

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

PAULO ALBERTO SARNO

Tutela jurisdicional diferenciada: instrumento para efetividade e  
celeridade da justiça no Código de Processo Civil e no microsistema coletivo

Mestrado em Direito

São Paulo  
2014

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

PAULO ALBERTO SARNO

Tutela jurisdicional diferenciada: instrumento para efetividade e  
celeridade da justiça no Código de Processo Civil e no microsistema coletivo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, subárea Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

São Paulo  
2014

PAULO ALBERTO SARNO

Tutela jurisdicional diferenciada: instrumento para efetividade e celeridade da justiça no Código de Processo Civil e no microsistema coletivo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, subárea Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

Aprovado em: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (Orientadora)  
Instituição: PUC-SP

Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

## DEDICATÓRIA

A DEUS, pela vida e renascimento.

Aos meus pais, pela vida.

À minha amada esposa, Marcia Aparecida Bueno da Silva Sarno, pelo amor de tantos anos, pela inestimável lealdade e companheirismo, pela amorosidade do olhar preocupado e terno.

Aos meus filhos, Matheus Vinicius Bueno Di Sarno e Larissa Marina Bueno Di Sarno, amores eternos, razões da minha alegria, do meu viver.

À memória do saudoso e inesquecível amigo Venilto Paulo Nunes Junior, quem sempre admirei pela retidão e alegria.

Ao especial amigo Márcio Roberto Mazulis, generoso por natureza, quem sempre esteve ao meu lado, inclusive no momento mais difícil da minha vida.

Ao prezado amigo de tantos e tantos anos, Achilles Augustus Cavallo, pela amizade leal e duradoura.

À querida amiga Mônica Autran Machado Nobre, pela amizade carinhosa de todos os momentos, pela alegria do convívio afetuoso.

À querida amiga Gabriella Naves Barbosa, pela bela e intensa amizade que me concedeu.

Ao estimado amigo Massimo Palazzolo, a quem muito agradeço pela amizade sincera e honrada.

Ao caro amigo Ademir Feriani, a quem muito estimo, de quem muito recebi.

Ao prezado amigo João Nelson Ferreira da Silva, quem me deu inestimável força para seguir em frente, ao tempo em que mais precisei.

*Agradeço à minha orientadora, eminente Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, pela inestimável acolhida, orientação e ensinamentos recebidos, indispensáveis para a elaboração desta dissertação.*

*Aos eminentes Professores Doutores Cassio Scarpinella Bueno, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, Patricia Miranda Pizzol e Teresa Arruda Alvim Wambier, pelo ensino de excelência recebido durante o mestrado, essencial para o desenvolvimento deste trabalho.*

## RESUMO

O estudo proposto investiga o papel da tutela jurisdicional diferenciada como um instrumento para garantir a efetividade e a celeridade da justiça no Código de Processo Civil e no microssistema coletivo.

Inicialmente, são abordadas questões envolvendo o acesso efetivo à justiça, um direito fundamental que visa ao resguardo do mínimo existencial albergado pela Carta Política. Entre os aspectos investigados, destacam-se o Código de Processo Civil e a legislação que envolve os direitos metaindividuais, a tutela coletiva e as técnicas processuais (antecipação e acautelatória e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no microssistema coletivo). Como exemplo de tutela diferenciada no direito ambiental, a pesquisa aborda a aproximação dos direitos material e processual com base nos princípios da prevenção, da precaução e da reparação. Casos concretos servem como exemplo de sua aplicabilidade.

O estudo procura demonstrar que o acesso à justiça ocorre apenas com a efetiva entrega do direito material postulado pela parte (art.5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988). Para tanto, a legislação deve acolher os mecanismos processuais necessários para satisfazer materialmente a pretensão requerida, seja ela cautelar ou satisfativa.

Com o exame do sincretismo processual, demonstrou-se que o art.273, §7º, do Código de Processo Civil encontra assento natural no microssistema coletivo ao revelar a simbiose de técnicas processuais, desvelada na redação original do art. 4º da Lei nº7.347/85.

Quanto às demandas coletivas, o microssistema legal consolidou técnicas de tutela jurisdicional diferenciada, que adequaram o instrumento processual à consecução do direito material. O estudo aborda ainda a inversão do ônus da prova (mecanismo favorável à conquista da tutela jurisdicional diferenciada), a natureza mandamental ou executiva *lato sensu* das normas consumeristas e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Há também importante destaque para a coisa julgada coletiva e a limitação da cognição, de modo a demonstrar que o microssistema coletivo é um modelo de tutela jurisdicional diferenciada, com enfoque para o transporte *in utilibus*, no que toca à liquidação do julgado nas ações coletivas.

Em outro plano, o estudo demonstra a paridade entre o art.84 do Código de Defesa do Consumidor e o art.461 do Código de Processo Civil, para a conquista da execução específica ou do resultado prático equivalente.

O estudo conclui, ainda, pela inconstitucionalidade do art.16 da Lei da Ação Civil Pública, incompatível com o ideário de efetividade da tutela jurisdicional.

Desenhou-se, assim, no âmbito coletivo, a efetividade do processo, com a previsão de mecanismos para amparar o direito substancial em novas frentes.

Ao final, a pesquisa revela como o regime da tutela jurisdicional diferenciada, estabelecido no Código de Processo Civil e no microssistema coletivo, é imprescindível para a efetividade da justiça e o alcance do resultado útil do processo almejados pela sociedade.

**Palavras-chave:** Efetividade. Celeridade processual. Tutela jurisdicional diferenciada. Microssistema coletivo. Direitos metaindividuais.

## ABSTRACT

This study examines the role of differentiated jurisdictional tutelage as an instrument to ensure the effectiveness and the promptness of justice in the Civil Procedure Code and in the collective microsystem.

Firstly, some issues involving effective access to justice are approached since they are a fundamental right which seeks to guard the existential minimum embraced by the Constitution. Among the issues investigated it is highlighted the Code of Civil Procedure and the rules involving metaindividual rights, collective tutelage and procedural techniques (cautionary and anticipatory ones as well as supplementary application of the Code of Civil Procedure in collective microsystem).

As an example of differentiated tutelage on environmental law, this research addresses the approximation of substantive and procedural rights based on the principles of prevention, precaution and reparation. Specific cases serve as examples of its applicability.

This study seeks to demonstrate that access to justice is only for the actual grant of substantive right postulated by the party (Article 5, XXXV, of the Federal Constitution of 1988). For this purpose, legislation must foster procedural mechanisms necessary to materially meet the required pretension, whether injunctive or final.

The examination of the procedural syncretism showed that the art.273, paragraph 7, of the Code of Civil Procedure finds natural support on collective microsystem by revealing the symbiosis of procedural techniques, unveiled in the original wording of art.4 of Law 7.347/ 85.

Concerning collective demands, the legal microsystem consolidated differentiated jurisdictional protection techniques, which have adapted the procedural instrument to the attainment of the substantive right. The study also addresses the reverse burden of proof (device that favors the achievement of differentiated jurisdictional tutelage), the writ or executive lato sensu nature of consumerist norms and the supplementary application of the Civil Procedure Code. It is also important to stress the collective res judicata and the limitation of cognition in order to demonstrate that the collective microsystem is a model of differentiated jurisdictional tutelage, with a focus on transportation in *utilibus*, regarding the settlement of res judicata in the class action trial.

On another level, the study shows the parity between the art.84 of the Code of Consumer Rights and art.461 of the Civil Procedure Code, for the achievement of specific enforcement or of the equivalent practical result.

The study also concludes the unconstitutionality of the art.16 of the Law of Civil Action which is incompatible with the ideals of the effectiveness of jurisdictional tutelage. Therefore, within the collective scope it is designed the effectiveness of the proceedings, with the provision of mechanisms that would support the substantive law on new horizons.

Thus, this research reveals how the system of differentiated jurisdictional tutelage, delineated in the Civil Procedure Code and the collective microsystem, is essential for the effectiveness of justice and the achievement of beneficial outcome of the case, expected by society.

**Keywords:** Effectiveness. Speedy proceedings. Differentiated jurisdictional tutelage. Collective microsystem. Metaindividual rights.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL: A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS COMO INSTRUMENTO	14
2.1	O acesso efetivo à justiça como direito fundamental	16
2.2	O acesso efetivo à justiça e as garantias constitucionais	19
2.3	O papel do Poder Judiciário e o acesso efetivo à justiça: a garantia do mínimo existencial	22
2.4	Breve noção acerca do arcabouço legislativo para a defesa dos direitos metaindividuais	29
2.5	A tutela coletiva dos direitos metaindividuais, as técnicas processuais e o acesso à justiça	32
2.5.1	As diversas faces da cognição segundo a visão de Kazuo Watanabe	35
3	DA CONCEPÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	40
3.1	A tutela jurisdicional diferenciada no âmbito das medidas cautelares	45
3.2	Espécies de tutela jurisdicional diferenciada e a sumarização do processo	49
3.3	Efetividade da tutela jurisdicional e a duração razoável do processo	53
3.4	Formação do microsistema coletivo para a salvaguarda do direito metaindividual	55
4	UM EXEMPLO DE TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO DIREITO AMBIENTAL: APROXIMAÇÃO DOS DIREITOS MATERIAL E PROCESSUAL	59
4.1	A defesa do meio ambiente: direito fundamental e a proteção jurisdicional	61
4.1.1	A relevância dos princípios da prevenção, precaução e reparação para o resguardo do direito ambiental	67
4.1.2	Análise de um caso concreto: a aplicação jurisprudencial do princípio da prevenção	77
5	DO MICROSSISTEMA COLETIVO COMO MODELO DE TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO ÂMBITO COLETIVO	81
5.1	Diretrizes fundamentais do processo e características da funcionalidade	84
5.2	Da coisa julgada coletiva e da limitação da cognição	87
5.3	Da inconstitucionalidade do art.16 da Lei nº7.347/85	99

6	PERFIL DA TUTELA COLETIVA: DOS INSTRUMENTOS POSTOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS	111
6.1	Do significado da expressão “liminar”	113
6.2	Da tutela de urgência	115
6.2.1	Tutela jurisdicional diferenciada: a fungibilidade das técnicas de antecipação e acautelatória e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no microssistema coletivo	120
6.2.2	Análise de um caso concreto: a inspeção judicial como instrumento processual para a conquista da efetividade	124
6.3	Da inversão do ônus da prova: mecanismo para a conquista da tutela jurisdicional diferenciada	128
6.3.1	Assento topológico do instrumento da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor	135
6.4	Da natureza mandamental ou executiva <i>lato sensu</i> das normas inseridas na legislação consumerista	136
7	CONCLUSÃO	144
	REFERÊNCIAS	147

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito de acesso à justiça sofreu profundas transformações. Nos dias atuais, busca-se o efetivo acesso à justiça.

Em outra época, nos idos do liberalismo burguês dos séculos XVIII e XIX, não havia preocupação do Estado no que toca à proteção jurisdicional, que guardava viés meramente formal. Com o curso do tempo, a mera previsão de acesso formal à justiça, distante do que reclamava a sociedade, cedeu espaço para a efetiva busca e outorga da tutela jurisdicional.

O tempo desenhou um perfil social inédito, com o nascimento de relações de natureza coletiva, que passaram a exigir proteção além do pensamento individualista outrora prevalente na sociedade liberal, conforme assentado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino no processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção (1). Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática<sup>1</sup>.

Com o advento e a ampliação da noção metaindividual do direito, passou a ser exigida a atuação positiva do Estado para a garantia de direitos sociais básicos do cidadão, entre eles, o trabalho, a saúde, a educação e o meio ambiente.

No que concerne a esse processo evolutivo, constatam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.9.

À medida que as sociedades *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (3). Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da ‘Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados (4). Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação (5). Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (6). [...]²

Assim trilhou-se o caminho para a proteção dos direitos e garantias fundamentais. A par disso, a busca pela efetividade da tutela jurisdicional ganhou um curso inédito visto que o acesso meramente formal à justiça não mais atendia aos anseios da sociedade.

Em consequência, o direito processual, tanto no âmbito individual como no coletivo, surge com uma nova feição, guarnecida de instrumentos para, efetivamente, propiciar a satisfação do direito material pleiteado pela via jurisdicional.

Nesta dissertação destacamos o perfil da tutela jurisdicional diferenciada, com o enfoque de diversos autores e referência às diferentes faces da cognição, segundo a visão de Kazuo Watanabe. Em outro plano, buscamos também estabelecer o nascedouro do perfil da tutela jurisdicional diferenciada, com foco no Código de Processo Civil.

Realizado esse delineamento, a dissertação desenvolveu-se para demonstrar como a concepção da tutela diferenciada foi materializada no microssistema coletivo, para a salvaguarda dos direitos metaindividuais de forma efetiva e célere, a partir do exame da coisa julgada coletiva.

Prosseguimos com o estudo de alguns instrumentos postos para a proteção dos direitos metaindividuais, revelando o microssistema como modelo de tutela jurisdicional diferenciada no âmbito coletivo.

---

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.10-11.

Dentre esses instrumentos, destacamos a dicção do art.83 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a possibilidade de defesa dos direitos e interesses metaindividuais, com a admissão de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequação e efetiva tutela”.

De outra parte, salientamos a importância do art.84 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor, firmados para o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, com o apontamento dos mecanismos necessários para a conquista da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. A propósito, alerta Kazuo Watanabe:

[...] o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório na concepção tradicional), mas abrangerá também a expedição de mandamentos ou ordens (ação mandamental) que, sendo descumpridos, à semelhança das *injunctio*ns do sistema anglo-saxão ou da “ação inibitória” do sistema italiano, poderão configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à justiça, e não apenas como ofensa ao direito da parte contrária, e ainda ensejará a adoção de técnicas de sub-rogação objetiva e subjetiva de obrigações que permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação (cf. comentários aos arts. 83 e 84, infra). [...].<sup>3</sup>

Na quadra do processo civil ortodoxo, há referência ao regime da antecipação dos efeitos da tutela, consoante o art.273 e parágrafos do Código de Processo Civil.

Em outro movimento, ponderamos que a legislação de regência, seja no âmbito individual ou no coletivo, passou a acolher instrumentos voltados para a satisfação material da pretensão deduzida, de ordem cautelar ou satisfativa.

No âmbito metaindividual, destacamos ainda a interação harmônica do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.036/90) com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85), que propiciou a formação do microssistema coletivo, modelo de tutela jurisdicional diferenciada.

Procuramos, pois, demonstrar o delineamento da concepção da tutela jurisdicional diferenciada, tanto no âmbito do Código de Processo Civil como no microssistema coletivo, para o alcance da efetividade e da celeridade.

---

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.66-67.

A singularização do perfil da tutela coletiva é exposta, com destaque para o regime da tutela de urgência, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a inversão do ônus da prova, o exame da coisa julgada coletiva, análise da limitação cognitiva nas ações metaindividuais e o estudo da redação do art.16 da Lei nº7.347/85.

Em outro plano, para demonstrar a adequação do processo com vistas à conquista efetiva do direito material, elegemos o tema 'meio ambiente' como exemplo, destacando a necessidade de aproximação do direito processual e substantivo para a concepção da tutela jurisdicional diferenciada, enfatizando o registro de experiência judicante outrora vivenciada e a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução.

Ao apresentarmos a casuística, detalhamos a tutela jurisdicional eficiente, a partir dos instrumentos postos na legislação para a produção do resultado útil do processo.

Em linhas gerais, esta dissertação cuida do estudo da tutela jurisdicional diferenciada, tanto no âmbito do Código de Processo Civil como no microsistema coletivo, essencial para o resguardo do direito material e efetivo acesso à justiça.

## 2 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL: A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS COMO INSTRUMENTO

O movimento social expõe constantes e importantes mudanças.

Alguns direitos usurpados em outra época, passos adiante, sob a influência das transformações sociais e políticas, ganham, agora, envergadura e assento constitucional. Caudatário dessas transformações sociais e políticas, o Direito busca o caminho da efetividade.

Nasce, então, a ideia de processo efetivo, aquele apto a entregar, no tempo e modo devidos (duração razoável do processo), a tutela jurisdicional adequada, com o acolhimento ou rejeição da pretensão deduzida, no todo ou em parte, superadas previamente as questões atinentes ao julgamento sem resolução do mérito.

Nota-se a importância crescente do asseguramento de direitos, com reflexos imediatos na órbita do direito processual. A esse respeito, constata Paulo Bonavides:

4. As garantias constitucionais: garantia da Constituição e garantia dos direitos subjetivos.

[...]

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

[...]

A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também como o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado.

Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional<sup>4</sup>.

Com efeito, não basta que direitos fundamentais estejam previstos na Carta Política.

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.549-550.

O acesso à justiça e a efetividade da jurisdição são preocupações recorrentes que se revelam no plano constitucional e na processualística contemporânea.

De outra parte, importante lembrar que a efetividade somente pode ser visualizada em sua inteireza com a obtenção de um resultado útil, externo ao processo, assente no plano factual.

Vale dizer, o acesso efetivo à justiça somente é concretizado com a entrega do bem da vida tutelado pela norma. Alcança-se esse objetivo com a adequada resposta à pretensão deduzida em juízo, apta a produzir o resultado esperado e materializado com a obtenção efetiva do bem pleiteado pela parte, caso o pedido seja acolhido.

Para tanto, a legislação de regência deve acolher os mecanismos processuais necessários para satisfazer materialmente a pretensão requerida, seja ela de ordem cautelar ou satisfativa.

Com palavras outras, sem a aproximação dos direitos processual e material, como adiante será demonstrado, não se constrói o regime da tutela jurisdicional diferenciada, haja vista que, para a conquista do direito posto na norma, o processo, individual ou coletivo (microsistema), deve estabelecer os mecanismos que servem ao propósito da produção do resultado útil, como, por exemplo, o art.273 e parágrafos do Código de Processo Civil e os arts.83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido é o pensamento de Patricia Miranda Pizzol:

O processo não existe por si só. Processo é instrumento e, enquanto tal, tem por finalidade a realização de algo em cujo serviço está atuando – o direito material. Logo, não podemos pensar num processo que esteja desvinculado do direito material.<sup>5</sup>

Mais adiante, argumenta completando o raciocínio:

[...] Consoante afirmado acima, não há ação (processo/jurisdição) que não esteja destinada à salvaguarda de um direito material, de um bem da vida juridicamente relevante. O Direito é ciência, que tem uma finalidade concreta, qual seja, a de tutelar as diversas relações existentes entre as pessoas físicas ou jurídicas (interindividuais) e entre estas e a coletividade (metaindividuais), de tal modo que seja possível uma convivência social harmônica, oferecendo, para tanto,

---

<sup>5</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.85.

instrumentos diversos, destinados à solução de eventuais conflitos de interesses.<sup>6</sup>

É evidente, pois, que para a concretização da justiça, o direito adjetivo deve dispor dos instrumentos necessários para a conquista do direito material.

Essa vinculação do direito processual com o direito substancial revela uma face essencial do regime da tutela jurisdicional diferenciada, que será amplamente ventilada nesta pesquisa.

## 2.1 O acesso efetivo à justiça como direito fundamental

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a cidadania e os valores sociais do trabalho despontaram como fundamentos, alicerces do Estado Democrático de Direito.

Diversos direitos individuais e coletivos, bem como sociais, foram expressamente contemplados pela Carta Política cidadã (arts.5º, 6º e 7º), albergados pelo Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, entre os quais destacamos o acesso à justiça (art.5º, XXXV).

Ao tratar da teoria dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides, ao citar Carl Schmitt, expõe seu pensamento sobre o tema, considerando os critérios formal e material da questão:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização.

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.85-86.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.579.

Em seguida, o constitucionalista sustenta, ainda sob a ótica de Carl Schmitt, que a concepção de direito fundamental está vinculada ao ideário de liberdade:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

[...]

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre declaração dos Direitos do Homem de 1789<sup>8</sup>.

A liberdade é um direito natural, expressamente reconhecido no art.1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e, atualmente, no art.5º da Carta de Política de 1988. Consoante a doutrina transcrita, ela é a expressão imanente do direito fundamental.

Sem o efetivo acesso à justiça, a liberdade pode sofrer a perniciosa ação do homem e perder-se ou ser destruída.

A corrosão da liberdade revela a dignidade desprestigiada.

O direito fundamental do acesso à jurisdição é guardião da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade. É guardião, em suma, da dignidade da pessoa humana.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, instituiu cláusula genérica e universal acerca dos direitos fundamentais, consoante a manifestação de Paulo Bonavides:

2. Os direitos fundamentais da primeira geração

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com efeito, descoberta a fórmula da generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na

---

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.579-580.

ordem jurídica de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII<sup>9</sup>.

Essa cláusula genérica e universal de 1789 foi insculpida em diversos dispositivos da Constituição de 1988 para o resguardo da dignidade humana.

O albergue constitucional de diversos direitos fundamentais ampliou a informação sobre as recentes conquistas e produziu, como fenômeno conatural, a busca desses direitos perante o Poder Judiciário, no plano individual e coletivo.

No que concerne a esse caminho de busca do Poder Judiciário, vale dizer, de crescente judicialização, esclarece Luís Roberto Barroso:

[...] A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. [...] Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de juízes e tribunais. [...] Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira<sup>10</sup>.

Outros dois fatores para a intensificação desse processo são também destacados pelo autor:

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...] A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. [...] Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos,

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.580-581.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista>. Acesso em: 7 out. 2014.

levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.<sup>11</sup>

Assim, após a promulgação da Constituição de 1988, ampliou-se sobremaneira o acesso à justiça, inclusive com a previsão de garantias constitucionais para a proteção dos direitos fundamentais nela expressamente mencionados, o que será esmiuçado no tópico seguinte.

## **2.2 O acesso efetivo à justiça e as garantias constitucionais**

Desde logo, uma primeira conclusão: não se concebe o regime da tutela jurisdicional diferenciada sem o efetivo acesso à justiça.

No entanto, antes de dissertarmos sobre o perfil da tutela jurisdicional diferenciada (nascidouro e influências), é fundamental destacar de que forma o acesso efetivo à jurisdição foi construído no plano constitucional.

É o que desenvolveremos a seguir.

O acesso à justiça é norma de garantia, reveladora do direito subjetivo à jurisdição. Sem ele não se concretizam outros direitos fundamentais, substanciais, previstos na Carta Política de 1988.

A Constituição Federal de 1988 reflete a preocupação da sociedade no que toca à preservação de garantias e direitos fundamentais, resguardando a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, consoante a dicção do art.5º, XXXV, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista>. Acesso em: 7 out. 2014.

<sup>12</sup> BRASIL. **Constituição Federal** (1988).

A par disso, o art.60, §4º, IV, da Constituição prevê expressamente que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”<sup>13</sup>.

Direitos e garantias não são expressões sinônimas. Não obstante imbricados nas raízes do art.5º da Carta Política, esses institutos não se revestem de similitude; sem ponto específico de conexão, não se imiscuem.

Paulo Bonavides, com propriedade, sustenta a respeito:

A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão frequentes entre alguns dicionaristas célebres. [...]<sup>14</sup>

As garantias visam à eficácia das liberdades esculpidas nas declarações dos direitos, tutelam essa liberdade, afirmam a segurança contra atos de lesão, esvaziando incertezas e fragilidades.

Rui Barbosa, citado por Paulo Bonavides, alerta sobre a diferença desses institutos:

Dos publicistas brasileiros, Rui Barbosa, o mais severo em se insurgir contra a inadvertência dos juristas afeiçoados a não fazer distinção entre direito e garantia, partiu da definição de direito de Littré, o dicionarista da Academia Francesa, para eleger uma posição coincidente com a dos autores já citados: A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos”. *Garantia* ou segurança de um direito, é o requisito da legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil<sup>15</sup>.

Já o constitucionalista Jorge Miranda distingue direitos e garantias, ponderando que os direitos são declarados e as garantias estabelecidas:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos

<sup>13</sup> BRASIL. **Constituição Federal** (1988).

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.542.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.543-544.

permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se<sup>16</sup>.

Contra os abusos e violências do Estado, as garantias constitucionais asseguram a prevalência do direito posto no plano da Constituição, tutelando a ordem jurídica e social.

Colhendo a doutrina de Rui Barbosa, Paulo Bonavides esclarece o sentido e o alcance das garantias constitucionais:

Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que “uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”. E a seguir definiu *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”.

[...]

O insigne jurista também se reportou à indiferença da Constituição quanto a elucidar o sentido que têm as garantias constitucionais, e não trepidou, diante do problema, em formular um conceito lapidar acerca da natureza e da extensão dessas garantias. Senão vejamos: “Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a acepção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada cláusula no tít. II, sec.II.”<sup>17</sup>

Extrai-se da lição de Rui Barbosa que podem emergir de um núcleo constitucional específico (um só dispositivo) disposições declaratórias e assecuratórias, instituindo direitos e garantias com um só movimento.

A par disso, não há regra específica na Constituição que sirva ao propósito de apartar disposições que meramente declaram direitos daquelas que os asseguram.

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. t.IV. 2.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 1993, p.88-89.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.545-546.

E, não raro, algumas normas de garantia exprimem o próprio direito fundamental assegurado.

Esses importantes apontamentos demonstram que a preocupação com a preservação do direito reconhecido guarda gênese na Carta Política, que dispõe sobre as garantias para a prevalência do direito material.

Em outro plano, esmiuçando a teoria das garantias, assinala Paulo Bonavides:

As garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita)<sup>18</sup>.

Para este estudo nos interessa aprofundar a acepção estrita, aquela atinente à existência de instrumentos processuais efetivos, adequados à proteção do direito material, para propiciar a salvaguarda dos direitos fundamentais e daqueles deles decorrentes, previstos na legislação infraconstitucional.

A adequação do direito processual à pretensão de realizar o direito material revela o caminho para a construção do amplo e efetivo acesso à justiça, nos termos do art.5º, XXXV, da Carta Política.

Assenta-se, pois, nas suas raízes a ideia de uma tutela jurisdicional diferenciada para possibilitar a concretização do resultado útil do processo.

### **2.3 O papel do Poder Judiciário e o acesso efetivo à justiça: a garantia do mínimo existencial**

Antes de esmiuçarmos o perfil da tutela jurisdicional diferenciada no âmbito individual e coletivo (*lato sensu*), é importante estabelecer os limites para a atuação do Poder Judiciário, especialmente diante de eventual omissão do Poder Público, que deve atuar para concretizar as políticas públicas claramente dispostas no texto constitucional, embora nem sempre cumpra esse papel.

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.549.

É dizer, o acesso efetivo à justiça deve ser garantido pelo Poder Judiciário, com a consecução dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

Os objetivos delineados no art.3º, I a IV, da Carta Política, exigem do Estado uma postura positiva sobre a realidade social, com o firme propósito de propiciar mudanças e resguardar o mínimo necessário para albergar, distante da mera retórica, a dignidade da pessoa humana, princípio que guarda assento no art.1º, III, da Constituição cidadã.

A Carta de 1988 materializou garantias mínimas, o que naturalmente conduz à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para o resguardo da aplicação das políticas públicas expressamente desenhadas no plano constitucional.

É certo que esse mecanismo de intervenção judicial não guarda gênese em opção ideológica das Cortes de Justiça.

A política pública com raízes no texto constitucional reclama, naturalmente, o controle jurisdicional, haja vista que compete ao Poder Judiciário dizer o direito, interpretar a norma posta, seja qual for o seu assento.

A par disso, importante lembrar que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, concebidos com grau de paridade, harmonia e independência (art.2º da Constituição Federal), compõem a dimensão una do Estado social, responsável pela implementação das ações necessárias, metas ou programas para o alcance dos objetivos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, escreve Ada Pellegrini Grinover:

Mas como operacionalizar o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro? Pergunta a qual responde Oswaldo Canela Junior: "Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária".  
Afirma o autor, com toda a razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser considerados por si

sós. [...] Continua Oswaldo Canela Junior: “E assim a teoria da separação dos poderes (art.2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal de interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes”. Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. [...] Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra que o objetivo do Estado liberal era o de neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal<sup>19</sup>.

Logo, o controle judicial estará autorizado se constatado o distanciamento ou a omissão dos demais poderes quanto ao efetivo implemento das ações necessárias, metas, planos ou programas para o alcance do ideário constitucional.

Seguindo essa diretriz, a intervenção judicial nas ações de governo é factível quando se busca a implementação, no plano individual ou coletivo, daquele mínimo necessário, expressamente previsto pela Constituição, para o resguardo da dignidade humana.

Deveras, aquele que procura atendimento médico para a cura do câncer, por exemplo, não pode receber como resposta a omissão do Estado social, em face, por exemplo, da ausência de vagas, haja vista que a Carta Política garante a inviolabilidade do direito à vida em seu art.5º.

Além do direito à vida, o art.196 do texto constitucional estabelece que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, a política social de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promover, proteger e recuperar a saúde deve ser

---

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo.(Coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.128-129.

rigorosamente cumprida pelo Estado, cabendo ao Poder Judiciário, na omissão, determinar o cumprimento do comando normativo constitucional para a salvaguarda da vida e da existência dignas.

Importante destacarmos que a preservação do mínimo necessário guarda aplicação tanto no plano individual como no coletivo.

Por exemplo, seja no âmbito de uma ação civil pública ou numa demanda individual, o acesso a determinado medicamento deve ser garantido pela Justiça, de modo a propiciar o resguardo da vida, no tempo e modo devidos.

O Poder Judiciário, agindo dessa forma, cumpre seu papel, ao propiciar a realização dos fundamentos e objetivos constitucionais.

A propósito da garantia do mínimo existencial, demarca Ada Pellegrini Grinover:

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art.3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.”

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.

Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça.

É esse o núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa<sup>20</sup>.

Para assegurar o pleito de atendimento médico ou acesso a medicamento, o Estado deve agir para efetivar os serviços previstos no art.196

---

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.132.

da Carta Política, em prol de todos e em condições de igualdade, nada importando se a demanda guarda perfil coletivo ou individual.

Ao deferir pedido dessa natureza, o Poder Judiciário busca equalizar a regra constitucional de acesso à saúde e resguardo da vida, garantindo o mínimo necessário, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tão caros ao exercício da atividade jurisdicional.

No que toca ao princípio da proporcionalidade, escreve Paulo Bonavides:

1. O princípio da proporcionalidade

Que é a proporcionalidade e que importância tem ela no Direito Constitucional contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários?

[...]

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente, ou seja, manifesta<sup>21</sup>.

Baseando-se em outros doutrinadores, conclui Paulo Bonavides que a proporcionalidade é “um princípio essencial da Constituição”:

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (“*eine Übermasskontrolle*”).

