

EVOLUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO COLETIVO

EVOLUTION OF ANTICIPATION OF TUTELAGE IN THE COLLECTIVE PROCESS

Cleanto Fortunato da Silva

Professor de direito empresarial da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Juiz de Direito em Natal/RN

Mestrando em direito comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO

Este trabalho visa discutir a antecipação dos efeitos da tutela de mérito no processo coletivo. Busca-se compreender o desenvolvimento das relações processuais transindividuais e a urgência da adoção de medidas que tornem efetiva a prestação jurisdicional em prol da coletividade. Analisa-se a evolução havida no microssistema dos processos coletivos quanto à concessão da tutela antecipada. Verifica-se se tem havido efetividade no cumprimento dessas medidas, discutindo-se as eventuais dificuldades relacionadas a sua execução. Procura-se verificar os óbices legais surgidos que dificultam a adoção dessas medidas de urgência e quais

as soluções adequadas para que se tenha o efetivo aproveitamento do processo aos fins aos quais se destina.

Palavras-chave: Processo judicial coletivo; antecipação dos efeitos da tutela de mérito; efetividade; evolução; cenário atual

ABSTRACT

This study aims to discuss the anticipation of the effects of merit tutelage in the collective lawsuit. It seeks to understand the development of the transindividual relations and the urgency of adopting measures to make effective the judicial assistance in supporting the community. It analyzes the evolution regarded in the microsystem of collective processes for the granting of preliminary injunction. It is checked whether there has been effective in meeting these measures, discussing the possible difficulties related to its implementation. It seeks to determine the obstacles that hinder the adoption of these emergency measures and what the appropriate solutions in order to have the actual use of the process to the purposes for which it is intended.

Keywords: Collective lawsuit; anticipation of the effects of merit tutelage;; effectiveness; evolution; current scenario

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; 1 O PROCESSO COLETIVO COMO MEIO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS; 2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO; 3 A INTRODUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO; 4 AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS; 5 ATUAL CENÁRIO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NAS AÇÕES COLETIVAS; 6 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

A antecipação dos efeitos da tutela de mérito, seja parcial ou total, é hoje amplamente utilizada no processo coletivo, pelas mesmas causas que ensejaram o seu surgimento para aplicação nas relações processuais entre indivíduos.

É perfeitamente sabido que, pelas peculiaridades socioeconômicas brasileiras, o Poder Judiciário e o processo judicial tomaram uma importância no cenário nacional de maior relevância do que deveria realmente acontecer, comparando-se com a realidade de outros países de padrões civilizatórios equivalentes, e especialmente com a dos países mais desenvolvidos. Destinados inicialmente à resolução de querelas individuais, essa função estatal e esse instrumento de solução de litígios passaram a ter dimensões avultadas, diante da multiplicação das mazelas que tem sido encaminhadas exponencialmente para serem dirimidas pela atuação da atividade jurisdicional, pensada originalmente para atuação esporádica quando

os indivíduos não conseguissem consensualmente fazer desenvolver as suas relações de modo satisfatório entre os seus interessados.

Essa multiplicação de litígios individuais levou obviamente à saturação do exercício da atividade estatal jurisdicional, de elevado custo, que não consegue solucioná-los em prazo de tempo razoável, como deveria sê-lo. A infraestrutura pública montada para esse fim não consegue atender prontamente a necessidade surgida a partir dos recorrentes litígios levados à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse cenário, o manejo das ações coletivas se apresenta como um elemento de elevada importância no equacionamento da pulverização de demandas judiciais, visto que agrega em poucas relações processuais os interesses de uma elevada quantidade de pessoas, o que, também, implica na redução dos custos necessários à aplicação do direito aos casos ocorrentes.

Mesmo assim, considerando-se a dialética do processo e os princípios que o informam, especialmente os da ampla defesa e do contraditório, a solução definitiva das questões submetidas à apreciação dos órgãos jurisdicionais normalmente exige transcurso de tempo razoável, postergando o veredito para momento distante daquele que se apresenta como o ideal.

Torna ainda mais marcante essa realidade a complexidade que normalmente envolve os processos coletivos, dados os tipos de problemas magnos que muitas vezes por eles são abarcados, destinando-se a um elevado número de pessoas e que requerem dilação probatória extensa e de natureza técnico-científica. Em vários casos, inclusive, a problemática

envolvida é de extensão nacional.

