civil, que ao tratar de forma específica do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer vinculadas aos direitos de personalidade (arts. 12, 20 e 21), quando disciplina que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade”<sup>78</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), por sua vez, dispõe da importância da tutela inibitória nos artigos 56, incisos II, III, V e VI e 58<sup>79</sup>.

Nesse contexto, pode-se facilmente concluir que não constitui tarefa árdua a aplicação da tutela inibitória, sendo de extrema valia ressaltar que esta tutela está voltada para a prevenção. Se o dano já tiver sido efetivamente causado, só restará aplicar o art. 461, parágrafo

---

<sup>78</sup> “Art. 12 do CC: Pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

“Art. 20 do CC: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

“Art. 21 do CC: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

<sup>79</sup> “Art. 56 do CDC: As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

(...)

II – a apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

(...)

V – proibição de fabricação do produto;

VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço”.

“Art. 58 do CDC: As penas de apreensão, de inutilização de produtos, de proibição de fabricação de produtos, de suspensão do fornecimento de produto ou serviço, de cassação do registro do produto e revogação da concessão ou permissão de uso serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando forem constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço”.

primeiro, do Código de Processo Civil, ou seja, converter em perdas e danos.

Como já destacado, os artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil constituem os dispositivos invocados para a tutela inibitória geral.

O artigo 461 do Código de Processo Civil confere ao julgador amplos poderes, pois permite a conversão da obrigação em perdas e danos, admite a fixação de multa diária (*astreintes*) para forçar o cumprimento da determinação judicial, bem como a efetivação de medida específica para o reestabelecimento do direito violado.

Ao se analisar o Código de Processo Civil, observa-se que ao regulamentar a tutela de urgência preocupou-se com a atuação repressiva, inviabilizando, em muitas situações, a tutela de interesses extrapatrimoniais.

Nesse sentido, insurge-se Spadoni:

*A tutela jurisdicional repressiva, no tratamento de direitos extrapatrimoniais, apesar de ser adequada para impor a sanção de pagamento de indenização, é incapaz de restaurar o estado anterior à lesão, de modo que o titular do direito seja conduzido à exata situação em que deveria se encontrar se a violação do direito não tivesse sido perpetrada. Ele desfrutará apenas de um equivalente pecuniário ao seu direito violado, mas não do próprio direito violado<sup>80</sup>.*

---

<sup>80</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**: a ação preventiva prevista o art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 33.

O direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5., inciso XXXV, da Constituição Federal, tem como corolário o direito à tutela capaz de impedir a violação de direito, razão pela qual em muitos conflitos apenas a tutela preventiva assegurará o mandamento constitucional.

Os instrumentos processuais necessários para a prestação de uma tutela inibitória efetiva e adequada estão nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

As redações dos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor são semelhantes, porém, pode-se afirmar que o primeiro dispositivo é invocado para as tutelas preventivas em que há conflitos individuais, ao passo que o segundo restringe-se aos conflitos coletivos.

O art. 461 do CPC, pela redação que apresenta, viabiliza ao operador do direito, a obtenção de uma tutela que seja efetivamente capaz de prevenir o ilícito, muito mais efetiva que o mandado de segurança.

Enquanto no mandado de segurança o impetrante deverá embasar o seu pedido em prova escrita pré-constituída, na tutela inibitória, poderá o pedido de liminar antecipatória ser embasada por qualquer tipo de prova.

Como bem observado por Marinoni:

*se a insensibilidade do legislador brasileiro ainda não permitiu o surgimento do mandado de segurança contra o particular, cabe à doutrina, através de uma interpretação das normas processuais em consonância com os valores da Constituição da República,*

*impedir que o sistema processual civil continue a espelhar injustiças*<sup>81</sup>.

A tutela inibitória, portanto, não se trata de tutela ressarcitória, mas tutela repressiva do ilícito e preventiva do dano.

Considerando que a tutela inibitória objetiva evitar o ilícito, ela evidentemente se destina a impedir a sua prática, repetição ou continuidade.

### **4.3. A questão probatória na tutela preventiva**

A solução de um determinado conflito de interesses leva em consideração fatos alegado e provados, vigorando a máxima latina "narra mihi factum dabo tibi jus".

Para o julgador, as alegações deverão ser lastreadas por provas, sendo certo que diante de fatos alegados e não provados, segundo a sistemática processual tradicional e conservadora, deverá o juiz decidir em conformidade com o princípio geral do ônus da prova, previsto no art. 333 do Código de Processo Civil, admitindo o ordenamento jurídico, em situações peculiares, a inversão do referido ônus, consoante abaixo será exposto.

Quem requer a tutela inibitória tem o dever de demonstrar na prática a probabilidade de que um ato ilícito venha a acontecer, tem a incumbência de provar que uma vez ocorridos determinados acontecimentos eles implicarão, provavelmente, na violação do direito.

---

<sup>81</sup> **Op. cit.** p. 257.

Os fatos acima referidos são os indiciários, também denominados secundários, permitindo ao magistrado estabelecer uma presunção.