As bases do princípio da proporcionalidade contidas na junção fim e meio, Ermacora foi buscá-las entre as precursoras análises e reflexões exaradas por von Jehring em dois célebres trabalhos intitulados O Fim do Direito (*Der Zweck im Recht*) e a Luta pelo Direito (*Der Kampf ums Recht*), ambos do século passado. Mas Braibant, examinando as bases do princípio e desvendando-lhe a importância, acrescentou um terceiro elemento, a saber, a situação de fato, estabelecendo assim a relação triangular fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade antecedente. [...] Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Europeia, já não vacilam em fazer uso frequente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito,

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.405-406.

fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição<sup>22</sup>.

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, busca-se, em determinada situação fática, o equilíbrio entre os meios e fins.

Sem a adoção desse princípio, não é possível ao julgador intervir para garantir o mínimo necessário e resguardar a dignidade da pessoa humana.

A par disso, é relevante salientar que a consecução, pelo Poder Judiciário, da política pública desenhada no plano constitucional não está sujeita à cláusula da “reserva do possível”.

Comprovada a ausência de recursos para a consecução de determinada política pública, cabe ao Poder Judiciário diferir o cumprimento da obrigação, acolhendo com esta perspectiva o pleito formulado pelo jurisdicionado. Nesse sentido, a doutrina de Kazuo Watanabe:

12. Ada Pellegrini Grinover, no trabalho acima citado, observa, relativamente à “reserva do possível” que não basta a simples alegação de falta de recursos, cabendo ao Poder Público fazer a cumprida demonstração de sua alegação. Mas, segundo o entendimento da eminente jurista, o acolhimento da alegação de falta de recursos não conduziria à rejeição do pedido de tutela jurisdicional, e sim apenas ao seu diferimento. Acolhendo a alegação, sustenta a jurista que o Judiciário “determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública”, disso resultando a condenação da Administração a duas obrigações de fazer, “a de fazer inclusão no orçamento da verba necessária para o adimplemento da obrigação e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”. Anota, na mesma linha de entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito. [...]  
O nosso entendimento, conforme a distinção acima feita, em relação aos direitos fundamentais sociais que estejam referidos ao núcleo duro do princípio da dignidade humana e por isso integram o conceito de “mínimo existencial”, é inoponível à cláusula da “reserva do possível.” [...]<sup>23</sup>.

Ao propiciar o “mínimo existencial”, pensamos que o Poder Judiciário não está gerando política pública, mas apenas garantindo ao jurisdicionado a aplicação daquela (política pública) expressamente delineada

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.406; 409.

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.222-223.

na Constituição, para assegurar a dignidade da pessoa humana, materializando este princípio de valor e de referência.

Assim, entendemos que não há limites para atuação jurisdicional quando se trata de garantir o mínimo previsto na Carta Política.

É certo que não compete ao Poder Judiciário legislar, nos termos do que estabelece a Constituição. Não estamos defendendo aqui o ativismo judicial, sem limites.

A nosso ver, a atividade jurisdicional deve ser pautada com a observância dos limites e princípios estabelecidos na Constituição e na legislação infraconstitucional de regência.

Ao decidir, por exemplo, em favor da vida, para propiciar o efetivo acesso a medicamento ou procedimento cirúrgico, o magistrado não está delineando política pública, mas somente cumprindo aquela posta na Constituição Federal de 1988.

Essa referência ao papel do Poder Judiciário é fundamental para a compreensão do regime da tutela jurisdicional diferenciada, haja vista que o conceito moderno de tutela jurisdicional tem como pressuposto a proteção outorgada pelo Estado-juiz, no tempo e modo devidos.

A propósito, colhemos o julgado abaixo, cuja ementa transcrevemos:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. Não há ofensa à Súmula 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de

responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia de acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3/10/2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido.<sup>24</sup>

## 2.4 Breve noção acerca do arcabouço legislativo para a defesa dos direitos metaindividuais

No que toca aos direitos e interesses difusos e coletivos, é cristalina a evolução do arcabouço legislativo no Brasil, com a construção, inclusive, de um microsistema normativo, que possibilita a entrega efetiva da tutela jurisdicional, tema que será esmiuçado em tópico específico.

Conforme segue, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram os obstáculos a serem transpostos para o efetivo acesso à justiça, quanto aos direitos difusos:

### C – PROBLEMAS ESPECIAIS DOS INTERESSES DIFUSOS

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. A recente manifestação do professor Roger Perrot sobre os consumidores descreve com agudeza o problema dos interesses difusos: “Le consommateur, c’est tout et rien” (O consumidor é tudo e não é nada). [...] Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. [...] Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial – 1107511, Rel. Herman Benjamin, v.u, DJE 06/12/2013.

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.26-27.

Em outro tópico, Mauro Cappelletti e Bryant Garth dissertam sobre as soluções práticas para o acesso à justiça, ambos sustentando, no que concerne à tutela coletiva, que o modelo tradicional do processo civil não estabelece a sistemática necessária para albergar a proteção dos direitos e interesses difusos:

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.<sup>26</sup>

A aceção visionária de Cappelletti e Garth acerca dos direitos difusos indicou o caminho a ser percorrido: a construção de uma legislação diferenciada, dotada de regras específicas para a salvaguarda de relações não inseridas num contexto ordinário, albergando a proteção dos direitos transindividuais, de natureza indivisível.

Esse inédito arcabouço legislativo foi elaborado passo a passo.

A Lei da Ação Popular (Lei nº4717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90) inovaram o ordenamento jurídico, propiciando o exercício da defesa coletiva.

Com esse novo padrão normativo assentou-se a instrumentalidade necessária para viabilizar o amplo acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.

Citemos como exemplo o art.83 do Código de Defesa do Consumidor, cuja norma propicia a efetividade do processo: “art.83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécie de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

---

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.49-50.

Comentando o dispositivo em destaque, Kazuo Watanabe esclarece que o art.83 do Código de Defesa do Consumidor explicita o princípio da efetiva e adequada tutela jurisdicional:

[1] EFETIVIDADE DA TUTELA JURÍDICA PROCESSUAL – Uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo (cf. considerações tecidas sobre as “Disposições Gerais” contidas no Capítulo I do Título III). Já no art.6º, ao cuidar dos direitos básicos do consumidor, deixou enunciado no inc. VI o princípio da efetividade da “prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, no inc.VII o direito de “acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos”, e no inc. VIII a regra de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, 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. No dispositivo que estamos comentando (art.83), o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código<sup>27</sup>.

Ao se referir ao amplo acesso à justiça, Kazuo Watanabe disserta sobre a necessidade de previsão de instrumentos processuais para a concretização do direito material:

A nós sempre pareceu que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inscrito no inc. XXXV do art.5º da Constituição Federal, não somente possibilita o acesso aos órgãos judiciários como também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça. E isso significa, a toda evidência, a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização dessa garantia. E essa promessa, evidentemente, é abrangente também dos tipos de provimentos, e não apenas das espécies de procedimentos<sup>28</sup>.

Por fim, sustentando que o preceito veiculado no art.83 do Código de Defesa do Consumidor é complementado pelo disposto no art.84 do mesmo diploma (que disciplina, no que toca ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, a concessão da tutela específica pelo magistrado ou a determinação por ele de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do

---

<sup>27</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.107.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.109.

adimplemento), conclui Kazuo Watanabe que o efetivo acesso à justiça tem como pressuposto a adequação instrumental:

A todos esses textos legais, constitucionais e infraconstitucionais, soma-se agora um dispositivo de natureza processual (art.83 do Código) para deixar estreme de dúvidas, definitivamente, que o nosso sistema processual para a tutela dos interesses e direitos dos consumidores (e também de outros direitos e interesses difusos e coletivos – art.90, Código) é dotado de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Esse preceito é complementado pelo art.84, como se verá mais largamente no comentário respectivo, que confere mais poderes ao juiz (e também às próprias partes, pois é através do seu pedido que os poderes do juiz são ativados) para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto. Assim é que ele poderá impor multa diária independentemente de pedido do autor, caso seja essa solução suficiente e mais compatível com a obrigação, e poderá, ainda, determinar a adoção de todas as providências legítimas e compatíveis à tutela específica da obrigação ou ao atingimento do resultado prático correspondente (art.84, caput e §§ 3º e 5º)<sup>29</sup>.

Nota-se, pois, que as técnicas de sumarização do processo e dos procedimentos são essenciais para a satisfação do princípio da efetividade, propiciando, verdadeiramente, o amplo acesso à justiça.

Mais adiante essas técnicas serão esmiuçadas, inclusive com o estudo do provimento mandamental, com a imposição de uma ordem ao demandado, e do provimento executivo *lato sensu*, que propicia a incidência de medidas de sub-rogação para o adimplemento da obrigação específica ou alcance do resultado prático equivalente.

## **2.5 A tutela coletiva dos direitos metaindividuais, as técnicas processuais e o acesso à justiça**

No que toca às demandas coletivas, a formação de um microssistema legal representou a consolidação de técnicas de tutela jurisdicional diferenciadas, aptas a propiciar a adequação do instrumento processual à consecução do direito material.

---

<sup>29</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.110.

Busca-se, assim, a efetividade do processo com a utilização do instrumental consolidado para amparar o direito substancial em novas e específicas frentes, como por exemplo, o plano metaindividual.

O acesso efetivo à justiça não se compatibiliza com técnicas processuais não identificadas ou descompromissadas com a conquista do resultado útil.

A exegese tradicional do art.75 do Código Civil de 1916, no sentido de que nenhum direito poderia ficar distante da correspondente proteção, nos dias atuais, está prevista no art.5º, XXXV da Carta Política, consoante o entendimento de Kazuo Watanabe:

Não fosse a intransigência doutrinária, surgida na fase em que o Direito Processual aspirava à autonomia como um ramo da ciência jurídica, o art.75 do Código Civil de 1916 poderia ter sido lido como explicitação, em nível infraconstitucional, do princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual. Assim soava seu texto, com efeito: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Para que dele se retirasse toda a conotação imanentista, bastava que se lesse o texto como se nele estivesse escrito que a toda afirmação de direito (e não um direito efetivamente existente) “corresponde uma ação, que o assegura”. O direito “afirmado”, como é cediço, não é a mesma coisa que direito existente.

Aliás, mesmo o texto constitucional (art.5º, XXXV) deve ser lido com o mesmo cuidado, pois seu texto afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e sua leitura apressada poderá conduzir a uma conclusão imanentista, quando na verdade o que nele se afirma é que nenhuma afirmativa de lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário<sup>30</sup>.

Esse atemporal encontro de significados, num paralelismo descompromissado com o tempo, revela a constante preocupação com o efetivo asseguramento do direito posto.

A construção e a consolidação de específicas técnicas processuais deve, assim, ser realizada para a satisfação, em sua inteireza, do direito substancial assegurado pela norma, seja pela tutela específica ou pela consumação de providência que assegure o resultado prático equivalente ao adimplemento.

---

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.109-110.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>31</sup> afirma: “a elaboração dos princípios e regras processuais deve ser feita à luz das necessidades verificadas no plano das relações substanciais, pois é em função destas que o processo existe.”

No caso de lesão ou ameaça a direito, a tutela nascida no processo concebe as condições necessárias para que o direito, posto no plano constitucional ou infraconstitucional, passe a integrar o patrimônio daquele que o postula em juízo.

Sem essa necessária integração, do direito posto com o direito adjetivo, o direito substancial não terá fluidez para além da redação posta.

Daí a evidência de que o direito adjetivo é indispensável à efetivação do direito material, com o uso de técnicas específicas para produzir um resultado útil e a observância do princípio atinente à duração razoável do processo, a teor do art.5º, LXXVIII, da Carta Política, acrescentado ao texto constitucional pela Emenda nº45, de 8-12-2004.

A propósito, transcrevemos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE RECONSTRUÇÃO DE ÓRBITA. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. REALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA NO PRAZO DE 30 DIAS. INEXISTÊNCIA DE PRIVILÉGIO AO AUTOR. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. VIABILIDADE DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR. INEXISTÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA CONTRARRAZOAR O RECURSO. EFETIVIDADE DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. APLICAÇÃO.

Agravo de instrumento interposto pela União, em face da decisão que deferiu a antecipação de tutela requerida, determinando que a União, o Estado de Pernambuco e o Município de Serra Talhada, solidariamente, adotem os procedimentos necessários para a realização da cirurgia da reconstrução de órbita, da parte agravada. Determinou ainda, a mesma decisão, que o Estado de Pernambuco deverá designar data específica para a realização da cirurgia, no prazo de 30 dias, procedendo nesse mesmo ato à motivação da eleição da data, sob pena de pagamento de multa diária fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

2. A intervenção cirúrgica pretendida é adequada e necessária ao agravado, evidenciando-se que aguardar o julgamento final da ação poderá implicar graves consequências à sua saúde.

[...]

<sup>31</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência**: tentativas de sistematização. 2.ed. rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2001, p.12.

5. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “As medidas liminares de caráter satisfativo são admissíveis, excepcionalmente, face as peculiaridades do caso concreto, desde que estejam presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e seja a pretensão almejada indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional”. (REsp 954.548/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 05/11/2007, p.258).

[...]

7. Agravo de instrumento improvido.<sup>32</sup>

Passamos, assim, a aprofundar o estudo relativo ao regime da tutela jurisdicional diferenciada, destacando, inicialmente, as diversas faces da cognição, segundo Kazuo Watanabe.

### 2.5.1 As diversas faces da cognição segundo Kazuo Watanabe

Para a compreensão do tema aqui examinado, guarda grande importância o estudo dos cortes da cognição, inserido na obra *Da cognição do processo civil*, de Kazuo Watanabe.

Segundo o autor, “numa sistematização ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade)”<sup>33</sup>:

No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente [...]. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).<sup>34</sup>

Ainda sob a ótica da doutrina, com a “combinação dessas modalidades de cognição”, é possível, no ambiente legislativo, a concepção de “procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 5. Agravo de Instrumento 131662, 4ª Turma. Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira. DJE 06/06/2013, p.297.

<sup>33</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.83.

<sup>34</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.83.

<sup>35</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.84.

Com essa orientação doutrinária, percebemos que o ajuste dos cortes cognitivos visa construir procedimentos diferenciados, para possibilitar a celeridade processual e a conquista do resultado útil.

Dentre as cognições possíveis, Kazuo Watanabe demonstra que podem ser realizadas as seguintes combinações:

- a) cognição plena e exauriente;
- b) cognição limitada (ou parcial) e exauriente;
- c) o procedimento, ou fase de procedimento, de cognição plena e exauriente “secundum eventum probationis”;
- d) cognição eventual, plena ou limitada e exauriente;
- e) de cognição sumária ou superficial;
- f) processo de cognição rarefeita.<sup>36</sup>

Para o autor, “a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição”.<sup>37</sup>

A cognição limitada (parcial) e exauriente, conforme a doutrina, impõe “limitação quanto à amplitude do debate das partes e conseqüentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível”<sup>38</sup>.

Também a respeito dessa cognição limitada e exauriente, Kazuo Watanabe esclarece que essas limitações “decorrem de leis processuais e são impostas em função de um determinado objeto litigioso” ou resultam “de leis de natureza material”, podendo “dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa”.<sup>39</sup>

Sob o ponto de vista processual, é o que ocorre, por exemplo, no “processo de busca e apreensão da lei de alienação fiduciária: o art.3º, §2º, do Decreto-Lei nº911/69 estabelece que, “na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais””.<sup>40</sup>

No que toca ao plano material, Kazuo Watanabe exemplifica:

<sup>36</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.85-86.

<sup>37</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.85.

<sup>38</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.85.

<sup>39</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.87.

<sup>40</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.87.

em relação a títulos cambiários, que são concebidos com abstração de causa, o devedor, seja em sede de embargos à execução ou de contestação, não pode opor defesa pessoal a terceiro de boa fé, o que configura, também, uma limitação à cognição em consequência da defesa circunscrita a certos lindes<sup>41</sup>.

Assim, a principal característica do corte cognitivo sob exame (limitado e exauriente) reside no aspecto de que a limitação concerne apenas à amplitude, inexistindo qualquer barreira para o exercício da profundidade quanto ao objeto cognoscível. No sentido exposto, postula Kazuo Watanabe:

[...] Vale dizer, quanto aos pontos e questões que podem ser conhecidos e resolvidos a cognição é exauriente, de sorte que a sentença é dotada de aptidão suficiente para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere, mas com ressalva do direito de questioná-la em ação autônoma.<sup>42</sup>

Dando prosseguimento, o autor finaliza invocando o

procedimento, ou fase de procedimento, de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual (para conceber procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção), ou por motivo de política legislativa (evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição do ônus da prova)<sup>43</sup>.

Aqui é necessário abriremos um importante parêntese para desde já ressaltarmos que o Código de Defesa do Consumidor faz referência expressa à coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, ao discutir a respeito do art.103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, ressalta:

<sup>41</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.87.

<sup>42</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.88.

<sup>43</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.85-86.

o regime brasileiro – assim como o uruguaio e o argentino – da coisa julgada, nos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, é o dos efeitos *erga omnes*, ressalvados os casos de rejeição da demanda por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá voltar a propor a mesma demanda, com o mesmo fundamento, desde que baseada em novas provas (art.103, I e II do Código de Defesa do Consumidor brasileiro).<sup>44</sup>

Em outro tópico, Ada Pellegrini Grinover relembra que o regime de inexistência da coisa julgada, nos casos de improcedência por insuficiência de provas, foi introduzido na

Lei da Ação Popular Constitucional, de 1965, como garantia contra a possível colusão entre demandante e demandado, para evitar que se formasse uma coisa julgada prejudicial a toda a comunidade, por força de deficiência na atividade instrutória do autor popular.<sup>45</sup>

Segundo a autora, “vislumbra-se no preceito a acolhida, excepcional no processo moderno, do instituto do *non liquet*, vendo nele a autorização legal ao juiz no sentido de não julgar a causa em face da insuficiência de provas produzidas pelo autor coletivo.”<sup>46</sup>

A coisa julgada no processo coletivo será tratada, de forma pormenorizada, em tópico específico desta dissertação.

Quanto aos cortes de cognição, Kazuo Watanabe menciona e nomeia outros três deles: cognição eventual plena ou limitada e exauriente; cognição sumária ou superficial e cognição rarefeita.

No que diz respeito à cognição eventual plena ou limitada e exauriente, Watanabe pontua que “somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, ou a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado”<sup>47</sup>. Como exemplo, menciona a ação de prestação de contas, “com possibilidade de supressão de toda uma fase tipicamente jurisdicional pelo só

<sup>44</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.197-198.

<sup>45</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.197.

<sup>46</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.198.

<sup>47</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.86.

comportamento do réu”<sup>48</sup>, se o demandado, citado, não contestar e apresentar as contas.

A cognição sumária ou superficial, segundo Watanabe, decorre da

urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada.<sup>49</sup>

Esse importante corte de cognição, relativo à cognição sumária ou superficial, será amplamente exposto ao tempo do exame da tutela de urgência, dada a relevância do tema para a compreensão do alcance do regime da tutela jurisdicional diferenciada.

Em movimento derradeiro, Kazuo Watanabe salienta que o processo de execução é de “cognição rarefeita”.<sup>50</sup>

Essas diversas faces da cognição são relevantes para o estudo da tutela jurisdicional diferenciada, que visa à conquista da celeridade e à concretização do resultado útil no processo, com cortes de natureza processual ou material, tanto no âmbito do processo individual como nas ações coletivas.

A partir da visão aqui exposta, passaremos ao exame, no tópico seguinte, da concepção da tutela jurisdicional diferenciada.

---

<sup>48</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.90.

<sup>49</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.86.

<sup>50</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p.86.

### 3 DA CONCEPÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Desde logo, importante destacar nosso pensamento sobre o conceito de tutela jurisdicional diferenciada.

Consoante outrora salientado, atualmente busca-se a efetividade da tutela jurisdicional, com a produção do resultado útil no processo. Isto, porque, a justiça meramente formal, distante da realização do direito material, não mais se ajusta ao reclamo social.

Nasce, pois, o conceito de tutela jurisdicional diferenciada, que é a entrega do resultado substancial, com a utilização dos meios predispostos à consecução do provimento útil.

A propósito, pontua Flávio Luiz Yarshell:

[...], quando a doutrina fala, por exemplo, de uma tutela jurisdicional “diferenciada”, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução desse resultado. Assim, embora nesse contexto o resultado se revista de peculiaridades e características ditadas pelos meios ordenados a sua consecução, é também para esses últimos que se atribui o qualificativo diferenciado.<sup>51</sup>

De modo similar, a locução “tutela específica”, segundo a visão de Flávio Luiz Yarshell, “embora se refira ao resultado substancial do processo, não deixa de considerar os meios ordenados à produção desse resultado”.<sup>52</sup>

No âmbito da tutela coletiva, a concepção de tutela jurisdicional diferenciada pode ser facilmente visualizada pelo art.83 do Código de Defesa do Consumidor: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Quanto ao dispositivo, Kazuo Watanabe pondera que “o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código”.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p.31.

<sup>52</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p.31.

<sup>53</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.107.

Em outro plano, afirma o autor que “o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional”, hoje assentado na Carta Política (art.5º, XXXV),

não somente possibilita o acesso aos órgãos judiciários como também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação de justiça. E isso significa, a toda evidência, a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização dessa garantia. E essa promessa, evidentemente, é abrangente também dos tipos de provimentos, e não apenas das espécies de procedimentos.<sup>54</sup>

No mesmo sentido é a doutrina de Patricia Miranda Pizzol, que se refere à expressão “tutela jurisdicional diferenciada” ao tratar do art.83 do Código de Defesa do Consumidor:

Não basta, porém, que seja garantida a todos a tutela jurisdicional dos direitos que a ordem jurídica lhes confere. É necessário que se garanta também a efetividade na prestação dessa tutela. Foi com esse objetivo que o legislador previu expressamente a possibilidade de serem utilizadas todas as espécies de ação para a defesa dos direitos e interesses coletivos (na verdade, já se poderia depreender essa conclusão do próprio texto constitucional, sem que precisasse o legislador infraconstitucional ter se preocupado com isso). Trata-se da chamada “tutela jurisdicional diferenciada”, assim denominada por processualistas italianos, que, consoante afirma o Professor Donald Armelin, é “fruto de sumarização do procedimento ou da cognição, seja mediante a antecipação da tutela considerando-se o seu “iter” procedimental, seja através de atuação de outras técnicas processuais. A adoção de instrumentos de tutela mais ou menos céleres resta à opção do Legislador, atento à importância de seu objeto e à suscetibilidade deste à demora do processo.<sup>55</sup>

Relevante também destacar o entendimento de Ricardo de Barros Leonel ao reconhecer a limitação da cognição como um dos elementos para identificar a tutela jurisdicional diferenciada.

Segundo o autor<sup>56</sup>, tal como postulado por Kazuo Watanabe e Patricia Miranda Pizzol, a tutela jurisdicional diferenciada busca viabilizar a efetividade; serve o processo como um instrumento à disposição do direito material:

---

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.109.

<sup>55</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.160-161.

<sup>56</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2010, p.12-13.

O estudo do processo em perspectiva atual, ou no contexto da história, revela que, de uma forma ou de outra, em maior ou menor intensidade, e considerando as peculiaridades de cada contexto social, sempre se fez presente a preocupação em adaptar o instrumento (processo) ao seu fim (realização do direito material), na tentativa de viabilizar sua indispensável efetividade.

[...]

De forma singela, pensar na denominada tutela jurisdicional diferenciada nada mais é que explorar a possibilidade de predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel no contexto do direito.

[...]

Sempre houve, ademais, e isso é notório, o problema da morosidade na prestação jurisdicional. Não neguemos a realidade: a justiça, quando tarda, falha. O processo civil não pode fornecer uma resposta única, um único caminho, supondo-o apto, sempre e sempre, a permitir o adequado encaminhamento de todo e qualquer conflito. Fosse assim, desprezaria a realidade.

[...]

Examinar, portanto, “a tutela jurisdicional efetivada”, sem prejuízo de ulteriores aprofundamentos conceituais e terminológicos, é nada mais que analisar toda a predisposição de métodos, técnicas e meios não ordinários ou comuns, postos pelo legislador à disposição da Justiça civil, para que o processo, como instrumento de solução de conflitos, ganhe em qualidade e efetividade.

A tutela jurisdicional diferenciada é, pois, aquela que potencializa a necessidade de adoção do adequado provimento para realizar o direito material.

Alguns critérios identificam a tutela hábil para a garantia do direito substancial, conforme manifesta Ricardo de Barros Leonel:

A locução “tutela jurisdicional diferenciada” deve ser compreendida como a proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorrem da limitação da cognição.

[...]

Temos como elementos desse conceito: (a) a proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz (noção moderna de tutela jurisdicional); (b) a utilização de procedimentos especiais (por si só não é dado bastante para definir a tutela diferenciada, embora contribua para sua identificação, pois a limitação da cognição naturalmente está associada à diversificação do procedimento); (c) celeridade e efetividade, que são os escopos da tutela diferenciada (proteção é sinônimo de resultado prático, que é efetivo só quando também é tempestivo); (d) limitação da cognição, elemento central do conceito, que particulariza esta espécie de proteção estatal, excluindo de seu âmbito a generalização indevida para todo e qualquer procedimento especial<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2010, p.79.

No que toca ao primeiro elemento identificado por Ricardo de Barros Leonel – “proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-Juiz” –, dele aqui tratamos quando abordado o tema relativo ao acesso efetivo à jurisdição.

Em outro movimento, é importante desvendar o nascedouro da tutela jurisdicional diferenciada, para, em momento ulterior, demonstrar como este efetivo instrumento de concretização do direito material ganhou a latitude tão sonhada no âmbito da tutela coletiva.

Quanto à limitação cognitiva, no âmbito do processo civil ortodoxo, sempre foi possível identificar a existência de demandas destinadas a albergar, de forma específica, determinado direito material, com limitação da cognição do magistrado com relação a outros temas.

Como exemplo, citamos a ação possessória, na qual o magistrado não pode decidir sobre a propriedade, mas apenas a relação de direito material concernente à posse.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa distingue entre os juízos possessório e petitório:

Nas ações possessórias (interditos), trata-se exclusivamente da questão de posse. Nas chamadas ações petitórias (*petitorium indicium*), leva-se em conta exclusivamente o direito de propriedade. Daí por que, na singeleza do conceito, é vedado examinar o domínio nas ações possessórias<sup>58</sup>.

A respeito, transcrevemos ainda a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PEDIDO DE USUCAPIÃO FORMULADO NA CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE DOMÍNIO EM AÇÃO POSSESSÓRIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior já decidiu que, em sede de ação possessória é inviável a discussão a respeito da titularidade do imóvel sob pena de se confundir os institutos, ou seja, discutir a propriedade em ação possessória. Precedentes. 2. Na pendência do processo possessório é vedado tanto ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento de domínio, nesta compreendida a ação de usucapião (art. 923 do CPC). 3. Agravo regimental não provido.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v.V. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.33.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial 1389622, AGRESP 201301885328. Rel.Min.Felipe Salomão, DJE 24/02/2014.

Relevante lembrar, no entanto, que a limitação cognitiva não se revela apenas no plano material, mas também no plano processual, com a adoção da tutela de urgência (antecipação dos efeitos da tutela ou medidas cautelares) ou por meio da utilização de técnicas processuais diferenciadas, conforme esclareceu Donaldo Armelin (nota 55).

No processo coletivo também existe a limitação cognitiva, residente nos planos do direito material e processual. O tema será esmiuçado em capítulos específicos desta dissertação, de modo a demonstrar que a tutela jurisdicional diferenciada igualmente se afeiçãoou ao microsistema coletivo para viabilizar o acesso efetivo à justiça e à celeridade, com a produção do resultado útil.

Como exemplo, salientamos que no processo civil ortodoxo, a efetiva entrega jurisdicional pode ser realizada com base na verossimilhança, a teor do art.273 e parágrafos do Código de Processo Civil. No âmbito coletivo, o art.84 do Código de Defesa do Consumidor estabelece instrumentos para a conquista do resultado útil.

A consagração de procedimentos específicos para proteger determinados direitos e efetivar a entrega da tutela jurisdicional é expressamente reconhecida por Kazuo Watanabe:

O Direito Processual pátrio, como é cediço, consagra ações especiais, algumas até com procedimento simplificado e bastante ágil, para a tutela processual privilegiada de certos direitos patrimoniais. Valem ser mencionadas, para essa análise, a ação possessória (de natureza executiva *lato sensu*, com admissibilidade de medida liminar quando a turbação ou o esbulho datar de menos de ano e dia (arts.924 e 926 a 931), ação de despejo (também executiva *lato sensu*, art.65 da Lei nº8.245/91, que possibilita a expulsão do inquilino, inclusive com arrombamento) e ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (Decreto-lei nº911, de 1º de outubro de 1969, que não somente enseja a apreensão liminar do bem (art.3º e parágrafos) como até permite que a ação seja convertida em ação de depósito).<sup>60</sup>

Contudo, não é apenas na existência de ações especiais com limitação cognitiva, conforme referimos, que é possível identificar o perfil da tutela jurisdicional diferenciada.

---

<sup>60</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.108.

Na tutela de urgência, o Código de Processo Civil, antes mesmo da antecipação dos efeitos da tutela, já contava com mecanismos para satisfazer, com celeridade e eficiência (elementos da tutela jurisdicional diferenciada), o direito material.

Para tanto, é importante desvendar o verdadeiro sentido do poder geral de cautela, delineado com o art.798 do Código de Processo Civil, conforme proporemos a seguir.

### **3.1 A tutela jurisdicional diferenciada no âmbito das medidas cautelares**

O que verdadeiramente contém o Livro III do atual Código de Processo Civil? Ele não concerne exclusivamente às medidas tipicamente cautelares, aquelas que visam à eficácia do processo principal, com perfil exclusivamente assecuratório.

Ao classificar as cautelas segundo a finalidade, Galeno Lacerda admite, para conquistar o resultado útil do processo (de conhecimento ou de execução), a possibilidade de obter segurança “mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional”, demonstrando a existência, no Livro III do Código de Processo Civil, de medidas que não se destinam exclusivamente a assegurar a tutela no processo de conhecimento ou de execução:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária.

[...]

A segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional atende, em regra (com exceções possíveis nas cautelas atípicas), à necessidade de proteção imediata de pessoas. Isto pode ocorrer, por exemplo, em matéria de alimentos e de guarda de menores e incapazes, e, em geral, nas demais questões de família. A antecipação preventiva de tutela se justifica pela relevância dos valores humanos em jogo. Aliás, a guarda de pessoas pode ser concedida, também, sem o caráter de satisfação provisória, mas como providência não-satisfativa, de natureza tão-só cautelar, com o fito de evitar riscos ou tornar possível o resultado do processo principal (p.ex., na ação de interdição). No campo das cautelas inominadas, essa antecipação se estende em dimensões notáveis, praticamente a todos os setores do direito, como evidencia o comentário ao art.799<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.VIII, t.I, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.15;17.