Assim, a antecipação dos efeitos da tutela meritória passou a ter uma relevância maior ainda no âmbito das ações coletivas, seja na seara ambiental, das relações de consumo, referentes ao patrimônio público ou ao interesses das crianças e adolescentes, por exemplo. Desde o início da sua aplicação nos processos coletivos aos dias atuais, vários dos seus aspectos foram modificados pelo legislador, assim como pela jurisprudência, às vezes visando torná-la mais eficiente e outras vezes embaraçando o seu uso processual.

Desse modo, o presente trabalho visa fazer uma análise dessa evolução, tanto quanto possível cronológica, compreender o atual cenário e as perspectivas advindas com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor desde o dia 18 de março de 2016.

1. O PROCESSO COLETIVO COMO MEIO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

Não há dúvida no seio da comunidade jurídica de que a utilização dos instrumentos processuais coletivos é o meio adequado para solução dos conflitos sociais, obviamente quando eles exorbitem a esfera jurídica de poucos indivíduos e se alcem sobre os interesses da coletividade, entendida como um conjunto social, delimitado no espaço, com algum grau de organização interna e por atividades e objetivos comuns.

É interessante observar que os antecedentes remotos das ações coletivas têm

vinculação com a defesa da coisa pública, de interesse geral e portanto relacionada à coletividade de pessoas que compõem determinado ente político. Informam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2012, pp. 25-26) que é bastante conhecido o antecedente romano da ação popular em defesa das *res sacrae* e *res publicae*. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, e que era seu dever defendê-la. Daí o brocado *Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa). Essa percepção da coisa pública como de interesse efetivo de todos tem, contudo, origem grega, tendo sido passada aos romanos.

Modernamente, já as ações coletivas das “classes”, antecedente mais próximo das atuais *class actions* norte-americanas e da evolução ocorrida no Brasil em relação às ações coletivas reguladas no Código de Defesa do Consumidor, são oriundas da prática judicial anglo-saxã nos últimos séculos. Recentemente, o cerne do sistema, nestas ações, era a adequada representação da coletividade, a ser aferida pelo magistrado caso a caso. A análise desses institutos evidencia que se centrou na legitimação processual o problema da tutela nas ações coletivas desta tradição.

Verifica-se, assim, que, com o passar do tempo, não somente o uso, assim como, especialmente, a normatização das ações coletivas, tratando-as de modo a se ter um uso mais eficaz e a trazer, por conseguinte, uma maior utilidade desses institutos jurídicos, foram consequência de importantes fatores sociais e políticos.

A mais importante causa sociológica está na insatisfação social gerada pela

incapacidade de o processo tradicional, de cunho individualista, proporcionar respostas eficientes para os novos embates surgidos com a sociedade de massa.

A incapacidade de as ações individuais tutelarem os interesses coletivos causou problemas de várias ordens diferentes, podendo ser mencionados o de difícil acesso à Justiça e o de julgamentos contraditórios, e por consequência, o descrédito do próprio Poder Judiciário, responsabilizado por não conseguir solucionar os novos conflitos ocasionados pela sociedade de massa e, portanto, por fracassar em concretizar a efetivação de direitos, inclusive muitos de natureza fundamental.

Decepcionada em seus anseios de efetivação de seus direitos, a sociedade contemporânea tem buscado soluções para essa situação, procurando, a todo instante, soluções autênticas que sirvam de freio à constante insatisfação e aos novos problemas que surgem diariamente com o progresso tecnológico e suas consequências. O mundo vem se modificando e é imperioso que o ordenamento jurídico seja reestruturado para se adaptar às novas configurações sociais e econômicas que se formam. Constata-se que as causas sociais terminam por se constituírem também em jurídicas, visto que é perceptível o interesse político na segurança jurídica das relações travadas no cotidiano.

O uso das ações judiciais coletivas não somente evita a pulverização de demandas individuais, que sobrecarrega a máquina judiciária, pela enorme quantidade de atos procedimentais que precisam ser realizados para que a marcha processual tenha o seu curso, mas também possibilita a uniformidade de tratamento para aqueles que estejam na mesma situação, evitando o proferimento de decisões díspares e causando insegurança quanto ao exercício dos direitos dos indivíduos, independentemente da sua natureza.