Sobre o assunto, com propriedade destaca Cássio Scarpinella Bueno:

*As presunções devem ser entendidas não como meios de prova propriamente ditos, mas bem diferentemente, como métodos de raciocínio ou de convencimento que a lei pode assumir com maior ou menor intensidade em alguns casos para dispensar a produção da prova. Pelas presunções, independentemente de sua fonte, autoriza-se ao juiz construir o seu pensamento a partir de atos e fatos auxiliares, isto é, que não guardam direta pertinência com o objeto de conhecimento do juiz – são os usualmente chamados de indícios -, mas que permitem a formulação de uma conclusão sobre o que ocorreu ou sobre as conseqüências daquilo que ocorreu. É como se dissesse que os fatos faltantes são assumidos como existentes pelo próprio ordenamento jurídico, sendo possível a sua construção a partir de outros, que são indiretamente relevantes para a formação da convicção do juiz (os indícios). A presunção, assim compreendida, dispensa a produção da prova do ato, do fato ou de sua conseqüência porque é legítimo assumi-lo ou assumi-la como existente. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 334, inciso IV, do Código de Processo Civil<sup>82</sup>.*

Fatos passados podem facilmente ser provados, e por ser a tutela inibitória uma espécie de tutela preventiva, os acontecimentos ocorridos nada mais são que indícios (fatos indiciários) destinados a demonstrar a probabilidade da prática de ilícito futuro.

---

<sup>82</sup> **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. Tomo I. p. 239.



A eficácia da tutela preventiva depende, portanto, do agir antecipadamente.

Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar do princípio da prevenção, faz interessantes considerações, dignas de citação:

*Prevenir em Português, prevenir em Francês, prevenir em Espanhol, prevenire em Italiano e to prevent em Inglês – todos têm a mesma raiz latina, praevenire, e têm a mesma significação: agir antecipadamente. Contudo, para que haja ação é preciso que se forme o conhecimento do que prevenir<sup>83</sup>.*

Em interesses transindividuais e extrapatrimoniais, na maioria dos casos, o agir de forma "antecipada" (antes da prática do ato) constitui medida *sine qua non* para se evitar um dano irreparável.

Para melhor ilustrar o alegado, ou seja, tendo por escopo destacar a importância da tutela preventiva, alguns exemplos tornam-se necessários.

Num determinado caso concreto em que o autor de uma ação inibitória coletiva quer evitar a venda de produtos nocivos à saúde do consumidor, aceitando a prova indiciária acima referida, bastará demonstrar em juízo que a possível venda constituirá ato contrário ao direito, porque não está de acordo com a lei. Será objeto de discussão tão somente a probabilidade da venda do produto, sendo despicienda a comprovação dos malefícios à saúde diante do consumo do produto.

---

<sup>83</sup> **Direito Ambiental Brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

Outro exemplo digno de nota está relacionado à publicidade abusiva (art. 37, parágrafo segundo, do CDC), veiculada em outdoors, que incite os consumidores a ingerirem determinada substância que pode causar prejuízo irremediável à saúde. Nesse caso é perfeitamente cabível o ajuizamento de uma ação inibitória coletiva objetivando o impedimento da continuidade de tal publicidade. O magistrado, acolhendo o pedido inibitório, poderia determinar ao réu a imediata retirada da publicidade veiculada, sob pena de ser obrigado a pagar multa diária de determinado valor por dia de violação da ordem. Porém, até que o réu seja intimado, até que ele resolva cumprir a ordem judicial, terá decorrido um determinado lapso temporal que frustrará a eficácia do provimento. Durante esse período, o réu manteve a veiculação da publicidade abusiva e consumidores foram indevidamente incitados a se comportar de forma prejudicial à sua saúde, fato que poderia ter sido evitado se o órgão jurisdicional tivesse intervindo prévia e prontamente na relação litigiosa colocada à sua apreciação<sup>84</sup>.

A tutela inibitória poderá ser utilizada não apenas para evitar o ilícito, mas também para cessar a sua continuidade. Nesse caso, a prova do ilícito recairá sobre um fato passado e na probabilidade dele continuar ocorrer.

O anúncio, por parte de uma determinada rede de televisão, de que será divulgada uma notícia lesiva aos interesses da personalidade constitui relevante indício capaz de formar um juízo de procedência da ação inibitória, aqui a tutela inibitória desempenha genuína função preventiva

---

<sup>84</sup> Exemplo mencionado por Joaquim Felipe Spadoni. **Op. cit.** p. 206.

Caso a tutela inibitória fosse requerida após a veiculação de determinadas imagens lesivas à honra de alguém ou contrária aos interesses da coletividade, poder-se-ia cogitar em tutela inibitória que teria por finalidade evitar a repetição do ilícito (obstar a continuação)<sup>85</sup>.

Observa-se que a probabilidade do ilícito basta para a concessão da tutela preventiva.

A necessidade ou não da comprovação dos danos constitui o ponto fulcral para a distinção entre as tutelas ressarcitórias e inibitórias.

As tutelas inibitórias, ao contrário das ressarcitórias, estão sempre dirigidas ao futuro, não se destinam à repressão e não estão voltadas à comprovação de danos. Basta ao autor da demanda coletiva inibitória provar a prática de um ato contrário ao direito, sendo irrelevante a prova do dano ou dolo/culpa do agente.