No sentido exposto, indispensável apresentar o entendimento de José Joaquim Calmon de Passos, que destaca, ao tratar do Livro III do Código de Processo Civil de 1973, a adoção de procedimento cautelar para pretensões de natureza não cautelar:

No caso do Código de Processo Civil de 1973, previu-se um procedimento sumário para as cautelares propriamente ditas e a esse procedimento se remeteram várias pretensões postas no Capítulo II do Livro III, destinado à disciplina dos denominados procedimentos cautelares específicos, com as modificações que nele se contêm e que ora afastam a incidência dos arts.801 a 803, ora parcialmente os alteram, ora com eles se compatibilizam e o complementam. [...]

56. Todo o esforço, portanto, no sentido de apontar-se um denominador comum para as várias espécies de pretensão e para os inúmeros tipos de procedimento que constituem objeto do Livro III do Código de Processo Civil resultará inútil, salvo se renunciarmos ao propósito de encontrar algo que dê especificidade ao processo e à pretensão propriamente cautelares.

Nele o legislador incluiu medidas pacificamente entendidas como cautelares, porque típicas, porquanto asseguram o resultado útil de um processo em curso ou a ser ajuizado, medidas essas que se exaurem em sua função processual e nada determinam no campo do direito material, em termos provisórios ou definitivos (v.g., sequestro e arresto); mas nele – Livro III – também disciplinou, por igual, institutos que se apresentam, em circunstâncias várias, como de puro direito substancial, sem qualquer função ou relevância processual (cauções negociais), bem como providências sem nenhum caráter jurisdicional (protesto de títulos) e outras que se incluem no dever do juiz de prover, num processo em curso, sobre seu bom andamento e sobre as coisas e pessoas necessárias à formação de seu convencimento, ou que podem vir a ser objeto de constrição, bem como providências que se contêm no seu dever de prover sobre interesses postos pelo ordenamento sob tutela judicial (v.g., obras em coisas litigiosas ou decisões sobre guarda de filhos).

57. Essa diversidade ineliminável, parece-nos, deve ser superada, sem que se sacrifique a possibilidade de construir-se uma teoria geral para o processo cautelar. E isso só será viável se aceitarmos o que se nos afigura de acolhida possível e necessária: é comum o legislador assemelhar, proceduralmente, pretensões dessemelhantes substancialmente.

[...]

Há, portanto, a possibilidade de se ter um procedimento cautelar para pretensão de natureza não cautelar. E o fato de o legislador haver elegido esse tipo de procedimento não significa, necessariamente, tenha ele definido aquela pretensão como natureza cautelar. Apenas, sem pretender desnaturá-la essencialmente, para ela previu o mesmo procedimento ou o mesmo tratamento processual que impôs às pretensões cautelares.

[...] <sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.X, t.I. São Paulo: RT,1984, p.56-58.

Dada a importância dessa constatação, igualmente destacamos a argumentação de Cassio Scarpinella Bueno, que considera difícil sustentar a natureza cautelar da maioria das medidas indicadas no art.888 do CPC:

É até mesmo difícil sustentar a natureza cautelar da maioria das medidas listadas nos oito incisos do art.888, entendida a palavra no sentido exposto pelo n.1 do Capítulo 1 da Parte II, isto é, como medida inapta para satisfazer um direito no plano material.

A maior parte delas, com efeito, é clara e inequivocadamente “cautelar” só no nome e no procedimento que adotam; não nos seus fins. Elas não se voltam, com efeito, ao mero asseguramento dos resultados úteis de um “processo principal” futuro ou presente.

É correto, por isso mesmo, o entendimento de que grande parte dessas medidas representa, em verdade, pedidos satisfativos que se desenvolvem perante o Estado-juiz por procedimento abreviado<sup>63</sup>.

Logo, o estudo do Livro III do Código de Processo Civil de 1973 demonstra que, topologicamente, estão nele inseridas medidas que, por vezes, servem à satisfação do direito, distantes da diretriz meramente acautelatória dos provimentos de natureza estritamente cautelar.

Ao classificar os procedimentos cautelares, excepcionando a teoria da instrumentalidade, Piero Calamandrei refere-se, no terceiro grupo, à antecipação dos procedimentos decisórios:

Entram novamente nesse terceiro grupo aqueles procedimentos com os quais se decide provisoriamente, esperando que através do processo ordinário se aperfeiçoe a decisão definitiva, uma relação controversa, pela indecisão da qual, se esta perdurasse até a emanção do procedimento definitivo, poderiam derivar a uma das partes irreparáveis danos.

[...]

A relação de instrumentalidade que, nos casos ora enumerados, vincula a providência provisória àquela principal é profundamente diferente daquela examinada nos dois grupos precedentes (cf. mais amplamente, ainda, nº18): enquanto nestas o procedimento cautelar não regula o mérito da relação substancial controversa, mas somente prepara os meios para auxiliar a formação ou a execução forçada da futura decisão do mérito, aqui, neste terceiro grupo, o procedimento cautelar consiste mesmo em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estável obtido através do mais lento processo ordinário. [...]

A função instrumental explica-se, portanto, nesse grupo, por dar à controvérsia, na espera do procedimento definitivo, uma solução provisória que presumivelmente mais se aproxima daquela que será a decisão definitiva, de modo que esta, operando *re adhuc* íntegra e sem solução de continuidade, possa ter sobre a relação substancial a mesma eficácia prática que teria se tivesse sido emanada sem atraso: o procedimento cautelar funciona aqui, se nos é permitida a

<sup>63</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5.ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2013, p.313.

comparação, como as tropas de cobertura designadas a manter as posições até a chegada da parte maior do exército, para evitar as maiores perdas que lhe custariam a reconquista das posições perdidas<sup>64</sup>.

Percebe-se, pois, antes mesmo do surgimento do microsistema coletivo (citamos, por exemplo, o art.84 do CDC) e da antecipação dos efeitos da tutela como instituto do Código de Processo Civil (art.273), a existência de sítios processuais para a conquista de uma decisão antecipada e provisória de mérito.

Dentre eles, destacamos o art.798 do Código de Processo Civil que, com vistas à disciplina do poder geral de cautela, segundo nosso entender, revela o nascedouro do poder geral de antecipação. Dada a sua importância, reproduzimos o dispositivo:

Art.798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e difícil reparação.

Esse poder geral de cautela e antecipação, delineado inicialmente nas entrelinhas do art.798 do Código de Processo Civil, inspirou a legislação vindoura e ganhou transparência. No âmbito coletivo, essa transparência se deu com a Lei nº8.036/90 (Código de Defesa do Consumidor), que propiciou, ao lado da Lei nº7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a formação de um microsistema coletivo apto para a proteção do direito material. No Processo Civil, com a antecipação dos efeitos da tutela (art.273).

Com palavras outras, a tutela jurisdicional diferenciada passou a ser claramente visualizada, tanto no âmbito do direito individual como no coletivo, vale dizer, no Código de Processo Civil e no microsistema coletivo.

---

<sup>64</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi (traduzido da edição italiana de 1936). Campinas: Servanda, 2000, p.64-65; 68-69.

### 3.2 Espécies de tutela jurisdicional diferenciada e a sumarização do processo

Segundo Ricardo de Barros Leonel,

tanto os provimentos sumários de urgência (medidas de urgência – antecipação ou cautelar), como os provimentos sumários não cautelares (procedimentos especiais em que a cognição seja restrita) são espécies de tutela jurisdicional diferenciada<sup>65</sup>.

A par disso, a construção de procedimentos específicos, postos ao amparo do direito material, igualmente revela a diferenciação da tutela com intuito voltado à efetividade. Com a criação ou o aperfeiçoamento de técnicas processuais, busca-se, sempre, alcançar o resultado útil do processo.

Essas técnicas de sumarização podem ser aplicadas ao direito ou ao processo (sumarização material ou processual), com a abreviação de procedimentos ou da cognição, conforme propõe Rogério Aguiar Munhoz Soares:

#### 9.1 Técnicas de sumarização aplicadas ao direito e ao processo

Nem todas as situações trazidas perante o Estado-Juiz suportam o exercício da ação processual através do rito comum (ordinário ou sumário), em que há cognição plena e exauriente voltada à formação da coisa julgada material.

[...]

As técnicas de sumarização envolvem a busca de soluções que não se compadecem com a utilização do instrumental predisposto à utilização da cognição plena ou com a possibilidade de amplos debates entre as partes previamente à decisão judicial.

[...]

Daí, restritos ao exame da tutela sumária, afirmamos que a sumarização pode ser resultado tanto de abreviações de rito como de cognição, isto no plano do processo.

Já no plano do direito material significa redução das questões litigiosas, permitindo-se a veiculação de lides sumárias, ou seja,, que não envolvem toda a parcela de litígio que poderia ser trazido ao processo, de que são exemplo notório as ações possessórias (a lide já vem sumária desde o direito material) e de que são exemplo, igualmente, as ações cautelares.

[...]

Resumindo, a tutela sumária se define como (a) tutela da verossimilhança e da probabilidade das afirmações trazidas perante o Estado-Juiz, onde se busca um resultado prático imediato e efetivo, ainda que parcial e algumas vezes provisório ou temporário, envolvendo ou não a emissão de provimentos liminares, e (b) a tutela de demandas sumárias a partir do direito material<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2010, p.147-149.

<sup>66</sup> SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Tutela de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, p.147-149.

Ainda segundo o autor:

Pode-se, dizer, então, que sumarizar o processo é comprimir o espectro de cognição judicial ou o *iter* procedimental, na tentativa de conformar-se o instrumento à demanda nele contida, ou de aparelhá-lo às eventuais necessidades de urgência que ocorram, podendo tal urgência ser desde logo valorada pelo legislador, como ocorre na tutela possessória, ou ser deixada à apreciação judicial, como no processo cautelar ou na antecipação de tutela em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação<sup>67</sup>.

No âmbito das ações coletivas, a construção de um microssistema dotado de regras específicas, especialmente concebido para a defesa dos direitos metaindividuais, revela a existência de um modelo de tutela jurisdicional diferenciada, com vistas à concretização da efetividade.

A propósito, transcrevemos ementa acerca do funcionamento do microssistema:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART.191 DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e o art. 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).

2. [...]

3. Recurso Especial não conhecido.<sup>68</sup>

O microssistema viabilizou, assim, o implemento de inédita estrutura normativa, com a consagração de fórmulas de tutela específica para a realização do direito que transcende a esfera do particular, de natureza transindividual.

<sup>67</sup> SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Tutela de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, p.149.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial 1221254, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 13/06/2012.

Essa inovadora forma de proteção nasceu da necessidade de amparar efetivamente o direito coletivo, não prestigiado pelo Código de Processo Civil, editado ao tempo em que a visão para os direitos difusos e coletivos não guardava a necessária amplitude.

A propósito, Patricia Miranda Pizzol observa:

Em se tratando de direito ou interesse de natureza coletiva *lato sensu*, conceitos do direito processual civil tradicional, que amparam as relações interindividuais, tornam-se insuficientes e inadequados à solução dos conflitos decorrentes da violação daqueles. O processo civil ortodoxo não é instrumento apto a propiciar a efetividade pretendida na proteção dos interesses metaindividuais, haja vista caracterizarem-se pela indivisibilidade do objeto (difusos e coletivos) e impossibilidade de individuação dos sujeitos (difusos), impondo-se, por conseguinte, a adaptação de alguns conceitos, como de legitimidade e de coisa julgada às ações coletivas.<sup>69</sup>

Ainda a respeito, discorre Kazuo Watanabe:

A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os “interesses” pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os “interesses” relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc, pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis<sup>70</sup>.

Com palavras outras, a “estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individual”<sup>71</sup>, distanciava o direito metaindividual da proteção jurisdicional efetiva.

Daí o nascimento do microssistema no âmbito coletivo, com normas voltadas para a consecução do resultado útil do processo, de modo a propiciar ao jurisdicionado a entrega da efetiva prestação jurisdicional.

Esse trabalho de criação ou de adequação de procedimentos e provimentos é tarefa que não se conclui num só movimento, construída que é aos poucos, em face das necessidades do corpo social.

Como exemplo, na atualidade veicula-se a ideia de estabilização da tutela (antecipada, de urgência ou da evidência), que é uma forma de “tutela

<sup>69</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.82.

<sup>70</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.70.

<sup>71</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.70.

jurisdicional diferenciada”, visto que propicia a celeridade e a efetividade processual, deixando para as partes, caso não haja impugnação da medida liminar concedida, a decisão sobre eventual propositura de demanda para cognição plena e exauriente da questão controvertida.

Acerca do tema, sintetiza Cassio Scarpinella Bueno:

Excepcionando expressamente o quanto destacado pelo número anterior – e, de forma mais ampla – o próprio sistema processual civil –, a proposta é de que a decisão antecipatória da tutela, posto ser proferida com base em “cognição sumária”, assuma estabilidade suficiente para tornar desnecessário, consoante determinadas circunstâncias, o prosseguimento do processo quando sua concessão for incidental ou, quando antecedente, que a parte por ela beneficiada provoque o Estado-juiz com vistas a obter a “tutela jurisdicional ulterior”.

[...]

Bem resume os objetivos do Anteprojeto o trecho de sua Exposição de Motivos, assinada pelos prestigiados professores:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e correspondente sentença de mérito.

Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste), tem-se por solucionado conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites.

[...] <sup>72</sup>

Assim, busca-se a efetividade do processo com a utilização de técnicas para limitar a cognição ou abreviar o procedimento, vislumbrando-se, de *lege ferenda*, a estabilidade do provimento provisório, a critério das partes, como espécie de tutela jurisdicional diferenciada que se coloca a serviço da realização do direito material.

Em síntese, é possível identificar o perfil da tutela jurisdicional diferenciada já entre as medidas cautelares nominadas, no Livro III do atual

---

<sup>72</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5.ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2013, p.60-61.

Código de Processo Civil, especialmente no que toca àquelas que jamais guardaram diretriz meramente assecuratória.

O estudo ora realizado revela a existência de medidas protetivas para a realização do direito material, ora antecipando a cautela, ora antecipando o próprio mérito, com nascedouro no art.798 do Código de Processo Civil.

O microssistema da tutela coletiva, a ser esmiuçado nos próximos capítulos dessa dissertação, é um modelo de tutela jurisdicional diferenciada, visto que estruturado por normas específicas para a salvaguarda do direito metaindividual.

### **3.3 Efetividade da tutela jurisdicional e a duração razoável do processo**

Por fim, ainda neste capítulo, importante destacar que a concepção de uma tutela diferenciada deve necessariamente guardar vínculo estrito com o princípio da duração razoável do processo, haja vista que a sua aplicação tem como escopo propiciar a realização do direito material, com eficiência e celeridade.

A respeito, Luiz Guilherme Marinoni, lembrando que o Estado proibiu a autotutela privada, sustenta que o jurisdicionado tem direito à prestação jurisdicional efetiva, não podendo o tempo de duração do processo se traduzir em empecilho para a realização do direito:

São frequentes as afirmações de que a tutela cautelar não pode ser satisfativa, ou não pode se revestir de caráter de antecipação da tutela definitiva.

Entretanto, não são raras as pretensões que, por estarem envolvidas em situações de perigo, exigem tutela urgente de cognição sumária.

[...] Ora, é certo que o “tempo” dispendido para a cognição da lide, através da investigação probatória, é reflexo da própria existência do Estado, e da necessidade que o mesmo se impôs de, antes de tutelar os conflitos, conhecer a existência dos direitos afirmados em juízo.

[...] Deveras, se o Estado proibiu a autotutela privada, obrigando-se a tutelar os diversos litígios, é acertado concluirmos que o tempo de duração do processo não pode servir de empecilho à realização do direito da parte, estando o Estado obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses.

[...] Ora, se o Estado tem o dever de prestar a “devida tutela jurisdicional”, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, o homem tem direito à “adequada tutela jurisdicional”.

O jurisdicionado não tem somente direito à resposta jurisdicional. Tem, em verdade, direito à prestação jurisdicional efetiva<sup>73</sup>.

A garantia da duração razoável do processo, incorporada à Carta Política pela Emenda Constitucional nº45, de 08/12/2004, consoante o art.5º, LXXVIII, da Constituição da República, aliada ao compromisso de utilização da técnica processual adequada no tempo e modo devidos, viabiliza a consecução da entrega efetiva da tutela jurisdicional.

Importante registrar, no entanto, que a observação estrita dessa garantia constitucional, por vezes, encontra óbice na complexidade da causa e no comportamento das partes.

Deveras, se a causa é complexa, a controvérsia somente será dirimida após ampla dilação probatória, por vezes marcada pela produção de prova pericial intrincada.

De outra parte, não é raro observarmos a procrastinação do processo com a apresentação de documentação inútil para o deslinde da controvérsia ou com a formulação de pleitos desnecessários para a formação da convicção do magistrado.

Nessas hipóteses, o magistrado deverá agir para que as provas sejam produzidas em tempo razoável, impedindo a atuação da parte que visa à consecução de atos meramente procrastinatórios.

Com esse cuidado, a duração do processo não se consubstanciará em entrave para a entrega da tutela jurisdicional no tempo e modo devidos.

Acerca do tema, transcrevemos ementa que expressa, claramente, a tutela jurisdicional efetiva prestada tempestivamente, vale dizer, com a observância do princípio da duração razoável do processo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL EM MATÉRIA DE DIREITO TRIBUTÁRIO A RESPEITO DE FATOS OCORRIDOS HÁ DOZE ANOS. PROVAS DOCUMENTAIS SUFICIENTES. CÓPIA INTEGRAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ART.5º, LXXVIII, CF). DUE PROCESS OF LAW.

---

<sup>73</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992, p.87-89.

1. Anulatória de débito fiscal em que se alega cerceamento de defesa. Prova testemunhal não produzida. 2. Não ocorrência de violação do devido processo legal. Provas colhidas no processo suficientes para a decisão proferida no Tribunal local (cópia integral do processo administrativo).

[...]

5. Na apuração da verdade real dos fatos, o juiz não pode se olvidar da primazia da celeridade processual, que não é incompatível com o due process of law. A verdadeira tutela jurisdicional é aquela prestada em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF), regra de ouro que vale tanto para o autor, como para o réu.

6. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>74</sup>

O atropelo no trâmite processual propicia a realização de movimento jurisdicional distante da reflexão, criando o risco de prolação de decisões inconsistentes ou injustas.

Em outro plano, o curso lento do processo prejudica severamente o jurisdicionado, sedimentada que está a ideia de que a realização efetiva da justiça não convive com a outorga tardia da tutela jurisdicional.

Assim, a eficiência na prestação jurisdicional tem como pressuposto a prolação de decisões num prazo razoável, com a utilização de mecanismos processuais específicos para promover a antecipação, quando possível, do direito reivindicado ou a preservação dele.

### **3.4 Formação do microsistema coletivo para a salvaguarda do direito metaindividual**

Ao longo de décadas constatou-se uma produção legislativa voltada para o resguardo dos direitos metaindividuais.

De acordo com Ricardo de Barros Leonel<sup>75</sup>, a tutela judicial dos interesses metaindividuais foi consagrada em nosso ordenamento jurídico, inicialmente, com o advento da ação popular.

O autor, após salientar que o nascimento da ação popular no direito brasileiro ocorreu em duas fases distintas, “uma anterior e outra posterior à Constituição de 1934, primeiro texto constitucional que previu

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 714710, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ Data 07/02/2008.

<sup>75</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.50.

expressamente o remédio”<sup>76</sup>, sustenta que, no ano de 1965, “foi editada a legislação que regulamentou o exercício da ação popular de modo mais abrangente, ou seja, a Lei nº4.717/65, ainda hoje em vigor”<sup>77</sup>.

Posteriormente, relacionado ao fenômeno do processo coletivo, surgiram outros diplomas para a salvaguarda de direitos metaindividuais, dentre eles, a Lei nº6.024/74 (intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira) e a Lei nº6.938/81 que, dispondo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu, “no art.14, §1º, de forma pioneira, a legitimação do Ministério Público para a ação de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente”<sup>78</sup>.

Sobreveio, então, a Lei nº7.347/85. E foi a partir da edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, que a tutela jurisdicional coletiva ganhou especial envergadura, com o nascimento de instrumento processual dotado de maior eficácia para o resguardo dos direitos de natureza transindividual.

A propósito, retrata Sérgio Shimura:

É certo que, antes de 1985, já havia a previsão legal, pontual e setORIZADA, a respeito de algumas ações visando a proteger direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou mesmo individuais homogêneos, como a previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.452/1943), a Lei 4.717/1965 (ação popular), a Lei 6.024/74 (intervenção e liquidação extrajudicial de instituição financeira), ou a liquidação judicial de sociedades (art.209 da Lei 6.404/76; art.18 do D. 3.708/1919) e a Lei 6.938/91 (meio ambiente). Contudo, foi com a Lei 7.347/1985 que se instituiu um instrumento processual mais vigoroso, abrangente e eficaz no combate à lesão dos direitos coletivos *lato sensu*, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e urbanística, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo<sup>79</sup>.

Deveras, a utilização da ação civil pública propiciou maior efetividade à conquista da tutela jurisdicional, haja vista que demanda desta natureza abrange um número indeterminado de pessoas.

<sup>76</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.50.

<sup>77</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.51.

<sup>78</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 51-52.

<sup>79</sup> SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p.20.

No sentido exposto, transcrevemos Soraya Regina Gasparetto

Lunardi:

A ideia de efetividade vem sendo incansavelmente repetida como a frase de Giuseppe Chiovenda que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. Ou seja, todos têm direito ao acesso ao poder judiciário para postular tutela preventiva ou reparatória. O acesso à justiça é um conceito que vem sofrendo mudanças. Inicialmente tratava somente do direito ao acesso à proteção judicial como direito formal do indivíduo de propor e contestar a ação. Predominando a ideia de processo como fenômeno essencialmente cultural, continuativo e dinâmico, seu fim, e não sua forma, é que o define e o delimita. Resultado dessa evolução é que a Constituição Federal em vigor procura assegurar mais que uma garantia formal de acesso ao poder judiciário, mas a efetivação da garantia.

[...]

É possível buscar melhorar a atuação do processo desenvolvendo as técnicas já disponíveis como a Ação Civil Pública para torná-lo mais adequado às necessidades sociais, ou às ideologias da efetividade. É um instrumento que possui muita força já que pode resolver questões metaindividuais em um único processo, apta, portanto às ideias de efetividade<sup>80</sup>.

Após 1985, surgiram seguidos diplomas para a proteção dos direitos coletivos (sentido lato), merecendo destaque “a Lei 7.853/89, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7.913/89, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; posteriormente, a Lei 8.069/90, ou “Estatuto da Criança e do Adolescente”, também tratando da tutela judicial de interesses coletivos; a Lei 8.078/90, o “Código de Defesa do Consumidor”; a Lei 8.492/92, denominada “Lei de Improbidade Administrativa”. Posteriormente, ainda foram editadas: a Lei 8.884/94, denominada “Lei Antitruste”; a Lei 10.257/01, denominada “Estatuto da Cidade”; a Lei 10.741/2003, denominada “Estatuto do Idoso”<sup>81</sup>.

Essa pluralidade de diplomas viabilizou a formação de um microssistema, o que propiciou a interação de diversas normas para o resguardo dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, fenômeno que abordaremos posteriormente.

<sup>80</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As ideologias do processo e a ação civil pública. In: (Coords). MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.204-208.

<sup>81</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013, p.52.

Com palavras outras, o processo coletivo nasceu da integração dessas diversas normas e o Código de Processo Civil passou a ter aplicação subsidiária.

Somente com essa autonomia a proteção dos direitos metaindividuais ganhou envergadura e assento próprio.

A propósito, no que toca à existência material dos direitos difusos e coletivos, acolhemos, a respeito, as considerações de Patricia Miranda Pizzol:

Entendemos, contudo que há um direito material difuso e coletivo. O fato de ser a pretensão deduzida em juízo o ponto de partida para a verificação, no caso concreto, se a hipótese é de lesão a direito difuso, coletivo ou individual (homogêneo ou puro) não exclui, não nega a premissa anterior, ou seja, não é a pretensão que define a natureza do direito violado, mas é ela que indica, na hipótese concreta, qual a categoria de direito cuja tutela está sendo pleiteada.

[...]

Acrescente-se que o direito material difuso está definido na Constituição Federal. O legislador infraconstitucional, ao discriminar no inciso I do parágrafo único do art.81 do CDC, as características dessa categoria de direito, o fez de acordo com o disposto na Magna Carta, não podendo se afastar dos limites por ela estabelecidos, sob pena de padecer do vício da inconstitucionalidade. Como podemos negar, por exemplo, que o direito “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art.227, *caput*, da CF/88) é um “direito material difuso”? A própria preocupação do constituinte em definir esse bem jurídico e assegurar a sua tutela, como também a do legislador infraconstitucional em apontar, expressamente, as suas características vem corroborar o entendimento ora exposto.<sup>82</sup>

Logo, com a certeza de que há um direito material difuso e coletivo, não há como negar, com a formação do microsistema coletivo, que existe um direito processual coletivo, com regras próprias, tanto que o Código de Processo Civil, ortodoxo, é aplicado subsidiariamente.

---

<sup>82</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus,1998, p.94;98.

#### **4 UM EXEMPLO DE TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO DIREITO AMBIENTAL: APROXIMAÇÃO DOS DIREITOS MATERIAL E PROCESSUAL**

Consoante salientado, a construção do minissistema para o amparo dos direitos metaindividuais não ocorreu em um único movimento.

Após anos seguidos, diplomas normativos, com enfoques diversos, passaram a compor uma estrutura única, guarnecida de canais comunicantes, que serão estudados ao tempo em que a atenção recair sobre a figura do microsistema como modelo de tutela jurisdicional diferenciada no âmbito coletivo, logo adiante.

Por ora, importante destacar que os diplomas para a proteção dos direitos metaindividuais guardam, como traço característico comum, a aproximação dos direitos material e processual, este a serviço daquele, para propiciar, de forma efetiva, a adequada prestação jurisdicional e a entrega do bem da vida pretendido.

Sem esse ambiente de conexão, não é possível identificar o regime da tutela jurisdicional diferenciada, que se propõe a fornecer o instrumento adequado para a concretização do direito substancial.

A adequação do processo para a conquista da tutela específica não é uma tarefa simples. Para concretizar esse objetivo, a utilização dos instrumentos processuais deve manter correlação com o direito material a ser protegido.

Assim, é evidente que, construído sob a égide de específicos princípios, o direito substancial influencia a formação e a aplicação do direito adjetivo.

Com outro dizer, a utilização de determinado instrumento processual deve ter como pressuposto o perfil, a diretriz e a estrutura do direito substantivo.

Trazemos como exemplo o meio ambiente, de modo a revelar essa situação de aproximação para a conquista da efetividade.

A eleição recaiu sobre o meio ambiente porque este direito fundamental revela princípios invariavelmente adotados nas fundamentações das decisões judiciais, sejam elas proferidas em movimento cognitivo

superficial ou vertical, o que demonstra claramente a aproximação dos direitos processual e material para a produção do resultado útil do processo.

Além disso, a questão ambiental, em outro tempo, foi objeto da atividade judicante, surgindo neste espaço acadêmico a especial oportunidade de esmiuçar o exercício jurisdicional outrora firmado, agora com o enfoque da concepção da tutela jurisdicional diferenciada.

Com essa necessária ponderação, prosseguimos.

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado restou expressamente albergada pelo art.225 da Carta Política, que impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

É sabido que diversos princípios resguardam a defesa do meio ambiente, dentre eles a prevenção e a precaução.

Para a preservação desse indispensável bem da vida, os instrumentos processuais guardarão perfil adequado se estiverem voltados para a concretização, por exemplo, do princípio da prevenção, essencial para a defesa do meio ambiente.

E o microsistema coletivo oferece os instrumentos necessários para a salvaguarda dos princípios que norteiam o direito material.

Deveras, o art.83 do Código de Defesa do Consumidor, que será esmiuçado no curso desta dissertação, expressamente prevê, para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo CDC, a admissão de todas as espécies de ações capazes de propiciar uma adequada e efetiva tutela.

Em outro plano, no que se refere à tutela de urgência, o art.12 da Lei da Ação Civil Pública dispõe que o juiz poderá “conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Esses são apenas alguns instrumentos do direito adjetivo que, indubitavelmente, se prestam para a garantia da efetividade da justiça e celeridade.

Dessa aproximação nasce a tutela jurisdicional diferenciada, hábil para efetivamente resguardar o direito material.

Assim, em tópico seguinte, o meio ambiente e alguns de seus princípios serão esmiuçados, de modo a demonstrar a necessária aproximação

do direito substancial e adjetivo para a conquista do resultado útil e a salvaguarda efetiva do bem da vida protegido pela norma.

#### **4.1 A defesa do meio ambiente: direito fundamental e a proteção jurisdicional**

A Carta Política de 1988 estabelece a defesa do meio ambiente, dentre outros, como um direito fundamental.

Dada a importância, reproduzimos o art.225 da Constituição da República: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Segundo a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado,

O texto emprega figuras genéricas – “Poder Público” e “coletividade” – como sendo aquelas obrigadas a preservar e defender o meio ambiente. “Poder Público” não significa só o Poder Executivo, mas abrange o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, tanto que no art.2º esses três poderes constam como “Poderes da União”. Os constituintes engajam os três Poderes da República na missão de preservação e defesa do meio ambiente, agindo eles com independência e harmonia recíproca. [...]

À “coletividade” cabe também o dever de defender e preservar o meio ambiente. Entendo que os constituintes fizeram um chamamento à ação dos grupos sociais em prol do meio ambiente. O termo abrange a “sociedade civil” (expressão acolhida na Constituição – art.58, II), não integrando formalmente o Poder Público, compreendendo as organizações não governamentais (ONGS), constituídas em associações e fundações, e as organizações da sociedade civil de interesse público. A Constituição Federal poderia ter feito menção de forma mais clara à participação da coletividade. A ação da coletividade, diferentemente da do Poder Público, em geral é facultativa [...]<sup>83</sup>.

Trata-se de direito fundamental de terceira geração, com natureza transindividual. Acerca dos direitos fundamentais de terceira geração, Paulo Bonavides reitera:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e

---

<sup>83</sup>MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, p.157.

provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

[...]

Ao contrário de Vasak, a expressão que Etienne-R Mbaya, o brilhante jusfilósofo de Colônia, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento”, usa para caracterizar os direitos da terceira geração é solidariedade e não fraternidade<sup>84</sup>.