Embora seja assim, o manejo das ações coletivas, seja na defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, não tem atingido de modo amplo os objetivos almejados, visto que tem ainda predominado o uso das ações individuais em larga escala. Tanto é assim que, dos legitimados para a ação civil pública, apenas o Ministério Público tem atuação destacada nesse sentido, sendo autor da quase totalidade das ações propostas. Algumas associações civis o fazem, porém poucas tem conseguido alcançar a desejável representatividade social. A Defensoria Pública é incipiente nesse tipo de atuação e sofre as limitações dos seus fins institucionais, pois visa agir tão somente no interesse dos menos favorecidos. Os demais legitimados, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista praticamente abdicaram dessa sua faculdade legal, tendo interposto pouquíssimas ações coletivas.

Mesmo diante dessa situação, as ações coletivas continuam sendo o meio ideal de pacificação dos conflitos sociais, mormente os de grande escala, e a postergação do contraditório, com a adoção de medidas de urgência *ab initio*, é elemento de extrema importância na garantia de proteção dos direitos coletivos em sentido amplo.

2. A EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO

A nova realidade surgida no Século XX, da sociedade de massa, de grandes transformações, derivada da revolução industrial, do desenvolvimento tecnológico, do elevado aumento da população mundial, do surgimento dos grandes centros urbanos, fez com que a ciência jurídica também avançasse a passos largos, a fim de que os novos direitos surgidos

passassem a ter tratamento adequado, e de que se tivessem instrumentos eficientes para a sua efetiva tutela, o que veio a ensejar uma profunda alteração no processo.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, pp. 40-41) fazem uma apreciação dos pontos sensíveis referentes à efetividade do processo em termos gerais, com a seguinte abordagem:

“...Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos.); e, de outro, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do seu produto final. Esses óbices situam-se em quatro "pontos sensíveis", a saber: a) a admissão ao processo (ingresso em juízo).; b) o modo-de-ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a utilidade das decisões.”

Diante da problemática social atualmente reinante e do processo coletivo, a superação do obstáculo situado no ponto sensível da admissão ao processo funda-se na reanálise dos esquemas clássicos da legitimação para agir, passando-se a discutir quem são os representantes adequados da coletividade que possam atuar eficientemente.

Quanto ao modo de ser do processo, o destaque recai sobre o instituto da coisa julgada e as suas particularidades inerentes ao processo coletivo, realçando-se a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* e, nesse particular, a sua relativização.

Em relação à justiça das decisões, entende-se como extremamente importante a postura da magistratura, que não pode prescindir do conhecimento da realidade brasileira, em decorrência do que deve ter um papel ativo na condução do processo. Imparcialidade não deve ser confundida com neutralidade, ou comodismo. O juiz deve ter uma participação mais efetiva. Toda esta mudança, contudo, deverá alicerçar-se em uma organização adequada da justiça, instrumentalizada não só no modelo ideal de recrutamento dos juízes, como no necessário aprimoramento dos magistrados, além de adequadas condições de trabalho.

Por fim, o quarto ponto sensível a ser superado, em busca da almejada efetividade do processo coletivo, qual seja, a utilidade das decisões.

Nesse contexto, verifica-se que os movimentos de acesso à justiça demandam a modelagem de novos métodos para tornar os direitos efetivos, levando à conscientização da necessidade de se rever não apenas o funcionamento do Poder Judiciário, assim como o direito processual, como instrumento adequado à efetivação do direito, buscando sua adaptação ao tipo de litígio.

Discorrendo sobre a efetividade processual, Grinover (2006, p. 199), expressa o entendimento de que:

“Uma sentença genérica que não seja idônea a pacificar com justiça e um processo coletivo incapaz de solucionar a controvérsia de direito material não podem encontrar guarida num ordenamento processual moderno, como é o brasileiro. A técnica processual deve ser utilizada, então, para evitar e corrigir eventuais desvios de caminho de um processo que há de ser aderente à

realidade social...”

Propõe-se, assim, no mesmo rumo da doutrina e em consonância com as transformações ocorridas dentro da ciência processual, um novo método de pensamento, analisando o processo sob a sua perspectiva teleológica, preocupado com a efetividade da tutela. Fala-se, então, na almejada implementação da tutela jurisdicional adequada.