Luiz Guilherme Marinoni, destaca:

*O dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória. Na perspectiva da cognição, afasta-se,*

---

<sup>85</sup> Caso interessante ocorreu na divulgação de vídeo, gravado por um paparazzi, em web-sites, com cenas eróticas envolvendo atriz famosa e seu namorado. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu, por maioria de votos, a tutela antecipada para proibir que os web-sites divulgassem as imagens, sob pena de aplicação de multa diária, no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), em caso de desobediência. O voto vencido, contudo, observou que os direitos à intimidade ou à privacidade depende da conduta das partes. Se pessoas públicas protagonizam cenas de sensualidade explícita, em local público e badalado, não podem se dar ao desfrute de aparecer nestes lugares expondo abertamente sua sensualidade sem ter consciência plena de que estão sendo olhados, gravados e fotografados, mesmo porque ninguém ignora que qualquer celular pode gravar um filme, de vários minutos, com razoável qualidade.

*para a obtenção da inibitória, qualquer necessidade de demonstração de dano e de culpa*<sup>86</sup>.

Para ensejar a tutela inibitória, portanto, prescindível a evidenciação da culpa e do dolo, como bem destacado por Joaquim Felipe Spadoni:

*na ação inibitória, o que pretende o autor não é a reparação pelos danos causados; não é a aplicação de sanção a uma conduta moralmente reprovável do réu. O que se pretende é o cumprimento exato e específico da prestação devida, é a conduta do réu na forma em que está prescrita na norma jurídica que regula determinada relação existente entre as partes que têm os interesses agitados em juízo, ou ainda a obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento, que assegure ao autor que tem razão a fruição 'in natura' de seu direito judicialmente reconhecido*<sup>87</sup>.

Tanto as ações inibitórias quanto as de remoção de ilícito se dirigem contra atos contrários ao direito, pouco importando aspectos subjetivos do agente, emergindo daí a problemática dos limites de defesa do réu, bem como da extensão da cognição judicial. Por ser suficiente a evidenciação da proibição de uma determinada conduta, contrária a norma, não poderá o réu discutir o dano e nem o juiz perguntar sobre ele.

Se a norma veda determinada conduta é porque o legislador aspirou evitar determinado resultado danoso, diante de tal situação o dano é uma consequência provável, que será em absoluto afastada diante do impedimento ou remoção do ilícito, não competindo ao

---

<sup>86</sup> **Tutela inibitória:** individual e coletiva. São Paulo: RT, 1998. p. 41.

<sup>87</sup> **Ação Inibitória:** a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: RT, 2007. p. 60.

juiz discutir a conduta que está expressamente proibida pela norma.

A ampliação da cognição judicial nas ações inibitórias e de remoção do ilícito, viabilizando a discussão do dano, é o mesmo que desprezar a proteção outorgada pela norma jurídica, o que representa, sem sombra de dúvidas, um terrível contra senso.

Nas ações inibitórias, portanto, há limitação do objeto da defesa e da extensão da cognição judicial.

Quando se cogita de ações inibitórias e tutelas preventivas um novo enfoque deve ser dado às provas, sendo de extrema importância os indícios e presunções, irrelevantes se tornam o subjetivo do agente e o dano, tomando-se como foco a probabilidade do ilícito ou a sua efetiva ocorrência.

#### **4.3.1 A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova nas tutelas preventivas**

Nas ações inibitórias não pode o juiz exigir do autor da demanda o ônus de provar os danos e o elemento subjetivo (dolo/culpa), sendo perfeitamente possível a distribuição dinâmica do referido ônus.

Na linguagem técnico jurídica ônus não pode ser entendido como obrigação, mas sim faculdade hábil a gerar consequências às partes do processo.

Diante da vedação do “non liquet”, o juiz não pode se esquivar à solução da lide sob o argumento de inexistência de provas. Deparando-se o juiz com incertezas num determinado caso concreto,

situações comuns diante do princípio do livre convencimento motivado, deverá se valer das regras de distribuição do ônus da prova<sup>88</sup>.

O ônus da prova deve ser visto sob dois prismas diferentes: objetivo e subjetivo. O primeiro vinculado à atuação das partes (quem alega tem que provar), o segundo à atividade do juiz (indeclinabilidade da jurisdição).

Em conformidade com a regra geral prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O ônus da prova deve ser encarada sob um aspecto bifronte, nos dizeres de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

*A princípio, o ônus da prova é regra de julgamento, que deve ser utilizada pelo juiz somente em casos de dúvida invencível quanto aos fatos alegados pelas partes; mas constitui também um norte para elas, que já sabem de antemão quais serão as conseqüências, caso não sejam produzidas provas suficientes para a formação da convicção do juiz<sup>89</sup>.*

A dinâmica processual moderna preconiza que o juiz deve se valer, num primeiro momento, da regra geral prevista no art. 130 do Código de Processo Civil<sup>90</sup>, e supletivamente, diante da impossibilidade de ser aferida a verdade real, valer-se das regras do art. 333 do Código de Processo Civil, devendo o juiz estar sempre atento para o

---

<sup>88</sup> No Direito Romano era permitido ao juiz se escusar a julgar causas que, na sua visão, estavam obscuras. Podia simplesmente decidir “sibi non liquere”.