Os direitos de terceira geração têm assento na dignidade da pessoa humana, fundamento de ordem constitucional que concebe, além da figura humana, todas as formas de vida integradas no planeta.

Sobre os direitos de terceira geração, exprime Massimo Palazzolo:

#### C) Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Depois da Segunda Guerra Mundial, a doutrina dos direitos fundamentais continuou a desenvolver-se. Novos direitos vieram a ser reconhecidos. Hoje se fala na existência de uma terceira geração dos direitos fundamentais: a geração dos *direitos de solidariedade*. A essência desses direitos encontra-se em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos. Os direitos fundamentais de terceira geração não se referem à proteção de um indivíduo, de um grupo ou do povo de um Estado, mas à coletividade como gênero humano como valor supremo. Referidos direitos podem ser, por exemplo, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz social.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.587-588.

<sup>85</sup> PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.45-46.

A terceira geração revela, assim, um perfil inédito do princípio insculpido no art.1º, III, da Carta Política, conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

Desde logo, verifica-se que é certamente possível questionar o excessivo antropocentrismo que informa tanto o pensamento kantiano quanto a tradição filosófica ocidental de um modo geral, especialmente confrontando-a com os novos valores ecológicos que alimentam as relações sociais contemporâneas e que reclamam uma nova concepção ética, ou, o que talvez seja mais correto, a redescoberta de uma ética de respeito à vida que já era sustentada por alguns.

[...] A fim de ampliar a concepção kantiana para além do ser humano, pretende-se, no presente trabalho, aderir aos que levantam o questionamento acerca da possibilidade de reconhecimento de um fim em si mesmo inerente a outras formas de vida (ou à vida de uma forma geral, seja humana, seja não humana), atribuindo-lhes um valor próprio e não meramente instrumental, ou seja, uma dignidade que implica um conjunto de deveres para o Homem.

[...] Todas as concepções (e a de Kant é provavelmente apenas a mais influente!) que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana encontram-se, pelo menos em princípio, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar superior e privilegiado em relação aos demais seres vivos. De acordo com Kant, conforme anunciado na citação precedente da sua obra, todo o universo “não humano” estaria enquadrado no conceito de coisas, e portanto, não de pessoas, tendo apenas um valor relativo, na medida em que se prestariam – em maior ou menor grau – como “meio” para a satisfação da vontade humana. No entanto, de acordo com o entendimento a ser desenvolvido neste ensaio, para além de tal “compreensão especista”, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do ambiente como valor ético-jurídico fundamental indicia que não está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e, acima de tudo, da vida humana com dignidade<sup>86</sup>.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, Massimo Palazzolo destaca:

A dignidade da pessoa humana não precisava estar materializada constitucionalmente, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, pois pode ser enquadrado como direito natural. Os direitos fundamentais constituem a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais, nos textos constitucionais do Estado de Direito. Extrai-se da experiência

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 2.ed. São Paulo: RT, 2012, p.64-65.

histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é. O ser é. Ser é ser. Logo, basta a formulação: sou. Ainda que a dignidade preexistisse ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisitos indispensáveis para que esta possa ser tida como legítima.

[...] O princípio da dignidade serve, ao mesmo tempo, para justificar o respeito à vida humana e até mesmo o seu fim, como ocorre nos casos em que se reconhece o direito de morrer com dignidade (eutanásia) [...] <sup>87</sup>.

Além do dever de defender e de preservar o meio ambiente, o art.225 da Carta Política consagra a responsabilidade ambiental entre as gerações, conforme explica Paulo Affonso Leme Machado,

A Constituição estabelece as presentes e futuras gerações como destinatárias da defesa e da preservação do meio ambiente. O relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, como se a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos. O art.225 consagra a ética da solidariedade entre as gerações, pois as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações vindouras.

[...] A continuidade da vida no planeta pede que esta solidariedade não fique represada na mesma geração, mas ultrapasse a própria geração, levando em conta as gerações que virão após. O princípio cria um novo tipo de responsabilidade jurídica: a responsabilidade ambiental entre as gerações <sup>88</sup>.

No mesmo sentido, Cristiane Derani sustenta que o conceito de responsabilidade social está previsto no art.225 da Constituição da República:

O Estado Social não traça uma via de mão única na relação entre Estado e indivíduo. Ele assenta-se na cooperação entre o Estado e economia, ao mesmo tempo em que reclama um comportamento social do indivíduo frente à comunidade. Portanto, integra também o seu conteúdo o aspecto de obrigação do sujeito, traduzida na expressão responsabilidade social e devidamente relatada no art. 225 da Constituição (impõe-se à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado). Isto implica na necessidade da produção de normas que viabilizem a colaboração e a participação da sociedade nas decisões. [...] <sup>89</sup>

<sup>87</sup> PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.68-69.

<sup>88</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, p.158

<sup>89</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.261.

O dever de proteger e de preservar o meio ambiente pelo Poder Público tem conformação, ainda, no princípio da obrigatoriedade de intervenção do Poder Público.

Acerca desse princípio, Paulo Affonso Leme Machado menciona a Declaração de Estocolmo de 1972 e a Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente (Declaração de Estocolmo/1972).

A Declaração do Rio de Janeiro/1992, em seus 27 Princípios, menciona pelo menos vinte vezes o termo “Estados”, dizendo no Princípio 11: Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente<sup>90</sup>.

Com base na Declaração de Estocolmo de 1972, na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e na Constituição Federal de 1988 (art.225 e seguintes), o Poder Público tem o dever de implementar políticas públicas para preservar e recuperar o meio ambiente, intervindo e atuando sempre para o controle e a utilização dos recursos naturais. A respeito, escreve Cristiane Derani:

[...] O art.225 da Constituição declara um fim a ser perseguido e indica algumas medidas fundamentais que devem ser observadas durante este percurso, porém o caminho propriamente dito está aberto. Este caminho é definido pela instituição de políticas e normas ordinárias visando especificar como e em que medida este fim pode e deve ser alcançado.

Ora, políticas públicas são requeridas não só para o cumprimento do que prescreve o art.225, mas também para inúmeros outros preceitos constitucionais. Isto significa que nenhuma política, por mais que aparentemente intencione, pode restringir-se ao cumprimento de um ponto específico da Constituição. Por ser uma política, seus efeitos concretos atingem as mais diversas esferas da sociedade, não sendo possível dizer apenas que se trata de uma política do meio ambiente ou de uma política econômica simplesmente [...] <sup>91</sup>

Conforme afirmamos, a omissão do Poder Público autoriza a intervenção judicial para a realização da política pública internalizada na Constituição, daquele mínimo garantido ou daquela norma que se reveste de aplicabilidade imediata. No sentido exposto, observa Kazuo Watanabe:

10. Além do mínimo existencial, há outros direitos fundamentais sociais que, apesar de sua relevância, não são dotados do mesmo

<sup>90</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, p.137.

<sup>91</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.262.

grau de essencialidade para a efetividade do princípio da dignidade humana. Alguns desses direitos, porém, estão definidos em normas constitucionais com densidade suficiente para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo. Ao descumprimento deles, em consequência, será perfeitamente cabível a postulação da tutela jurisdicional (um bom exemplo de norma dessa espécie é a inscrita no art.230, §2º, CF, que assegura aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos); também podem ser mencionados alguns direitos dos trabalhadores urbanos e rurais enumerados no art.7º, CF (excluindo-se, evidentemente, aqueles que, essenciais à dignidade humana dos trabalhadores, integram o conceito de “mínimo existencial”)<sup>92</sup>.

Ainda sobre a intervenção judicial, o art.5º, §1º, da Carta Política assegura que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, dentre elas aquela que abraça a preservação e a recuperação do meio ambiente. No entendimento de Cristiane Derani,

Esta digressão sobre direitos fundamentais destina-se a situar especificamente as condições de efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao se revelar como direito fundamental, sua aplicação não depende de uma afirmação da validade constitucional por norma ordinária. Este direito, como todos os direitos fundamentais presentes na Constituição, tem aplicação imediata, conforme dispõe o parágrafo 1º do art.5º da Constituição, que ao se referir às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não se restringe àquelas do art.5º, mas aplica-se a todos os demais previstos no texto constitucional<sup>93</sup>.

Em resumo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, que deve ser resguardado pelo Poder Judiciário, por encontrar albergue no conceito de “mínimo existencial”, com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Resta, pois, demonstrada a natureza fundamental do direito ambiental.

No tópico seguinte, com a explanação acerca da relevância dos princípios da prevenção, precaução e reparação no direito ambiental, pretendemos demonstrar que a aproximação dos direitos material e adjetivo é indispensável para viabilizar a proteção do bem da vida abraçado pela Carta Política de 1988.

---

<sup>92</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.220-221.

<sup>93</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.229.

#### 4.1.1 A relevância dos princípios da prevenção, precaução e reparação para o resguardo do direito ambiental

O meio ambiente, no plano constitucional de 1988, ganhou a envergadura de direito fundamental, o que autoriza a intervenção do Poder Judiciário para a garantia do mínimo previsto na Constituição.

Para a salvaguarda deste relevante direito fundamental, a doutrina destaca diversos princípios, dentre eles, a prevenção, a precaução e a reparação no âmbito do direito ambiental.

Esses princípios, dentre outros, devem ser considerados pelo magistrado para o resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao tempo da prolação de decisões judiciais.

Para a concretização desses princípios no plano material, o processo deve fornecer ao magistrado os instrumentos necessários para a consecução do direito fundamental.

Como dito em outro tempo, a utilização dos instrumentos processuais deve manter correlação com o direito material a ser protegido. Assim, neste tópico, pretendemos demonstrar como a jurisprudência opera a proteção dos princípios ambientais, revelando a clara conexão entre o processo e o direito material, o que informa o regime da tutela jurisdicional diferenciada, propiciando efetividade e celeridade.

Para tanto, desde logo, colhemos os conceitos necessários para a exata compreensão dos princípios destacados.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado guarda relação intrínseca com o direito à vida. Isto porque, sem a preservação do meio ambiente sadio, há risco para a existência de todos os seres vivos. Segundo Édis Milaré,

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p.1.065.

A preservação do meio ambiente saudável, ecologicamente equilibrado, é dever de todos. Neste sentido, o art.225 da Constituição da República impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Em outras palavras, para a proteção do meio ambiente são exigidas, sempre, condutas de prevenção e vigilância, de modo a evitar a ocorrência de danos, que invariavelmente geram prejuízos irreversíveis.

Quanto ao princípio da prevenção, defende Édis Milaré:

a) Princípio da prevenção

Aplica-se esse princípio, como se disse, quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa.

[...]

Daí a assertiva, sempre repetida, de que os princípios do Direito ambiental são fundamentalmente preventivos. Sua atenção está voltada para momento anterior à da consumação do dano – o do mero risco<sup>95</sup>.

A preocupação com a prevenção no direito ambiental, no entanto, não nasceu com a Constituição Federal de 1988. Muito antes, em 1981, a Lei nº6.938, recepcionada pela Carta Política já suscitava a preservação ambiental ao dispor em seu art.2º:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...].

E nos incisos da Lei nº6.938/91, art.2º, são destacados diversos princípios a serem atendidos: “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”; “racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar”; “planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais”; “proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas”; “acompanhamento do estado da qualidade ambiental”; recuperação de áreas degradadas” e “proteção de áreas ameaçadas de degradação”.

---

<sup>95</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p.1.070.

De outra parte, importante destacarmos que a prevenção, segundo Paulo Affonso Leme Machado, “não é estática”<sup>96</sup>.

Logo, para a efetiva preservação do meio ambiente, é necessária a constante atualização das políticas ambientais, de modo a propiciar o desenvolvimento sustentável ao lado do equilíbrio do meio ambiente disposto no art.225 da Constituição Federal de 1988.

Para a conquista dos objetivos propostos pela Carta Política, a participação do Poder Judiciário é indispensável. Vale dizer, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser resguardada pela aplicação dos instrumentos processuais postos na legislação de regência, editada exatamente para propiciar efetividade, celeridade e salvaguarda do direito material. Sobre o tema, destacamos a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL EM ORLA POSSUIDORA DE RECURSOS NATURAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Medida Cautelar intentada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao v. Acórdão de segundo grau. 2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Inere-se, aí, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. 3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a proteção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 4. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância. 5. Há, em favor do requerente, a fumaça do bom direito e é evidente o perigo da demora, tendo em vista que, tratando-se de bens ecológicos, a ausência de medidas acautelatórias pode resultar na irreversibilidade dos danos ambientais. A princípio, a área configura-se como sendo de preservação permanente e de Mata Atlântica, o que ensejaria, necessariamente, a oitiva do IBAMA e estudo de impacto ambiental, antes do início de qualquer obra. 6. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do

---

<sup>96</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, p.124.

Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer de direito público. 7. Medida Cautelar procedente.<sup>97</sup>

A propósito do julgado transcrito, inicialmente destacamos a amplitude conferida ao poder geral de cautela, haja vista que o efeito suspensivo concedido impediu, no plano material, “a construção de imóvel em orla possuidora de recursos naturais de proteção ambiental”.

Claramente percebemos nesse caso a utilização de um instrumento processual, medida de natureza cautelar, para a preservação ambiental.

Em outras palavras, o princípio da prevenção e a tutela de urgência foram colocados lado a lado para proteger o bem da vida expressamente previsto na Constituição de 1988. Trata-se de medida acautelatória que se põe a serviço da manutenção do estado de fato.

E essa preservação do estado da coisa, ao tempo do julgamento do recurso especial, poderá representar, verdadeiramente, o resultado útil do processo.

Logo, a incidência do art.798 do Código de Processo Civil serviu não apenas como poder geral de cautela, mas como verdadeiro poder geral de antecipação, conforme salientamos no início desta dissertação.

Assim, destaca-se do julgado a relevância da aplicação do instrumento processual adequado para o resguardo do direito ambiental. De um lado, o princípio da prevenção; de outro, o provimento liminar. A aproximação deles, um a serviço do outro, propiciou o alcance da tutela jurisdicional eficiente, vale dizer, diferenciada.

A aplicação do princípio da precaução, igualmente, propicia a preservação do meio ambiente.

A precaução, diferente da prevenção, “se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos”<sup>98</sup>. Ou, com outro dizer, “enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto”<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Medida Cautelar 2136, Rel.José Delgado, v.u, DJ 20/08/2001, p.348.

<sup>98</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p.1.069.

<sup>99</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p.1.069.

Ao adotar o princípio da precaução, cabe ao interessado provar que determinada intervenção não propiciará consequências danosas ao meio ambiente. Assim rege o Princípio 15 da Declaração do Rio:

Princípio 15. Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.<sup>100</sup>

Tal como o princípio da prevenção, o da precaução é amplamente considerado pela jurisprudência para afastar a possibilidade de ocorrência de dano ambiental. A respeito, transcrevemos a ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MEDIDAS PREVENTIVAS DEFERIDAS PELO JUÍZO A QUO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.

I – Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...]. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC nº3540/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006).

II. Nessa perspectiva, a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art.225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois

---

<sup>100</sup> DECLARAÇÃO do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 8 nov.2014.

uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, na espécie, a manutenção de preventivas determinadas pela decisão monocrática, a fim de evitar danos maiores e irrecuperáveis à área de preservação permanente objeto desta ação civil pública. V – Nesta linha de entendimento deve ser confirmada a decisão recorrida, que concedeu antecipação de tutela cautiva, determinando à empresa promovida que se abstenha de lançar no Rio Grande/MG o lixo, os entulhos de construção e o esgoto provenientes da ocupação do terreno, de edificar no local ou ampliar o que já foi edificado, de derrubar, cortar ou suprimir qualquer tipo de vegetação nativa, sendo-lhes vedada a adoção de qualquer conduta ou atividade danosa ao meio ambiente, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) em caso de descumprimento desta decisão. VI – Agravo de Instrumento desprovido. Decisão confirmada.<sup>101</sup>

Aqui, novamente, estabelece-se a aproximação do direito substancial com o direito processual, propiciando a preservação dos princípios ambientais, vale dizer, do direito ambiental, com a utilização da tutela de urgência.

Desse modo, sem o instrumento processual posto a serviço do direito material, os princípios da preservação e da precaução serviriam apenas ao propósito acadêmico, distantes da efetividade no plano fático.

A Constituição Federal de 1988 agasalha, além da preservação, a restauração e a reparação de danos causados ao meio ambiente.

Deveras, o art.225, §1º, I, estabelece a incumbência ao Poder Público de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”.

Assim, com a ocorrência do dano deve ser buscada a restauração do meio ambiente agredido, cessando-se imediatamente a atividade nociva, de modo a possibilitar a recuperação do equilíbrio vigente antes da ação lesiva.

Dentre as formas de reparação, a restauração natural ou *in specie* é a que se busca em primeiro plano. Neste sentido, reconhece a doutrina de Édis Milaré:

#### 4.1 Restauração natural ou *in specie*

A modalidade ideal – e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais onerosa – é a restauração natural do bem agredido, cessando-se a atividade lesiva e repondo-se a situação o mais próximo possível do *status* anterior ao dano, ou adotando-se medida compensatória equivalente. É, pois, imperioso que o aplicador da lei atente para essa constatação, já que não são poucas as hipóteses em que “não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou

---

<sup>101</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Quinta Turma. Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Agravo de Instrumento, v.u, e-DJF1 02/09/13.

a boa formação do feto”. Esta opção, verdadeira execução específica, vem claramente defendida no Direito brasileiro, inclusive no campo constitucional<sup>102</sup>.

Apenas o direito processual pode oferecer o instrumento adequado para o efetivo resguardo do bem metaindividual. Daí o art.84, §1º, do Código de Defesa do Consumidor prever que: “A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

Além disso, o §5º do art.84 da Lei Consumerista estabelece alguns mecanismos que podem ser utilizados para a conquista da tutela específica:

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

Esses dispositivos serão esmiuçados posteriormente, em tópico específico dessa dissertação.

Não obstante, relevante observar, desde logo, a existência de um direito processual posto para realizar o direito material, vale dizer, a adequação da forma à substância, de modo a propiciar efetividade e celeridade, no âmbito do regime da tutela jurisdicional diferenciada.

Acerca da prioridade relativa à concessão da tutela específica, transcrevemos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. ART.225, §3º, CF/88. LEI 6.938/81. TUTELA ESPECÍFICA. ART.3º, LEI 7.347/85. OBRIGAÇÃO DE REFLORESTAR. MULTA COMPENSATÓRIA. “BIS IN IDEM”. IMPROVIMENTO. 1. O tema diz respeito à responsabilidade civil por dano ambiental relacionado à construção de acessão e benfeitorias em área de preservação permanente na localidade conhecida como área de proteção ambiental da Serra da Mantiqueira e entorno nordeste do Parque Nacional de Itatiaia, no Município de Resende, Estado do Rio de Janeiro. 2. Toda a discussão gira em torno do disposto no art.3º, da Lei nº7.347/85, e da possibilidade de condenação do suposto poluidor, cumulativamente, à obrigação de fazer e à obrigação pecuniária de modo compensatório. 3. Toda a argumentação desenvolvida pelo Ministério Público Federal

<sup>102</sup> MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p.1.126.

se restringiu à reparação do dano ambiental sob a perspectiva dos efeitos materiais no meio ambiente degradado, daí a formulação do pedido de tutela específica para o fim de condenar os Apelados à demolição das construções e ao reflorestamento da área conforme plano a ser elaborado pelo IBAMA. 4. Em nenhum momento, o Apelante desenvolveu qualquer indicação de repercussão extrapatrimonial no dano ambiental noticiado na exordial da ação civil pública. 5. A Lei nº6.938/81, recepcionada pelo texto constitucional de 1988, prevê a responsabilidade civil objetiva do infrator das normas ambientais, ao estabelecer que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” É ponto pacífico na doutrina que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, ou independentemente de culpa, sendo suficiente a demonstração do dano e da ação ou atividade realizada, sem necessidade de perquirir a incidência do elemento subjetivo culpa. 6. A condenação em obrigação pecuniária, tal como prevista no art.3º, da Lei nº7.347/85, somente poderia ocorrer na eventualidade de se apurar a impossibilidade de se conceder a tutela específica em favor do Ministério Público Federal. Não foi o que se verificou, eis que restou identificada a possibilidade de recuperação da área com a demolição das construções e acessões realizadas e, em seguida, do reflorestamento a cargo dos apelados conforme plano a ser elaborado pelo IBAMA. 7. Apelação conhecida e improvida.<sup>103</sup>

Em outro plano, é importante destacar, no que toca às pessoas físicas e jurídicas, caso a aplicação dos princípios da prevenção e precaução, no tempo e modo devidos, não seja suficiente para evitar a ocorrência do dano, o art.225, §3º, da Constituição da República impõe expressamente aos infratores a obrigação de reparar o meio ambiente, sem prejuízo das sanções penais e administrativas.

A legislação infraconstitucional, editada antes do advento da Carta Política de 1988, não discrepa da diretriz consagrada no atual texto constitucional. De acordo com a Lei nº6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, o art.2º faz referência à preservação e recuperação ambiental:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...].

A Lei nº6.938/81, art.4º, VI, prevê que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à preservação e restauração dos recursos ambientais com

---

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 2, Sexta Turma Especializada. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Apelação Cível 319448, v.u., DJU 29/10/2009, p.321.

vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”.

E os incisos IV, VII, VIII e IX do art. 2º da Lei nº6.938/81 consagram especificamente os princípios norteadores para a proteção dos ecossistemas e recuperação de áreas degradadas.

A par disso, a obrigação específica de reparar os danos ambientais também está prevista no art.14, §1º, da Lei nº6.938/81:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

O arcabouço legislativo foi, portanto, concebido para prestigiar a prevenção e a reparação ambientais.

Em outro vértice, há instrumentos processuais na legislação para efetivamente resguardar o direito material.

Dessa aproximação nasce, então, a eficácia da tutela jurisdicional.

De outra parte, lembramos que, no direito ambiental, a responsabilidade é objetiva. Constatado um dano, o dever de reparar decorre de sua mera existência, pouco importando o motivo pelo qual a degradação ocorreu ou se houve culpa ou dolo. É necessário apenas comprovar o nexo de causalidade entre a ação do agente e a ocorrência da lesão ambiental, conforme discorre Paulo Affonso Leme Machado:

A responsabilidade ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art.14, §1º, da Lei 6.938/1981)<sup>104</sup>.

Ainda conforme o entendimento do autor:

A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água

---

<sup>104</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, p.404.

saudável e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono reparador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto<sup>105</sup>.

No que toca à responsabilidade objetiva ambiental, transcrevemos

a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 282 DO STF. FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE E DA POSSE. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR.

1. A falta de prequestionamento da matéria submetida a exame do STJ, por meio de Recurso Especial, impede seu conhecimento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome. 3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção ao meio ambiente. 4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em consequência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir. 5. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. Precedentes do STJ. 6. Descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de reparar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação *propter rem*, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental *in casu*, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.<sup>106</sup>

Em resumo, o sistema foi estruturado para propiciar a prevenção ambiental ou a reparação do dano produzido a partir de princípios que devem nortear a ação da coletividade e do Poder Público.

Como salientamos anteriormente, o direito processual convive com o direito material para garantir a efetividade da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, resguardar o equilíbrio do meio ambiente.

<sup>105</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, p.404.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, Recurso Especial 948921, v.u, DJE 11/11/2009.

Assim, os princípios estruturais do direito ambiental servem de diretriz para a consecução dos instrumentos processuais necessários à salvaguarda do direito metaindividual. Com outro dizer, a dinâmica processual deve ser construída para conferir concretude ao direito material.

Essa conexão – do direito material com o direito processual – é indispensável para a formação do regime de tutela jurisdicional que se propõe efetiva e célere, voltada para a proteção, em sua inteireza, do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou de outro direito de natureza transindividual.

#### **4.1.2 Análise de um caso concreto: a aplicação jurisprudencial do princípio da prevenção<sup>107</sup>**

Ao tempo em que officiei como juiz convocado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, tive a oportunidade de oferecer voto nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), União Federal, Fazenda do Estado de São Paulo, Município de Santos, Município de Cubatão e Município de Guarujá, processo nº2002.61.04.008337-6, no qual o órgão ministerial objetivava a interrupção da regionalização do Porto de Santos.

Em síntese, o Ministério Público Federal buscava, por meio do recurso de apelação, reverter o julgado de primeira instância, suscitando a impossibilidade de subscrição, pelas partes interessadas, da minuta de convênio acostada nos autos, que dispunha sobre a regionalização do Porto de Santos, com a assunção de passivo desconhecido pela União Federal.

Além da assunção da dívida (de importe desconhecido) da Codesp pela União, a peça inicial da Ação Civil Pública indicava outras ilegalidades inseridas na minuta do convênio, como a cessão de 1.200 empregados da Codesp para uma nova empresa administradora e a omissão sobre pontos essenciais para a conclusão do processo de regionalização do Porto de Santos.

Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para impedir a subscrição da minuta do convênio; com a tutela de urgência, o Poder Judiciário impediu a ocorrência de dano, preservando a situação de fato. Nesse primeiro

---

<sup>107</sup> Na descrição dos casos práticos, optamos por manter a conjugação na primeira pessoa do singular por se tratar de experiências profissionais do próprio autor; são, portanto, relatos pessoais.

movimento do processo, observa-se a utilização do instrumento processual para salvaguardar o direito material. Em outras palavras, o convívio da substância com a forma propiciou o resguardo do bem da vida.

A sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido formulado, extinguindo o processo, com resolução do mérito, amparada no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público apelou, postulando a reforma integral do julgado *a quo*. Recorreu adesivamente o Município de Cubatão, sustentando ilegitimidade passiva.

Ao tempo do julgamento do recurso de apelação, o relator manteve a decisão de primeira instância, sustentando que a formalização do convênio é matéria que concerne ao mérito administrativo, não passível de apreciação jurisdicional.

Na sessão de julgamento, pedi vista dos autos para o exame da questão controvertida.

Posteriormente, em sessão de julgamento realizada em 13 de março de 2014, apresentei voto divergente, dando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e negando provimento à apelação adesiva interposta pelo Município de Cubatão.

No voto proferido, restou consignado que a assunção da dívida da Codesp pela União contrariou os princípios delineados no art.37 da Carta Política, haja vista que a inexistência do detalhamento do passivo revela que a minuta do convênio foi construída no plano da atecnia.

A par disso, também foi considerado, para o acolhimento do recurso, o fato de que a Codesp parcelou débitos previdenciários contraídos por empreiteiras prestadoras de serviços no Porto de Santos, com lesão ao patrimônio público.

Em outro plano, da leitura dos autos extraiu-se o relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União, Processo TC 011.765/1999-2, que noticiava a existência de diversas irregularidades e inconsistências nos contratos de arrendamento do Porto de Santos firmados pela Codesp.

Além disso, no extenso voto, outras irregularidades foram apontadas, com o registro final de que a minuta do convênio é genérica e omissa, nada estabelecendo sobre: a) a questão ambiental do processo de

regionalização; b) o destino da Codesp e c) as eventuais melhorias e investimentos que poderiam advir deste processo.

O voto foi acolhido, na sessão de julgamento, pelo terceiro magistrado, o que importou julgamento por maioria, provendo o recurso interposto pelo Ministério Público Federal, reformando integralmente a decisão de primeira instância. Impediu-se, assim, a subscrição da minuta de convênio acostada aos autos ou outra com idêntico conteúdo. Abaixo, transcrevo a ementa do julgado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINUTA DE CONVÊNIO SOBRE A REGIONALIZAÇÃO DO PORTO DE SANTOS. AMEAÇA DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA ACERCA DA EXTENSÃO E PERFIL DOS DÉBITOS DA CODESP. ILEGALIDADE.

Qualquer ato administrativo está sujeito ao controle da legalidade, vale dizer, submetido ao crivo do Poder Judiciário.

Em consonância com o disposto no art.3º, caput, da Lei nº7.347/85, a ação civil pública pode ter como objeto cumprimento de obrigação de não fazer, razão pela qual o pedido formulado nesta demanda, no sentido de impedir a celebração do convênio, guarda assento na legislação de regência, a permitir o exame quanto ao mérito da controvérsia.

A assunção do passivo da CODESP pela União, “in casu”, contraria os princípios albergados pela dicção do art.37 da Carta Política, especialmente legalidade e moradia administrativa.

Não há nos autos detalhamento do passivo da CODESP, o que revela que a minuta do convênio foi construída no plano da atecnia.

Consoante documentos apresentados, há notícia de que a CODESP parcelou débitos previdenciários contraídos por empreiteiras que prestaram serviços no Porto de Santos, com lesão ao Patrimônio Público.

Dada a ausência de transparência acerca da extensão e perfil dos débitos da CODESP, a absorção do passivo pela União, se acolhidos os termos do Convênio, é ilegal;

Além disso, a minuta do convênio é genérica e omissa, haja vista que nada estabelece sobre: a) a questão ambiental no processo de regionalização; b) o destino da CODESP e c) as eventuais melhorias e investimentos que advirão deste processo.

Tal como posta, verificada a ofensa, dentre outros, aos princípios da legalidade e moradia administrativa, a minuta entabulada, de forma evidente, não se presta para o processo de regionalização do Porto.

Não prospera o recurso interposto pelo Município de Cubatão, que guarda legitimidade para compor o polo passivo desta demanda, haja vista que é parte do Convênio ora impugnado.

Recurso adesivo do Município de Cubatão conhecido, mas improvido. Apelação do Ministério Público Federal provida para julgar procedente o pedido formulado nesta ação civil pública.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Quarta Turma. Relator para o acórdão Juiz Convocado Paulo Sarno, Apelação Cível 1230782, por maioria, DJF3 Judicial 1 09/05/2014.

Da análise, verificamos claramente que o julgamento foi conduzido com a observância do princípio da prevenção, haja vista que o questionado processo de regionalização do Porto de Santos foi evitado, com o impedimento judicial à subscrição da minuta de convênio acostada nos autos, omissa, dentre outros aspectos, quanto à questão ambiental.

Para a salvaguarda do bem da vida protegido pela norma, foi utilizada a tutela de urgência no movimento inicial do processo, o que propiciou o julgamento da causa sem a alteração da situação fática outrora existente e a aplicação do princípio da prevenção para evitar a ocorrência do dano.

É clara, pois, a aproximação dos direitos material e processual, para distinguir a tutela, em prol da efetividade e da celeridade.

Em seguida, esmiuçaremos o tema da efetividade, demonstrando o microsistema como modelo de tutela jurisdicional diferenciada no âmbito coletivo.

## 5 DO MICROSSISTEMA COLETIVO COMO MODELO DE TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA NO ÂMBITO COLETIVO

O microssistema que propicia a proteção dos direitos transindividuais está estruturado, basicamente, sob dois diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90).