3. A INTRODUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

A busca pela realização de uma prestação jurisdicional efetiva e célere, hábil a dirimir os litígios entre os indivíduos de modo mais eficiente possível, beneficiando não apenas as partes mas também toda a coletividade, tornou-se uma aspiração generalizada. Mundo afora várias iniciativas foram tomadas, no afã de que o processo judicial atinja os fins para ele estabelecidos.

Percebeu-se que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode levar a uma longa sequência de atos, sem que haja a satisfação daqueles que necessitam obter a pacificação dos seus conflitos.

É nesse clima, que se verifica no século XX aquilo que foi entendido como sendo as primeiras decisões antecipatórias dos efeitos meritórios, surgidas no direito europeu continental, com raízes no Direito Romano e que tem suas bases no conceito geral de cautela.

Após os doutrinadores constatarem que havia a limitação do poder geral de

cautela a um campo restrito, visto que não era admitido o seu uso para satisfação direta de direitos subjetivos das partes, é que se passou a fazer utilização mais intensa da tutela cautelar, de modo a lhe permitir uma maior amplitude, ante o fundamento de que a não proteção célere de um direito seria o mesmo que a denegação da justiça.

A partir daí surgiram novos instrumentos que permitiram, em circunstâncias específicas, a utilização de liminares satisfativas.

No Brasil, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, já havia hipótese de produção antecipada dos efeitos da tutela de mérito. Assim ocorria no âmbito das ações possessórias, visto que, para aquelas de força nova, havia a previsão dessa possibilidade, desde que atendidos os requisitos previstos.

Não havia, porém, uma sistematização desse instituto e, conseqüentemente, uma aplicação ampla em todos os tipos de demandas. Só existia para situações específicas, embora a sua utilidade já se mostrasse algo extremamente relevante.

A impossibilidade de que se antecipasse os efeitos da provável decisão de mérito e que se seguisse o trâmite tradicional do processo fazia com que, em grande parte das vezes, a prestação jurisdicional deferida não alcançasse o fim visado, estando, não raramente, a situação fática consolidada ou transformada por outros meios.

Diante disso, passou-se a perceber a impropriedade do processo civil como regulado, e evoluiu-se para o uso das medidas cautelares como um escape para se conseguir uma tutela judicial exitosa. Obviamente que esse quadro gerou muitos embates, com diversos

autores considerando excessivas as práticas de generalização das cautelares para a obtenção da satisfação do direito reclamado.

A necessidade de elaborar a sistemática adequada da antecipação dos efeitos da tutela de mérito passou a ser tida como um dos temas em evidência no âmbito do devido processo legal, em sua visão contemporânea de amplo acesso à justiça com a maximização da efetividade da função estatal em apreço. Passo importantíssimo foi dado com o advento da Lei nº 8.952/94, que, em atenção aos anseios de uma adequação do processo à dinâmica da realidade, regulou o instituto da tutela antecipada, de modo genérico, aplicável a todas as espécies de demandas judiciais. Essa mesma lei, no capítulo do Código de Processo Civil que trata da sentença e da coisa julgada, regulou de modo similar já constante no Código de Defesa do Consumidor a possibilidade da concessão da tutela liminarmente ou mediante justificação prévia na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, deixando evidenciado que essa medida não era restrita às relações de consumo, mas sim aplicável de modo amplo às ações cominatórias.

Com essa reforma, parece que a principal preocupação do legislador foi a de fazer com que o processo se torne apto a atingir os seus objetivos, e dentro dessa visão é imprescindível que haja uma proteção ágil ao titular de um direito violado.

Nesse anseio de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, é forçoso vislumbrar que a antecipação da tutela é um importantíssimo elemento nessa engrenagem, e deve-se não duvidar de que ela se coaduna perfeitamente com o contraditório e a ampla defesa, que ficam postergados para momento posterior. São circunstâncias que robustecem a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, com segurança jurídica, a possibilidade de a

decisão concessiva ser revogada ou modificada a qualquer tempo, assim como também o ônus imposto ao beneficiário da medida de indenizar a parte adversa em caso da sua não manutenção e eventual dano por ela ocasionado.

4. AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

A Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, não trouxe em seu bojo nenhuma previsão de medida de urgência que pudesse ser adotada em face do ato apontado como lesivo ao patrimônio público. Somente em 1977, por meio da Lei nº 6.513, é que o legislador incluiu no texto legal, em seu artigo 5º, § 4º, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado. Mancuso (2008, p. 272), entretanto, defende a posição de que essa modificação foi de pouca valia, pois apenas consagra a possibilidade de suspensão do ato lesivo impugnado, por meio de tutela cautelar, o que já era assegurado anteriormente pelo poder geral de cautela constante no Código de Processo Civil.

Por sua vez, a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, prevê em seu artigo 12, que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo. Do mesmo modo que o fez a lei da ação popular, não trata da antecipação da tutela nas ações civis públicas.

Duas previsões, entretanto, são dignas de menção: 1) a suspensão de segurança que está expressa no artigo 12, § 1º; e 2) a impossibilidade de concessão de mandado liminar antes da oitiva do poder público quando este aparecer na posição de réu na

demanda coletiva (artigo 2º da Lei nº 8.437/92).

Através do pedido de suspensão de segurança, a eficácia da decisão antecipatória contra o Poder Público pode ser suspensa pelo presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Para que seja acatada, a Lei nº 8.437/92 exige a presença de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade.

A segunda referência acima, concernente à tutela antecipada nas ações civis públicas contra o Poder Público, trata-se da previsão de que, antes de ser apreciada a medida liminar, deve ser ouvido o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que terá o prazo de 72 horas para se manifestar. Vê-se, assim, que essa exigência torna impraticável a concessão da antecipação dos efeitos da tutela sem essa audição, o que pode afetar consideravelmente o interesse que se pretende proteger, dependendo do seu grau de urgência.

Segundo Leonel (2002, p. 300), esse dispositivo é inconstitucional, visto que “as prescrições são inoportunas, contrariam a técnica processual e demonstram retrocesso, apresentando desequilíbrio com o restante do ordenamento jurídico...”, e que violaria “...os princípios da igualdade e da inafastabilidade da jurisdição.”

Esse entendimento, contudo, não é pacífico. Passos (1995, p. 6) revela o entendimento de que limitações às medidas de urgências não são inconstitucionais, dizendo que:

“Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inc. XXXV

do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação de tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade.”

Assim, houve também advento da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que em seu artigo 22, § 2º, dispõe que: “No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Sobre isso, Medina e Araújo (2009, p. 224) emitiram excelente análise:

“A norma estabelece uma fase de cognição prévia como meio de permitir a defesa antecipada da pessoa jurídica interessada. Os reflexos gerados pela concessão de liminar coletiva justificariam a criação da audiência de justificação inversa. Note-se que a regra é a concessão de audiência prévia para o autor demonstrar a reunião dos requisitos legais para o juiz conceder a liminar. Aqui a hipótese é inversa, porque o texto legal presume o **periculum in mora in rem verso**. Esta presunção, no entanto, pode ser afastada, se evidenciadas circunstâncias em que a não concessão imediata da medida liminar permita a extinção do direito demonstrado pelo autor. Tal requisito, assim, não pode ser tido por absolutamente intransponível. Notando o órgão jurisdicional que a não concessão da liminar pode acarretar, de modo irreversível, o perecimento de direito demonstrado pelo autor da ação, deverá

conceder a medida, a despeito do que dispõe o § 2º do art. 22 da Lei 12.016/2009, sob pena de fazer letra morta os incs. LXIX e LXX do art. 5º da Constituição (bem como o art. 5º, XXXV, da mesma Carta).”

Importante avanço houve com o advento do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei nº 8.078/90, que, ao tratar da defesa do consumidor em juízo, em seu artigo 84, § 3º, previu, quanto às ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, 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, citado o réu. Comentando esse dispositivo, Marques, Benjamim e Miragem (2103, p. 1.616) entendem que a antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer reclama os requisitos genéricos do art. 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Dessa afirmação, quanto aos requisitos, parece não diferenciar essa antecipação da tutela concedida nas ações cominatórias daquele prevista genericamente para todos os tipos de ações, nem também da tutela cautelar. Em sendo assim, a diferenciação ficaria evidenciada tão somente pelos efeitos da decisão, se satisfativos ou apenas assecuratórios da providência de mérito buscada.

Quanto à tutela específica que ensejou a regulamentação da sua antecipação, Grinover *et al* (1992, p. 524) esclareceram, de modo interessante, que:

“...O legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer e não fazer, o que importa, mas do que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito. E para obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu

alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença...”

Para isso, denota-se a importância capital da possibilidade de concessão da tutela antecipada, sem a qual a concretização do comando legal estaria sob grande risco de ineficácia.

5. ATUAL CENÁRIO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NAS AÇÕES COLETIVAS

Dentro do microsistema do processo coletivo, sobre a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, há tão somente a previsão inserta no Código de Defesa do Consumidor, já referida, em seu artigo 84, § 3º, e ínsita à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer. As demais prescrições sobre medidas de urgência tratam-nas como de natureza cautelar.

Contudo, considerando-se a existência desse microsistema, com a interação que há entre os diplomas legais que o normatizam, é entendimento assente de que atualmente o regime da tutela de urgência é o mesmo para todas as ações coletivas, pois os requisitos básicos para a sua concessão coincidem, quais sejam, o fundamento relevante da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final.

Isso se coaduna, como se verá adiante com a sistemática introduzida no direito brasileiro pelo advento do novo Código de Processo Civil, que quebra a dualidade de regulamentação quanto à antecipação dos efeitos da tutela, introduzindo uma nova regulamentação, que de modo conjunto abrange a tutela antecipatória e a tutela cautelar, inclusive quanto às ações coletivas, que são alcançadas pela aplicação subsidiária das normas processuais insertas no CPC, consoante contido nos artigos 19 da Lei nº 7.347/85 e 90 da Lei nº 8.078/90.

Duas importantes iniciativas havidas, com o fim de regular especificamente o processo coletivo, não tiveram tramitação próspera no Congresso Nacional. A primeira delas foi o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos, de dezembro de 2005, com redação da professora Ada Pellegrini Grinover, e o PL 5139, de 2009, que intentava dar nova disciplina à ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A primeira iniciativa referida previa uma atualização da disciplina da antecipação da tutela, com modificação do então Código de Processo Civil em vigor. Algumas dessas inovações foram inseridas no novo CPC, como por exemplo a possibilidade de requerimento antecedente de antecipação da tutela, como se verá adiante.

A outra iniciativa trazia em seu corpo uma regulamentação específica da antecipação da tutela referente às ações civis públicas, impondo como requisitos para a sua concessão apenas a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, fazendo a equalização legal, para todas as ações de conhecimento cabíveis, com os requisitos necessários ao deferimento da antecipação da tutela nas ações

cominatórias.

6. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil trata da matéria de modo sistemático, procurando dar simplificação e celeridade ao processo. Traz a extinção de um livro específico para os procedimentos cautelares e inova com um livro, na sua parte geral, para tratar da tutela provisória, abrangendo as tutelas de urgência e de evidência. Os requisitos exigidos são a probabilidade do direito e a demonstração de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, independentemente de as medidas serem satisfativas ou cautelares. Deixam de ser utilizadas as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, previstas no Código de Processo Civil de 1973, para que haja o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. Foi consagrado o entendimento de que esses termos conduziram à certeza, e não apenas a um juízo de probabilidade. Nessa esteira, passam a ser exigidos apenas elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, característica das tutelas de urgência, que são fruto de cognição sumária.

É de se observar que o diploma legal em apreço inicia a disciplina da tutela de urgência e da tutela da evidência estendendo às medidas satisfativas a possibilidade de serem requeridas de forma preparatória, o que, nos termos do artigo 796 do Código de Processo Civil em vigor, somente é possível no caso de medida cautelar.

Com essa modificação legislativa, levando à uniformidade de regime em

relação às tutelas cautelar e antecipatória, encerra-se a infundável controvérsia acerca da possibilidade de se requerer uma medida antecipatória como cautelar. O inverso é permitido desde o advento da Lei nº 10.444/2002.

De há muito, Fux (1996, p. 51), já discorreu sobre a tutela de urgência, entendendo que:

“À luz do princípio do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que tem como corolário o direito impostergável à adequada tutela jurisdicional, não podia o legislador escusar-se de prever a “tutela urgente”, sob pena de consagrar a tutela “tardia e ineficiente”, infirmando a garantia constitucional por via oblíqua, na medida em que a “justiça retardada é justiça denegada”.”

Como já referido, é mantida a exigência de que haja o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, que se apresenta, na verdade, como o requisito mais importante e justificador para a adoção da medida de urgência, sendo a probabilidade do direito requisito complementar. Isso ocorre porque a tutela de urgência abrevia o tempo transcorrido entre o pleito formulado e o seu acatamento, para que não se esvazie o futuro provimento de mérito.

Quanto à irreversibilidade dos efeitos da decisão, mantém o legislador a previsão de que não será concedida a tutela de urgência se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, o que contraria o entendimento de boa parte da doutrina, de que isso não deveria ser óbice à concessão da medida, sob pena de ofensa ao princípio de acesso à justiça, resolvendo-se eventuais perdas e danos pela via reparatória. Nesse sentido, esclarece Neves (2011, p. 1.173) que se deve evitar a interpretação literal do dispositivo legal, até porque a

doutrina majoritária entende que a irreversibilidade não diz respeito ao provimento que antecipa a tutela, e sim aos efeitos práticos gerados por ele. Continua explicando o autor que se houver a irreversibilidade sempre será resolvida em perdas e danos e, por isso, não há impedimento em conceder a tutela antecipada.

Prevê a estabilidade da decisão que conceder a tutela antecipada, se dela não for interposto o respectivo recurso, no artigo 304. Visa essa inovação, já defendida por vários autores há muitos anos, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido na decisão antecipatória. Com isso, as próprias partes, analisando as circunstâncias do litígio, decidem sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias, cognição exauriente e a sentença de mérito. Não é raro de acontecer, na prática, de o cumprimento da decisão antecipatória solidificar de modo fático o litígio havido entre as partes.

Quanto à possibilidade de requerer a tutela antecipada, todos os legitimados para constar no polo ativo das ações coletivas podem fazê-lo, inclusive o indivíduo nas relativas a direitos individuais homogêneos. O Ministério Público também o tem nas ações em que atua como fiscal da lei.

A revogação ou a modificação da decisão concessiva da tutela antecipada somente pode ser levada a efeito se houver elementos novos, com alteração no estado de fato ou de direito.

Em caso de sentença de improcedência, o juiz deve deliberar a respeito da revogação ou manutenção da decisão concessiva.

CONCLUSÃO

Dessa análise, resulta constatar que, não obstante a evolução havida no instituto da antecipação dos efeitos da tutela de mérito nas ações coletivas, que se apresenta como um meio eficaz no enfrentamento da morosidade dos processos submetidos à apreciação judicial, o quadro atual não se apresenta como o ideal.

É sabido que o processo de conhecimento, que se baseia em uma cognição aprofundada e exauriente da causa, não vem atingindo a sua finalidade primordial, que é trazer uma solução satisfatória para todos os interessados no deslinde do litígio, em um prazo razoável.

O processo coletivo é informado por várias peculiaridades que o distinguem do processo destinado às relações individuais, seja a sua abrangência subjetiva, o seu alcance territorial, a complexidade técnica das matérias envolvidas, demandando com que ele tenha regulamentação própria, inclusive quanto à antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

Nesse sentido, a probabilidade do direito necessária à adoção dessa medida de urgência merece um tratamento específico, de natureza mais branda, a fim de privilegiar o interesse geral, pelas importantes consequências que podem gerar no controle de atividades nocivas ao interesse da coletividade, de modo pleno e eficaz.

A tutela de urgência de natureza antecipada, no processo coletivo, deveria

poder ser concedida amplamente, mesmo quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, o que seria resolvido por meio da reparação dos eventuais danos sofridos pela parte atingida em seu patrimônio, na hipótese de julgamento definitivo firmado com entendimento contrário ao da plausibilidade inicial do direito.

Assim, somente deveria haver a prévia audição da pessoa jurídica de direito pública interessada, quando essa hipótese for prevista em lei, se não houver risco de perecimento do direito dos interessados na demanda judicial, caso contrário haveria ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini P., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil – Processo coletivo**. Vol. 4. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. 1 ed. São Paulo: DPJ, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Inovações no CPC.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.