<sup>89</sup> **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 433.

<sup>90</sup> Art 130: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

mandamento previsto no art. 130 do Código de Processo Civil, ou seja, assumir uma posição “pró-ativa”, na incansável busca da verdade. O caráter público do processo justifica tal visão contemporânea.

O juiz deve se apresentar como um sujeito dinâmico na relação processual, imparcial, mas interessado na busca da verdade real para a justa solução do litígio, nesse sentido poderosas e irrefragáveis são as palavras de Tereza Arruda Alvim Wambier:

*O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob esse ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar lato sensu o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova<sup>91</sup>.*

A distribuição do ônus da prova, portanto, não é estática, sendo permitido ao juiz a distribuição dinâmica do referido ônus.

Em apertada síntese pode-se afirmar que a regra geral é que o ônus da prova incumbe a quem alega, haverá inversão quando houver

---

<sup>91</sup> O ônus da prova. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, maio.2005.

uma alteração da regra natural de distribuição do ônus da prova: lei, convenção entre as partes ou discricionariedade judicial.

À tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o ônus da prova incumbirá a quem detiver maior facilidade na sua realização, seja em decorrência de conhecimentos técnicos ou de informações específicas, incidindo, portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, rompe com as rígidas regras da distribuição do ônus *probandi*, permitindo ao juiz a adaptação e adequação da valoração das provas em cada caso concreto.

Para tal teoria, irrelevante a posição da parte, se autora ou ré, pouco importa a espécie do fato, constitutivo, modificativo ou extintivo do direito; o importante é a valoração feita pelo juiz no caso concreto acerca da parte que está em melhores condições de suportar o ônus da prova, impondo tal encargo àquela parte que puder produzi-la com menos inconvenientes e obstáculos, ainda que os fatos tenham sido alegados pela parte contrária.

Miguel Kfoury Neto, didaticamente sintetiza a teoria em tela expondo:

*as regras que determina a posição da parte litigante – autor ou réu – nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições*



*podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico*<sup>92</sup>.

Por óbvio que para a concretização da distribuição dinâmica do ônus da prova deverá o juiz respeitar os princípios constitucionais e processuais vigentes, tais como o da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação, efetividade, economia processual...

Todos os princípios, porém, estão inseridos num princípio maior, previsto no art. 5. inciso XXXV, da Constituição Federal: acesso à justiça.

Indiscutível que haverá violação do princípio do acesso à justiça se num dado caso concreto houver a derrota da parte que possui melhor direito, todavia, menores condições de prová-lo, em decorrência de hipossuficiência econômica ou deficiência técnica do profissional que a patrocina.

Marcelo Abelha Rodrigues, na mesma linha, defende:

*Entretanto, é cediço que o ônus subjetivo da prova não mais se sustenta nos moldes acima comentados, porque é por demais reconhecido que a isonomia garantida pela constituição federal é a real, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais a exata proporção de suas desigualdades*<sup>93</sup>.

Em síntese, pode-se afirmar que a referida teoria consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente

---

<sup>92</sup> *Apud* AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264). Acesso em: 1 jul. 2009. p. 08.

<sup>93</sup> A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. São Paulo: RT, 2007. p. 245.

debilidade de suportar o ônus da prova, impondo-o àquele que estiver em melhores condições de produzi-la. Tal teoria inverte a regra de que ônus objetivo deve limitar o ônus subjetivo, encarando a prova como instituto pertencente ao direito público e não privado.

#### **4.3.2. Inversão do ônus da prova versus Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.**

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), seguindo a tendência do moderno processo civil, entre outros direitos básicos estabeleceu em seu artigo 6., inciso VIII:

*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.*

Partindo do pressuposto que o consumidor está em franca desvantagem frente ao fornecedor, hipossuficiência técnica e econômica, em consagração ao princípio da isonomia, confere a lei consumerista especial proteção legal, tanto de cunho material quanto processual, consagrando, dessa forma, o princípio constitucional da isonomia.

Para a inversão do ônus da prova a lei prevê requisitos: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência.

Por verossimilhança do alegado (requisito previsto também para a concessão da tutela antecipada, art. 273 do Código de Processo Civil), deve-se entender como sendo o juízo de aparência da verdade, quase certeza proporcionada ao julgador diante da somatória do alegado às regras de experiência.

A hipossuficiência, por sua vez, está relacionada a menor capacidade do consumidor de produzir a prova. Embora muitos juízes tenham aplicado a inversão do ônus da prova ao dispêndio econômico, atribuindo ao fornecedor o ônus de arcar com as despesas necessárias à produção da prova, analisando-se tecnicamente a questão, forçoso concluir que referida interpretação não é melhor, não é a mais técnica.

Não se pode confundir ônus valorativo com ônus econômico para a produção da prova. Para os economicamente hipossuficientes, prevê a Lei n. 1060/50 os benefícios da assistência judiciária gratuita, dispondo em seu art. 3. que a gratuidade abrange as taxas judiciárias, selos, despesas com a produção das provas, emolumentos, honorários advocatícios sucumbenciais...

Dessa forma, ao hipossuficiente econômico aplica-se a Lei n. 1060/50 e não a Lei n. 8078/90.

A aludida hipossuficiência referida pela lei está relacionada à incapacidade circunstancial ou técnica de se produzir a prova, seja porque o consumidor não possui as informações acerca do funcionamento do produto ou das condições de prestação do serviço, ou porque há obstáculos intransponíveis à obtenção das informações e provas que poderiam lastrear o direito alegado.

Como visto anteriormente, há uma interrelação entre as Leis n. 7.347/85 (LACP) e a Lei n. 8.078/90 (CDC), tendo sido estabelecida uma verdadeira via de mão dupla.

O artigo 90 do CDC, norma que viabiliza a referida interrelação está inserido no Título III, que trata da Defesa do Consumidor em Juízo.

A inversão do ônus da prova está prevista no art. 6 (e não no Título III do CDC), particularidade que tem sido a causa de acaloradas discussões acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações que versam sobre interesses transindividuais.

Ada Pellegrini Grinover compartilha do entendimento que não seria possível invocar o Código de Defesa do Consumidor para inverter o ônus da prova nas ações coletivas, por força do princípio da legalidade e pelas regras do direito positivo. Vale-se, portanto, do argumento textual para afastar a aplicação do art. 6., inciso VIII, do CDC<sup>94</sup>.

O outro argumento contrário à inversão do ônus da prova às relações que não sejam de consumo, seria no sentido que tal regra ocasionaria um gravame para o réu, não podendo, por tal motivo, o art. 6., VIII, do CDC ser aplicado extensiva ou analogicamente, dado que é vedada a referida interpretação à restrição de direitos.

Os que defendem a possibilidade de aplicação da regra de inversão do ônus da prova para as ações coletivas, prevista no Código de Defesa do Consumidor, valem-se dos seguintes argumentos.

O artigo 21 da Lei n. 7347/85, ao se referir ao Título III da Lei n. 8.078/90 estatuiu que aplicam-se à LACP as “normas processuais” previstas no CDC. Logo, de acordo com interpretação sistemática, ontológica e teleológica, indiscutível que se aplica a inversão do ônus da prova às ações coletivas, por se tratar de norma processual.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery defendem:

---

<sup>94</sup> Ações ambientais de hoje e de amanhã. In: Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Coord). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: RT, 1993. p. 252.

*são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova*<sup>95</sup>.

Um segundo argumento suscitado pelos defensores da incidência da inversão do ônus da prova nas ações coletivas está relacionado ao princípio da precaução, norteador do direito ambiental.

Segundo referido princípio, o critério de certeza deve ser substituído pelo critério de probabilidade, tendo por escopo tutelar, com a maior eficácia possível, a integridade do meio ambiente, eximindo o autor da ação civil pública do dever de comprovar o receio de dano.

Cathérine Giraud, em sua obra "Le Droit le principe de precaution: lençons d'Australie", publicada na "Revue Juridique de l'Environment", destaca:

*A inversão do ônus da prova tem com conseqüência que os empreendedores de um projeto devem necessariamente implementar as medidas de proteção do meio ambiente, salvo se trouxerem a prova de que os limites do risco e da incerteza não fora ultrapassados. Essa autora cita D. Freestone, 'que focaliza o procedimento de justificação prévia (prior justification procedure) como uma expressão da inversão do ônus da prova. Aplicado ao problema específico da imersão dos rejeitos industriais no mar do*

---

<sup>95</sup> *Apud* MILARÉ, Edis; CASTILHO, Renata. **A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: RT, 2007. p. 257.

*Norte, este procedimento exige a prova de que nenhum efeito nefasto será causado ao meio ambiente, como condição para a expedição da autorização de imersão<sup>96</sup>.*

Pese embora os relevantes fundamentos das posições conflitantes acerca da inversão do ônus da prova, a norma processual, por estar voltada a operacionalização do direito material, possui eficácia imediata e deve ser utilizada em razão da sua finalidade, qual seja, a proteção do direito e pacificação social.

O princípio da precaução, invocado pelos ambientalistas, não é incompatível com as tutelas coletivas, muito pelo contrário, constitui poderoso fundamento para a efetividade do processo coletivo.

Nesse diapasão, a simples característica do direito discutido da relação processual, qual seja, coletivo, serve como fundamento hábil para permitir a inversão do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Pouco importa a localização geográfica do dispositivo que permite a inversão do ônus, título I, II ou III, o que interessa é a sua finalidade, o seu objetivo, qual seja, a obtenção de uma ordem jurídica justa.

Como pondera Carmela Dell'Sola em sua dissertação de mestrado intitulada "O ônus da prova e sua inversão no Processo Civil", defendida em 06/04/2001, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, citada Édis Milaré e Renata Castilho:

---

<sup>96</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 77.

*o tema da inversão do ônus da prova deve ser analisado com as precauções necessárias, a fim de que não sejam violados os dispositivos constitucionais e os princípios que orientam, sob o mesmo prisma constitucional, o processo civil brasileiro. Não se pode impor, de modo arbitrário, a uma das partes o encargo de uma 'probatio diabolica', o que eliminaria a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, bem como a igualdade assegurada pelo art. 5., caput, da CF brasileira<sup>97</sup>.*

Embora tanto a inversão do ônus da prova quanto a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova excepcionam a regra geral prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, não se pode confundir as duas exceções.

Com efeito, pode-se afirmar que não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma verdadeira inversão.

A possibilidade de inversão do ônus da prova encontra o seu fundamento em lei (prévia e abstrata). A distribuição dinâmica do ônus da prova, por sua vez, independe de previsão legal infraconstitucional, é feita com base no caso concreto, após a análise das suas peculiaridades e com respaldo imediato na dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5., inciso XXXV, da CF).

Na distribuição dinâmica do ônus da prova o magistrado continua sendo o gestor da prova, todavia, com poderes ampliados.

---

<sup>97</sup> *Apud* MILARÉ, Edis; CASTILHO, Renata. **A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: RT, 2007. p. 257.

Para os que defendem que a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6., inciso VIII, do CDC só poderia ser aplicada às relações de consumo, solução justa e interessante para a justa solução da lide seria a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, que independe de qualquer previsão legal, mas sim das especificidades do caso concreto.



## 5. Eficácia da tutela inibitória coletiva.

Os efeitos da tutela inibitória coletiva poderão ser compreendidos sob dois enfoques: subjetivo e territorial.

A disciplina dos efeitos subjetivos da sentença das pessoas que são por ela alcançadas, deve, necessariamente, acompanhar o tipo de situação jurídica que se trata de tutelar, ou seja, a natureza e conteúdo do direito agitado no processo.

Em se tratando de direitos difusos, tem-se titulares indeterminados e bem indivisível (art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor), situação em que a eficácia será *erga omnes*, ou seja, beneficiará todos os titulares do direito violado, de modo indivisível.

Sendo o direito coletivo (art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor), embora o bem também seja indivisível, a titularidade do direito será do grupo determinado, da categoria ou classe ligada entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base, a eficácia da decisão não se projetará para toda a sociedade, mas será *ultra partes*, ou seja, se estenderá a parte limitada e determinada do grupo.

Os interesses individuais homogêneos, espécie do gênero interesse coletivo, tem-se interesses essencialmente individuais, de natureza divisível e titulares determinados. São direitos que podem ser exercidos individualmente pelo processo civil clássico.

O art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), vem permitir que esses direitos sejam tutelados coletivamente em razão de suas homogeneidades, em decorrência de suas identidades de razões fáticas e jurídicas.

A ação coletiva que versa sobre interesses individuais homogêneos além de evitar a propositura de várias ações individuais semelhantes, consagra os princípios processuais da economia processual e isonomia.

Em decorrência do princípio da isonomia, prevê a lei que a eficácia da decisão proferida em ação coletiva que versa sobre direito individual homogêneo terá eficácia *erga omnes*, alcançando toda e qualquer pessoa que esteja em situação jurídica idêntica àquela retratada no processo coletivo.

Na tutela de interesses individuais homogêneos, a violação do direito ou a inobservância da ordem com relação a um (dos muitos) dos titulares enseja a incidência da integralidade da multa diária fixada, para que não reste comprometida a eficácia da decisão.

Joaquim Felipe Spadoni cita interessante exemplo para ilustrar o alegado:

*(...) uma instituição financeira, que teve a sua agência invadida por ladrões e seus cofres arrombados. Ao chamar os seus clientes lesados pelo roubo para pagamento extrajudicial da indenização, pretende utilizar, no texto do recibo, de expressão que faz dar quitação integral do valor devido a título de indenização, mesmo sendo o valor efetivamente pago muito inferior ao valor real dos danos. Ajuizada ação coletiva, pretendendo impedir que a instituição utilize termos que violem o direito do consumidor à efetiva e integral reparação dos danos materiais e morais (arts. 6., VI e 25 do Código de Defesa do Consumidor), o juiz determina que a instituição-ré não utilize tais expressões no texto do recibo. Esta decisão, protegendo os*

*direitos individuais dos clientes às respectivas e divisíveis indenizações, estender-se-á a todos eles, e acaso a ré faça inserir no texto de um único recibo a expressão vetada, estará descumprindo a ordem, autorizando a aplicação das sanções cominadas*<sup>98</sup>.

Observa-se, portanto, que a eficácia subjetiva da tutela inibitória coletiva poderá ser *erga omnes* ou *ultra partes*.

Arremata o citado autor:

*O que pretendemos deixar claro é que, apesar de a ação inibitória coletiva tutelar vários direitos individuais e divisíveis, bastará um único provimento jurisdicional para que todas as pessoas que se encontrem na afirmada situação jurídica homogênea sejam tuteladas, bastando também esse único provimento para que o réu fique obrigado a dar cumprimento aos inúmeros direitos individuais que possuem uma identidade comum. Um único ato de recalcitrância em atender a ordem judicial com relação a um único titular de direito individual homogêneo, representa violação a toda a ordem, e caracteriza desobediência à ordem judicial, autorizando a aplicação das sanções respectivas*<sup>99</sup>.

Quanto à eficácia territorial da tutela inibitória coletiva, oportuno tecer algumas rápidas considerações.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) em seu artigo 16 prevê:

---

<sup>98</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**: a ação preventiva prevista o art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 239.

<sup>99</sup> *Ibidem.* p. 239.

*A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Observa-se que a lei determina a eficácia da decisão aos limites territoriais e não às características do direito tutelado e a extensão subjetiva do julgado, ou seja, restringe a abrangência subjetiva dos efeitos da coisa julgada em função de critério territorial extraído da competência do juízo<sup>100</sup>.

Muitos doutrinadores afirmam que o referido dispositivo é inconstitucional, destacando Joaquim Felipe Spadoni que:

*Pretender limitar a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada em lides que dizem respeito a direitos difusos ou coletivos é medida que, se não é inócua, por pretender dividir o indivisível, é inconstitucional, pois impossibilita a adequada e eficaz proteção de bens que são, por natureza, indivisíveis, violando-se a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrita no art. 5., inciso XXXV, da CF<sup>101</sup>.*

De fato, as características de indivisibilidade e ausência de identificação dos titulares dos direitos difusos é logicamente incompatível com a limitação territorial da eficácia da tutela jurisdicional, como ocorre, v.g., com a qualidade do ar atmosférico ou à poluição de um determinado rio que corta diversas cidades e Estados.

---

<sup>100</sup> Nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier. In: **Sentença Civil**: liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006. p. 370.

<sup>101</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**: a ação preventiva prevista o art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 241.

Luiz Rodrigues Wambier, ao comentar o art. 16 da Lei nº 7347/85 destaca:

*(...) De fato, ao que parece, a intenção do legislador foi realmente a de reduzir o âmbito de alcance das características que tornam coletivas as ações. Este novo sistema se distancia das ações de que trata o processo civil tradicional, justamente por pontos que dizem respeito à legitimação ativa e à coisa julgada.*

*(...)*

*Parece-nos que, todavia, o art. 16 é lei vigente e como tal deve ser respeitado, eis que o direito de acesso às soluções jurisdicionais, ano nosso ver, não foi alterado por essas regras<sup>102</sup>.*

Não se pode desprezar que a jurisdição, enquanto poder é uno e indivisível, de forma que cada órgão do Poder Judiciário, quando atua nos limites da competência, possui poder integral.

Dessa forma, tem-se a competência, que nada mais é que medida da jurisdição. Para facilitar e viabilizar a solução dos conflitos emergentes da sociedade, os diversos casos são submetidos a diversos órgãos do Poder Judiciário.

Permitir que em direitos transindividuais o Judiciário profira decisões contraditórias e conflitantes, representa sério risco à dignidade da própria Justiça Estatal, pois decisões conflitantes proporcionam insegurança jurídica, descrédito do Estado.

Sérgio Cruz Arenhart assevera:

---

<sup>102</sup> **Sentença civil:** liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006. p. 367.

*(...) o Estado é concebido pelo e para o homem e, quando não serve mais para este, torna-se um instrumento inútil e perfeitamente descartável, cabendo a quem tem interesse buscar novo instrumento, capaz de satisfazer suas necessidades<sup>103</sup>.*

Para ilustrar o alegado tomemos um exemplo em que uma companhia de bebidas, de atividade nacional, insira no mercado um lote de bebidas contaminadas, nocivas à saúde dos consumidores. Não seria lógico a decisão judicial que, na proteção dos direitos dos consumidores, proibiu a venda e determinou a retirada do mercado, restringir-se aos limites territoriais da jurisdição.

Problemas práticos e incoerências são corriqueiras no direito, como bem destacado por Luiz Rodrigues Wambier:

*É natural que surjam problemas práticos em certos casos em que seja impossível corrigir o dano aqui, sem atingi-lo lá. Dificuldades teóricas sempre houve e sempre haverá. Por que certo remédio é danoso à saúde no Rio e não em Curitiba ? Mas... por que fulano é filho para herdar e não é filho para usar o nome ? Com as ações coletivas, ainda que com esta restrição, certamente muitas dificuldades ligadas à incoerência, insegurança e descrédito do sistema estão sendo paulatinamente superadas<sup>104</sup>.*

Os interesses tutelados num processo coletivo justificam a necessidade de se aperfeiçoar e desenvolver os instrumentos utilizados, notadamente as ordens estatais de urgência, dentre as quais estão inseridos os mandamentos preventivos e repressivos.

---

<sup>103</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 28.

<sup>104</sup> **Sentença civil**: liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006. p. 370.

Embora em alguns casos concretos a limitação territorial da eficácia do comando judicial não seja lógico e coerente, o expresso mandamento legal deverá ser respeitado. Assim, serão beneficiados pela tutela jurisdicional proferida em sede de ação coletiva os sujeitos que estiverem abrangidos pela competência territorial do juiz competente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil brasileiro, em razão da sua concepção individualista, não tem sido apto para lidar com os novos conflitos oriundos da sociedade, notadamente aqueles relacionados aos interesses transindividuais ou coletivos *lato sensu*.

A morosidade na prestação jurisdicional tem sido um dos principais fatores para o estudo e aperfeiçoamento das chamadas tutelas de urgência, as quais podem ser subdivididas em preventivas e satisfativas.

O Código de Processo Civil regulamenta tanto as tutelas de urgência protetivas ou cautelares quanto às satisfativas ou antecipatórias, as primeiras relacionadas à necessidade de se afastar o dano processual, daí se cogitar em caráter bi-instrumental, as segundas relacionadas à satisfação antecipada e provisória dos pedidos formulados na exordial.

Nos conflitos relacionados aos interesses coletivos, sejam difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, de extrema importância o estudo das regras instrumentais que constituem o chamado "sistema processual coletivo único".

O Processo Civil Coletivo comporta o estudo de regras e princípios característicos, adequados às peculiaridades com a natureza do conflito posto em discussão.

A coisa julgada comporta relativização, não se podendo cogitar em estritos limites subjetivos da coisa julgada, todavia, com relação aos limites territoriais, diante da redação do art. 16 da Lei nº 7347/85, a



decisão será eficaz para os sujeitos que estiverem abrangidas pela competência territorial do órgão julgador.

Nesse contexto de regras processuais específicas do “sistema processual civil coletivo único”, de grande relevância a tutela inibitória coletiva.

A tutela inibitória coletiva, pouco explorada e estudada no Brasil, tem por enfoque não o dano, como as tradicionais tutelas, mas sim o ilícito, ou seja, a probabilidade de dano.

Em conflitos coletivos, muitas das vezes o dano traz conseqüências irreversíveis, tornando o comando judicial pós ilícito inócuo e ineficaz.

Com a tutela inibitória há a possibilidade de o ilícito ser afastado ou cessado, ou seja, a tutela inibitória poderá ser tanto preventiva quanto repressiva.

Peculiaridades existem no emprego da tutela inibitória, notadamente com relação ao contexto probatório, despontando daí a importância da distinção entre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão do ônus da prova.

À tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o ônus da prova incumbirá a quem detiver maior facilidade na sua realização, seja em decorrência de conhecimentos técnicos ou de informações específicas, incidindo, portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova rompe com as rígidas regras da distribuição do ônus *probandi*, ao permitir que o juiz

possa adequar a valoração das provas em cada caso concreto, retirando o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportar o referido ônus, impondo-o àquele que estiver em melhores condições o ônus de produzi-la. Tal teoria inverte a regra de que ônus objetivo deve limitar o ônus subjetivo, encarando a prova como instituto pertencente ao direito público e não privado.

Diante dos novos desafios apresentados pela sociedade moderna e pelos novos direitos e modalidades de relações jurídicas, em muitos casos constitui a tutela inibitória ou preventiva, a única forma de proteção que se amolda às necessidades de casos carentes de proteção hábil.

O Direito, para cumprir com a sua função social, deverá evoluir concomitantemente com a sociedade. Nenhuma valia terá a evolução do direito material se as normas processuais não se adequarem à realidade emergente.

A sistematização e codificação das novas tutelas de urgência constitui medida necessária, notadamente nas ações coletivas, em que desponta o interesse social. Indispensável, para tanto, o destaque da importância do agir preventivo, ou seja, antes da ocorrência do ilícito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>. Acesso em: 1 jul. 2009.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980 (2. série).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: RT, 2004. p. 19.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. (Coord). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: RT, 1993.

BERMUDES, Sergio. **Direito Processual Civil**: Estudos e Pareceres. 3. serie. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Aberta**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 2. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie *et all* (Coord.). Direito Fundamental à Processualização. In: **Constituição e Processo**. Salvador: Podium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FABRICIO, Adroldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do Juiz. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.7, jul./set. 1993.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIORILLO, Celso Antônio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito Processual Ambiental Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FILOMENO, Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular** – aspectos polêmicos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2 ed. São Paulo: SRS, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). A tutela dos interesses difusos. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Reforma do Código de Processo Civil**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord). São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. **Revista de Processo**. n. 171, ano 34, maio de 2009. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas. p. 213 – 241.

MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: RT, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Temas de direito processual civil**. 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**: temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antônio Herman V. **Revista de Direito Ambiental**. n. 30. São Paulo: RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **A ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei n. 7.347/85 e legislação complementar)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 3.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações Coletivas**. São Paulo: Leud, 2004.

NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela Jurisdicional específica**: mandamental e executiva *lato sensu*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1999. v. 3.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. **Processo de execução**. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil Romano**: ejercicio y defensa de los derechos. Trad. Santiago e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954.

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

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VADELL, Lorenzo Bujosa. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: José Maria Bosch Editor S.A, 1995.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: a tutela jurisdiccional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdiccional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O ônus da prova. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Editora Consulex, n. 200, maio.2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A responsabilidade civil do Estado decorrente de atos jurisdicionais**. RT 633/34-42. São Paulo: RT, jul. 1988.

\_\_\_\_\_. **Sentença Civil**: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



# 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](#)