A propósito dessa integração de normas, argumenta Nelson Nery Junior:

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

No entanto, o veto presidencial não afetou os sistemas do CDC e da legislação extravagante que trata de aspectos processuais dos interesses difusos. Como efeito, o art.21 da LACP, com a redação dada pelo art.117 do CDC, determina que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III do CDC. Vê-se que esse artigo tem abrangência maior do que a do texto vetado do art.89, pois não discrimina quais os interesses individuais que podem valer-se dos dispositivos do CDC, ao passo que o vetado art.89 somente permitia a utilização dos dispositivos processuais do CDC para as ações que versassem sobre direitos individuais homogêneos tratados coletivamente, cuja definição se encontra no comentário ao art.81, parágrafo único, para o qual remetemos o leitor.

Aliás, pela nova redação do art.1º da LACP, dada pelo art.110 do CDC, o campo de abrangência dos direitos e interesses tuteláveis pela ação civil pública foi consideravelmente ampliado.

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

[...]

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

[...]

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

principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei nº7.347/85<sup>109</sup>.

Essa interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública decorre da incidência de algumas disposições legais. Dentre elas, destacamos desde logo o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85): “Art.21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Também a indicar a relação de comunhão entre o CDC e a LACP, o art.110 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o inciso IV ao art.1º da Lei nº7.347/85:

Art.110. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

IV– a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

No mesmo sentido, o art.90 do Código de Defesa do Consumidor estabelece cláusula de comunicação com a LACP, prevendo expressamente: “Art.90. 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”.

Esses canais comunicantes ampliaram consideravelmente a envergadura de proteção dos direitos e interesses metaindividuais.

Com efeito, trata-se de modelo de tutela jurisdicional diferenciada, haja vista que esse mecanismo de fluência está a serviço da concretização da efetividade.

Ao permitir essa comunicação, o legislador ordinário propiciou a construção de uma inédita base estrutural normativa, engendrada para possibilitar a combinação de procedimentos ou a compressão do *iter* procedimental, com vistas à salvaguarda do direito material, como se demonstrará, amiúde, no curso deste trabalho.

---

<sup>109</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.220-221.

A propósito, transcrevemos o aresto que conduz a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS.127 e 129, III e IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127 da CF).

2. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art.129 da CF).

3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo – aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade – para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais.

4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada.

5. Os arts.21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art.83 do CDC). 6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.<sup>110</sup>

Não obstante estruturado na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90), outros diplomas formam a composição desse microsistema coletivo, de natureza interdisciplinar, consoante assentado, inclusive, no plano jurisprudencial:

<sup>110</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial 695396. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u, DJE 27/04/2011.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 e 356/STF. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DE IMPROBIDADE. CABIMENTO. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa a toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de noveis demandas. [...] 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.[...].<sup>111</sup>

Além daquelas mencionadas na ementa transcrita, outras leis compõem o microssistema: Estatuto da Cidade (Lei nº10.257/01); Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº6.938/81); Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei nº9.985/2000); Política Nacional da Pessoa com Deficiência (Lei nº7.853/89); Direito das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais (Lei nº10.216/01), dentre outras.

Partindo dessas necessárias ponderações, passamos ao desenvolvimento, no tópico seguinte, das diretrizes fundamentais do processo, apontando as características que norteiam sua relação de funcionalidade.

### **5.1 Diretrizes fundamentais do processo e características da funcionalidade**

O microssistema coletivo pode ser explicado, nos dias atuais, como um fenômeno em progresso, mas que ainda não permite antever um termo conclusivo.

<sup>111</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Rel.Luiz Fux, Resp 1085218, v.u.,DJE 06/11/2009.

De acordo com Michele Taruffo<sup>112</sup>, há três tipos fundamentais de modelos processuais: “a) modelos estruturais; b) modelos funcionais; c) modelos supranacionais”.

Ainda em consonância com o autor, é possível identificar quatro aspectos fundamentais da estrutura do processo:

Os modelos que podemos definir como estruturais, são, em alguma medida, muito próximos aos costumeiros modelos descritivos, ressalvado que se apoiam sobre características de “estrutura” do procedimento ao invés de sobre esse ou aquele aspecto de disciplinas processuais nacionais ou de ordenamentos pertencentes a específicas áreas geográficas ou culturais. O problema fundamental está em definir o que se entende por estrutura de um processo, o que reenvia à determinação daqueles aspectos que se consideram fundamentais à base de qualquer esquema cultural, isto é, segundo juízos de valor em função dos quais se estabelece o que é importante e o que não é. Um esquema cultural que pode ser identificado sobre o fundo (ou à base) das recentes transformações dos principais sistemas processuais leva à individualização de quatro aspectos da estrutura do processo que podem ser considerados fundamentais: i) a atuação das garantias fundamentais previstas nas várias Constituições ou cartas de direitos e inclusive reconhecidas em nível nacional e internacional (como no art. 6º da Declaração Europeia dos Direitos do Homem ou no art.47 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais), com especial referência à regra *audi et alteram partem* e à independência e imparcialidade do juiz; II) a deformalização e a simplificação da disciplina do processo; III) a atribuição ao juiz de funções e responsabilidades “gerenciais”(managerial) na direção do procedimento; IV) a adoção de um esquema procedimental de duas fases, uma destinada à preparação (e eventual resolução antecipada) da causa e outra destinada à produção das provas e à decisão<sup>113</sup>.

O microssistema coletivo alberga, a nosso ver, essa estrutura fundamental do processo, haja vista que guarda como finalidade o amparo às garantias fundamentais, a teor do que estabelece, por exemplo, o art.1º, I a VI, da Lei nº7.347/85, com a adoção de técnicas diferenciadas para a simplificação do processo (por exemplo, com a incidência do regime de tutela de urgência, conforme os arts.4º ou 12 da Lei nº7.347/85, ou aplicação do disposto no art. 6º, VIII, da Lei nº8.078/90) e perfil procedimental delineado em duas fases (tutela de urgência e fase destinada à produção de provas e decisão judicial). Ao magistrado cabe exercer as funções de direção (conforme art.125, I a IV, do

<sup>112</sup> TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.31.

<sup>113</sup> TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.32.

Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao microsistema coletivo).

Além disso, a inédita estrutura normativa antes referida, com canais de comunicação explícitos no direito posto (art.21 da Lei da Ação Civil Pública e art.90 do Código de Defesa do Consumidor), claramente adota a instrumentalidade para a conquista do resultado útil do processo, tanto no plano cautelar como no executivo.

Trata-se, pois, de um modelo funcional, cujas características são apontadas por Michele Taruffo:

b) Os modelos que podemos definir como funcionais concernem essencialmente à instrumentalidade do processo como meio para conseguir os resultados para os quais a justiça civil está orientada. Não é o caso de empenhar-se agora na definição dessas finalidades, o que remeteria à complexa discussão atinente aos escopos institucionais do processo. Pode-se razoavelmente supor que essas finalidades atendem, contudo, à resolução de controvérsias segundo critérios de justiça. Partindo-se dessa premissa podem ser indicadas as principais características que o processo deve ter para ser funcional à obtenção desses objetivos: I) efetividade da tutela jurisdicional (com especial referência ao acesso às cortes, à tutela cautelar e à tutela executiva); II) rapidez na resolução das controvérsias (também e sobretudo antes da conclusão do processo), pela óbvia razão que *justice delayed is justice denied*; III) adequação específica do procedimento concernente às finalidades de tutela das várias situações jurídicas (eventualmente também se alçando mão de procedimentos diferenciados), porque uma tutela inadequada em relação às concretas finalidades para as quais essa é requerida por quem dela precisa equivale, ainda uma vez mais, à negação de qualquer proteção judicial dos direitos<sup>114</sup>.

Muitos são os dispositivos do microsistema que revelam essas características funcionais.

Deveras, o microsistema jurídico dispôs sobre mecanismos diferenciados para a realização do direito material, buscando a efetividade em sentido lato, para a entrega do bem da vida pretendido.

A conquista desse objetivo, na fase de conhecimento, firma-se, por exemplo, com a prolação de um provimento cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela ou, ainda, com a inversão do ônus da prova; no plano executivo, com a adoção de procedimentos diferenciados e adequados à

---

<sup>114</sup> TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.32.

obtenção do resultado útil e específico, a teor do art.84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor.

Destacamos, ainda, a coisa julgada no âmbito do processo coletivo e a existência da limitação do processo cognitivo nas ações coletivas, temas a seguir esmiuçados, como diretrizes do regime de tutela jurisdicional diferenciada, que servem ao propósito de proteger amplamente o direito metaindividual.

## 5.2 Da coisa julgada coletiva e da limitação da cognição

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

Conquista-se, assim, a estabilidade das relações sociais, com a perpetuação dos efeitos da *res iudicata* (autoridade e vinculação do julgado) no tempo. A respeito da coisa julgada, apresentamos as considerações de Enrico Tullio Liebman:

6 – A distinção entre coisa julgada formal e material, reestruturada por LIEBMAN no nº19 com vistas aos conceitos de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, é acolhida unanimemente na doutrina brasileira contemporânea, que costuma equiparar a coisa julgada formal à preclusão, falando em “preclusão máxima” quando se trata de sentença definitiva. Alguns autores têm até propugnado a supressão do termo “coisa julgada formal”, substituída que ficaria pela preclusão. Na verdade, porém, coisa julgada formal e preclusão são dois fenômenos diversos, na perspectiva da decisão irrecorrível. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente.

Afirma-se, ainda, que só a sentença de mérito é apta a revestir-se de imutabilidade dentro e fora do processo (coisa julgada formal e coisa julgada material); as demais decisões exaurem sua imutabilidade no âmbito interno do processo, revestindo-se, apenas, pela preclusão, da coisa julgada formal. Elucidativo, nesse ponto, o art. 474 do Código Processual vigente que, ao tratar do julgamento implícito das questões não discutidas, tradicionalmente reservado ao campo da coisa julgada material – reporta-se expressamente à sentença de mérito. Trata-se da chamada eficácia preclusiva da coisa julgada<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Atualizado por: Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.68.

Dando destaque à doutrina nacional, transcrevemos o entendimento de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira sobre o instituto:

## 2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial.

Mas essa imutabilidade pode restringir-se aos limites do processo em que a decisão foi proferida ou projetar-se para além deles. Daí decorre a diferença essencial entre a coisa julgada formal e material.

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. [...]

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual<sup>116</sup>.

Já o art.103 do Código de Defesa do Consumidor trata especificamente da coisa julgada nas ações coletivas:

Art.103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art.81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art.81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art.81.

§1º– Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§2º – Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§3º – Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art.16, combinado com o art.13 da Lei n.7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e execução, nos termos dos arts.96 a 99.

<sup>116</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7.ed. v.2. Salvador: JusPODIVM, 2012, p.418-419.

§4º – Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Nota-se que, no âmbito do processo coletivo, a coisa julgada é colhida por características bem específicas, *erga omnes* ou *ultra partes*.

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

Se o direito for coletivo (art.81, parágrafo único, II), o julgado produzirá *res iudicata ultra partes* (art.103, II, do CDC), limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas.

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

Esse regime especial tem como pressuposto assegurar a extensão subjetiva do julgado na hipótese de acolhimento do pedido, visto que o bem tutelado pertence a uma coletividade. Daí a expressão *secundum eventum litis*. A propósito, transcrevemos a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ART.5º, LXX, "B". SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DA CATEGORIA.

1. A extensão subjetiva do julgado coletivo *secundum eventus litis*, acarretando a coisa julgada apenas no caso de decisão coletiva com resultado favorável da ação (extensão subjetiva da coisa julgada *in utilibus*).

2. No caso presente, considerando que decisão proferida na ação coletiva foi desfavorável ao autor coletivo, não há como acolher-se a alegada formação de coisa julgada.

3. A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva é extraordinária, ocorrendo em tal caso substituição processual, diferentemente do inciso XXI, do art.5º, da CF que exige autorização expressa, vez que contempla hipótese de representação.

4. Preliminar rejeitada.

5. Sendo o aumento de 28,86%, estabelecido pela Lei nº8.627/93, autorizado em decorrência do aumento geral para os servidores públicos civis e militares, concedido pela Lei nº8.622/93, não há como, mesmo à vista do disposto no art.4º deste diploma legal, negar-se a amplitude do benefício concedido pela Lei nº8.627/93, de modo a, ferindo-se o princípio constitucional da isonomia, excluir-se de seus efeitos uma categoria de servidores.

6. Tendo a ação por objeto imediato e mediato a condenação, bem como tendo sido de condenação o bem obtido na decisão singular, não há como negar-se a fixação das verbas honorárias, conforme art. 20, §3º, do CPC. 7. Os honorários advocatícios devem ser fixados em valores reduzidos, tratando-se de matéria pacificada, não devendo-

se, importar, em tal arbitramento, em aviltamento do labor profissional. Art.20, §4º, do CPC. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.<sup>117</sup>

Logo, dependendo do resultado da causa, ocorrerá ou não a *res iudicata*. No sentido exposto, importantes as observações de Ada Pellegrini Grinover:

##### 5. A coisa julgada *secundum eventum litis*

A reestruturação dos esquemas processuais, indispensável à tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, passa pela revisão das posições clássicas contrárias à coisa julgada *secundum eventum litis*: aliás, já Allorio observava que o princípio não merecia as críticas que lhe eram movidas, embora reconhecesse que as exceções à proibição deviam resultar de lei; mais recentemente, G. Pugliese preconizou que a extensão do julgado *secundum eventum* fosse tomada em séria consideração. É esta também a posição de Carpi. Não se desconhecem os argumentos que ainda se levantam contra a coisa julgada *secundum eventum litis*, quando a extensão subjetiva do julgado só for utilizada para os casos de acolhimento da demanda. Vigoriti e Luiso observaram que a não oponibilidade do julgado negativo frustraria a necessidade de uniformização das decisões nas ações coletivas, além de impor um desequilíbrio às partes e um excessivo ônus ao réu, obrigado a repetir sua defesa, sem poder opor a eficácia de um julgado a ele favorável. [...]

Mas é possível responder a essas críticas.

Em primeiro lugar, note-se que o contraditório não é sacrificado pela técnica do julgado *secundum eventum*, uma vez que o demandado na ação coletiva integrou a relação processual, sendo até de se supor que pela magnitude da lide tenha concentrado todos os seus esforços no exercício de defesa; pelo contrário, na técnica da pura e simples extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, o mesmo não se pode dizer em relação aos que em juízo tenham porventura sido inadequadamente representados. Por outro lado, parece claro que demandas sucessivas, a título individual, só teriam chance de êxito em casos excepcionais, que são justamente aqueles que levam a propugnar a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Quanto ao desequilíbrio entre as partes, que se caracterizaria em termos de chances diversas, note-se que o prejuízo é mais teórico do que prático, uma vez que o réu da ação coletiva entra no processo sabendo que, se ganhar, só ganhará com relação ao autor coletivo mas, se perder, perderá em relação a todos. [...]

Passando à segunda crítica, relativa ao risco de coisas julgadas contraditórias, deve-se dizer que a solução do Código evita os inconvenientes apontados, porquanto, em caso de derrota do autor coletivo, reserva a via às demandas posteriores somente a pessoas físicas, em caráter individual. A demanda não poderá ser repetida a título coletivo, e a coisa julgada que se formar nas ações individuais terá seus efeitos normalmente restrito às partes. Ademais, no eventual conflito de coisas julgadas que se formar entre a decisão favorável da demanda coletiva e a desfavorável, no processo individual, o art.104 resolve expressamente o problema, pela

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 5, Segunda Turma. Des.Fed. Petrucio Ferreira, Apelação Cível 9805346919, v.u, DJ 11/12/1998.

exclusão do demandante individual, que não requereu a suspensão do seu processo, da coisa julgada coletiva<sup>118</sup>.

Com palavras outras, para os direitos difusos e coletivos, o julgamento favorável abrangerá a coletividade. Havendo improcedência por insuficiência de provas, haverá a formação da coisa julgada, mas poderá ser proposta outra demanda, com idêntico fundamento, baseada em nova prova, sem prejuízo da propositura das ações individuais.

No caso de o pedido não ser acolhido por razão diversa da insuficiência de provas, ocorrerá formação da coisa julgada formal e material e nova ação coletiva não poderá ser proposta. Contudo, não fica impedido o ajuizamento de demandas individuais, conforme revela o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. AFASTAMENTO PARA PÓS-GRADUAÇÃO EM NÍVEL DE PÓS-DOCTORADO. TEMPO DE SERVIÇO. FÉRIAS E GRATIFICAÇÃO NATALINA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DENEGAÇÃO. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste coisa julgada em razão de julgamento desfavorável em mandado de segurança coletivo, eis que a tutela coletiva é formada *in utilibus*, ou seja, tão somente em benefício do indivíduo integrante da categoria, mas não em seu desfavor. Aplicação do §1º do art.103 do Código do Consumidor.

2. A Lei nº12.016/2009 não é incompatível com a sistemática acima noticiada e deliberou o Superior Tribunal de Justiça que o mandado de segurança coletivo, embora mantendo objeto constitucional e sumariiedade de rito próprios do mandado de segurança individual, tem características de ação coletiva, a significar que a sentença nele proferida é de caráter genérico, não comportando exame de situações particulares dos substituídos e nem operando, em relação a eles, os efeitos da coisa julgada, salvo em caso de procedência.

[...]

10. Apelação e remessa necessária conhecidas e parcialmente providas.<sup>119</sup>

Em outro plano, haverá apenas a formação de coisa julgada formal se a demanda for extinta sem resolução do mérito, com amparo no art.267 do Código de Processo Civil, podendo nova ação ser proposta, salvo se a extinção for firmada, por exemplo, com o reconhecimento de ilegitimidade

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.179-181.

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 2, Sétima Turma. Rel. Des. Fed. José Neiva. Apelação/reexame necessário 200850010003739, v.u, E-DJF2R, 23/06/2011.

(condição da ação, conforme art.267, VI, do CPC), hipótese em que a mesma parte não poderá promover idêntica demanda.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, o julgamento de procedência do pedido implica concretizar coisa julgada formal e material, beneficiando todos os indivíduos. Se o pleito não for acolhido, haverá formação de coisa julgada material e formal; entretanto, isso não impedirá a propositura de ações individuais, desde que os indivíduos não tenham integrado a lide coletiva.

Esse é o perfil da coisa julgada nas ações coletivas. É evidente a singularidade desse instituto no âmbito coletivo, permeado por normas especiais.

A construção da coisa julgada coletiva, conforme posto no Código de Defesa do Consumidor, guarda assento na própria natureza do direito material que se pretende albergar.

Deveras, se a natureza do direito, difuso ou coletivo, é indivisível, não há espaço para provimento jurisdicional de cunho singular, particularizado.

Diante disso, a amplitude da coisa julgada coletiva assegura à coletividade o resultado prático do processo, com a entrega do bem da vida pretendido naquela determinada demanda.

Logo, o movimento cognitivo do magistrado na ação coletiva não considera a situação de fato deste ou daquele jurisdicionado, de modo específico. Isto porque a entrega jurisdicional, *in casu*, como reclama o direito material, tem como destino o coletivo, e não o individual.

Aqui, relevante destacar que a cognição do magistrado, no que toca à apreciação do pleito de natureza difusa ou coletiva, é plena e exauriente, conforme entendimento de Kazuo Watanabe, já esmiuçado nesta dissertação.

Não obstante, no âmbito da ação coletiva (com pleito de natureza difusa e coletiva), as questões particulares, individualizadas, não são resolvidas pelo juiz.

Essa limitação de cognição foi construída para albergar exclusivamente aquele feixe do direito que a todos é comum, de modo a propiciar a efetividade e a celeridade.

No sentido exposto, trazemos as considerações de José Roberto dos Santos Bedaque:

Aliás, o processo coletivo, destinado à solução dos conflitos de massa, pressupõe, obviamente, direito da mesma natureza. A conscientização pelos estudiosos da existência de direitos metaindividuais é que fez surgir a necessidade de uma tutela jurisdicional coletiva, isto é, de providências jurisdicionais capazes de solucionar conflitos envolvendo interesses de grupos.

A sentença proferida no processo coletivo tem características próprias, pois não individualiza a regra jurídica do caso concreto, como ocorre nos casos de direitos subjetivos individuais. Ela se situa entre a generalidade da lei e a sentença que declara o direito de alguém. Nos casos de tutela coletiva, a individualização de eventuais direitos requer outra atividade jurisdicional (v, CDC, arts. 97 e ss.)<sup>120</sup>.

Trata-se de uma limitação imposta pelo próprio microssistema, de ordem sistêmica, para assegurar o acesso efetivo à justiça metaindividual, além do plano meramente formal, com observância do art.5º, XXXV, da Carta de 1988, conforme esclarece Ricardo de Barros Leonel:

É adequado, assim, enxergar no art.5º, XXXV, da CF/1988 diversas perspectivas: (a) o dispositivo assegura o direito constitucional de ação (independentemente da teoria adotada para sua conceituação), por permitir o acesso ao Poder Judiciário, através da demanda (ato do demandante), formalmente deduzida (petição inicial), que será apreciada pelo Estado-juiz; b) assegura também o resultado formal do acesso à Justiça, ou seja, o pronunciamento a respeito do litígio deduzido em juízo, sua composição (acertamento = plano jurídico ou formal); e (c) deve assegurar o resultado prático do processo, ou seja, a efetiva preservação do direito material, e do bem da vida pretendido pelo litigante vencedor (plano concreto ou substancial).

Embora todas as perspectivas acima indicadas sejam indispensáveis, a mais importante é aquela que se encontra no plano concreto ou substancial, pois ali se localiza o problema da efetividade da tutela jurisdicional e do processo<sup>121</sup>.

A limitação cognitiva, no entanto, é mais evidente quando o exame recai sobre a figura do transporte *in utilibus*, no que toca à liquidação do julgado nas ações coletivas.

Para bem compreendermos a questão, oportuno o registro da doutrina de Nelson Nery Junior, ao formular que “da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais”<sup>122</sup>, conforme o seguinte exemplo:

<sup>120</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo, influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.50.

<sup>121</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2010, p.16.

<sup>122</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.225.

O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).<sup>123</sup>

Da afirmação de que um mesmo fato pode originar pretensões de natureza diversa decorre a importância do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, previsto no §3º do art.103 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme o art.103, §3º do CDC, o indivíduo pode pleitear indenização para o ressarcimento de prejuízo sofrido individualmente, aproveitando o reconhecimento da existência do dano na ação coletiva.

Acerca do tema, acrescenta Patricia Miranda Pizzol:

Se, contudo, for postulado pedido genérico, sendo proferida sentença genérica (ilíquida), a liquidação poderá ser coletiva (regra) e/ou individual. A liquidação individual é cabível, na hipótese, em razão da possibilidade do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, conforme previsto expressamente no §3º do art.103 do CDC, que permite aos indivíduos a propositura de liquidações individuais com vista ao ressarcimento do dano individualmente sofrido em razão do mesmo fato gerador do dano difuso ou coletivo.<sup>124</sup>

Ainda no que toca ao transporte *in utilibus*, relevantes as considerações de Ada Pellegrini Grinover:

COISA JULGADA DA LEI Nº7.347/85 TRANSPORTADA, *IN UTILIBUS*, ÀS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PESSOALMENTE SOFRIDOS – O §3º do art.103 inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada: inspirado no princípio de economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença

<sup>123</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.225-226.

<sup>124</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.183.

proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos.<sup>125</sup>

Adiante, suscitando duas hipóteses, a autora esclarece como o transporte *in utilibus* pode ocorrer, ponderando que o aproveitamento da coisa julgada coletiva deve ter gênese na lei:

Isso quer dizer que duas hipóteses podem ocorrer:

a) A ação civil pública é julgada improcedente. Os terceiros, titulares de pretensões indenizatórias a título de ressarcimento de danos pessoalmente sofridos, são imunes à coisa julgada, podendo ajuizar suas próprias ações reparatórias. Nenhuma novidade traz a primeira parte do §3º do art.103, pois realmente as ações são diversas, não só com relação às partes, como também pelo objeto.

b) A ação civil pública é julgada procedente. Pelas regras clássicas sobre a coisa julgada, não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública às demandas individuais: não só por se tratar de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei. Todavia, por economia processual, o Código prevê o aproveitamento da coisa julgada favorável oriunda da ação civil pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por elas beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação e execução da sentença, nos termos do disposto nos arts.97 a 100 do Código. Ocorre aqui, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente como ocorre na reparação do dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal.<sup>126</sup>

Com o aproveitamento da coisa julgada coletiva, aquele que sofreu a lesão individual não precisará comprovar o “fato gerador do dano”, expressão construída por Patricia Miranda Pizzol.<sup>127</sup>

Vejamos outro exemplo, trazido por Ada Pellegrini Grinover:

Se, por exemplo, a ação civil pública que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada procedente, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.204.

<sup>126</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.204-205.

<sup>127</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.183.

coletiva, nos termos do art.97 do Código (v. comentário nº1 ao art.97).<sup>128</sup>

Aí reside, numa de suas formas, a limitação cognitiva, com o transporte útil, para a liquidação individual, da comprovação do dano firmada na ação coletiva.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, esse fenômeno, relativo ao transporte *in utilibus*, não é novo,

encontrando precedente, no nosso ordenamento, quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do art.91, I, do CP, a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts.63, CPP, e 475-N, II, CPC).<sup>129</sup>

Em outro plano, conforme Patricia Miranda Pizzol, caso a ação com feição coletiva tenha como objeto direito individual homogêneo,

a liquidação será sempre necessária e deverá ser realizada sob a modalidade de artigos, conforme veremos a seguir. Nesse caso, a liquidação poderá ser:

- a) coletiva, se promovida por um dos entes legitimados do art.82 do CDC, na hipótese do art.100 do mesmo diploma legal, hipótese em que os recursos obtidos posteriormente, com a execução coletiva, serão revertidos ao Fundo da LACP;
- b) individual, se promovida por cada um dos indivíduos que sofreram o dano, individualmente ou em litisconsórcio, ou, ainda, quando promovida por um ente coletivo, na qualidade de representante (legitimado extraordinário) dos indivíduos<sup>130</sup>.

É o que estabelece o art.97 do Código de Defesa do Consumidor ao dispor que “a liquidação e a execução da sentença”, no que toca às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, “poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art.82”.

Não se trata de legitimidade concorrente, “pois as vítimas têm preferência com relação aos demais legitimados na propositura das liquidações”.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.205.

<sup>129</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.205.

<sup>130</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.183-184.

<sup>131</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.184.

Nas liquidações individuais, as vítimas ou sucessores demonstrarão a existência do nexo de causalidade entre o dano suportado e o prejuízo sofrido, sem a necessidade de comprovar, na liquidação, a ocorrência da lesão objeto da ação com perfil coletivo.

Sobre o transporte da coisa julgada para beneficiar as pretensões individuais, Ada Pellegrini Grinover declara:

4.2.10 O aproveitamento da coisa julgada coletiva para beneficiar as pretensões individuais.

A coisa julgada que cobre a sentença favorável proferida em um processo coletivo pode ser transportada para as pretensões individuais, encurtando o caminho processual pelo qual se pretenda fazer valerem os direitos individuais.

Isso não vale apenas quanto à sentença favorável que decidiu a respeito dos direitos individuais homogêneos – aliás, nesse caso, o transporte da coisa julgada constitui quase um truísmo –, mas também em relação à sentença que julgou favoravelmente a controvérsia sobre direitos difusos e coletivos.

Exemplificando: se a sentença reconheceu a existência de dano ambiental, indivisivelmente considerado, e condenou o demandado à sua reconstituição, as pessoas físicas, individualmente prejudicadas pelo mesmo dano, podem servir-se da coisa julgada coletiva para encurtar o caminho processual voltado à indenização pelos danos pessoalmente sofridos. [...] <sup>132</sup>

A partir dessas ponderações, verifica-se que o microsistema foi concebido como modelo de tutela jurisdicional diferenciada.

É a projeção da tutela obtida na ação coletiva, para beneficiar as pretensões individuais, com a abreviação incontestável do trâmite processual indenizatório, haja vista que a ocorrência do dano foi comprovada na ação que resguardou o direito metaindividual.

Acerca do tema, transcrevemos a ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA NÃO EMBARGADA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº2.180-35, de 24/08/01. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE. VALOR MENSAL ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS.

1. O art.4º, da MP nº2.180-35, de 24/08/2001, determina: “A Lei nº9.494, de 10.09.97, passa a vigorar acrescida dos seguintes

<sup>132</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.57.

artigos: 'Art.1º D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.'

2. Tratando-se de execução individual advinda de ação coletiva, em razão da necessidade de o contribuinte ingressar em juízo por intermédio de procurador legalmente constituído, para o fim de executar o julgado, não ressoa justo que o profissional habilitado não receba remuneração pelo trabalho desenvolvido, mesmo que não tenha participado do processo cognitivo.

3. A ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. A regra do art. 1º D da Lei nº9.494/97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva (AgResp 489.348, Rel. Min. Teori Zavazcki).

4. [...]

5. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte sob o enfoque processual, mas figura como titular da relação de direito material tutelada.

6. A extensão dos limites da coisa julgada faculta a outrem utilizar (*in utilibus*) da condenação genérica oriunda da demanda coletiva para pugnar a satisfação ou reparação de seu direito individual, evitando a proliferação de ações condenatórias individuais e homenageando o princípio da economia processual e da efetividade do processo.

7. [...]

8. Recurso Especial desprovido (CPC, art. 557, *caput*)<sup>133</sup>

Com palavras outras, a tutela conquistada no âmbito coletivo, diferenciada, reflete na demanda (liquidação) individual, com a abreviação do *iter* processual.

Trata-se da repercussão do microsistema, evitando-se a proliferação de demandas com o propósito de comprovar a existência do dano, outrora objeto da ação coletiva.

Percebe-se, portanto, a projeção da tutela jurisdicional diferenciada para além dos limites concebidos e delineados no processo coletivo.

Em resumo, o microsistema coletivo é modelo de tutela jurisdicional diferenciada; tem como propósito a efetividade e a celeridade, além de albergar o mecanismo da limitação cognitiva.

Posteriormente exemplificaremos alguns instrumentos postos na legislação de regência, que esclarecem o regime de tutela diferenciada, para a

<sup>133</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial 200400411259, Rel. Min. Luiz Fux, v.u, DJ 14/11/2005.

salvaguarda do direito metaindividual e, conseqüentemente, de eventuais liquidações individuais.

Esse regime inovador, alicerçado pouco a pouco, deve ser prestigiado pela doutrina e jurisprudência, devendo qualquer ameaça de desconstrução ser expungida do sistema.

Daí a inconstitucionalidade do art.16 da Lei nº7.347/85, que impede o amplo acesso à jurisdição e efetividade da justiça, conforme será esmiuçado no tópico seguinte desta dissertação.

### **5.3 Da inconstitucionalidade do art.16 da Lei nº7.347/85**

A especificidade do mecanismo da coisa julgada no processo coletivo não condiz com a possibilidade de vinculação do resultado da demanda “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

Assim, a redação original do art.16 da Lei da Ação Civil Pública:

Art.16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O dispositivo, no entanto, foi alterado pela Lei nº9.494, de 10.9.1997, restringindo, indevidamente, a eficácia do julgado “nos limites da competência territorial do órgão prolator”:

Art.16. 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 prova nova.

Diversas são as razões para desprestigiar a vinculação da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator do julgado.

O bem tutelado pela ação coletiva não pertence aos legitimados do art.82 do Código de Defesa do Consumidor, mas à coletividade, expressão que não se compatibiliza com o ideário de limitação territorial.

Da mesma forma, a natureza dos direitos difusos e coletivos, respectivamente, indetermináveis e determináveis quanto aos titulares (plano

subjetivo), e indivisíveis no que concerne ao objeto (plano objetivo), não se harmoniza com o conteúdo restritivo de específica área territorial (a do órgão prolator).

Acerca da indivisibilidade da tutela coletiva, defendem Bruno

Freire e Silva:

#### 4.1 Indivisibilidade da Tutela Coletiva

A primeira crítica que se pode constatar na doutrina referente à tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada nas demandas coletivas é que ela não se coaduna com a natureza dos interesses tutelados na ação civil pública.

Os interesses difusos e coletivos, por sua natureza são indivisíveis e, qualquer tentativa do legislador de limitar essas condições é, além de ilegítima, impossível. Por serem direitos indivisíveis, não há como a sentença ser de conteúdo restrito a certa área territorial, pois a decisão afeta o direito como um todo.

A doutrina é unânime em afirmar que a restrição trazida pela Lei nº9.497/97 não tem qualquer eficácia, sendo na verdade impossível atender ao seu comando, seja no plano lógico, seja no fático e concreto. A alteração normativa não tem o condão de alterar a natureza intrínseca das coisas, interesses e direitos. E, nesse sentido, traz inúmeros exemplos que corroboram essa afirmação.

[...]

Imaginem um derramamento de óleo em Santos, no Estado de São Paulo, espalhando resíduos por todo o litoral. A persistir o entendimento literal da lei, seria necessário o ajuizamento de uma nova ação em cada município litorâneo que esse óleo atingisse, procedimento incompatível com o sistema protetivo da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, até mesmo a possibilidade de sentenças conflitantes.

[...]

A indivisibilidade da tutela coletiva, portanto, diante de todos esses exemplos expostos pela doutrina, é algo que não se pode ignorar quando se critica a tentativa de limitação territorial dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada<sup>134</sup>.

Conforme salientado, a amplitude da coisa julgada coletiva deve assegurar à coletividade o resultado prático do processo.

Logo, nenhuma restrição territorial pode ser imposta, haja vista que isso representa, no plano factual, a limitação da conquista do próprio direito, o que não se coaduna com o perfil da tutela coletiva.

Vale dizer, se o microssistema coletivo é exemplo de tutela jurisdicional diferenciada, que se põe a serviço da efetividade e celeridade, não se justifica a edição de dispositivo legal, *in casu*, o art.16 da Lei nº7.347/85,

<sup>134</sup> FREIRE E SILVA, Bruno. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: (Coord.) MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.338-339.

com dicção que impede, para além do limite territorial do órgão julgador, a projeção do direito transindividual reconhecido.

Além de ferir claramente a natureza dos direitos metaindividuais, a observância da novel redação do art.16 da Lei da Ação Civil Pública implica indevida pulverização de julgados e risco evidente de prolação de decisões conflitantes.

Acerca dessa situação de perigo, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que o sistema jurídico foi idealizado para propiciar a segurança jurídica ao jurisdicionado:

Vimos que o nosso sistema foi concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança para o jurisdicionado, evitando surpresas e arbitrariedade. O juiz decide, grosso modo, de acordo com a lei (= de acordo com regras conhecidas) e, se a lei comporta infinitas formas de interpretação, consubstanciando-se, cada uma delas, em pautas de conduta diferentes para os indivíduos, o próprio sentido e razão de ser do princípio da legalidade ficam comprometidos.

Então, a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão, qual vai ser aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados.

[...] O que é isso se não a *predictability*? Os sistemas devem fornecer elementos para que se tenha previsibilidade e para que se possa nele confiar. Os ingleses e anglo-saxões em geral adquirem esta previsibilidade pelo respeito aos precedentes.

[...] No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas.

[...] O fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores, na verdade, impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Judiciário<sup>135</sup>.

A multiplicação de demandas coletivas não encontra resguardo na sistemática da segurança jurídica e tampouco serve à uniformização do entendimento jurisprudencial.

O microssistema foi concebido para possibilitar o acesso à justiça, com celeridade e efetividade, assegurando a obtenção do resultado prático do processo, com a preservação do direito material.

<sup>135</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.32-33; 36.

A limitação territorial imposta pelo art.16 da Lei nº7.347/85 arrefece a harmonia do sistema jurídico, desprestigiando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Segundo a doutrina de Marinoni, o direito à adequada tutela jurisdicional é consectário do princípio da inafastabilidade da jurisdição:

O princípio da inafastabilidade, ou da proteção judiciária, previsto no art.5º, XXXV, da Constituição da República, consagra, a nível constitucional, o direito à adequada tutela jurisdicional.

Como escreve Kazuo Watanabe, do princípio da inafastabilidade “têm sido extraídas a garantia do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários”. De acordo com o ilustre processualista, “tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura “uma tutela qualificada contra qualquer ordem de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais”, sendo que “essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes”<sup>136</sup>.

Não basta, pois, o mero exercício do contraditório e da ampla defesa para o alcance da proteção judicial, insculpida no art.5º, XXXV da Carta Política.

A Constituição de 1988 e o microssistema da tutela coletiva propõem a adequação da tutela jurisdicional para a realização (concretude) do direito material protegido pela norma posta. Assim, a própria estrutura normativa, no plano constitucional ou infraconstitucional, criou as condições necessárias para a entrega da tutela jurisdicional, no tempo e modo devidos, a todos os envolvidos pela circunstância fática controversa.

Todos, portanto, são destinatários daquele provimento jurisdicional editado sob a égide do microssistema.

Se o direito transcende a figura do indivíduo, abrangendo número indeterminado de pessoas, não pode uma norma, posta em único artigo, estabelecer a orfandade jurisdicional àquele que, meio metro aqui ou acolá, se distancia do limite territorial do órgão julgador. Afinal, a justiça não se realiza

---

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992, p.90.

pela metrologia. A tutela coletiva deve ter como destinatária a coletividade, em sua inteireza.

A paridade de tratamento é a única fórmula que guarda consonância com a harmonia do sistema. Neste contexto, não se justificam dispositivos que se propõem ao fracionamento fictício do que é coletivo.

Dessa forma, a proposta de quebra veiculada pelo art.16 da Lei nº7.347/85 rompe com os princípios da legalidade e da igualdade.

Se o próprio microssistema coletivo estabelece a diretriz para que todos sejam albergados pela mesma decisão, a exposição da tutela jurisdicional à fragmentação representa uma cisão indevida da segurança jurídica.

No caso dos direitos metaindividuais, o microssistema fornece todos os elementos para que a proteção coletiva se faça num único movimento.

No âmbito coletivo, as normas de regência não se coadunam com a distribuição fragmentada, distante da celeridade e efetividade.

Essa indevida fragmentação importa desnaturar a solidez da estrutura do microssistema coletivo, modelo de tutela jurisdicional diferenciada, com rompimento da garantia constitucional do juiz natural.

Se a pretensão é coletiva, o acesso à jurisdição deve ser coletivo e a resposta jurisdicional não pode ser fragmentada, conforme analisa o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses coletivos não é somente o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos em uma mesma relação jurídica, mas também por a ordem jurídica reconhecer a necessidade de que o seu acesso ao Judiciário seja feito de forma coletiva. Isso porque o processo coletivo deve ser exercido de uma só vez, em proveito de todo grupo lesado, evitando, assim, a proliferação de ações com o mesmo objetivo e a prolação de diferentes decisões sobre o mesmo conflito, o que conduz a uma solução mais eficaz para a lide coletiva<sup>137</sup>.

De outra parte, relevante destacarmos que a nova redação do art.16 da Lei nº7.347/85 imiscuiu, no mesmo contexto de expressão e de forma indevida, os conceitos de competência e de limites subjetivos da coisa julgada.

---

<sup>137</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Conflito de Competência 109.435, Rel.Napoleão Nunes Maia Filho. DJE 15/12/2010.

Com outro dizer, a extensão da coisa julgada deve guardar correlação com o pedido formulado. A propósito da sua abrangência, Ada Pellegrini Grinover pondera<sup>138</sup>:

Mas há mais: o indigitado dispositivo da medida provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ser limitado.

Assim, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada não guarda equivalência com as regras de competência dos órgãos jurisdicionais.

Daí a impropriedade técnica do art.16 da Lei nº7.347/85, conforme exposto pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho<sup>139</sup>, no julgamento do Conflito de Competência nº109.435:

8. Entretanto, com a admissão desse entendimento, seria forçoso reconhecer que tal inovação teve a intenção de atenuar a eficácia prática da resolução judicial dos conflitos de massa julgados em sede de Ação Civil Pública. Bem por isso, teve a desaprovação da doutrina, que argumenta que o legislador, ao criar limites territoriais à coisa julgada, desvirtuou toda ideologia das demandas coletivas, confundindo os limites subjetivos da coisa julgada com temas relacionados à jurisprudência e competência dos órgãos judiciais. Outra não é a lição do ilustre professor Luiz Guilherme Marinoni: A lei não pode, sob pretexto de estar tratando de competência territorial, excluir da abrangência da coisa julgada aqueles que por ela devem ser beneficiados. Ora, se o Direito, para fins de tutela jurisdicional, é considerado indivisível, a tutela jurisdicional, e, por consequência, a coisa julgada material, atingirá a todos os seus titulares, não tendo a lei como dispor de forma diferente apenas porque o juiz que proferiu a decisão está situado em uma determinada localidade. É preciso ter em mente que a lei, ao prever a coisa julgada *erga omnes*, partiu da premissa de que a tutela dos direitos difusos, dentro da atual sociedade, é imprescindível para a realização do direito à adequada tutela jurisdicional. Assim, a referida norma, ao tentar limitar a abrangência da coisa julgada material, na verdade está negando aos titulares de direitos que devem ser tutelados na forma difusa o direito constitucional à adequada tutela jurisdicional. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2000, p.97).<sup>140</sup>

<sup>138</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.192-193.

<sup>139</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Conflito de Competência 109.435, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 15/12/2010.

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção. Conflito de Competência 109.435, Rel.Napoleão Nunes Maia Filho. DJE 15/12/2010.

Com amparo no exposto, concluímos que a redação do art.16 da Lei nº7.347/85 não é compatível com a Constituição Federal de 1988.

Isto porque, consoante salientado, a limitação da eficácia da coisa julgada coletiva (putativa limitação) restringe, indevidamente, o amplo e efetivo acesso à justiça (art.5º, XXXV, da Constituição), haja vista que impõe a necessidade de propositura de diversas demandas, em distintos locais, para a salvaguarda dos interesses dos jurisdicionados.

A par disso, a pulverização de ações arrefece o regime da isonomia, tomando em consideração a possibilidade de produção de decisões judiciais absolutamente distintas quanto ao pedido (idêntico) formulado nas diversas demandas coletivas.

A propósito, o entendimento de Patricia Miranda Pizzol acerca da evidente atecnia da norma:

d) a alteração viola vários princípios constitucionais, como os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou do acesso à justiça), da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade das leis.

Nelson Nery Junior sustenta a inconstitucionalidade: “A norma, na redação dada pela Lei nº9.497/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência [...], nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 caput.” Também Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal.” No que tange ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV, da CF), é importante frisar que a Constituição Federal assegura não apenas o acesso formal à justiça, mas principalmente o acesso efetivo à ordem jurídica justa. Assim, se os consumidores ou as vítimas do dano ambiental, por exemplo, precisam da tutela coletiva para a proteção dos seus direitos e ela é restringida, em função da limitação da coisa julgada, não se está permitindo o amplo acesso à justiça. Ainda, a defesa do consumidor e do meio ambiente são princípios da ordem econômica, conforme art.170 da CF. Além disso, a defesa do consumidor é garantia fundamental, prevista no art.5º, XXXII, da CF. Logo, a restrição às ações coletivas viola a Constituição Federal porque inviabiliza ou, ao menos, dificulta a tutela do consumidor, do meio ambiente e de outros direitos coletivos. A ação coletiva é instrumento mais efetivo para a proteção de tais direitos da coletividade. Quanto ao consumidor, vale lembrar que ele é vulnerável na relação de consumo, por força de lei (art.4º, I, do CDC), sendo-lhe assegurados: a efetiva prevenção e reparação de

danos materiais e morais (art.6º, VII, do CDC), a facilitação da defesa dos seus interesses em juízo (art.6º, VIII, do CDC) etc<sup>141</sup>.

Por todas as razões expostas, o art.16 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei nº9.494/97, é inconstitucional e ineficaz, devendo sua aplicação ser afastada pelo Poder Judiciário, de modo a preservar o acesso à jurisdição, conforme fez o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, nos autos do Conflito de Competência nº109.435-PR:

[...] no concernente às ações coletivas que visam proteger interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, como a presente, a mudança legislativa do art.16 é irrelevante. Isso porque, considerando-se que sua legitimidade ativa é do tipo ordinária, eventual limitação territorial não impede a execução do julgado, vez que tanto o autor quanto o réu estão sujeitos à autoridade da coisa julgada, não importa onde se encontrem<sup>142</sup>.

A propósito, a ementa do acórdão (Conflito de Competência nº109.435-PR):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POSTULANDO RESERVA DE VAGAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. CONCURSO DE ÂMBITO NACIONAL. DIREITO COLETIVO STRICTO SENSU. INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL PREVISTA NO ART.16 DA LEI Nº7.347/85. DIREITO INDIVISÍVEL. EFEITOS ESTENDIDOS À INTEGRALIDADE DA COLETIVIDADE ATINGIDA. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL PREVENTO PARA CONHECER DA INTEGRALIDADE DA CAUSA.

1. O direito a ser tutelado consubstancia interesse coletivo, a que se refere o inciso II do art.81 do CDC (reserva de vagas aos portadores de deficiência em concurso de âmbito nacional), já que pertence a uma categoria, grupo ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis e, sob o aspecto objetivo, é indivisível, vez que não comporta atribuição de sua parcela a cada um dos indivíduos que compõem aquela categoria. 2. O que caracteriza os interesses coletivos não é somente o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos em uma mesma relação jurídica, mas também por a ordem jurídica reconhecer a necessidade de que o seu acesso ao Judiciário seja feito de forma coletiva; o processo coletivo deve ser exercido de uma só vez, em proveito de todo o grupo lesado, evitando, assim, a proliferação de ações com o mesmo objetivo e a prolação de diferentes decisões sobre o mesmo conflito, o que conduz a uma solução mais eficaz para a lide coletiva. 3. A restrição territorial prevista no art.16 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) não opera efeitos no que diz respeito às ações coletivas que visam proteger interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*,

<sup>141</sup>PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: [www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf). Acesso em: 30 nov. 2013.

<sup>142</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Conflito de Competência 109.435, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 15/12/2010.

como no presente caso; nessas hipóteses, a extensão dos efeitos à toda categoria decorre naturalmente do efeito da sentença prolatada, vez que, por ser a legitimação do tipo ordinária, tanto o autor quanto o réu estão sujeitos à autoridade da coisa julgada, não importando onde se encontrem. 4. A cláusula erga omnes a que alude o art.16 da Lei nº7.347/85 apenas estende os efeitos da coisa julgada a quem não participou diretamente da relação processual; as partes originárias, ou seja, aqueles que já compuseram a relação processual, não são abrangidos pelo efeito erga omnes, mas sim pela imutabilidade decorrente da simples preclusão ou da própria coisa julgada, cujos limites já os abrangem direta e imediatamente. 5. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da 4ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, o suscitado, para conhecer da integralidade da causa, não havendo que se falar em desmembramento da ação.

No mesmo sentido, trazemos a ementa relativa ao julgamento do Recurso Especial 1243386, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.

3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art.8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente.

4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei nº9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócuo a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art.16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-

se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

6. O art.2º-A da Lei nº9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art.2-A, da Lei nº9.494/97, portanto, não se aplica.

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido<sup>143</sup>.

E, em julgado recente, proferido com a observância do regime estabelecido pelo art.543-C, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela amplitude da coisa julgada, conforme ementa abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C DO CPC SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação coletiva nº1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada – independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

2. Recurso especial não provido.<sup>144</sup>

<sup>143</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial 1243386. Rel. Nancy Andrighi, Julgamento 12/06/12, DJE 26/06/2012.

<sup>144</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.391.198-RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Julgamento 13/08/2014, DJE 02/09/2014.

Em movimento derradeiro, anotamos que o art.2º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 93, I e II, do Código de Defesa do Consumidor disciplinam a competência para o processamento e o julgamento das ações coletivas.

A interpretação sistemática desses dispositivos legais não arrefece o art.103 do CDC, que concerne, conforme salientado, ao perfil da coisa julgada no âmbito coletivo.

O art.2º da Lei da Ação Civil Pública estabelece que “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência para processar e julgar a causa”.

De outra parte, o art.93, I e II, do Código de Defesa do Consumidor prevê o que segue:

Art.93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Logo, se o dano é de âmbito local, a competência territorial é do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Neste caso, a decisão proferida em ação civil pública albergará todos aqueles afetados na localidade, com observância do art.103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Em outro plano, se o dano for de âmbito nacional ou regional, a ação deverá ser processada no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, ressalvada a competência da justiça federal. Nesta hipótese, também há produção de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o art.103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador, em face da inconstitucionalidade do art.16 da Lei nº7.347/85.

Assim, em qualquer das hipóteses, os efeitos do julgamento devem ser regulados inteiramente pelo art.103 do Código de Defesa do Consumidor.

É possível, pois, a interpretação sistemática dos artigos, afastando-se, apenas, a inconstitucionalidade do art.16 da Lei nº7.347/85.

Em conclusão, afirmamos que deve ser rechaçado o art.16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei nº9.494/97, haja vista que este comando normativo arrefece, no plano da atecnia, a proteção dos direitos metaindividuais, claramente albergada pelo microssistema das ações coletivas, em especial a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

No tópico seguinte, pontuaremos alguns instrumentos postos para a proteção dos direitos metaindividuais, com a finalidade de demonstrar o regime da tutela jurisdicional diferenciada no processo coletivo, visando à conquista da celeridade e efetividade.

## 6 PERFIL DA TUTELA COLETIVA: DOS INSTRUMENTOS POSTOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Conforme salientamos, a entrega da tutela jurisdicional demanda tempo; em decorrência dos riscos da duração do processo, existem mecanismos processuais para mitigá-los. De fato, a entrega da tutela definitiva pode surgir após trâmite lento, com desprestígio da efetividade.

Acerca do efeito deletério do tempo para a conquista da tutela jurisdicional, considera Marcelo Abelha:

Há casos em que o tempo de busca da certeza é tão grande que o próprio titular, ao final reconhecido, terá sucumbido (morrido) e, por isso, não poderá mais gozar o bem que lhe foi entregue tardiamente. Há outros casos em que o jurisdicionado que buscou o Poder Judiciário apenas observa o perecimento do direito que buscou tutelar sem que nada possa fazer, como, por exemplo, um concurso público que se realiza enquanto num processo se discute a sua validade; ou uma obra que se realiza enquanto num processo se discute o seu embargo etc. Há, ainda, casos em que o tempo de um processo coloca-se como uma ceifa às expectativas dos litigantes, tal como a pessoa que não recebe o que lhe devem e por isso contrai dívidas, deixa de adquirir bens ao seu deleite, não pode investir em si e na família, gerando as piores e mais nefastas angústias aos jurisdicionados, que são vítimas dos danos marginais causados pelo tempo do processo<sup>145</sup>.

A par disso, Piero Calamandrei, ao tratar do *periculum in mora* na obra atinente aos procedimentos cautelares, refere-se à expressão “dano marginal”, criada por Enrico Finzi, para descrever a necessidade de um provimento provisório para resguardar o direito material:

O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanção de uma medida provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de ulterior dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo. Assim, também quando no campo das relações substanciais a lesão do direito já ocorreu e o procedimento

---

<sup>145</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3.ed. rev.atual. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.166.

definitivo não pode ter então outro objetivo senão aquele reintegrativo, o procedimento cautelar tem em si próprio finalidade preventiva diante daquele agravamento do dano que, em acréscimo àquele produzido pelo culpado, poderia derivar do inevitável prolongamento do processo ordinário<sup>146</sup>.

Daí a necessidade de incorporação no sistema processual de instrumentos para a salvaguarda da urgência. São eles provisórios e propiciam a garantia da utilidade da atuação jurisdicional vindoura e definitiva ou a própria antecipação do bem da vida reclamado, respectivamente, tutela cautelar e antecipação dos efeitos da tutela.

Esses instrumentos processuais são abrigados pela expressão *tutela de urgência*, conforme descreve Marcelo Abelha:

Portanto, a tutela de urgência, visivelmente imunizadora dos efeitos deletérios que o tempo causa ao processo (instrumento) ou ao seu conteúdo (direito material), constitui um arcabouço de técnicas processuais que devem ser prontas e rápidas, sob pena de se tornarem inúteis. Essas formas de tutela são realizadas por intermédio das medidas cautelares e antecipações de tutela de mérito. O signo comum entre ambas é, sempre, a urgência, e o seu traço diferenciador é o do objeto que será precipuamente protegido dos desgastes provocados pelo fenômeno natural<sup>147</sup>.

Ainda segundo Marcelo Abelha, as cautelares e as antecipações de tutela de mérito guardam alguns pontos de unidade: “a) sumariedade de cognição; b) provisoriedade da tutela; e c) necessidade de realização da tutela de modo urgente”<sup>148</sup>. Sumariedade essa que tem por objetivo obter o resultado prático do processo.

Com outro dizer, a prolação do provimento de urgência é realizada com uma limitação natural no processo cognitivo, distante daquela profundidade concernente ao julgamento de mérito.

Trata-se, pois, de um instrumento para a efetivação da tutela.

Sobre o tema, aborda Ricardo de Barros Leonel:

<sup>146</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi (traduzido da edição italiana de 1936). Campinas: Servanda, 2000, p.37-38.

<sup>147</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3.ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.167.

<sup>148</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3.ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.167.

A característica da tutela diferenciada é a restrição quanto à cognição, exame feito pelo magistrado quanto aos pontos e questões de fato ou de direito, para a prolação da decisão de mérito.

Já invocamos, a propósito, a indispensável lição de Kazuo Watanabe, no sentido de que falar em limitação à atividade cognitiva do juiz significa pensar em restrição às matérias que podem ser alvo de sua análise (limitação horizontal – extensão da cognição: cognição completa ou parcial); ou então nas restrições à profundidade do exame realizado pelo magistrado (limitação vertical – profundidade: cognição superficial ou exauriente).

Poderão existir restrições apenas quanto às matérias que poderão ser examinadas (limitação horizontal) ou apenas quanto à profundidade do exame (restrição vertical), ou ambas, conjuntamente. Em todos esses casos, estaremos diante de hipótese, dentro do conceito que adotamos, de tutela jurisdicional diferenciada.

Trata-se de opção do legislador, na perspectiva do emprego da técnica processual, voltada à obtenção mais célere de provimento de mérito<sup>149</sup>.

No caso do microsistema coletivo, a limitação cognitiva é sistêmica e propicia, por exemplo, a liquidação individual do julgado, com o aproveitamento do reconhecimento da existência do dano realizado na ação coletiva (*transporte in utilibus*).

Há também uma limitação vertical, com a emissão de juízo de probabilidade ou verossimilhança, no que toca aos pedidos de concessão de provimentos de urgência, cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela.

No tópico seguinte, exporemos o significado da expressão “liminar”, para a perfeita compreensão da matéria.

### **6.1 Do significado da expressão “liminar”**

Antes de estabelecermos especificamente o estudo dos provimentos provisórios, julgamos relevante esclarecer que o significado da expressão “liminar”, por vezes adotada ou posta nos textos legais, abrange tanto as medidas cautelares como os provimentos atinentes à antecipação dos efeitos da tutela.

Trata-se de expressão que deve ser tomada no sentido lato, visto que, consoante salientado no tópico atinente à tutela jurisdicional diferenciada, o Código de Processo Civil, antes mesmo do art.273, acolhia medidas que não

---

<sup>149</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2010, p.85.

se destinavam, exclusivamente, a assegurar, mas a antecipar o mérito, caso da ação demolitória (art.888, VIII, do CPC).

Temos ainda o art.798 do Código de Processo Civil, que ao disciplinar o poder geral de cautela, outorgou ao magistrado a possibilidade de adotar, além dos procedimentos cautelares específicos, as medidas que julgar adequadas, “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, sem referência específica ao mero asseguramento do direito material apresentado em outra demanda.

Assim, no próprio art.798 do CPC havia referência à adoção das medidas adequadas pelo juiz, elemento que distingue a tutela jurisdicional, com foco na celeridade e efetividade.

Compartilhando dessa amplitude, a expressão “liminar” deve ser colhida de modo largo, para abraçar provimentos cautelares e antecipatórios de mérito. O uso comum do termo é também objeto de discussão de Rogério Aguiar Munhoz Soares:

O uso comum do termo “liminar” refere-se mais ao momento em que é proferida que ao conteúdo da decisão.

Obviamente, liminar (do Latim *liminaris*, de *limen*) seria apenas a decisão proferida *in limine*, no limiar do processo; mas a prática passou a tratar dos provimentos sumários em geral com a denominação de “liminares”, geralmente lastreados nos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, o que em muito contribuiu para a confusão entre provimentos sumários cautelares e não-cautelares.

Betina Rizzato Lara, em monografia sobre o tema, aduz: “O conceito de liminar apresentado pela maioria dos autores, ressalvadas diferenças terminológicas, possui um ponto em comum: configura uma antecipação daquilo que se obteria somente ao final da ação, com a prolação da sentença”.

Liminares, em sentido amplo, são provimentos judiciais emitidos durante o curso do processo e que produzem efeitos dirigidos a assegurar ou a realizar o direito afirmado pela parte no processo. São, portanto, atos judiciais de assegurar ou de realização antecipada, ou seja, podem ter natureza cautelar ou satisfativa<sup>150</sup>.

A partir desses necessários apontamentos gerais acerca da tutela de urgência, discutiremos os institutos (provimentos cautelares e de antecipação dos efeitos da tutela), especificando suas principais características e destacando de que forma são concebidos no microsistema coletivo.

<sup>150</sup> SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Tutela de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, p.155-156.

Além disso, merecerá destaque o exame do perfil da tutela jurisdicional diferenciada no Código de Processo Civil e microsistema coletivo, para a construção da efetividade, celeridade e produção do resultado útil do processo, com a consecução, preferencialmente, da tutela específica.

## 6.2 Da tutela de urgência

Nesta dissertação afirmamos que a tutela jurisdicional (em sentido lato) deve conter os atributos da eficácia e celeridade. A propósito, a doutrina de Giuseppe Chiovenda:

A vontade da lei tende 'a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas consequências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir<sup>151</sup>.

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

Antes do art.273 do Código de Processo Civil, a legislação brasileira dispunha (e ainda dispõe) sobre algumas medidas que consistiam na antecipação do próprio pedido deduzido, por exemplo, liminares (expressão tomada no sentido acima exposto) em mandado de segurança ou ação civil pública. Entre elas, a redação original do art.4º da Lei da Ação Civil Pública: “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”.

Trata-se de dispositivo que não guarda natureza meramente instrumental, uma vez concebido, inclusive, para evitar a ocorrência do dano.

A função do processo cautelar, colhida genuinamente, é assegurar a possibilidade de realizar uma pretensão, vale dizer, se não há referibilidade a um direito acautelado, de cautelar pura (genuína) não se trata.

---

<sup>151</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução do original italiano. 2.ed. “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” por Paolo Capitano. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2009, p.87.

É por isso que a doutrina, pelas mãos de Hugo Nigro Mazzilli, observa que o art.4º da Lei nº7.347/85 encerra “verdadeira antecipação de tutela em ação principal”:

### 3. A ação cautelar

Em pureza de princípio, a verdadeira ação cautelar tem natureza instrumental (preparatória ou incidente). Assim, quando o art.4º da LACP fala que poderá ser ajuizada “ação cautelar objetivando, inclusive, evitar o dano”, na verdade está se referindo a uma verdadeira antecipação de tutela em ação principal, e não propriamente a uma ação cautelar. Contudo, mesmo as cautelares verdadeiras e próprias podem ser ajuizadas para a defesa de interesses transindividuais, desde que presentes os pressupostos gerais de cautela (CPC, art. 796 e s.).

Para evitar que o dano provocado pela violação do direito seja agravado pela demora na prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*), o Direito admite o provimento jurisdicional de caráter de urgência, mediante o qual, havendo base razoável para a pretensão (*fumus boni iuris*), pode o juiz conceder de forma antecipada, mas provisória, a prestação jurisdicional pretendida<sup>152</sup>.

E arremata Hugo Nigro Mazzilli: “Em matéria de tutela coletiva, admite-se, pois, não só a ação cautelar instrumental (medida preventiva, no sentido preparatório ou incidente), como também a chamada ação cautelar satisfativa (medida preventiva, mas não instrumental)”<sup>153</sup>.

Assim, a “ação cautelar”, prevista no art.4º da Lei da Ação Civil Pública, poderá acolher a feição meramente assecuratória, instrumental, como também poderá ser utilizada com viés antecipatório, satisfativo.

No sentido exposto, argumenta Lara de Toledo Fernandes:

[...] Com estas considerações, pode-se consignar, por conta, inclusive, do alcance constitucional, ser aconselhável ter-se a cognição como ferramenta do “diagnóstico”. Assim o sendo, a ação cautelar do art.4º, ora poderá estar paramentada de cautelar (verdadeira), ora transmutada em antecipatória interinal (tutela antecipada), ou em ação satisfativa autônoma (“cautelares” satisfativas [sic]), dependendo do arcabouço probatório “initio litis”, ou no decorrer da demanda, a ensejar cognição de aparência, probabilidade ou de evidência<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.247- 248.

<sup>153</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.247-248.

<sup>154</sup> FERNANDES, Lara de Toledo. Tutela de urgência na ação civil pública. In: (Coords.) MAZZEI, Rodrigo Reis & Nolasco; DIAS, Rita. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.359.

Esse sincretismo viabiliza a efetividade e a celeridade, revelando, claramente, o perfil da tutela jurisdicional diferenciada que permeia o microsistema coletivo.

A respeito desse movimento sincrético, Humberto Theodoro Júnior defende que não é conveniente estabelecer divisores herméticos para distanciar a medida assecuratória da antecipatória, pois a imposição de eventual rigor técnico, por vezes, pode propiciar dano à efetividade da prestação jurisdicional, devendo ser colhida com temperança a ideia de compartimentos estanques e não flexíveis:

Aliás, a pretensão de separar em campos diversos e bem delineados as medidas cautelares e as de antecipação de tutela é tarefa que apenas o direito brasileiro, ambiciosamente, almejou. No direito europeu, – onde primeiro se sentiu e exaltou a necessidade de incluir nos poderes do órgão judicial o de, em caso de urgência, permitir não só a prevenção, mas também a satisfação provisória da pretensão cuja realização se busca na tutela definitiva de mérito, o que se fez não foi criar uma nova modalidade de prestação jurisdicional a par da cautelar. Entendeu-se, simplesmente, que a lei poderia perfeitamente ampliar a tutela cautelar para incluir, dentre as medidas de eliminação do *periculum in mora*, em certos casos, providências que satisfizessem antecipadamente o direito material do litigante, desde que isso fosse indispensável para atingir a plena efetividade da prestação jurisdicional e que ficasse resguardada a possibilidade de reversão, na hipótese de eventual resultado adverso para o beneficiário na sentença definitiva da lide<sup>155</sup>.

Há, pois, no âmbito da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº7.347/85), um mecanismo legal para propiciar o acesso à justiça, distante da rigidez dos conceitos que, por vezes, impede a conquista do direito material no tempo e modo devidos.

Pode-se afirmar, assim, que a “ação cautelar” do art.4º da Lei nº7.347/85 guarda consonância com o art.798 do Código de Processo Civil, que, disciplinando o poder geral de cautela, não fez referência apenas à genuína cautelaridade, meramente assecuratória.

Com outro dizer, o art.4º da Lei nº7.347/85 colhe hibridez, parceira da flexibilidade conceitual, há muito prevalente no direito comparado, conforme afirma Andrea Proto Pisani, por Humberto Theodoro Júnior:

---

<sup>155</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 24.ed.rev.e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2008, p.477-478.

A propósito, convém ressaltar que o direito comparado contemporâneo admite tranquila e maciçamente que o perigo obstaculável pela tutela cautelar (*periculum in mora*) tanto pode afetar o processo pendente como direito material subjetivo do litigante. Daí que a medida cautelar tanto pode impedir a simples frustração da sentença como ato processual definitivo como pode antecipar provisoriamente a mesma sentença para evitar a inutilização irremediável do próprio direito material da parte que demanda a tutela jurisdicional.

Andrea Proto Pisani, a partir da constatação da existência dessas duas espécies de *periculum in mora*, registra ser possível distinguir os provimentos cautelares em duas grandes categorias:

a) *provvedimenti cautelari conservativi della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza*;

b) *provvedimenti cautelari anticipatori della soddisfazione del diritto*” (**La nuova disciplina del processo civile**. Napoli: Jovene, 1991, p.308).

[...] O direito comparado, mormente nas fontes europeias, como se vê, não aponta para uma diversidade essencial entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Pelo contrário, reúne-se como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional. A distinção entre “*provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori*” é feita no plano teórico para justificar as dimensões e fundamentos da tutela em questão e para “*consentire una prima distinzione fra i variegati fenomeni che reintrano nella tutela cautelare complessivamente intensa*” (Proto Pisani, ob. cit., p.308)<sup>156</sup>.

Em resumo, como um lembrete, o art.4º da Lei nº7.347/85 revela que a integração, com harmonia, dos institutos pautados pelo *periculum in mora* (sentido lato) traduz uma condição indispensável para a entrega da tutela jurisdicional, aqui vista como diferenciada.

Ainda no âmbito da Ação Civil Pública, porque diz respeito à tutela de urgência, trazemos o art.12 da Lei nº7.347/85: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, em decisão sujeita a agravo”.

O art.12 da Lei nº7.347/85 conduz norma que possibilita ao magistrado impor, de ofício, medida de urgência necessária para o resguardo do direito material.

Trata-se de preceito genérico posto para acautelar (no sentido amplo), com a amplitude do poder geral de cautela prevista no art.798 do Código de Processo Civil, conforme delimita lara de Toledo Fernandes:

Seguro no corolário decorrente do sobreprincípio da “Dignidade da Pessoa Humana”, que abre a Lei Maior, qual seja do “aumento dos poderes instrutórios” do juiz, gravou neste art.12 um poder geral de determinar, de ofício, a medida de urgência que entender cabível,

<sup>156</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 24.ed.rev.e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2008, p.478-479.

paralelamente e complementarmente às pleiteadas pelas partes, cientificamente apoiado na estrutura legal do “poder geral de cautela” dos arts.798 e 799 do CPC, e que agora, fruto da intercomunicação e fungibilidade das medidas de urgência, desbordam dos lindes da cautelaridade, e se derramam para toda gama de medidas de urgência depositadas no universo processual civil.Fortifica esse pensamento a categorização professada por Ovídio Baptista da Silva do “poder cautelar geral” do juiz, a dar ensejo às chamadas medidas cautelares *ex officio*, e como já afirmado, sequer tematizada na doutrina peninsular, contemplando a quarta espécie na sua classificação das tutelas de urgência. [...] <sup>157</sup>.

Em face da existência de normas específicas para a tutela de urgência no âmbito do microssistema coletivo, a aplicação do Código de Processo Civil é firmada no plano subsidiário, conforme dispõe o art.19 da Lei nº7.347/85.

A propósito da subsidiariedade, apresentamos as ementas de dois julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART.17, §1º, DA LEI 8.429/92. MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DA EXTINÇÃO COM BASE NO ART.267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO.

1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/92, norma especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art.17, §1º, da LIA).

2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microssistema de tutela coletiva. Precedente do STJ.

3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido.

4. Recurso especial não provido. <sup>158</sup>

PROCESSO CIVIL COLETIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO. Art. 5º, §2º, da Lei nº7.347/85. LITISCONSÓRCIO ATIVO ULTERIOR FACULTATIVO UNITÁRIO – ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL.

Embora ainda não haja no ordenamento jurídico brasileiro um Código de Processo Coletivo, ao largo de diversos anteprojetos elaborados nesse sentido, a doutrina elaborou e a jurisprudência pátria tem reconhecido a existência de um Microssistema Processual Coletivo, o

<sup>157</sup> FERNANDES, Iara de Toledo. Tutela de urgência na ação civil pública. In: (Coords.) MAZZEI, Rodrigo Reis & Nolasco; DIAS, Rita. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.360.

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial 201001847486, Ministra Eliana Calmon, v.u, DJE 22/08/2013.

qual teria como gênese o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº7.347/85, notadamente seus arts. 81 e 21, respectivamente.

2. Por ser aplicável às demandas que envolvam tutela de interesses específicos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o Microssistema Processual Coletivo apresenta princípios e regras igualmente especiais, os quais devem prevalecer em face das normas de processo civil individual, conferindo-lhes aplicação subsidiária ao processo coletivo.

[...]

7. Agravo de instrumento provido.<sup>159</sup>

Passaremos, então, a demonstrar a aplicação subsidiária do CPC, colhendo como exemplo, por significativo, o tema relativo à fungibilidade das técnicas de antecipação e acautelatória.

### **6.2.1 Tutela jurisdicional diferenciada: a fungibilidade das técnicas de antecipação e acautelatória e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no microssistema coletivo**

Decorrência lógica do microssistema normativo é a possibilidade de aplicação, nas ações coletivas, por exemplo, o art.273, §7º, do Código de Processo Civil, atinente à técnica da fungibilidade das medidas de urgência: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A interpretação literal do dispositivo transcrito não estabelece a possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da tutela, se requerida providência de natureza cautelar.

Não obstante, esse mecanismo da fungibilidade não se opera apenas num único sentido, haja vista que o exame do pleito liminar (sentido lato) deve ser realizado com imersão constitucional, sem limitações conceituais, admitida fluidez e permeabilidade para possibilitar a concessão da tutela que, efetivamente, propicie o afastamento da lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV, CF). A propósito, relevantes as considerações de Cassio Scarpinella Bueno:

---

<sup>159</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Terceira Turma. Agravo de Instrumento 00357632820094030000, Rel.Des.Fed.Cecilia Marcondes, v.u, e-DJF3 11/10/2013.

A leitura do §7º do art.273 é suficiente para revelar que não há nele autorização para a “conversão” ou *fungibilidade* da “tutela cautelar” em “tutela antecipada”. Só de “tutela antecipada” em “tutela cautelar”. A interpretação literal do dispositivo tal qual sugerida pelo parágrafo anterior, contudo, deve ser afastada. Ela conspira contra “o modelo constitucional do processo civil”. O que menos importa para a solução do problema é a presença ou a ausência de texto expresso na lei em um ou outro sentido.

A “fungibilidade” ou a “conversão” do pedido de tutela jurisdicional é providência impositiva ao magistrado e que deriva não da lei, mas do sistema processual como um todo, desde a Constituição Federal. Se é certo que os incisos XXXV e LXXVIII do art.5º daquela Carta deixam ao alvedrio do legislador a escolha das técnicas pelas quais ameaças a direito serão imunizadas e pelas quais o processo será célere no atingimento de seus resultados, não é menos certo que não é dado ao legislador criar uma situação tal que resulte no afastamento de determinadas situações da apreciação tempestiva do Poder Judiciário<sup>160</sup>.

Nesse sentido, trazemos ao estudo ementas de acórdãos que noticiam a possibilidade de fungibilidade em sentido recíproco:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART.535 DO CPC – FUNGIBILIDADE DOS INSTITUTOS DA MEDIDA CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.
2. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida.
3. O Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida que entendeu estarem presentes nos autos documentos hábeis para comprovar o preenchimento dos requisitos da tutela antecipada.
4. O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto ao argumento de que o recorrido não fazia jus à reforma a posto superior ao que ocupava na ativa. Recurso Especial improvido.<sup>161</sup>

PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. AUXÍLIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. Sendo incabível a medida cautelar para obtenção do bem da vida perseguido, é admissível a apreciação do pedido como se fosse de tutela antecipada, nos termos do §7º do art.273 do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº10.444, de 07.05.2002. Possibilidade, também, de o juiz conceder antecipação de tutela no caso em que houver pedido de medida cautelar, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Emprego do duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, porque o juiz já está autorizado a dar a sua própria

<sup>160</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5.ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2013, p.138.

<sup>161</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 200602112988. Rel.Min. Humberto Martins, v.u., DJ 17/08/2007.

qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor. Em que pese a presunção de legitimidade da perícia realizada pela autarquia, inerente aos atos administrativos, a existência de atestados médicos afirmando que o agravado está impossibilitado de trabalhar por tempo indeterminado, não devendo submeter-se a qualquer esforço físico sob pena de morte súbita, recomendam a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença – Prevalência da decisão agravada diante da ausência de prova apta a abalar seus fundamentos. Agravo de instrumento a que se nega provimento.<sup>162</sup>

O objetivo, pois, é a prestação da tutela jurisdicional de modo eficiente, tempestiva, para amparar o direito material, evitando-se a ocorrência da lesão ou ameaça a direito, conforme preceitua o art.5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

A tutela de urgência é una. As técnicas para acautelar e satisfazer são faces de um mesmo objeto. Assim, o provimento jurisdicional posto para antecipar os efeitos da tutela também acautela. De outra parte, aquele nascido para assegurar pode satisfazer.

Daí, concluímos que, outorgada para satisfazer ou acautelar, a tutela jurisdicional apresenta-se como medida necessária para produzir o resultado útil do processo, ora predominando a satisfatividade ou a referibilidade.

Nesse sentido é a doutrina de Eduardo de Avelar Lamy:

Não existe uma espécie de tutela jurisdicional de natureza apenas assecuratória, assim como não existe uma espécie de tutela jurisdicional de natureza apenas antecipatória. Trata-se de uma questão conceitual de grandiosa relevância. Para afirmar a existência de uma tutela cautelar ou mesmo de uma tutela antecipatória, parte-se do pressuposto incoerente e errôneo do CPC de 1973 de que a técnica ou medida cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional, o que ela definitivamente não é.

[...]

As chamadas “tutelas de urgência”, na verdade, correspondem a uma única tutela de urgência; uma tutela não definitiva, que possui executividade e cognição apenas sumárias. Aquelas a que se acostumou chamar de tutelas cautelar e antecipada constituem, na verdade, apenas técnicas para a prestação da tutela urgente.

[...]

As técnicas cautelar e antecipada são apenas meios para que se atinja o fim de toda a jurisdição, que é a prestação de sua tutela. Trata-se do grande motivo pelo qual as técnicas para a prestação da tutela urgente estão se flexibilizando, podendo e devendo vir a se unificarem sistematicamente<sup>163</sup>.

<sup>162</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3. Oitava Turma. AI 00710676420044030000. Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., DJU 13/12/2006.

<sup>163</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2.ed.Curitiba: Juruá, 2007, p.117-118.

Convém ressaltar que o sincretismo delineado no art.273, §7º, do Código de Processo Civil encontra assento natural no microsistema coletivo, especialmente porque revela simbiose de técnicas processuais, outrora desvelada na redação originária do art.4º da Lei nº7.347/85.

Esse idealismo sincrético, que ganhou forma e força no plano normativo recém-construído, distingue a tutela jurisdicional em prol da celeridade e eficiência.

Com palavras outras, o art.273, §7º do Código de Processo Civil consignou no direito posto, com uma dicção aberta, aquilo que se extraía da Lei nº7.347/85, art.4º e do poder geral de cautela (e de antecipação), conforme art.798 do mesmo diploma.

Aquilo que, em outro tempo, a exegese poderia extrair, por exemplo, do art.4º da Lei nº7.347/85 e do art.798 do Código de Processo Civil, restou consignado no §7º do art.273 do CPC.

Com o advento do que se pôs a chamar de fungibilidade, desvela-se, como se inédita fosse, a natureza una do provimento jurisdicional que se volta para a defesa do direito material.

Acerca da não existência de uma tutela especificamente acautelatória ou antecipatória, escolhemos o texto de Cassio Scarpinella Bueno:

Não existe, mormente pelas razões expostas pelo n.1, supra, uma distinção rígida entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”. Elas não são – e nunca foram, a depender da perspectiva eleita para o estudo do tema (v. n.1 da Introdução) – realidades ontologicamente distintas; no máximo, trata-se de duas facetas diversas de uma mesma realidade que, como tais, complementam-se. A não admissibilidade de um “pedido pelo outro”, mormente quando são a própria doutrina e jurisprudência que apresentam tantas dúvidas e incertezas quanto ao tema, agride o “modelo constitucional do processo civil”.

[...]

O §7º do art. 273, portanto, deve ser interpretado de forma a permitir fungibilidade ampla e recíproca entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar”.<sup>164</sup>

Alguns outros aspectos desse plexo normativo também devem ser destacados para demonstrar que o microsistema coletivo é modelo de tutela

---

<sup>164</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5.ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2013, p.138.

jurisdicional diferenciada, concebido para propiciar a entrega do resultado útil da demanda.

Dentre esses aspectos, destacamos, nos tópicos a seguir, normas do Código de Defesa do Consumidor, que amparam o microssistema coletivo, para assegurar a adequada e efetiva tutela.

Antes, porém, no item seguinte, para concluir o tema da subsidiariedade, exporemos um caso concreto, albergando o direito ambiental, outrora objeto de atividade judicante, apontando a inspeção judicial como um importante instrumento para proteger o direito metaindividual.

### **6.2.2 Análise de um caso concreto: a inspeção judicial como instrumento processual para a conquista da efetividade<sup>165</sup>**

Ao tempo em que officiei como juiz titular da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente, atuei nos autos da Ação Civil Pública proposta pela Fazenda Pública da Estância Turística de Presidente Epitácio em face da Companhia Energética de São Paulo (CESP) e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA), processo nº2003.61.12.002253-0.

De acordo com a peça inicial, a CESP foi a responsável por construir e formar o reservatório da UHE Sérgio Motta e formar o reservatório artificial com cota inicial de 253m.

A autora aduziu que a construção da hidrelétrica provocou um severo impacto ambiental, com a eclosão de desmoronamentos e formação de extensas erosões nas encostas do reservatório, principalmente no perímetro urbano, noticiando a ocorrência de dano ao meio ambiente de grande envergadura.

Em outro plano, afirmou a responsabilidade das rés quanto ao dever de reparar os danos causados ao meio ambiente natural, suscitando, no caso concreto, a aplicação dos princípios do poluidor-pagador, prevenção e precaução, com amparo na Constituição Federal de 1988 (art.225, §3º), Lei nº6.938/81 (art.4º, VI e 14, §1º) e Lei nº8.171/91 (art.23).

---

<sup>165</sup> Na descrição desse caso prático, assim como o anterior (Item 4.1.2), optamos por manter a conjugação na primeira pessoa do singular por se tratar de experiência profissional do próprio autor; trata-se, portanto, de um relato pessoal.

O Município pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela para que a CESP, em 30 dias, iniciasse a proteção da encosta no perímetro urbano do Município de Presidente Epitácio e o IBAMA suspendesse a Licença de Operação da UHE Sérgio Motta para operação na cota de 257m.

Por fim, quanto ao mérito, a Prefeitura postulou a condenação da ré CESP na obrigação de fazer, de proteger as encostas do perímetro urbano no Município de Presidente Epitácio e na obrigação de dar, ou seja, de indenizar em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) pelos prejuízos causados.

Em aditamento à peça inicial, o Município pleiteou a condenação do IBAMA na obrigação de não fazer, consistente na negativa de renovação da Licença de Operação da UHE Sergio Motta (LO) na cota de 257m e na obrigação de fazer consistente na suspensão e alteração da Licença de Operação e suas condicionantes para a cota de 257m.

Em decisão judicial de 31/07/2003, foi concedida liminar determinando: a) à CESP que iniciasse, em 30 dias da intimação da decisão, obras para proteger as encostas urbanas do município autor, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); b) ao IBAMA, suspender a licença de operação da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta, se vigente, ou não renová-la, se vencida, caso a CESP não promovesse o início das obras no prazo determinado.

A CESP contestou o pedido. Preliminarmente, aduziu que o empreendimento Sérgio Motta estava licenciado (Licença de Operação 121/00), competindo ao IBAMA licenciar a usina e identificar os impactos ambientais decorrentes das obras realizadas. Assim, era indevida a intervenção do Poder Judiciário a respeito, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Em outro tópico, ainda em preliminar, sustentou a ausência de danos ambientais. Postulou, em decorrência das preliminares suscitadas, a extinção do processo sem resolução do mérito, com amparo no art.267, VI, do CPC. No mérito, aduziu que as encostas eram monitoradas, afirmando que não eram medidos esforços para a preservação ambiental. Sustentou, ainda, que a licença de operação foi expedida em conformidade com a legislação de regência, devendo ser mantida a continuidade do Programa de Monitoramento de estabilidade das encostas marginais. Por fim, defendeu ser desnecessário proteger as encostas da área urbana de

Presidente Epitácio, fazendo considerações acerca do ônus da prova, com amparo no art.333, I, do Código de Processo Civil. Pediu, enfim, a improcedência do pedido.

O IBAMA também ofereceu contestação nos autos. Preliminarmente, aduziu a ausência de interesse de agir, afirmando que a licença de operação expirou em 05.05.2003 e que não foi renovada, tudo antes do ajuizamento da ação civil pública. Ainda a respeito, sustentou que a equipe técnica do IBAMA realizou vistoria entre 23 e 27 de junho de 2003 e constatou o descumprimento das exigências pela CESP, estabelecidas na Licença nº121/00. Postulou, então, a extinção do processo, sem resolução do mérito, com amparo no art.267, VI, do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, sustentou a corré a responsabilidade exclusiva da CESP pelos danos ambientais causados, especialmente em face do descumprimento das exigências impostas ao empreendedor, ao tempo da emissão da licença de operação. Pleiteou, caso não acolhida a preliminar, a improcedência do pedido.

Para esclarecer os fatos e solucionar a controvérsia, foi determinada a realização de inspeção judicial em 17/11/2009.

A inspeção foi realizada por rio, com a utilização de um barco e de uma lancha, e por terra, o que propiciou verificar o estado das encostas e identificar desmoronamento de taludes, a existência de erosões, voçorocas e solapamentos, e registrar áreas degradadas, que reclamavam a imediata intervenção para a recuperação do meio ambiente.

Realizado o ato de inspeção, foi elaborado um laudo de constatação, registrando a presença das partes, do Ministério Público Federal e de três técnicos do IBAMA.

Segundo o documento acima referido, verificou-se a necessidade de os técnicos do IBAMA produzirem um laudo acerca das condições da encosta, para apresentação na audiência designada para 24/11/2009.

Os pontos de erosão, voçorocas e áreas degradadas foram identificados com a utilização de GPS.

Aos 24/11/2009 ocorreu a primeira audiência de tentativa de conciliação, na qual os técnicos do IBAMA apresentaram um laudo pericial sobre as condições da encosta, com a indicação das áreas degradadas, de erosão e voçorocas.

Em 24/11/2009, as partes fixaram os pontos necessários para recuperar a encosta, de modo a possibilitar uma possível conciliação em audiência vindoura, restando apurada que a responsabilidade pelos danos ambientais não guardava gênese apenas no comportamento da CESP, mas também do Município demandante, especialmente no que dizia respeito à realização adequada do escoamento das águas pluviais nas áreas habitadas pelos munícipes.

A propósito dessa responsabilidade compartilhada pela degradação ambiental, verificada no laudo pericial, transcrevo trecho da ata da audiência:

[...] Os trabalhos de recuperação das voçorocas, pela CESP, têm como pressuposto a realização da condução adequada das águas pluviais nas áreas habitadas pelos munícipes, que deverá ser implementada pelos proprietários dos condomínios ou pela Prefeitura até o ponto indicado pela CESP, sem o que não será possível a consecução das obras pela CESP, já que o trabalho de recuperação das encostas deve ser realizado concomitantemente pelas partes, conforme concluído no relatório de vistoria apresentado nesta audiência. (conforme fl. 1284 dos autos).

Finalmente, na audiência do dia 15/12/2009, os litigantes formalizaram um acordo, estipulando definitivamente a forma de recuperação da encosta, com a reiteração da responsabilidade de ambas as partes.

O acordo foi homologado, com a extinção do processo com resolução do mérito, com amparo no art. 269, III, do Código de Processo Civil.

É certo que somente a produção de prova pericial poderia viabilizar o julgamento da causa. Não obstante, sem a inspeção não teria sido possível verificar, em breve tempo, a responsabilidade das partes pela recuperação ambiental e tampouco seria factível acostar aos autos, em curto lapso temporal, um laudo sobre as condições das áreas degradadas.

Além disso, a inspeção foi imprescindível para o esclarecimento dos fatos pelo magistrado, em sua inteireza, propiciando, inclusive, a verificação *in loco* dos fenômenos naturais citados pelas partes e a responsabilidade de cada uma delas.

No caso, somente a produção da prova pericial não viabilizaria o julgamento célere da controvérsia, sem esquecer que a inspeção judicial fez nascer o acordo entabulado.

Com palavras outras, a aplicação subsidiária do instituto da inspeção viabilizou a solução do litígio com efetividade, celeridade e segurança, nascendo desta circunstância um exemplo de tutela jurisdicional diferenciada.

### **6.3 Da inversão do ônus da prova: mecanismo para a conquista da tutela jurisdicional diferenciada**

Conforme destacamos, existem canais expressamente prestigiados na legislação que propiciam a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, em conformidade ao art.21 Lei nº7.347/85 e ao art.90 da Lei nº8.078/90.

Trata-se de fluência conquistada normativamente para albergar os direitos e interesses metaindividuais.

Essa engenharia legislativa permitiu, por exemplo, a comunicação do instituto da inversão do ônus da prova, previsto no art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Na quadra do processo civil ortodoxo, a teor do art.333, I e II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (II).

Com o advento da Lei nº8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o microssistema coletivo nasceu e passou a albergar, como direito básico do consumidor, a facilitação da defesa dos seus interesses, apresentando um mecanismo de inversão, quanto ao ônus da prova, que se distancia do modelo tradicional.

Trata-se de um instrumento processual inédito, concebido para possibilitar a conquista do direito material pleiteado, impedindo que o acesso do consumidor à justiça seja meramente formal, conforme destacado na ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART.557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO JULGADA MONOCRATICAMENTE. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. SAQUE INDEVIDO EM CONTA-POUPANÇA. RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

1. O art.557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a julgar monocraticamente qualquer recurso – e também a remessa oficial, nos termos da Súmula nº253 do Superior Tribunal de Justiça – desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante em Tribunais Superiores e do respectivo Tribunal; foi o caso dos autos.
  2. O Colendo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIN nº2591 em 7.6.2006 entendeu que as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor alcançam as instituições financeiras.
  3. O autor contestou o saque realizado e, diante da inversão do ônus probatório, caberia à Caixa Econômica Federal comprovar o fato constitutivo do direito do autor, ou seja, provar que foi o próprio cliente quem efetuou tal retirada, o que não ocorreu, tendo em vista que, dos documentos apresentados pela ré nem de longe é possível concluir que foi o autor quem realizou o saque discutido. Do mesmo modo não ficou demonstrada a alegada falta de cuidado na guarda do cartão e respectiva senha.
  4. É dever da instituição financeira ressarcir o dano material sofrido pelo autor.
  5. Quanto ao dano moral não se faz necessária a produção de provas, pois constitui fato público e notório que as pessoas que são vítimas de desfalques em sua conta bancária, sofrem abalo de ordem moral.
- [...]
- 9) Agravo legal improvido.<sup>166</sup>

Em consonância com o art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, duas são as hipóteses, não cumulativas, que permitem a inversão do ônus da prova: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte, segundo as regras ordinárias de experiências.

Vale dizer, presente a verossimilhança do direito alegado ou a hipossuficiência da parte, o juiz estará autorizado a inverter o ônus probatório, conforme assentado por Carlos Roberto Barbosa Moreira:

O ato judicial, devidamente motivado, indicará a ocorrência de uma dentre essas duas situações: a) a alegação do consumidor é verossímil; ou b) o consumidor é hipossuficiente. O emprego da conjunção alternativa – e não da aditiva e – significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda<sup>167</sup>.

A alegação verossimilhante é aquela que tem a aparência de verdadeira. Sobre a verossimilhança, escreve Carlos Roberto Barbosa Moreira:

A verossimilhança o juiz a extrairá dos indícios, fatos alegados e provados, no processo, dos quais se possa deduzir, com base no que

<sup>166</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Primeira Turma. Apelação Cível 00092317220084036104, Rel.Des.Fed.Johonsom Di Salvo, v.u., e-DJF-3 26/09/12.

<sup>167</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor nº22**, abr. 1997, p.137.

ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato, este, todavia, não provado. Em outras palavras: o juiz, a partir do indício, presumirá ter acontecido, também, o fato que constitui o *thema probandum*.<sup>168</sup>

Presente a verossimilhança, revela-se ao consumidor uma vantagem processual que o dispensa do ônus de provar determinado fato.

Com o processo de inversão, caberá ao fornecedor comprovar que o fato alegado não aconteceu, vale dizer, que não há nexos de causalidade entre o defeito do produto ou serviço e o dano sofrido.

Nesse sentido, pondera Ricardo de Barros Leonel:

Ao permitir a identificação da verossimilhança da alegação, conforme o que ordinariamente acontece, o legislador propicia a aceitação da probabilidade de que a afirmação seja verdadeira, na esteira das regras de experiência comum, justificando a presunção judicial quanto ao fato afirmado. À falta de prova que demonstre a inexistência de fato presumível pelas máximas de experiência, prevalece a presunção.

Assim, havendo razoabilidade na alegação do autor, pela apreciação comum daquilo que costumeiramente se sucede (verossimilhança), o encargo de demonstrar que na realidade se verificou algo diferente fica para o demandado. Este terá de esclarecer que a verossimilhança, na hipótese, não se identifica com a realidade, ou seja, que há impertinência na presunção firmada pela regra de experiência<sup>169</sup>.

Em outro plano, é importante destacar que o requisito da verossimilhança, esculpido na norma consumerista, ganhou projeção para além do microsistema coletivo, visto que, em 1994, foi ele (requisito) concebido para, ao lado do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, autorizar a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art.273 do Código de Processo Civil.

Seja no âmbito da inversão do ônus da prova ou da antecipação dos efeitos da tutela, percebe-se que o sistema normativo, no microsistema ou no plano ortodoxo do processo, concedeu à aparência força suficiente para amparar a pretensão deduzida em juízo.

Com palavras outras, o regime putativo foi posto a serviço da efetividade e celeridade, haja vista que o seu acolhimento, distante da hígidez

---

<sup>168</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor nº22**, abr. 1997, p.138.

<sup>169</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.368.

da concepção da prova plena e cabal sobre determinado fato, propicia o resultado útil da demanda, num prazo razoável.

Nesse sentido, o microsistema coletivo, também sob a ótica da inversão do ônus da prova, revela um modelo de tutela jurisdicional diferenciada, com a verossimilhança permitindo a facilitação da defesa do consumidor.

O outro critério é o da hipossuficiência, expressamente previsto no art.6º, VIII, da Lei nº8.078/90, que igualmente autoriza a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa do direito.

Não se trata apenas de hipossuficiência econômica, mas também de ordem técnica, conforme observa Ricardo de Barros Leonel<sup>170</sup>: “[...] A hipossuficiência refere-se não só às condições econômicas, mas ao acesso à informação. A previsão serve à concretização do princípio da isonomia, conferindo diverso tratamento aos desiguais”.

E no que toca ao aspecto técnico da hipossuficiência, pondera o autor:

Note-se que nas relações de consumo a solução da demanda depende, muitas vezes, do conhecimento de informações de natureza técnica que só o fornecedor dispõe. Não seria razoável exigir que a parte contrária, que não detém o poder da informação, recebesse o encargo de provar questões relativas a conhecimento ao qual não tem acesso.

Assim, mostra-se mais adequada a solução dada pelo ordenamento, cabendo ao demandado, detentor da informação privilegiada ou específica, o encargo de provar que o evento se dá de forma diversa da sustentada pelo demandante, pois só aquele detém os informes precisos quanto ao tema debatido em juízo, objeto da prova<sup>171</sup>.

Assim como o processualista, pensamos que o perfil da hipossuficiência somente pode ser visualizado, em sua inteireza, se admitidas as feições econômica e técnica.

Isto, porque, aqui defendemos que o microsistema existe para propiciar a salvaguarda do direito material e o acesso pleno à justiça, não meramente formal.

Sendo assim, a expressão hipossuficiência pode ser colhida em qualquer dos sentidos, econômico ou técnico, haja vista que a restrição deste

---

<sup>170</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.368.

<sup>171</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.368.

entendimento não guarda compatibilidade com a amplitude de proteção da norma coletiva. Nesse sentido, transcrevemos a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART.557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Agravo legal interposto contra decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento em que se pretendia a reforma do decisum que acolheu pedido do Ministério Público Federal para inverter o ônus da prova em ação civil pública, na qual se questiona o aumento da tarifa de energia elétrica no ano de 2003.

2. O artigo 557 do Código de Processo Civil autoriza o Relator a julgar monocraticamente qualquer recurso desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunais Superiores, justamente a situação dos autos.

3. Identificados os usuários do serviço de energia elétrica como consumidores, nos termos do art.2º da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, os benefícios nela previstos aplicam-se ao caso dos autos.

4. Nas relações de consumo, a inversão do ônus da prova, a teor do art.6º, inciso VII, da Lei 8.078/90, pressupõe a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência (técnica, jurídica ou econômica) do consumidor.

5. A documentação juntada indica que, no ano de 2003, foi validada base de remuneração incorreta da qual resultou em acréscimo das tarifas aos consumidores, isso foi admitido pela própria ANEEL no processo fiscalizatório procedido sobre a concessionária.

6. Assim, evidenciada a verossimilhança das alegações do autor, deve ser invertido o ônus da prova, uma vez que a ANEEL e a ENERSUL é que dispõem dos documentos e dados necessários para mensurar precisamente o valor da tarifa.

7. Evidente, ainda, a hipossuficiência técnica e/ou financeira dos consumidores uma vez que o autor da ação civil pública – Ministério Público Federal – defende direitos de milhares de consumidores, muitos dos quais sem condição sequer de indicar assistente técnico para acompanhar eventual perícia.

8. Agravo legal improvido.<sup>172</sup>

De fato, se o art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor visa facilitar a defesa do direito, não cabe ao intérprete, distante da finalidade da norma, escolher a exegese restritiva para o conceito de hipossuficiência. Sobre o tema, discorre Carlos Roberto Barbosa Moreira:

Entendo que o conceito de hipossuficiência deva ser elaborado a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução, a defesa dos direitos do consumidor. A experiência revela haver certas situações em que nem mesmo indícios do fato a ser provado estão presentes nos autos. Não caberá aí a inversão fundada na verossimilhança. Mas se o consumidor for

<sup>172</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Primeira Turma. Apelação Cível 00220355120084030000, Rel. Des.Fed. Johnson Di Salvo, v.u., e-DJF-3 14/03/13.

capaz de demonstrar, ao menos, alguma outra circunstância que dificulte extremamente sua tarefa, então estará caracterizada a hipossuficiência<sup>173</sup>.

Importante salientar que a regra da inversão do ônus da prova, para ser aplicada, não precisa ser anunciada pelo juiz no curso do processo, visto que ela guarda assento expresso na lei.

Trata-se de regra de julgamento, que tem como destinatário o magistrado, conforme o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque: “De fato, as regras de distribuição do ônus da prova são dirigidas ao juiz, que, ante a insuficiência do conjunto probatório, não pode deixar de julgar. São, pois, regras de julgamento”.<sup>174</sup> Seguem, como exemplo, as ementas abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo.
2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição do ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional.
3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam.
4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil.
5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.
6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesma. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.

<sup>173</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor nº22**, abr. 1997, p.138.

<sup>174</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo, influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.57.

7. Recurso especial conhecido e improvido.<sup>175</sup>

PROCESSO CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. AFASTADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL E NÃO TRIENAL. INCIDÊNCIA DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART.27 DO CDC. AFASTADO §3º DO ART.206 DO CÓDIGO CIVIL. “VENDA CASADA” E INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

[...]

III. A responsabilidade das instituições financeiras é objetiva, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

IV. Não obstante a aplicação da responsabilidade objetiva, há a pertinência da inversão do ônus da prova quando ocorrer verossimilhança nas alegações do consumidor e em decorrência de sua hipossuficiência.

V. Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente insuficiência técnica do consumidor que não tem como comprovar fato negativo, o que é perfeitamente viável à instituição financeira por meio de seus documentos.

[...]

XII – Recurso parcialmente provido para afastar o reconhecimento da prescrição e com fundamento no art.515, §3º, do CPC, julgar parcialmente procedente a ação, com resolução do mérito, nos termos do art.269, I, do CPC.<sup>176</sup>

Assim, se a relação de direito material a ser examinada pelo magistrado estiver envolvida pelo microsistema coletivo, as partes devem, desde o início, considerar a possibilidade de o julgador proceder à inversão do ônus da prova ao tempo do julgamento, especialmente aquela (parte) que não é hipossuficiente na forma da lei.

Com outro dizer, cada parte deve produzir as provas necessárias para esclarecer a controvérsia, sem esquecer que a inversão do ônus da prova, vista pela ótica da verossimilhança ou da hipossuficiência (técnica ou econômica), poderá servir ao julgamento do processo. Na sequência, destacamos as observações de José Roberto dos Santos Bedaque sobre o tema:

<sup>175</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial 200901323778, Relatora Ministra Nancy Andrighi, v.u., DJE 07/02/2011.

<sup>176</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Segunda Turma. Apelação Cível 00234509720114036100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, v.u., e-DJF-3 Judicial 1,11/04/2013.

Como observei linhas atrás, nas edições anteriores sustentei a conveniência de a inversão, por configurar exceção no sistema, ser previamente anunciada pelo juiz antes do encerramento da fase postulatória, visando a assegurar o devido processo legal e a igualdade das partes no processo. [...]

Alterei parcialmente esse entendimento. Como distribuição do ônus da prova constitui regra de julgamento, somente nessa oportunidade o juiz irá preocupar-se com esse problema, assim mesmo se os fatos relevantes para a decisão não estiverem provados. Como a possibilidade de inversão está prevista em lei, nenhuma das partes será surpreendida pela adoção de um ou outro critério. Ambas devem se comportar no processo com consciência de que o juiz poderá, ao final, inverter ou não o ônus. Em outras palavras, não podem descuidar-se da produção das provas necessárias ao esclarecimento da controvérsia fática, sob pena de não obterem a tutela jurisdicional porque não demonstrado determinado fato relevante<sup>177</sup>.

### **6.3.1 Assento topológico do instrumento da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**

Realizadas essas considerações, para concluir o exame do tema aqui posto, importante destacarmos que o instrumento da inversão do ônus da prova, embora consignado no art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, melhor guardaria assento topológico no Título III da Lei nº8.078/90, que trata, especificamente, da defesa do consumidor em juízo.

Cuida-se de uma regra que não se limita à defesa do consumidor, mas que pode também ser aplicada para salvaguardar os interesses e direitos metaindividuais, conforme regem os arts.1º, I a VI e 21 da Lei nº7.347/85.

A par disso, a inversão do ônus da prova possibilitou a incidência de regime de aparência para solução dos conflitos, haja vista que a controvérsia pode ser dirimida, por exemplo, com suporte na verossimilhança do direito alegado.

Logo, com a utilização do instituto previsto no art.6º, VIII, da Lei nº8.078/90, há uma natural limitação da cognição, provocada pela parte que não produziu a prova necessária para o esclarecimento dos fatos, no tempo e modo devidos.

Aqui, pois, aparece novamente a figura da limitação cognitiva, tão importante para caracterizar a tutela jurisdicional diferenciada.

Ao conceder força incomum à verossimilhança, o sistema consagra um mecanismo processual voltado à celeridade e à efetividade.

<sup>177</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo, influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.58.

Trata-se, pois, de instituto processual diferenciado, que tem projeção além das fronteiras da Lei nº8.078/90, vale dizer, amplifica o acesso à jurisdição, possibilitando a produção do resultado útil do processo.

De outra parte, relevante salientar que o Título III do Código de Defesa do Consumidor igualmente serve para impedir lesão ou ameaça a direito, tendo em vista que suas disposições, em especial os arts.83 e 84 da Lei nº8.078/90, propiciam a conquista da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Algumas normas previstas na legislação consumerista guardam natureza mandamental ou executiva *lato sensu*, o que possibilita, com efetividade, o acesso à jurisdição, conforme a seguir será exposto.

#### **6.4 Da natureza mandamental ou executiva *lato sensu* das normas inseridas na legislação consumerista**

O art.83 da Lei nº8.078/90 prevê que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Trata-se de dispositivo construído para possibilitar o efetivo acesso à jurisdição, admitindo, para a defesa dos interesses e direitos metaindividuais, qualquer tipo de provimento jurisdicional, desde que não vedado pelo ordenamento jurídico.

Com palavras outras, o art.83 da Lei nº8.078/90 posiciona o direito instrumental a serviço do direito material, para possibilitar a conquista daquilo que é pedido na demanda.

No processo coletivo, a obtenção de tutela com o perfil tradicional, reparatório ou ressarcitório, muitas vezes não é suficiente para a salvaguarda dos direitos constitucionais ou infraconstitucionais, ganhando envergadura, nesse contexto, a natureza preventiva do provimento jurisdicional para, por exemplo, evitar a ocorrência de dano ambiental.

Logo, a exegese do art.83 deve ser realizada da forma mais ampla possível, de modo a afastar lesão ou ameaça a direito, conforme o art.5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

A propósito, transcrevemos as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

De fato, embora o processo deva proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a quem tem direito, verifica-se que as modalidades de tutela jurisdicional mais comuns não proporcionam esse resultado, mesmo em relação àqueles direitos passíveis de plena satisfação pela via jurisdicional.

Há casos, porém, muito mais graves, em que o acesso ao método estatal é difícil, ou até mesmo impossível, as técnicas previstas pelo legislador não funcionam a contento e o tempo necessário à obtenção do resultado acaba por comprometer a eficácia prática da tutela. Por isso, prestigiada corrente doutrinária entende não ser satisfatório a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, sendo necessários remédios judiciais que previnam a ocorrência de lesão. Em vez de tutela sancionatória ou repressiva, deveria o sistema processual dar maior atenção e regulamentar a tutela preventiva. Esta não se confunde com as medidas cautelares, que visam a assegurar a eficácia do próprio processo; seu objetivo é proteger de maneira direta a situação material, recaindo a providência jurisdicional no acerto prévio e definitivo do direito<sup>178</sup>.

Com efeito, alguns direitos não podem ser dimensionados apenas sob a ótica patrimonial ou econômica. Dentre eles, citamos o meio ambiente, protegido pelo art.225 da Carta Política. Qualquer lesão a este direito metaindividual produz reflexos desastrosos à coletividade, o que impõe a adoção de medidas preventivas para o resguardo, em sua inteireza, do bem difuso.

Com outra dicção, eventual lesão ao meio ambiente não pode ser reparada apenas pela via indenizatória, visto que ela, decerto, não recompõe o dano sofrido pela coletividade, conforme verificamos na ementa abaixo:

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART.3º DA LEI Nº7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART.225, §3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI Nº6.938/81, ART.25, IV, DA LEI Nº8.625/93 E ART.83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. A Lei nº7.347/85, em seu art.5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art.225, §3º) e infraconstitucionais (Lei nº6.938/81, arts.2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de

<sup>178</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo, influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.53.

pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

4. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art.129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil.

5. A exegese do art.3º da Lei nº7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).

6. Interpretação sistemática do art.21 da mesma lei, combinado com o art.83 do Código de Defesa do Consumidor ("Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.") bem como o art.25 da Lei nº8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público "IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente [...]".

7. A exigência para cada espécie de prestação, da propositura de uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa.

8. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.

9. Recurso especial desprovido.<sup>179</sup>

Com palavras outras, no contexto indicado, o alcance de eventual tutela meramente indenizatória ou ressarcitória não produzirá o efeito almejado por todos aqueles atingidos pela ação lesiva, qual seja, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Decorrem desse pensamento as considerações de Ricardo de Barros Leonel:

No processo civil moderno, particularmente nas demandas coletivas, é insuficiente a tutela reparatória ou ressarcitória, que não traz o que é imprescindível: a efetiva satisfação do direito e a pacificação dos conflitos.

Daí o surgimento e sedimentação de outras formas de tutela, como a

<sup>179</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial 200400011479, Rel. Min. Luiz Fux, v.u., DJ 31/08/2006.

inibitória ou preventiva, não somente no âmbito individual, mas também no coletivo.

Assim, é elogiável a preocupação demonstrada pelo legislador ao determinar o cabimento de todas as espécies de “ações”. Não obstante a dicção legal seja passível de crítica, dado seu cunho civilista, como resquício da terminologia inerente ao período sincretista da evolução da ciência processual, a previsão tende a afastar qualquer dúvida que possa surgir quanto ao cabimento de quaisquer pedidos, e, conseqüentemente, quanto à consecução de todas as espécies de tutela possíveis.

Deste modo, toda e qualquer demanda e, conseqüentemente, toda e qualquer espécie de tutela, são admissíveis no processo coletivo. [...]<sup>180</sup>

E, ao final, conclui o autor:

No processo coletivo, além das tutelas tradicionais acima citadas, pode-se falar em tutela específica, preventiva ou inibitória etc. É cabível qualquer tutela não vedada, *a priori*, no ordenamento, desde que adequada e suficiente ao atendimento do direito material violado. Adequação e suficiência são os critérios norteadores da tutela coletiva. Acrescente-se que, como em muitas situações o melhor resultado só pode ocorrer caso evitado o ato lesivo ou conduta ilícita, ganham importâncias as tutelas preventivas, inibitórias e de remoção do ato ilícito ou lesivo praticado em continuação<sup>181</sup>.

De outra parte, é importante dizer que o objetivo estampado no art.83 do Código de Defesa do Consumidor, de conquista efetiva da tutela jurisdicional, tem assento em outros dispositivos da legislação consumerista.

Dentre eles, destacamos o art.84 do Código de Defesa do Consumidor, complemento que é do art.83 do mesmo diploma legal, conforme observa Kazuo Watanabe:

A todos esses textos legais, constitucionais e infraconstitucionais, soma-se agora um dispositivo de natureza processual (art.83 do Código) para deixar estreme de dúvidas, definitivamente, que o nosso sistema processual para a tutela dos interesses e direitos dos consumidores (e também de outros direitos e interesses difusos e coletivos – art.90, Código) é dotado de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Esse preceito é complementado pelo art.84, como se verá mais largamente no comentário respectivo, que confere mais poderes ao juiz (e também às próprias partes, pois é através do seu pedido que os poderes do juiz são ativados) para conferir ao processo, mais especificamente ao

<sup>180</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.317-318.

<sup>181</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2013, p.319.

seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto. [...] <sup>182</sup>.

Com o art.84, no que toca às obrigações de fazer e não fazer, o Código de Defesa do Consumidor prevê a incidência de diversos mecanismos para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento, dentre eles, a imposição de multa diária ao réu, a busca e apreensão, a remoção de coisas e pessoas, o desfazimento de obra, o impedimento de atividade nociva e a requisição de força policial.

No processo civil ortodoxo, a preocupação do legislador não foi diferente, haja vista que o art.461 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao microssistema coletivo, guarda paridade com o art.84 do Código de Defesa do Consumidor.

A execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser conquistada pelo provimento mandamental, executivo *lato sensu* ou por meio da conjugação de ambos, consoante ponderações de Kazuo Watanabe:

33. A execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançada através do provimento mandamental ou do provimento executivo *lato sensu*, ou da conjugação de ambos.

Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do crime de desobediência, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo *lato sensu*, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução.

Dentre os vários meios de execução possíveis, certamente as medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra de tipo diferente são bastante eficazes. Bem se percebe que não estamos falando de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos. E sim de sub-rogação propiciadora da

---

<sup>182</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.110.

execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente<sup>183</sup>.

A previsão desses instrumentos processuais para a realização do direito material revela modelo de tutela jurisdicional diferenciada, concebido para proporcionar ao demandante exatamente aquilo que lhe é assegurado pela lei, com a adaptação das normas processuais. A propósito, colho as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

Assim, quando se fala em tutela jurisdicional, surge o problema da escolha dos meios praticamente idôneos para a efetivação do direito, visto que há óbices difíceis de transpor.

A grande diversidade de situações substanciais exige, evidentemente, a adoção de diversas formas de tutela. Não se pode perder de vista essa necessária relação de instrumentalidade, que só se efetivará na medida em que apresente resultados concretos. O método estatal de solução de controvérsias deve ser apto a atingir os escopos pretendidos.

Verifica-se que o estudo do direito processual pelo prisma da tutela jurisdicional corresponde ao fim do momento autonomista e à conscientização de que o importante é a busca do resultado útil para o processo. Tudo isso leva à necessária relativização do binômio direito-processo.<sup>184</sup>

Sob a ótica pragmática, trazemos um exemplo de natureza ambiental (dever de não poluir), apresentado por Kazuo Watanabe, que explica como ocorre a busca pela efetividade do direito material:

Pensemos, por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser subrogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.) e descumprida esta obrigação subrogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coletivamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial (§5º do art.461). São meios subrogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no §1º do art.461. Para isto, o juiz usará do poder discricionário que a lei lhe concede (fala o §5º do art.461 em determinação de `medidas necessárias´ para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente). A discricionariedade deve ser bem entendida. Não se trata de adoção

<sup>183</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.117.

<sup>184</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo, influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p.53.

arbitrária de qualquer medida, e sim as medidas adequadas e necessárias (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente<sup>185</sup>.

Acerca dessa expansão dos poderes do magistrado, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida analisa que sua utilização deve ser realizada com razoabilidade e prudência:

A legislação mais recente vem propiciando, entre outros aspectos, a ampliação dos poderes do magistrado, para que preste uma adequada e efetiva tutela jurisdicional, exigindo-lhe prudência, perícia e discernimento no manejo adequado, em toda a sua potencialidade, principalmente da tutela cautelar, da tutela antecipada e da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Importa utilizar essas tutelas em toda a sua potencialidade, mas com prudência e discernimento. E aí residem outros tantos desafios<sup>186</sup>.

Em resumo, pode-se afirmar que o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor desvela inédito *modus operandi* para a realização do direito material, haja vista que estabelece a supremacia da tutela específica ou do resultado prático equivalente, com a ampliação dos poderes do magistrado, acolhendo a reparação de danos como via excepcional, último recurso, para a solução do conflito.

Para concluirmos este tópico, destacamos que é de extrema relevância a obtenção da tutela específica na ação coletiva, tendo em vista o perfil e a amplitude deste tipo de demanda, que visa a resguardar os direitos e interesses metaindividuais.

No direito ambiental, por exemplo, a atuação do magistrado, ao tempo da apreciação do provimento liminar, deve ser direcionada para proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da Constituição Federal de 1988, com a imposição prioritária de medidas de caráter preventivo para evitar a eclosão ou a progressão do dano noticiado nos autos.

O magistrado deve conceder a antecipação dos efeitos da tutela específica para preservar o meio ambiente, nos termos do art.84, §3º, do

---

<sup>185</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. V.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.117.

<sup>186</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p.129.

Código de Defesa do Consumidor, conforme constata Marcello Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel:

6. Tutela de urgência X tutela específica: a fim de garantir a eficácia do provimento jurisdicional, bem como a integridade do direito material tutelado, deve o magistrado conceder antecipação da tutela específica pleiteada desde que presentes os requisitos autorizadores, quais sejam, (I) o requerimento da parte interessada; (II) a verossimilhança das alegações, fundada em prova inequívoca; (III) o *periculum in mora*; (IV) a inexistência de *periculum in mora* inverso ou, pelo menos, sua menor importância frente ao *periculum in mora*; (V) a reversibilidade fática da medida, outro requisito que também pode ser deixado de lado desde que a tutela de direito material tenha importância tal que exija do juiz o deferimento da medida, sob pena de perecimento do objeto protegido.

O art.84 do CDC, bem como o art.461 do CPC permitem, expressamente, que a tutela seja antecipada *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do réu, o que não exclui, todavia, que o magistrado se utilize de algum expediente mais expedito do que a citação, como a justificação prévia, que poderia ser deferida para ser realizada em um prazo máximo de 48 horas, por exemplo, a fim de obter melhores condições de julgar. O fundamento jurídico de tal medida poderia ser o art.342 do CPC, que defere ao julgador o poder de convocar em juízo as partes, a qualquer momento, para esclarecer questões referentes ao processo<sup>187</sup>.

Ainda sobre a necessidade de concessão da tutela específica, os autores analisam:

Será que há dinheiro no mundo que pague a extinção de uma espécie endêmica, causada pela lentidão do Judiciário em impedir o desmatamento ou outra forma de agressão à cobertura vegetal da área em que se encontra o elemento ambiental ameaçado? Com certeza, não. Dessa forma, é dizer que a tutela específica, se já possui um papel de destaque na moderna dinâmica do direito processual civil, deve tê-lo ainda em maior conta no que tange à jurisdição civil coletiva<sup>188</sup>.

Por fim, promovemos, em seguida, o relato das conclusões decorrentes desta dissertação.

---

<sup>187</sup> RODRIGUES, Marcello Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à tutela coletiva**. Lei da ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor. Lei de Ação Popular. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.131- 132.

<sup>188</sup> RODRIGUES, Marcello Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à tutela coletiva**. Lei da ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor. Lei de Ação Popular. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.130.

## 7 CONCLUSÃO

As diversas conclusões desta pesquisa foram expostas ao tempo em que os tópicos alinhavados foram construídos.

Desde logo, nossa preocupação inicial pautou-se por demonstrar que o acesso à justiça somente ocorre com a entrega do direito material postulado pela parte, caso o pedido seja acolhido. Não se concebe mais, nos dias atuais, o mero acesso formal à justiça.

Em consequência, destacamos no início deste estudo que a desenvoltura do regime da tutela jurisdicional diferenciada somente é factível com o acesso à justiça, nos termos do art.5º, XXXV, da Carta Política.

Concluimos, assim, que as ideias de tutela jurisdicional diferenciada e de conquista do resultado útil do processo assentam-se nas raízes da Carta Política de 1988.

Não obstante, não basta que os direitos fundamentais estejam previstos na Carta Política. A afetividade da jurisdição é, portanto, uma preocupação recorrente que se revela no plano constitucional e na processualística contemporânea. Daí o objetivo ser a obtenção de um resultado útil, externo ao processo, assente no plano factual.

Com palavras outras, o acesso efetivo à justiça somente se concretiza com a entrega do bem da vida tutelado pela norma. Para tanto, a legislação de regência deve acolher os mecanismos processuais necessários para satisfazer materialmente a pretensão requerida, seja ela de ordem cautelar ou satisfativa. Diante disso, somente o encontro do direito processual com o direito material poderá propiciar a efetiva entrega da tutela jurisdicional, no tempo esperado.

Estudamos, em seguida, o regime da tutela jurisdicional diferenciada, consignando-se, como conclusão, o seu nascimento no Código de Processo Civil, com destaque para o art.798 do diploma legal, especialmente quanto às medidas cautelares que jamais guardaram uma diretriz meramente assecuratória.

Quanto às demandas coletivas, concluimos que a formação de um microsistema legal consolidou técnicas de tutela jurisdicional diferenciada, aptas a adequar o instrumento processual à consecução do direito material.

Assim, desenhou-se no âmbito coletivo a efetividade do processo, com a utilização do instrumental consolidado para amparar o direito substancial em novas e específicas frentes, por exemplo, o plano metaindividual.

Progredindo, após o estudo da coisa julgada coletiva, concluímos no sentido da existência da limitação cognitiva.

Com o destaque para a natureza indivisível do direito difuso ou coletivo, compreendemos que não há espaço para o provimento jurisdicional de cunho singular, particularizado, no âmbito das ações coletivas.

A entrega jurisdicional, no âmbito metaindividual, como reclama o direito material, tem como destino o coletivo, e não o individual. Essa limitação de cognição foi construída justamente para abranger aquele feixe do direito que a todos é comum, propiciando a efetividade e a celeridade conforme destacamos nesta dissertação.

Em outro plano, constatamos que a limitação da cognição é mais transparente quando o exame recai sobre a figura do transporte *in utilibus*, com o aproveitamento na liquidação do julgado, pelo indivíduo, da comprovação da existência do dano outrora firmada na ação coletiva (transporte *in utilibus*).

Citamos, ainda, a liquidação individual do julgado proferido na demanda coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, sustentando que as vítimas ou sucessores demonstrarão a existência do nexo de causalidade entre o dano suportado e o prejuízo sofrido, sem a necessidade de comprovar, na liquidação, a ocorrência da lesão, objeto da ação coletiva.

Afirmamos que o provimento jurisdicional posto para antecipar os efeitos da tutela também acautela. Em outro vértice, aquele nascido para assegurar pode satisfazer. Donde concluímos que, outorgada para satisfazer ou acautelar, a tutela jurisdicional apresenta-se como a medida necessária à produção do resultado útil do processo, ora predominando a satisfatividade ora a referibilidade.

Ressaltamos, ainda, que o sincretismo delineado no art.273, §6º, do Código de Processo Civil encontra assento natural no microsistema coletivo, especialmente porque revela uma simbiose de técnicas processuais, desvelada na redação originária do art.4º da Lei nº7.347/85.

Esse idealismo sincrético, que ganhou forma e força no plano normativo coletivo recém-construído, distingue a tutela jurisdicional em prol da celeridade e da eficiência.

O §7º do art.273 do Código de Processo Civil, por sua vez, consignou no direito posto, com uma dicção aberta, aquilo que se extraía do art.4º da Lei nº7.347/85 e do poder geral de cautela (e de antecipação), insculpido pelo art.798 do mesmo diploma.

Da mesma forma, demonstramos a relação de paridade entre o art.84 do Código de Defesa do Consumidor e o art.461 do Código de Processo Civil para a conquista da execução específica ou do resultado prático equivalente.

Em outro movimento, concluímos pela inconstitucionalidade do art.16 da Lei da Ação Civil Pública, incompatível com o ideário de efetividade da tutela jurisdicional, citando um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, proferido com a observância do regime estabelecido pelo art.543-C do Código de Processo Civil.

A partir da exposição dos instrumentos processuais postos na legislação de regência, de ementas de julgados e da individualização de casos concretos, buscamos demonstrar como o regime da tutela jurisdicional diferenciada, desenhado no Código de Processo Civil e no microsistema coletivo, é imprescindível para a efetividade da justiça e o alcance do resultado útil do processo, tão desejados pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista>. Acesso em: 7 out. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência**: tentativas de sistematização. 2.ed. rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo, influência do direito material sobre o processo**. 6.ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5.ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi (traduzido da edição italiana de 1936). Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.X, t.I. São Paulo: RT, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpresso em 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução do original italiano. 2.ed. "Instituzioni di Diritto Processuale Civile" por Paolo Capitanio. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2009.

DECLARAÇÃO do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 8 nov.2014.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v.2. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERNANDES, Iara de Toledo. Tutela de urgência na ação civil pública. In: (Coords.) MAZZEI, Rodrigo Reis & Nolasco; DIAS, Rita. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FREIRE E SILVA, Bruno. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: (Coord.) MAZZEI, Rodrigo;

NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. (Orgs.) **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. v.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.VIII, t.I, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Atualizado por Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As ideologias do processo e a ação civil pública. In: (Coords). MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 7.ed. São Paulo: RT, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. t.IV. 2.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 1993.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor nº22**, abr. 1997.

PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: [www.pucsp.br/tutelacoletica/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletica/download/artigo_patricia.pdf). Acesso em: 30 nov. 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3.ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à tutela coletiva**. Lei da ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor. Lei de Ação Popular. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 2.ed. São Paulo: RT, 2012.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Tutela de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 24.ed.rev.e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v.V. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

## LEGISLAÇÃO E JULGADOS

BRASIL. **Constituição Federal** (1988).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial 200400011479, Rel. Min. Luiz Fux, v.u., DJ 31/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Medida Cautelar 2136, Rel. José Delgado, v.u, DJ 20/08/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial 200901323778, Rel.Min. Nancy Andrighi, v.u., DJE 07/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial – 1107511, Rel. Herman Benjamin, DJE 06/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial 201001847486, Min. Eliana Calmon, v.u, DJE 22/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção, Conflito de Competência 109.435, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 15/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial 1243386. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento 12/06/12, DJE 26/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.391.198-RS. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Julgamento 13/08/2014, DJE 02/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial 200400411259, Rel.Min. Luiz Fux, v.u, DJ 14/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial 1389622, AGRESP 201301885328. Rel.Min.Felipe Salomão, DJE 24/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial 1221254, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 13/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial 695396. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u, DJE 27/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Rel.Luiz Fux, Resp 1085218,v.u.,DJE 06/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial 714710, Rel. Min.Herman Benjamin, DJE 07/02/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial 200602112988. Rel.Min. Humberto Martins, v.u., DJ 17/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção. Conflito de Competência 109.435, Rel.Napoleão Nunes Maia Filho. DJE 15/12/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1, Quinta Turma. Rel. Des. Fed. Souza Prudente, Agravo de Instrumento, v.u, e-DJF1 02/09/13.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2, Sétima Turma. Rel. Des. Fed. José Neiva. Apelação/reexame necessário 200850010003739, v.u, E-DJF2R, 23/06/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2, Sexta Turma Especializada. Des. Fed.Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Apelação Cível 319448, v.u., DJU 29/10/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Quarta Turma. Relator para o acórdão Juiz Convocado Paulo Sarno, Apelação Cível 1230782, por maioria, DJF3 Judicial 1 09/05/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Segunda Turma. Apelação Cível 00234509720114036100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, v.u., e-DJF-3 Judicial 1, 11/04/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Primeira Turma. Apelação Cível 00220355120084030000, Rel. Des.Fed. Johansom Di Salvo, v.u., e-DJF-3 14/03/13.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3, Primeira Turma. Apelação Cível 00092317220084036104, Rel.Des.Fed.Johansom Di Salvo, v.u., e-DJF-3 26/09/12.

BRASIL.Tribunal Regional Federal 3, Terceira Turma. Agravo de Instrumento 00357632820094030000, Rel.Des.Fed.Cecilia Marcondes, v.u, e-DJF3 11/10/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3. Oitava Turma. AI 00710676420044030000. Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., DJU 13/12/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5, Segunda Turma. Des.Fed. Petrucio Ferreira, Apelação Cível 9805346919, v.u, DJ 11/12/1998.

VADE MECUM SARAIVA. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## **REFERÊNCIAS NORMATIVAS (ABNT)**

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração