

**AÇÕES COLETIVAS: TUTELA ANTECIPADA E LIMINARES**

**SUZANA ZADRA**

# **TUTELA ANTECIPADA EM AÇÕES COLETIVAS**

**SUZANA ZADRA**

**ORIENTADOR : PROF. DR. JORGE LUIZ DE ALMEIDA**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito – UNIMEP como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de Concentração em Direito, Estado e Sociedade, com obtenção do conceito A**

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e filhas  
a Deus, com humildade.

## RESUMO

A autora procura mostrar que a sistemática do processo civil brasileiro tem passado por uma notável evolução nos últimos anos, com a introdução de institutos que melhor respondem aos interesses de quem sofre pela demora decorrente da prestação jurisdicional.

Como exigência de uma sociedade que também passa por profundas mudanças, o direito, dinâmico como é, buscará encontrar soluções, procurando adaptar-se à realidade.

Após um breve relato histórico do ordenamento jurídico processual brasileiro, e da natureza do direito de ação, passou-se à análise do processo cautelar, desdobrando-se nas ações típicas e atípicas.

A expressão processo cautelar foi utilizada pela primeira vez no Anteprojeto de Código de Processo Civil.

Dentro do capítulo das ações cautelares nominadas, após especificação de seus pressupostos, foram vistas a cautelar de arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos, notificação e interpelação, homologação do penhor legal,

posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos, além de outras medidas provisionais.

Os requisitos específicos de cada medida cautelar típica foram tratados dentro do item pertinente.

As ações cautelares foram analisadas não só quanto à sua capacidade de assegurar a efetividade do direito, mas também como instrumento de realização do Princípio do Acesso à Justiça, pois, "*mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça*".<sup>1</sup>

O direito de acesso à Justiça garantido constitucionalmente assenta-se na adequada utilização de instrumentos processuais até a derradeira entrega do bem jurídico a quem pertença.

Não se pode ignorar o papel das medidas cautelares em face da inevitável demora da entrega da prestação jurisdicional, afirmação que por si mesma abarca um de seus pressupostos: o *periculum in mora*.

Enquanto não houver soluções para o rápido término do litígio, muito se utilizará das medidas cautelares, sobretudo as atípicas.

Relatou-se sobre divergência das posições em relação à existência de um terceiro gênero de ação.

Inserido neste contexto, também é objeto de exame o poder geral de cautela, tecendo-se considerações sobre sua discricionariedade.

Na seqüência, a autora analisa a medida liminar e sua função preventiva no processo, bem como o âmbito da liberdade jurisdicional para o seu deferimento.

---

<sup>1</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

Com o estudo do direito comparado, em especial das medidas cautelares, registra-se um Poder Geral de Cautela mais amplo à disposição do magistrado, conferindo-lhe um instrumento realmente capaz de evitar lesão grave ou de difícil reparação.

Em capítulo próprio cuida-se do instituto da antecipação de tutela, introduzido há poucos anos no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se entre seus requisitos o abuso de direito de defesa, que passa a equilibrar a lentidão do processo. Este fundamenta-se na cognição plena e exauriente, e demanda um tempo que acaba sempre beneficiando o réu que não tem razão.

A autora se ocupa de analisar também algumas ações de natureza coletiva, que, por tutelarem direitos e interesses transindividuais, coletivos e individuais homogêneos, trazem soluções na diminuição do número de ações que tramitam no Poder Judiciário, desafogando-o da quantidade de demandas iguais que podem ser solucionadas por um só processo.

Conjugam-se as ações coletivas às tutelas de urgência, chegando a conclusões que demonstram serem aquelas instrumentos processuais adequados para a defesa de interesses transindividuais, e, aliadas à antecipação de tutela, constituem meio eficaz para a solução de inúmeros conflitos dentro de um único processo.

O Código de Defesa do Consumidor definiu os contornos de interesses difusos, coletivos e individual homogêneo, conferindo maior proteção à figura do consumidor, parte hipossuficiente. Possibilita, ainda, a concessão de tutela antecipada de ofício pelo juiz, colocando-o

não como um ser distante da realidade social, mas como um realizador do direito e da Justiça.

## SUMMARY

The author seeks to show that the system used in Brazilian civil procedure has evolved considerably in recent years, with the introduction of legal devices which better address the interests of those who often face long delays before seeing their cases come to final judgment.

In response to demands from society in general, which is also going through impressive changes, the law is seeking solutions and adapting to new realities.

After a brief historical description of the Brazilian procedural system and the nature of the right to file actions, the author presents an analysis of the process of preventive injunctions, broken down into typical and atypical.

The expression preventive was used for the first time in the Preliminary Draft of the Code of Civil Procedure.

In the chapter on in personam interlocutory injunctions, after specifying their presuppositions, the following injunctions are treated: injunctions for seizure, for guaranty, for search and seizure, for exhibition, for anticipated presentation of proof, for provisional alimony, for inventories, for justification, for protest, for notification and summons, for ratification of legal pledge, for possession in the name of unbom child, for offense, and for protest, and seizure of securities, as well as other temporary measures. The specific requisites for each type of injunction are treated under each respective item.

Actions of injunction were analyzed not only regarding their capacity to assure the accordance with the law, but also as instruments for fulfilling the Principle of Access to Justice, since '*more than doing justice, (they) serve to guarantee the effective function of justice*'.

The constitutionally guaranteed right of access to justice depends on the adequate employment of procedural instruments until final justice has been done. The important role of injunctions cannot be ignored, due to the inevitable delays which suits undergo until being finally judged, a position ratified by *periculum in mora*, the danger in delay. Therefore, since there is no way to guarantee the rapid conclusion of a legal proceeding, considerable use is made of injunctions, especially of the atypical type.

The various positions in the debate regarding the existence of a third type of action are also treated. In addition, the general power of prevention is discussed and considerations are made on its discretionary character. The author then analyzes the preliminary injunction, its preventive function in proceedings, and the sphere of the judge's freedom to approve it.

With the study of comparative law, especially of restraining orders, judges have broader general power of injunction, and they are thus better able to avoid serious or virtually irreparable injury.

A specific chapter is dedicated to anticipation of tutelage, introduced into the Brazilian legal system several years ago. The author especially emphasizes the need for such in order to curtail abuse of right to defense. The result of such anticipation is a mitigation of the

slowness of court proceedings. In fact, the slow nature of proceedings is based on the need for full knowledge. This requires time and, in the end, always benefits a defendant who is nevertheless in error.

The author likewise analyzes certain actions of a collective nature. By protecting homogenous transindividual, collective and individual rights and interests, these types of proceedings help to reduce the number of actions in progress before the courts, thus relieving the judges of the great volume of identical claims that could be settled by single decisions.

Collective actions are compared with those of urgent tutelage. The author comes to conclusions which indicate that the former are adequate procedural instruments for defending transindividual interests and, allied with anticipation of tutelage constitute an effective way to settle various cases in a single proceeding.

The Consumer Defense Code provided a general definition of diffuse, collective and homogenous individual interests, guaranteeing greater protection to the consumer, seen as the more vulnerable party. It also provides that judges may grant anticipated tutelage *ex officio*, thus situating them not as distant figures indifferent to social reality, but as those who guarantee right and distribute Justice.

## SINTESI

L'autrice cerca di mostrare che la sistematica del processo civile brasiliano è passato per una notevole evoluzione negli ultimi anni, con l'introduzione di istituzioni che meglio rispondono agli interessi di coloro che *risentono* del ritardo risultante dalla prestazione giurisdizionale.

Per andare incontro alle esigenze di una società, anch'essa in fase di profonde modificazioni, il diritto, nel suo dinamismo, cercherà di trovare delle soluzioni e di adeguarsi alla realtà.

Dopo una breve narrazione storica del nostro ordinamento giuridico processuale e della natura del diritto di azione, è stata fatta l'analisi del processo cautelare sdoppiato in azioni tipiche e atipiche.

Il termine processo cautelare è stato usato la prima volta nell'Antiprogetto del Codice di Processo Civile.

Nel capitolo riguardante le azioni cautelari nominate, dopo una specificazione dei presupposti, sono state esaminate le cautelari d'arresto, sequestro, cauzione, perquisizione e sequestro, esibizione, produzione anticipata di prove, alimenti provvisori, inventario di beni, giustificazione, protesti, notificazioni e interpellanze, omologazione del pegno legale, possesso a nome del nascituro, attentato, protesto e sequestro di titoli e altre misure provvisori.

I requisiti specifici di ogni misura cautelare tipica sono stati analizzati nella pertinente sezione.

Le azioni cautelari sono state analizzate non solo per quanto riguarda la loro capacità di assicurare l'effettività del diritto, ma anche come strumento di realizzazione del Principio di Accesso alla Giustizia poiché, *“più che fare giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia”*.

Il diritto di accesso alla Giustizia, garantito costituzionalmente, si appoggia sull'adeguata utilizzazione di strumenti processuali fino all'ultima consegna del bene giuridico a chi di diritto.<sup>2</sup>

Non si può ignorare la funzione delle misure cautelari tenendo conto l'inevitabile ritardo della consegna della prestazione giurisdizionale, affermazione che di per sé contiene uno dei suoi presupposti: il *periculum in mora*.

Finché non si trovino soluzioni per una rapida conclusione del litigio, si continuerà a ricorrere alle misure cautelari, in particolar modo a quelle atipiche.

È stata riferita la divergenza delle posizioni in relazione all'esistenza di un terzo genere di azione.

Inserito in questo contesto è anche oggetto d'esame il potere generale di cautela, con considerazioni sulla sua discrezionalità.

In seguito l'autrice analizza la misura di impugnazione e la sua funzione preventiva nel processo, nonché la libertà giurisdizionale per il suo differimento.

---

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares.** Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

Con lo studio del diritto comparato, in particolare delle misure cautelari, si ha un Potere Generale di Cautela più ampio a disposizione del magistrato, attribuendogli uno strumento veramente capace di evitare lesione grave o di difficile riparazione.

Nell'apposito capitolo si esamina l'istituto dell'anticipazione di tutela, inserito pochi anni fa nel nostro ordinamento giuridico, mettendo in evidenza tra i suoi requisiti l'abuso al diritto di difesa che serve ad equilibrare la lentezza del processo. Questo si basa sulla piena ed esauriente cognizione e esige un certo tempo che alla fine beneficia l'imputato che ha torto.

L'autrice analizza altresì alcune azioni di natura collettiva che, tutelando diritti ed interessi transindividuali, collettivi ed individuali omogenei, presentano soluzioni per diminuire il numero di azioni in corso presso il Potere Giudiziario, dando sollievo alla quantità di richieste identiche che possono essere risolte in un unico processo.

Si congiungono le azioni collettive alle tutelari d'urgenza e si arriva a conclusioni che dimostrano che le prime sono strumenti processuali adeguati alla difesa di interessi transindividuali, e alleate all'anticipazione della tutela, costituiscono un efficace mezzo per la soluzione di innumerevoli conflitti di un unico processo.

Il Codice di Difesa del Consumatore ha definito la linea di condotta degli interessi diffusi, collettivi ed individuale omogeneo, dando una maggior protezione al consumatore, parte iposufficiente. Rende inoltre possibile la concessione di tutela anticipata per iniziativa

ed autorità propria del giudice, non come un essere lontano dalla realtà sociale, bensì come uno che esercita il diritto e la Giustizia.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>i</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>ii</b>
<b>SUMMARY.....</b>	<b>v</b>
<b>SINTESE.....</b>	<b>viii</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>I - DA AÇÃO.....</b>	<b>18</b>
<b>1.1 Histórico.....</b>	<b>18</b>
<b>1.2 Teorias civilista, concretista e abstrativista.....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.1 Teoria civilista.....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.2 Teoria concretista.....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.3 Teoria abstrativista.....</b>	<b>25</b>
<b>II – PROCESSO CAUTELAR .....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 Ações cautelares típicas.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1.1 Arresto.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1.2 Seqüestro.....</b>	<b>35</b>

2.1.3 Caução.....	38
2.1.4 Busca e apreensão.....	40
2.1.5 Exibição.....	41
2.1.6 Produção antecipada de provas.....	46
2.1.7 Alimentos provisionais.....	51
2.1.8 Arrolamento de bens.....	55
2.1.9 Justificação.....	56
2.1.10 Protestos, notificações e interpelações.....	58
2.1.11 Homologação de penhor legal.....	61
2.1.12 Posse em nome do nascituro.....	63
2.1.13 Atentado.....	66
2.1.14 Protesto e apresentação de títulos.....	69
2.1.15 Outras medidas provisionais.....	74
2.2 Ações cautelares atípicas.....	78
2.3 Poder geral de cautela.....	80
2.4 Liminares.....	86
<b>III - DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>94</b>
3.1 Direito romano.....	94
3.2 Direito alemão.....	95
3.3 Direito português.....	96
3.4 Direito francês.....	98
3.5 Direito norte-americano.....	99
3.6 Direito inglês.....	101
3.7 Direito espanhol.....	102

3.8	Direito peruano.....	103
3.9	Direito italiano.....	104
<b>IV - TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA.....</b>		<b>107</b>
4.1	Antecipação de tutela.....	107
4.1.1	Dano irreparável ou de difícil reparação.....	110
4.1.2	Incontrovérsia de um dos pedidos .....	112
4.1.3	Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	112
4.1.4	Irreversibilidade.....	113
4.1.5	Providência cautelar e o princípio da fungibilidade .....	123
<b>V - INTERESSE SUPRA-INDIVIDUAL.....</b>		<b>123</b>
5.1	Interesses ou Direitos – Distinção.....	123
5.2	Interesse difuso, coletivo e individual homogêneo.....	125
<b>VI - AÇÕES COLETIVAS.....</b>		<b>130</b>
6.1	Ação civil pública .....	130
6.1.1	Objeto .....	130
6.1.2	Foro competente .....	133
6.1.3	Legitimidade .....	135
6.1.4	Transação e compromisso de ajustamento .....	137
6.1.5	Inquérito civil público .....	140

6.1.6	Sentença e recurso .....	141
6.2	Mandado de segurança coletivo.....	146
6.2.1	Conceitos.....	146
6.2.2	Pressupostos.....	146
a)	Direito líquido e certo.....	147
b)	Ato coator, ato ilegal e abuso de poder.....	147
6.2.3	Objeto.....	149
6.2.4	Legitimidade.....	150
a)	Partidos políticos com representação no Congresso Nacional.....	150
b)	Entidades de Classe.....	152
c)	Sindicatos.....	152
d)	Associações.....	152
6.2.5	Assistência litisconsorcial.....	153
6.2.6	Legitimidade passiva.....	153
6.2.7	Litisdependência.....	155
6.3	Ação direta de inconstitucionalidade.....	155
6.3.1	Competência.....	156
6.3.2	Legitimidade.....	156
6.3.3	Objeto.....	157
6.3.4	Defesa.....	158
6.4	Ação declaratória de constitucionalidade .....	159
6.4.1	Competência .....	160
6.4.2	Legitimidade .....	160
6.4.3	Procedimento .....	161

6.4.4 Julgamento .....	162
6.5 Código de Defesa do Consumidor.....	165
6.5.1 Consumidor.....	165
6.5.2 Legitimação.....	167
a) Ministério Público.....	167
b) União, Estados, Distrito Federal e Municípios.....	168
c) Entidades ou órgãos de administração pública.....	168
d) Associações civis.....	169
6.5 Ação popular .....	170
6.6.1 Conceito .....	172
6.6.2 Anulação de declaração de nulidade de atos .....	172
6.6.3 Competência .....	175
6.6.4 Partes .....	176
6.6.5 Procedimento.....	178
VII - TUTELA ANTECIPADA E LIMINARES EM AÇÕES COLETIVAS.....	180
VIII - CONCLUSÕES.....	197
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	200

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho não cuida somente de ações coletivas e de tutela antecipada, apesar de seu título sugestivo, mas também das ações cautelares, que em muito contribuem para a efetividade do processo.

O processo civil, nos últimos anos, tem passado por profundas transformações, sendo que alguns de seus instrumentos foram destinados à adequação da realidade social.

A preocupação com a efetividade do processo conjugado à entrega célere da prestação jurisdicional tem sido alvo de constantes indagações, não só por parte de doutrinadores, mas por toda a sociedade.

A escolha do tema deste trabalho se destina justamente a mostrar os institutos que vêm ao encontro de tais preocupações, para a realização célere da justiça, tomado sob o ponto de vista coletivo, ora com a aplicação da antecipação dos efeitos da tutela, ora com medidas liminares.

Os conflitos de massa, resultantes de uma sociedade também de massa, devidos ao crescimento demográfico e à evolução tecnológica dos últimos anos, clamam por soluções que em parte se traduzem nos direitos difusos e coletivos.

Não há pretensão de esgotar o tema, mas sintetizar em um trabalho a conjugação de parte da solução: medidas cautelares para segurança da lide principal e garantia da efetividade, e aplicação da antecipação de tutela nas ações coletivas.

A dissertação se divide em oito capítulos.

Após as considerações introdutórias que compõem o Capítulo I, será analisada a evolução do sistema processual a partir de seu histórico, que se confunde com a própria evolução social brasileira, seguido das teorias sobre o direito de ação.

O Capítulo 2 se refere ao processo cautelar, e será subdividido em: ações típicas, em que se especificará cada medida, bem como seu procedimento; ações atípicas; Poder Geral de Cautela e Medidas liminares. Dentro deste item, serão analisados a autonomia do processo cautelar, os limites do poder geral de cautela e sua discricionariedade.

O direito comparado foi o tema do Capítulo 3, iniciando-se pelo direito romano, na busca das raízes do poder geral de cautela. Este mesmo instituto, juntamente com as medidas cautelares e sua posição como processo autônomo, será analisado no sistemas processuais alemão, português, francês, norte-americano, inglês, espanhol, peruano e italiano, como também alguns aspectos da tutela coletiva.

A tutela jurisdicional de urgência foi escopo do Capítulo 4, em que será estudado o instituto da antecipação de tutela e seus requisitos: dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e a irreversibilidade. Este último, sobre o

aspecto de equilíbrio temporal do processo. Também serão questionadas as situações passíveis de revogação da antecipação de tutela.

Situa-se no quinto Capítulo, intitulado Interesse supra-individual, as considerações sobre a distinção entre os conceitos de direito ou interesses coletivos, usados pela doutrina como sinônimos. Como preparação para o próximo capítulo, estudam-se também os conceitos de direito difuso, coletivo e individual homogêneo.

Após o estudo destes conceitos, serão analisadas no Capítulo 5 os seguintes institutos coletivos: ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, código de defesa do consumidor e ação popular.

No Capítulo 7, destinado à tutela antecipada em ações coletivas, foi analisado a tutela de urgência em cada tipo de procedimento estudado no capítulo anterior, bem como a coisa julgada e a extensão dos efeitos da decisão.

Por último, apresenta-se a conclusão deste trabalho, em exame conjunto com os demais Capítulos, pretendendo com esta pesquisa contribuir com o caminhar da doutrina na busca da efetividade do processo.

## **I - DA AÇÃO**

### **1.1 Histórico**

As Ordenações Filipinas vigentes no Brasil-Colônia continuaram em vigor, mesmo após a independência, assim determinado pelo decreto de 20 de outubro de 1823.

Também vigeram as ordenações Afonsinas e Manuelinas, com as normas processuais brasileiras servindo-se das ordenações do reino e de toda legislação pela qual o país era regido.

Em 1832 houve o primeiro esboço de Código de Processo Civil, promulgado pela Lei de 20 de novembro de 1832, juntamente com o Código de Processo Criminal, cujo nome era Disposição Provisória Acerca da Administração da Justiça Civil, que em pouco melhorou o problema da não-codificação das leis. Posteriormente, com a Lei nº 2.033 de 1871, o juriconsulto Conselheiro Antônio Joaquim Ribas foi incumbido da codificação, para melhor aplicação da legislação até então esparsa. A chamada Consolidação de Ribas tornou-se obrigatória pela Resolução Imperial de 28 de setembro de 1876 .

O Código Comercial foi editado em 1850, e, no mesmo ano, o Regulamento 737, dispondo de normas processuais aplicáveis ao Código Comercial .

Ainda vigiam no ordenamento jurídico brasileiro os assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, que vinculavam a interpretação das leis e ordenações não aos casos individuais, mas àqueles de forma geral em comum. Assim, o Decreto nº 2.684 de 23.10.1875 conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça competência para análise do direito em tese, no caso de divergência de julgamentos no mesmo Tribunal.

Com a proclamação da República , pelo Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, o Regulamento 737 passou a ser observado também nas causas cíveis. Promulgado nesta fase, o Decreto nº 859, de 26 de abril de 1890, que retirava a preliminar de conciliação prévia, e ainda o Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, regulava o processo na Justiça Federal. As lides passaram a ser limitadas interpartes, por regular processo, como função primordial do Poder Judiciário, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto. Vários autores tomaram posição no sentido de afastar as análises do direito em tese e de decisões *erga omnes* .

A posição de que ao Poder Judiciário só caberia a solução de litígios individuais deita raízes na Revolução Francesa, cuja forte tendência ao individualismo só foi abrandada a partir de 1840, com a crescente conscientização das massas trabalhadoras e estímulo ao sindicalismo como forma de representação coletiva, portanto mais fortalecida. Não foi sem lutas e prisões que o sindicalismo, considerado movimento clandestino e marginal,

conseguiu reconhecimento oficial em 1871, na Inglaterra, com a Lei dos Sindicatos, e na França, em 1884, com a edição da Lei de Waldeck-Rousseau.

Com a Constituição Republicana de 1891, passaram os Estados a editar seus próprios Códigos de Processo, pois cada um recebera competência para legislar sobre direito processual. Assim, alguns Estados editaram seus códigos, como São Paulo e Minas Gerais, sendo que outros continuaram a aplicar o Regulamento 737 e a Consolidação de Ribas. A Constituição trouxe para si o *habeas corpus*, aboliu o contencioso administrativo, além de adotar o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Promulgado o Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, foi aprovada a Consolidação das Leis que regulavam a Justiça Federal, cujo autor foi José Higino Duarte Pereira, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Com a ampliação dos poderes da União, conferidos pela Constituição de 1934, retirou-se dos Estados a competência para legislar sobre direito processual civil, cuidando as disposições transitórias de ordenar que se nomeasse comissão, composta de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado, para elaboração de um Projeto de Código de Processo Civil.

A Carta Constitucional de 1937 aboliu a Justiça Federal.

Em 4 de fevereiro de 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil unificado, com vigência a partir de 1º de março de 1940, que acanhadamente vinculava o prejudgado RT 613/15-20.

Surgiram as súmulas, também na tentativa de simplificação dos julgamentos, com aplicação aos casos repetitivos, porém sem força vinculativa ou genérica.

O Código de Processo Civil de 1939, no seu artigo 646, enumerou as medidas cautelares, que receberam o nome de medidas preventivas. São elas: o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, a prestação de caução, a exibição de livro, a coisa ou documento, as vistorias, o arbitramento e inquirições *ad perpetuam memoriam*, as obras de conservação em coisa litigiosa, os alimentos provisionais, o arrolamento e a descrição de bens do casal, a entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos, e no depósito dos filhos em casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

Foi no Anteprojeto de Código de Processo Civil que Buzaid utilizou da expressão processo cautelar, qualificando-o como um tipo de procedimento autônomo, aparecendo então como um terceiro gênero jurisdicional, ao lado do processo de conhecimento e do de execução.

O poder geral de cautela do Código de Processo Civil de 1973 foi tratado no artigo 798, cujo texto, em linhas gerais, é seguido pelo atual, e assim preceituava:

*"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 de difícil reparação."*

## **1.2 Teorias civilista, concretista e abstrativista**

Segundo afirma Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito:

*"Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas posições são, no entanto\_ tal como as leis naturais da ciência da natureza uma descrição do seu objeto alheio aos valores (wert-freie)".<sup>3</sup>*

O obediência às normas jurídicas constitui obrigação a todos imposta para que reine a paz social. Quando essa harmonia é quebrada por um choque de interesses, a paz social deve ser restaurada.

Não cabe ao homem fazer justiça pela própria força, o que é vedado pelo Estado, que tomou para si a função de dizer o direito.

Assim, o particular, através da ação, invoca a prestação da atividade jurisdicional do Estado.

Em torno da natureza do direito de ação muito se tem discutido, surgindo, entre outras, as teorias civilista, concretista e abstrativista.

### **1.2.1 Teoria Civilista**

A teoria civilista ou imanentista da ação é baseada no Direito romano, onde no conceito de Celso (Digesto, 44, 7, 51) "*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*", a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido.

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 89.

Nos termos desta teoria, também chamada clássica, ação e direito material não se distinguem, pois o direito de ação provém do direito substancial, como uma forma de defesa inerente ao próprio direito lesado.

Segundo esta posição, a natureza jurídica da ação segue sempre a do direito material, pois, não há ação sem direito material, nem este sem aquela.

Era defendida por Savigny, que dizia: *“é um direito novo nascido da violação do direito subjetivo, enquanto um slogan francês proclamava que ela é o próprio direito, encouraçado e armado para a guerra”*<sup>4</sup>

As críticas a esta teoria surgiram em face das ações julgadas improcedentes, em que o autor, supondo ter um direito lesionado, não obtém provimento favorável, embora tenha movimentado o Poder Judiciário e exercido o seu direito de ação.

Igualmente possui o direito de ação, desvinculado do direito material, o autor que invoca a jurisdição nas chamadas ações declaratórias negativas, buscando não a tutela do direito subjetivo, mas a declaração da inexistência deste em face do réu.

Semelhantes indagações se fazem com relação aos direitos difusos e coletivos, que possuem natureza transindividual e indivisível. Tome-se como exemplo o meio ambiente, bem difuso, cujo direito de usufruí-lo ecologicamente equilibrado a Constituição Federal garante a todos, nos termos a art. 224.

Embora cada um dos cidadãos tenha o direito lesionado, por ser um bem difuso, somente alguns entes possuem legitimidade para deduzir a

---

pretensão em juízo. “*O particular não pode ingressar na ação civil pública como assistente simples, pois sua esfera jurídica privada, individual, não será atingida pela sentença.*”<sup>5</sup>

Se a corrente civilista não tivesse provado sua inconsistência pelos dois primeiros argumentos, por certo viria a se abalar frente aos direitos de terceira geração, que segundo Canotilho:

*"Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao patrimônio comum da humanidade, pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão coletiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: **direitos dos povos.**"*<sup>6</sup>

### 1.2.2 Teoria Concretista

Segundo Dinamarco (1987): “*A ciência do direito processual teve assento de nascimento na obra de Von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha em 1868*”.<sup>7</sup>

Bülow demonstra em sua obra que há uma relação jurídica de direito público entre o juiz e as partes, que é diversa daquela que se processa entre as

---

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 12.

<sup>5</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1139.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 362

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 12.

próprias partes. Esta relação fora anteriormente aventada por Bethmann-Hollweg, sem contudo sistematizá-la.

Pecou Bülow, por apego às idéias de seu tempo, ao afirmar contrariamente ao entendimento da ciência processual moderna, que a natureza da relação jurídica processual é de contrato de direito público, sujeitando o juiz e as partes.

Cerca de uma década antes, em 1856, na mesma Alemanha, Windscheid e sua obra *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, traduzida por Pugliese, *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, contestando o paralelo entre os sistemas jurídicos romano e o moderno, conclui que a *actio*, no direito romano, equivaleria à pretensão, “o qual é uma situação jurídica substancial, distinta da ação e do direito subjetivo: é a faculdade de impor a própria vontade em via judiciária”.<sup>8</sup>

Surge então a famosa polêmica entre Windscheid e Muther, quando este, no ano seguinte, em sua obra intitulada *Zur Lehre der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsucession in Obligationen*, define a ação equiparando-a a *actio*, como direito à tutela jurídica.

Embora contrastantes, as duas teorias partilhavam a idéia de que a ação é um direito à tutela jurídica, cujo titular passivo era o Estado.

Para Muther, o direito de ação se destingue do direito material, que, em conflito, dá ensejo a direitos distintos, um contra o Estado visando à

---

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 14.

proteção jurídica; outro, do próprio Estado contra quem ofendeu a ordem jurídica, objetivando a supressão da lesão.

Diante da nova visão, surgem as teorias do direito concreto à tutela jurídica e do direito abstrato de agir.

Como concretista precursor, Wach, em sua obra *Der Feststellungsanspruch*, sustenta a autonomia do direito de ação, desvincula determinadas ações ao direito subjetivo material a que ele visa amparar, como as declaratórias de existência ou inexistência de relação jurídica.

Chiovenda, discípulo de Wach, formulou a teoria da ação como direito potestativo, que é acrescentado neste tópico, em que a ação é direcionada contra o adversário e não contra o Estado; este presta a função jurisdicional quando provocado pelo titular do direito de ação, aplicando a vontade da lei, que representa a vontade coletiva, e possui função dúplice : regular a atribuição os bens da vida, e dispor sobre a conservação dos sujeitos jurídicos.

Basta a vontade do titular do direito de ação para movimentar a função jurisdicional.

Moacyr Amaral Santos comenta a teoria de Chiovenda:

*“A função jurisdicional, que é a de atuar a vontade da lei, a fim de manter a ordem jurídica, compete e é exclusiva do Estado. A manifestação de vontade do titular do direito de ação, provocando a jurisdição, é suficiente para que esta entre em atividade, atuando a vontade da lei em relação ao*

*adversário, sem que este possa impedir que a atividade jurisdicional se exerça. Como a provocação da jurisdição pelo titular do direito de ação é suficiente para que a função jurisdicional se exerça, pode-se dizer que aquela provocação é condição do exercício da jurisdição, ou seja, é condição para atuação da vontade da lei. E, assim, conclui Chiovenda que a ação é o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei”.<sup>9</sup>*

Para teoria concretista, só existe direito de ação quando a tutela jurídica pleiteada é confirmada através de sentença favorável; se a sentença desacolher a pretensão não há direito de ação. O direito de ação é confirmado pela vontade concreta da lei.

### **1.2.3 Teoria abstrativista**

O direito de ação para a teoria abstrativista também é autônomo, porém independe de existir o direito material invocado, pois o interesse do autor é protegido abstratamente pelo direito.

Esta teoria surgiu na Alemanha, com Degenkolb, e praticamente ao mesmo tempo na Hungria, com Plosz, partindo da idéia que mesmo quando a sentença desacolhe a pretensão há direito de ação, pois este não está condicionado ao direito material.

---

<sup>9</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 149-150.

O direito de ação pressupõe apenas um interesse protegido abstratamente pela lei, bastando aquele para que a função jurisdicional se exerça.

O indivíduo teria na ação um direito público subjetivo, cuja obrigação primeira seria do Estado em prestar a tutela jurisdicional, desde que o autor demonstre possuir um interesse protegido abstratamente pela lei. Este direito é desvinculado do direito material, e preexistente a este.

Esta teoria, conforme ensina Moacyr Amaral Santos, foi defendida por Rocco, que afirmava ser o direito de ação um direito subjetivo só contra o Estado, que por vedar a autotutela e reservá-la a casos especiais, busca proteger os interesses tutelados pelo direito. São, portanto, dois a serem protegidos: um do Estado e outro do indivíduo. Assim, o próprio indivíduo deseja a intervenção do Estado para ver o seu próprio interesse satisfeito.

Aos interesses que formam o conteúdo dos vários direitos subjetivos pertencentes a determinada pessoa, Rocco chamou-os principais; e secundários àqueles relativos à eliminação de certos obstáculos que se opõem à direta realização da utilidade principal, pois o indivíduo não pode se autodefender (autotutela).

A teoria abstrativista agrega a maioria dos processualistas, que, dadas as peculiaridades próprias acrescentadas por cada autor, o ponto comum está na independência do direito de ação em relação à procedência da demanda, pois a ação é sempre dirigida contra o Estado.

A se considerar que o direito de ação existe independentemente da sentença favorável, pode-se dizer que movimentar o Estado para que preste a função jurisdicional, mesmo sabendo de antemão que os cidadãos não são possuidores do direito invocado, ter-se-ia como “*conseqüência que a ação é o direito dos que não tem direito*”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p.19.

## II - PROCESSO CAUTELAR

A partir da lesão ao direito, o titular buscará através do Poder Judiciário reaver o seu bem jurídico ou o seu equivalente, como forma de compensação, e o fará por meio do devido processo legal.

O princípio constitucional do *due process of law* é hoje garantia expressa na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV que assegura: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A garantia constitucional que permite um processo regular tem seu precedente histórico no ano de 1215, quando os barões feudais obtiveram do rei inglês João Sem-Terra, a Magna Carta, cujo parágrafo 39, relativo ao *habeas corpus*, assegurava:

*"Nenhum homem livre seja capturado ou aprisionado, ou despojado (de seus bens), ou ultrajado, ou exilado, ou de algum modo destituído de alguma livre posse (ou propriedade) sua, ou liberdades, ou livres costumes seus, nem contra ele iremos (= nos posicionaremos), nem contra ele (o) poremos em cárcere, a não ser por legal julgamento de seus pares, ou pela*

*lei da (sua) terra. A ninguém venderemos (o direito), a ninguém (o) negaremos, ou (lhe) diferiremos o que é reto ou a justiça).*"<sup>11</sup>

O princípio do devido processo legal, juntamente com o direito de acesso à Justiça, tornam o processo uma garantia constitucional, pautada na adequada utilização de instrumentos até a entrega da prestação jurisdicional. Até que isto ocorra, o bem jurídico envolvido pode sofrer danos irreparáveis, tornando a árdua e longa caminhada processual ineficaz. Para que isto não aconteça, existem determinadas providências de proteção destes bens.

O processo cautelar e as medidas cautelares são auxiliares do processo principal. Assim, a inevitável demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), somada à hipótese de provimento jurisdicional favorável (*fumus boni iuris*), tem como contrapeso um provimento acautelatório que garante a eficácia da possível sentença favorável a ser proferida em outro processo.

Calamandrei, em sua obra *Introdução ao estudo sistemático dos provimentos cautelares*, ressaltou a instrumentalidade hipotética das cautelares, haja vista existirem em função de outro processo, e serem concedidas na eventualidade de que o autor tenha razão, garantindo a integridade do bem para entregá-lo a quem a sentença o declare que pertença.

Faz-se necessário esclarecer que a medida cautelar é providência jurisdicional que busca proteção de um bem envolvido no processo, enquanto

---

<sup>11</sup> SARAIVA, Vicente. **Habeas corpus 1**. *Rev. Jurídica*, São Paulo, n. 232, p.48, fev./97.

o processo cautelar se instaura para concessão de medida cautelar, com procedimento próprio. Este é instrumento daquela.

Cabe ressaltar que o legislador classificou a medida cautelar como processo; porém o Código de Processo Civil Brasileiro é o único que assim o fez, embora baseado no código italiano, que a prevê como medida.

Seria então a cautelar um terceiro gênero de ação?

Parte da doutrina nega que exista um *tertium genus*, pois no processo cautelar se mesclam a execução e o conhecimento num único procedimento, em que, para obtenção do provimento cautelar, é necessário decidir sobre o conhecimento, e para implemento da medida há execução. Como já expôs Carnelutti: "*é resguardo provisório de um direito que seria declarado no processo principal, "instrumento de instrumento"*".<sup>12</sup>

O processo resolve o conflito restaurando a paz social, realizando não só o direito da parte, mas o direito de ordem pública. Pode-se identificar na cautelar uma semelhança com o processo de conhecimento e com o de execução, mas estrutural, pois a funcionalidade é distinta. A cautelar resolve a lide provisoriamente, e por isso não possui objeto; existe para dar segurança ao processo de conhecimento ou de execução.

A posição de Ovídio se assenta em que, se existe mérito na cautelar, existe objeto próprio, pois o bem protegido é a segurança. Portanto, para ele, o processo cautelar é distinto da ação principal, e não apenas o seu fim útil.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 270, dispõe expressamente sobre a regulamentação do processo cautelar (Livro III), ao lado do processo de conhecimento (Livro I), e de execução (Livro II), firmando sua autonomia

e sua previsão como *tertium genus*. O fato de o processo cautelar ser dependente do processo principal (art. 796) não lhe retira a autonomia. E ainda :

*“na maioria dos casos, o processo refere-se a uma situação hipotética de violação de direitos que se afirma já ocorrida, como o dano no ato ilícito ou o inadimplemento nas obrigações convencionais. Mas há hipóteses em que sua aplicação se faz preventivamente, para precavê-lo o interesse da parte do risco a que se acha exposto de sofrer danos antes que se possa obter uma composição definitiva do litígio. Surge, então, o tertium genus entre a cognição plena e a execução forçada.*

*Pode-se, finalmente, perante esse quadro geral, classificar o processo em três espécies distintas, conforme a tutela jurisdicional posta à disposição das partes: 1) Processo de cognição; 2) Processo de execução; 3) Processo Cautelar”<sup>13</sup>*

## **2.1 Ações cautelares típicas**

As medidas típicas ou nominadas são disciplinadas nos artigos 813 a 888, e as atípicas ou inominadas regulam-se pelos artigos 798 e 801 a 803 do Código de Processo Civil.

---

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del Processo Civile Italiano**, v. 1, Roma, 1956, n. 313, p. 285, *apud* NERY, Nelson Júnior, **Princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 15.

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Universitária de Direito, 1998. p. 34.

A ação cautelar possui os requisitos comuns a todas as ações (possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes), mais as condições específicas, haja vista que, sem estas, provavelmente o autor não terá o direito de ação.

As condições específicas são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. A primeira diz respeito à possibilidade da ocorrência de dano a uma das partes, decorrente da inevitável demora da decisão final no processo principal. O *fumus boni iuris* é a probabilidade da real existência do direito invocado pelo autor, que deve ser analisado sob cognição superficial, o suficiente para assegurar provisoriamente o direito.

Os procedimentos cautelares específicos são : o arresto, o seqüestro, a caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protesto, notificação e interpelação, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos.

### **2.1.1 Arresto**

Segundo Pontes de Miranda, “ *a origem do arresto é puramente germânica.*” <sup>14</sup>

O arresto é a medida cautelar de apreensão judicial de bens do devedor, com a finalidade de garantir uma futura execução por quantia.

Poderá haver ampliação ou redução do arresto, sendo após lavrado um auto e nomeado um depositário.

---

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959. p. 320.

Nos termos do artigo 813 do Código de Processo Civil, caberá arresto :

*"I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;*

*II - quando o devedor, que tem domicílio :*

*a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;*

*b) caindo em insolvência aliena ou tenta alienar os bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias , põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;*

*III - quando o devedor que possui bens de raiz intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com alguns, livres e desembaraçados, equivalentes às dívidas;*

*IV - nos demais casos expressos em lei."*

As hipóteses legais elencadas para concessão do arresto revelam por si a presença de suas condições específicas, pois traduzem a intenção do devedor em se furtar à obrigação, seja pela fuga, seja pela dilapidação de seus bens.

Os pressupostos para concessão do arresto estão dispostos no art. 814 do Código de Processo Civil:

*"I - prova literal da dívida líquida e certa;*

*II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.*

*Parágrafo único: Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença líquida ou ilíquida, pendente de recurso ou o laudo arbitral pendente de homologação, condenando o devedor no pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se."*

A prova literal da dívida líquida e certa corresponde ao *fumus boni iuris*. O requerente deve apresentar título de obrigação líquida e certa, demonstrando seu interesse processual para futura ação principal, e, por conseqüência, da ação cautelar.

Se o arresto tem a finalidade de garantir uma futura execução por quantia, há que se considerar que esta dívida deve ser certa quanto à sua existência, e determinada quanto ao seu montante, porém não é necessário que ela seja exigível, pois a exigibilidade é pressuposto da execução, que será promovida na ação principal. E ainda, pode o credor requerer o arresto como provimento preparatório de futura ação, com pedido de decretação de insolvência, provocando a antecipação do vencimento de suas dívidas.

Cabe ressaltar que a doutrina e a jurisprudência têm abrandado o rigorismo contido neste inciso I, como afirma o ilustre Theodoro Júnior :

*"Assim não seria necessário que o credor dispusesse, desde logo, de um título executivo perfeito e completo, bastando contar com a prova documental de dívida reconhecida pelo*

*devedor, ou a ele oponível com verossimilhança. Essa posição merece acolhida, diante do fato de a lei autorizar, com toda amplitude, o poder geral de cautela, o que tornaria sem sentido tratar a medida típica sob um rigor formal impróprio aos desígnios da jurisdição preventiva”.*<sup>15</sup>

O parágrafo único do referido artigo traz as hipóteses de equiparação à prova literal da dívida líquida e certa para efeito da concessão do arresto. Ressalta-se porém que o laudo arbitral, nos termos do art. 584, inciso III, com redação dada pela Lei 9.307/96, é qualificado como título executivo judicial, independentemente de homologação.

O segundo pressuposto para concessão do arresto trazido pelo inciso II do art. 814, refere-se ao *periculum in mora*, devendo o requerente demonstrar a possibilidade de dano, caso a futura ação não seja garantida pela medida de arresto. A prova documental pode ser admitida com maior liberalidade, tendo em vista o caráter de urgência da medida, mas é imprescindível a sua apresentação. A justificação prévia será necessária se o requerente não possuir a prova documental, ou se esta for insuficiente e será processada nos moldes do art. 815.

A situação de perigo deve ser posterior à constituição do crédito.

Somente com a comprovação destes dois requisitos deve ser concedido o arresto, com exceção das hipóteses do art. 816, em que o requerente é dispensado da justificação prévia, bastando portanto a alegação de uma das

---

<sup>15</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 189.

causas elencadas pelo art. 813, tratando-se da União, Estado ou Município, ou se for prestada caução, cabendo ao juiz decidir sobre o montante.

A prestação de caução pelo requerente, que poderá ser real ou fidejussória nos termos do art. 804, dispensadas a prova documental e a justificação, valendo para efeito de concessão de liminar, devendo porém serem provadas durante o curso da ação cautelar.

O instituto chamado contracautela pela doutrina tem dupla finalidade: permite ao juiz obstar os risco das medidas cautelares abusivas, e por esta razão poderá exigi-la sem provocação do interessado, nos termos do art. 804; e também serve como garantia de ressarcimento dos danos que o requerido possa sofrer com a execução da medida, de acordo com a dicção prevista nos incisos do art. 811 :

*"I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;*

*II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em cinco (5) dias;*

*III - se ocorrer a cessação da efetivação da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808 deste Código;*

*IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou prescrição do direito do autor (art. 810).*

*Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar."*

Tal responsabilidade é objetiva: “*Responsabilidade objetiva : É essa a natureza da responsabilidade do requerente de medida cautelar pelos danos causados ao requerido*”.<sup>16</sup>

O arresto diferencia-se da penhora, haja vista que esta é ato de apreensão dos bens do devedor para expropriação e satisfação do direito do credor, enquanto o arresto esgota-se na própria tutela preventiva. No mais, aplica-se ao arresto o mesmo regime jurídico da penhora, naquilo que não confrontar com o especificado nos artigos 813 a 821 do Código de Processo Civil.

Concedido o arresto em procedimento preparatório, a parte deverá propor a ação principal no prazo de trinta dias após a efetivação da medida, para que esta conserve sua eficácia que perdurará enquanto estiver pendente o processo principal, embora possa ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Justamente por ser provimento de segurança emergencial, a sentença proferida no arresto não faz coisa julgada material. Aliás, conforme Theodoro Júnior:

*"Uma demonstração evidente de que a sentença cautelar não faz coisa julgada encontra-se no art. 810, onde se estatui que o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação (principal), nem influi no julgamento desta. Isto se deve ao fato de permanecer intacto o mérito da causa, ou seja, a lide."*<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 922.

<sup>17</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 160.

### 2.1.2 Seqüestro

Conforme conceitua Pontes de Miranda: “*O seqüestro é a apreensão e guarda da coisa, temporariamente, para se assegurar a entrega a alguém quando houver cognição bastante pelo juiz.*”<sup>18</sup>

O Direito romano conheceu o seqüestro como forma de depósito; tratava-se do depósito por seqüestro, que consistia no depósito da coisa litigiosa entre duas ou mais pessoas. Assim, anotam Correia e Sciascia :

*“O depositário restituirá a coisa à parte que se achar na condição jurídica de poder exigi-la, por exemplo, ganhando a lide. Neste caso o depositário é um seqüestratário, com a possessio as interdicta da coisa; ele responde com uma actio in factum.”*<sup>19</sup>

A diferença entre arresto e seqüestro é marcada principalmente pelo objeto da medida, pois no arresto a apreensão de bens se refere a qualquer bem penhorável, passível de garantir futura execução, e posterior conversão em dinheiro para pagamento do credor, enquanto no seqüestro a apreensão é da própria coisa objeto do litígio, para futura entrega ao vencedor, porém tanto um como outro retiram a coisa do poder de disposição.

---

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 337.

<sup>19</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Sedegra, s.d. p. 191.

Observando Lopes da Costa: “Assim, enquanto o arresto se vincula a uma execução por quantia certa, o seqüestro é tipicamente garantia de uma execução para entrega de coisa certa”.<sup>20</sup>

“Diferenciam-se ainda pela incerteza quanto ao sujeito da pretensão de direito material ou perigo de rixa ou violência, que supõe o seqüestro, o que não ocorre com o arresto”<sup>21</sup>, conforme ensinamento de Pontes de Miranda.

Sendo o seqüestro apreensão da coisa sobre a qual versa o litígio, é cabível medida preparatória de seqüestro?

Já houve no passado decisão contrária à concessão de seqüestro antecedente, justamente pelo entendimento de que, sendo o seqüestro tomada de coisa sobre a qual versa o litígio, se não houver litígio, não seria possível medida preparatória de seqüestro. Este entendimento hoje está superado, pois a medida de seqüestro tem como pressupostos a dúvida sobre a quem pertença e o perigo de seu perecimento ou dano, e não essencialmente litígio.

No seqüestro não se discute o direito da parte, mas a salvaguarda do resultado com a proteção do bem. Podem-se identificar, assim, os requisitos da ação de seqüestro : o *fumus boni iuris*, caracterizado pelo interesse processual da lide principal e sua efetiva solução; e o *periculum in mora*, assentado na possibilidade de dano ou desaparecimento da coisa, objeto do litígio.

Nos termos do art. 823 será aplicado ao seqüestro o que for estabelecido pelo Código de Processo Civil ao arresto. Desta forma, é possível a obtenção de liminar, nos termos do art. 804, sem a oitiva da parte contrária.

---

<sup>20</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação**. Belo Horizonte: Teixeira, 1958, p. 99.

"Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

*I - de bens móveis, semoventes ou imóveis quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;*

*II - dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicado, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;*

*III - dos bens do casal, nas ações de desquite e de anulação de casamento, se o cônjuge os tiver dilapidando;*

*IV - nos demais casos expressos em lei."*

O art. 822 enumera as hipóteses em que o bem litigioso corre o risco de perecimento. Não é necessário que o litígio verse sobre direito real, podendo decorrer de outras ações cuja litigiosidade manifeste-se sobre a posse do bem, como por exemplo as ações hereditárias, em que, havendo controvérsia sobre a quem caberia determinado bem, e presentes os pressupostos ensejadores do seqüestro, pode o interessado requerer a medida para salvaguardar a integridade da coisa.

A litigiosidade e a possibilidade de rixas, contendas, danificações, dissipação de bens, enumeradas no inciso I, caracterizam a presença do *periculum in mora*, devendo a parte que requerer a medida provar o alegado,

---

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 338

conforme disciplina do arresto, através de documentos ou justificação prévia, admitindo-se ainda a caução prévia.

Os requisitos para o seqüestro com base no inciso II são: a sentença de primeiro grau julgando procedente a ação reivindicatória, e a dissipação de frutos e rendimentos. A dissipação pressupõe desperdício.

O inciso III dispõe sobre a hipótese de seqüestro dos bens do casal, quando, na pendência de ação de separação judicial ou anulação de casamento, um dos cônjuges os tiver dilapidando. A hipótese não se refere a bens próprios da cada cônjuge, mas bens em comum, antes da partilha.

Nos demais casos de seqüestro expressos em lei admitidos pelo inciso IV, embora sem esgotar o rol, podem ser citados os tratados no Código Civil arts. 234 e 507, parágrafo único; no Código Comercial art. 116; na Lei de Falências, art. 6º e art. 12 parágrafo 4º; art. 14 do parágrafo 4º da Lei 4.717, de 29.06.65 (seqüestro em caso de lesão a patrimônio público); art. 125 do Código de Processo Penal, com requisitos e procedimento próprios; arts. 16 e 18 da Lei 8.428 de 02.06.92 (seqüestro de bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público).

O procedimento do seqüestro será semelhante ao do arresto, ficando a critério do juiz a determinação ou não da justificação prévia. Deferida a medida de seqüestro, o juiz nomeará depositário, podendo recair inclusive sobre uma das partes, com a anuência da outra. Esta assinará o compromisso, ficando responsável pela guarda e conservação do bem. O depositário não representa as partes, pois, uma vez nomeado, desempenha função pública como auxiliar do juízo, cuja responsabilidade regular-se-á nos termos dos arts. 148 a 150 do Código de Processo Civil. Extinto o seqüestro, o

depositário entregará o bem a quem o juiz determinar, mediante mandado de entrega.

### 2.1.3 Caução

A caução do processo cautelar será requerida sempre que necessária a proteção do interesse processual frente a uma situação de perigo, como bem observa Greco Filho, “*caução é a garantia do cumprimento de um dever ou de uma obrigação consistente em colocar à disposição do juízo bens, ou dando fiador idôneo que assegure tal finalidade.*”<sup>22</sup>

No Direito romano a caução teve origem nas *stipulationes praetorial* ou *cautionales*, acordos celebrados para reforço de obrigações jurídicas preexistentes. Servia-se da caução como garantia frente à possibilidade de danos. Assim, tinha-se a *satisfaciones*, em que o réu prestava garantia para assegurar o pagamento de possível condenação.

Nos termos do art. 826, a caução pode ser real ou fidejussória. A caução real é efetuada por meio de uma das formas de garantia real, colocando-se o bem à disposição do juízo, e a fidejussória é feita por meio de garantia pessoal, com apresentação de fiador idôneo.

A caução pode ser preparatória do processo principal, ou incidental a este.

É necessário distinguir a caução tipicamente cautelar das medidas ou providências cautelares. Estas são medidas necessárias ao desenvolvimento do

---

<sup>22</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 177.

processo, impostas pelo juízo como contracautela, geralmente na apreciação da medida liminar, enquanto aquela possui procedimento próprio.

O procedimento pode ser iniciado por aquele que está obrigado a dar a caução ou por quem tem direito a ela. O obrigado à caução requererá a citação da pessoa em favor de quem tiver de ser prestada, e indicará, nos termos do art. 829 :

*"I - o valor a caucionar;*

*II - o modo pelo qual a caução vai ser prestada;*

*III - a estimativa dos bens;*

*IV - a prova da suficiência da caução ou idoneidade do fiador".*

O valor a ser caucionado é o valor a ser garantido pelo requerente, que especificará se a garantia é real ou fidejussória.

Quando o procedimento é iniciado por quem tem direito à caução, este requererá em petição inicial a citação do obrigado para que a preste, sob a advertência do art. 830, ou seja, “(...) *sob pena de incorrer na sanção que a lei ou o contrato cominar para a falta.*”

Se a caução prestada ou oferecida for aceita, ou o pedido não for contestado, ou ainda tratar-se de matéria de direito ou, se de fato não houver provas a serem produzidas, o juiz julgará imediatamente a ação, determinando a caução e o prazo para ser prestada.

Nos dois casos, havendo contestação e sendo caso de produção de provas, estas serão produzidas, e só então o juiz julgará. Após a sentença, se

a caução não for prestada, o juiz declarará a efetivação da sanção a ela cominada, nos termos do art. 830.

O interessado poderá pedir reforço de caução no caso de esta se desfalcar ou se mostrar insuficiente por fato superveniente durante o curso da ação.

Dada a natureza de garantia da caução, caso ocorra o evento danoso a que ela visava acautelar, não poderá ser levantada para satisfação, devendo sobre ela incidir a execução, com todas as providências processuais cabíveis.

#### **2.1.4 Busca e apreensão**

Segundo Pontes de Miranda :

*“Sempre que o mandamento do Juiz é no sentido de que se faça mais do que quando só se manda exhibir a coisa para se produzir prova ou exercer algum direito e se não preceita o devedor ou possuidor da coisa, a que a apresente, diz-se que há busca e apreensão”.*<sup>23</sup>

A busca e apreensão pode ser decretada pelo juiz sobre pessoas ou coisas com finalidade de lhes dar destino certo, diferenciando-se da exibição, em que apenas se toma conhecimento do objeto da exibição, procedendo-se à eventual perícia.

---

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 353.

Com referência a menores ou incapazes, a busca e apreensão está embasada na falta de condições (econômicas ou morais) de quem possui a guarda, regulando-se pelos arts. 839 e 842 do Código de Processo Civil.

O requerente informará ao juiz na petição inicial as razões justificativas da medida, e o local onde se encontra a pessoa ou a coisa, com sua descrição e o destino a lhe dar.

Quando necessária a justificação prévia, esta se dará em segredo de justiça e unilateralmente. Depois de provado o alegado, o juiz determinará que se expeça mandado de busca e apreensão, cujo cumprimento caberá a dois oficiais de justiça.

O parágrafo 3º do art. 842 do CPC cuida da busca e apreensão para proteção de direito autoral, possibilitando a apreensão de obras reproduzidas fraudulentamente. A diligência será efetuada com acompanhamento de dois peritos, que constatarão a fraude antes de se efetuar a apreensão.

A medida cautelar de busca e apreensão pode ser de natureza satisfativa, sem necessidade de processo posterior quando realiza um direito. É o que ocorre com a apreensão de incapazes para entrega a quem por direito tem a sua posse e guarda, ou ainda no caso de execução para entrega de coisa certa.

Após a efetivação da medida, o requerido será citado com prazo de cinco dias para resposta. Havendo contestação, o juiz julgará antecipadamente a lide, ou, não sendo contestada, decidirá em cinco dias, considerando aceitos os fatos alegados pelo requerente, ou designará audiência de instrução e julgamento se houver provas a serem produzidas.

Não cabe reconvenção em busca e apreensão. Proferida a sentença, caberá apelação sem efeito suspensivo.

### **2.1.5 Exibição**

A ação cautelar de exibição tem sempre natureza preparatória, e está regulada pelos arts. 844 e 845 do CPC.

Os arts. 353 a 363 regulam a exibição como meio de prova, pertinente à fase instrutória do procedimento, em que o requerido poderá inclusive ser terceiro estranho à relação processual.

*“A definição de ‘exhibere’ procede de Ulpiano, no L. 3, § 8º, D, de ‘homine libero exhibendo’, 43,29, referente ao se produzir em público, ‘in publiciem produce’, e ao desvendar, ‘extra secretum habere; e o outro, a de ‘edere’ ( L. I., D., de edendo, 2,13), ao ato de apresentação do documento para cópia.”<sup>24</sup>*

Como ensina Pontes de Miranda:

*“A pretensão à exibição ou é pretensão ligada à pretensão de direito real ou de posse (direito à coisa), ou exercício de direito à coisa ou de direito de posse, ou é pretensão à exibição sem direito à coisa ou à posse da coisa. No segundo*

---

<sup>24</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. **Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 81

*caso, a pretensão pode ser somente à asseguaração da prova, o que a lei tem em vista, quer preparatória quer não”.*<sup>25</sup>

Nos termos do art. 844 do CPC:

*"Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:*

*I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente reputa sua ou tenha interessa em conhecer;*

*II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que tenha sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios;*

*III - da escrituração comercial por inteiro, balanços, documentos de arquivo, nos casos expressos em lei."*

O documento comum não deve ser entendido apenas como aquele assinado pelas partes, mas como ensina Theodoro Júnior: *“Documento comum não é, assim, apenas o que pertence indistintamente a ambas as partes, mas também o que se refere a uma situação jurídica que envolve ambas as partes, ou uma das partes e terceiro”.*<sup>26</sup>

A distinção entre documento e instrumento, conforme ensinam Nery Júnior et al.:

---

<sup>25</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 361.

<sup>26</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op cit. p. 280.

*“O termo prova documental abrange os instrumentos e os documentos, públicos e privados. Qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a representação de um pensamento, ordem, imagem, situação, idéia, declaração de vontade, etc. pode ser denominado documento. Os escritos que são celebrados, por oficial público, no exercício de seu mister, na forma prevista pela lei, com intuito de fazer prova solene de determinado ato jurídico, compondo, por assim dizer, a própria essência do negócio (CC 82 e 130), ou não denomina-se instrumento. Este é constituído com a finalidade de constituir prova. O documento não é confeccionado para o fim de servir de prova, mas pode ser assim utilizado casualmente.”<sup>27</sup>*

O inciso III do art. 844 refere-se à exibição total da escrituração contábil, mas o juiz poderá deferir a exibição parcial se verificar ser suficiente.

O art. 195 do Código Tributário Nacional dispõe :

*"Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibilos."*

---

<sup>27</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. op. cit. p. 633.

Dessa forma, o referido artigo praticamente anula qualquer disposição contrária à exibição, pautando-se inclusive na própria Constituição, nos termos do art. 145, parágrafo 1º. Porém, em ação judicial fica restrita às transações entre as partes, nos termos da Súmula 260 do Supremo Tribunal Federal: “ *o exame dos livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre litigantes*”. Ainda sobre o mesmo tema dispõem as súmulas da Suprema Corte:

*"390: A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva."*

*"439: Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação."*

O acionista das Sociedades Anônimas que represente 5% do capital social pode requerer a exibição dos livros da companhia caso haja suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer órgão da companhia, ou se forem apontados atos violadores da lei ou estatuto, nos termos do art. 105 da Lei 6404/76 .

O procedimento de exibição cautelar obedecerá ao rito dos arts. 355 a 363, 381 e 382 do CPC. Assim, o pedido deverá individualizar o documento, escrituração ou coisa, e especificar a finalidade da prova e ainda as razões em que o requerente se baseia para afirmar a existência do documento ou coisa que está em poder do requerido, pois, ao ordenar a exibição, o juiz se pautará

em objeto e destinatário certos. Após a citação, cujo prazo para resposta será de cinco dias, poderá o requerido:

*"exibir o documento ou a coisa, trazendo aos autos o original ou cópia autêntica do documento ou depositando a coisa em juízo, neste caso após o exame pelo requerido, o juiz dará por findo o requerimento;*

*contestar o pedido, alegando que não possui o documento ou coisa, neste caso o juiz facultará ao requerente a prova que a recusa do requerido é inconsistente. Nos casos do art. 358 não haverá necessidade de prova e, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 803 parágrafo único do Código de Processo Civil, decidindo após;*

*contestar o pedido, recusando a exibição com base em um dos incisos do art. 363, cujas excludentes se referem a resguardo pessoal, familiar, profissional ou religioso. Cabe ao requerido a prova dos fatos autorizadores da excludente de exibição. Neste caso ficará a critério do juiz se os motivos alegados justificam a recusa, nos termos do art. 363, podendo determinar audiência, nos termos do art. 361 e após, proferirá a sentença valorando as provas apresentadas sobre a existência ou não das excludentes e sobre o dever da parte em exibir ou não a coisa ou documento. Caso acolha a defesa*

*declarará a improcedência da ação de exibição, caso contrário o juiz admitirá por sentença, como verdadeiros os fatos que por meio do documento ou coisa a parte pretendia provar, nos termos do art. 359. Desta sentença caberá apelação, pois trata-se de procedimento cautelar. O juiz, se reconhecer a presença da excludente legal, não poderá aplicar ao requerido a pena do art. 359, pois o próprio legislador liberou a parte de exibi-los;*

*não contestar o pedido, contestá-lo fora do prazo ou ainda não impugnar, na contestação, os fatos alegados pelo requerente. O juiz aplicará a pena de revelia, nos termos do art. 359, I, admitindo por sentença como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente, que por meio do documento ou coisa pretendia provar, nos mesmos termos do item anterior".*

Não se aplica no processo civil a responsabilidade por crime de desobediência, mesmo se a recusa da exibição for imotivada. Aplica-se tão-somente a pena prevista no art. 359 do CPC, constituindo coação ilegal a ordem do juiz para que a parte exhiba o documento sob pena de prisão, nos termos do art. 330 do Código Penal. Nestes termos já se pronunciou o E. Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região, 2<sup>a</sup> Turma, HC 5000062-RN, rel. Juiz Petrúcio Ferreira, v.u., j. 7.8.1990, DJU 19.10.1990, p. 24656, *apud* Nery Júnior et al., Código de Processo Civil, 3<sup>a</sup> ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

A medida cautelar de exibição não sujeita sua eficácia ao prazo extintivo de trinta dias para ajuizamento da ação principal, por ter natureza de medida antecipatória de prova, continuando válida e podendo o requerente fazer uso a qualquer tempo.

### **2.1.6 Produção antecipada de provas**

Os arts. 846 a 851 do CPC cuidam da produção de prova antecipada, pois embora a produção da prova tenha um momento processual próprio, existem circunstâncias que autorizam a parte à sua produção prévia, em ação cautelar antecipatória, chamado por Pontes de Miranda pretensão à segurança da prova.<sup>28</sup>

Nas medidas cautelares de antecipação de prova não há valoração desta pelo juiz; a prova produzida será apreciada pelo magistrado da ação principal, pois é realizada para memória futura. *“O que se conclui é superficial, ou pelo menos para a conclusão basta o fumus boni iuris. Não há coisa julgada material, que obrigue o juiz; há documentação”*.<sup>29</sup>

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não constitui requisito da petição inicial de produção antecipada de prova a indicação da lide e seu fundamento.<sup>30</sup>

Nem há de se cogitar da mudança da natureza da prova; um depoimento levado a termo não o transforma em prova documental, pois continuará sendo oral.

---

<sup>28</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 367.

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Op. cit. p. 368.

<sup>30</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 2487, rel. Min. Fontes de Alencar, J. 5.6.1990.DJU 6.8.1990, p. 7340

Segundo ainda Pontes de Miranda, é necessário distinguir as ações declaratórias principais das incidentais, sendo que a cautelar de produção antecipada de prova não declara, visto que não produz coisa julgada material, considerando-a constitutiva, por pré-constituir prova judicial para os interessados.

Uma vez produzida a prova na ação cautelar, não há sujeição de sua eficácia ao prazo de trinta dias do art. 806 do CPC, para propositura da ação principal, que poderá ser de natureza contenciosa ou voluntária.

A ação cautelar de antecipação de provas está sujeita aos pressupostos das demais cautelares, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O art. 847 do CPC trata dos casos de antecipação de interrogatório ou depoimento :

*"Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação principal, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: se tiver de ausentar-se; se por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor."*

Havendo possibilidade de desaparecimento da pessoa que deva ser inquirida ou interrogada, por motivo de idade ou moléstia, ou no caso do objeto a ser inspecionado probabilidade de seu perecimento, estará presente o *periculum in mora*. Inexistindo o risco, descabe a medida.

O referido artigo admite a antecipação de prova antes da propositura da ação ou na sua pendência, porém neste último caso não terá caráter cautelar, por tratar-se de mera atividade instrutória do processo.

O art. 846 limitou a antecipação de provas, compreendendo estas as orais, depoimento pessoal e prova testemunhal; as periciais (vistorias *ad perpetuam rei memoriam*), como exames técnicos em geral. Porém, nada impede que o juiz, dentro do seu poder geral de cautela, admita outros meios como a inspeção judicial.

Poderá a parte requerer liminarmente que a prova se produza *inaudita altera pars* se presentes os pressupostos do art. 804, pois é da essência do processo cautelar a urgência da medida, sendo chamada, inclusive, pelo ordenamento italiano *provimento de urgência*. Assim, caso a ouvida do réu possa tornar ineficaz a medida liminar, poderá o juiz concedê-la liminarmente, o que não significa ofensa ao princípio constitucional do contraditório, que fica postergado para um momento posterior.

O mesmo se afirma em relação ao inciso II do art. 847, em que tanto idade avançada como moléstia da testemunha poderão comprometer a colheita de provas, se tomadas após o prazo da resposta do requerido, especialmente se houver necessidade de citação por carta precatória, o mesmo valendo para o caso de vistoria.

Fora destes casos, deverá haver prévia citação do requerido, que poderá acompanhar a prova, formulando quesitos complementares, indicando assistente técnico, etc.

A medida cautelar deverá ser proposta no juízo competente para a ação principal, podendo, porém, surgirem situações próprias das tutelas

preventivas, em que, se não for produzida a prova em juízo diverso, esta poderia se frustrar. Como a hipótese citada por Lopes da Costa, onde em uma venda de rebanho entre pessoas domiciliadas em comarcas distantes, durante o transporte, parte do rebanho esteja na iminência de ser desviado. Se o comprador tiver que requerer a medida de urgência no foro do vendedor, sendo cumprida através da expedição de precatória, correria o risco de ver seu gado transformado em bife.<sup>31</sup>

Pontes de Miranda adverte:

*“Se a medida preventiva, retardando-se, ou não sendo pedida e concedida imediatamente, onde se acha o objeto a que ela se refere, perderia toda pertinência, ou estaria quase que completamente sacrificada.”*<sup>32</sup>

Citando Gomes de Moraes, Pontes de Miranda, em sua obra Comentários ao Código de Processo Civil, diz que o mesmo aplicava às cautelares o princípio *“quando est periculum in mora incompetencia non attenditur”*, extraído do Direito português, das Ordenações Filipinas, Livro I, Tit. 54, parágrafo 2º, que admitia que a medida preventiva se processasse em juízo diverso da ação principal, se houvesse perigo de demora, se o devedor estivesse a fugir, e no caso de flagrante.

O art. 800 do CPC parece não abrir exceções, de forma que mais uma vez coloca-se diante de uma caso em que o direito processual se sobrepõe à real necessidade de solução do conflito. É necessário que o processo volte a se adequar ao direito material do qual é instrumento.

---

<sup>31</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Op. cit. p. 114-115.

A jurisprudência tem temperado a rigidez do art. 800, pelo menos em se tratando de produção antecipada de provas. É o que mostra o enunciado n° 263 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*: "*A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal*".

Imagina-se que o mesmo deveria ocorrer no caso da vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, por tratar-se de medida apenas acautelatória, objetivando a obtenção de prova que futuramente poderá apresentar em demanda.

A mesma linha de pensamento poderia ser adotada nas antecipações de provas, nas justificações, nos protestos, nas interpelações, nas notificações, em que o juiz cumpre função não jurisdicional, mas de documentação, sem julgar o mérito.

Situação semelhante ocorre quando se deprecia a produção de provas. O juízo deprecado cumpre sua função administrativa, sem interferir, ou assimilar, na competência do deprecante. Da mesma forma, o juízo que pratica atos de documentação não se torna preventivo para a demanda, e em nada interfere na competência do juiz da causa jurisdicional.

As cautelares de arresto, seqüestro e busca e apreensão só podem ser propostas pelo autor da futura ação principal, mas, na documentação de prova, justificação, protesto, ações chamadas de meramente voluntárias, legitimam a iniciativa de qualquer interessado, descabendo neste caso o requisito do *fumus boni iuris*.

---

<sup>32</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 418.

Passa-se agora ao estudo dos requisitos. A ação cautelar de antecipação de prova inicia-se através da petição inicial com os requisitos do art. 282 e 801 do CPC, devendo ainda o requerente, nos termos do art. 848, demonstrar a necessidade da antecipação da prova, descrevendo a ocorrência de um dos pressupostos dos arts. 847 ou 849, comprovando-os de plano, como, por exemplo, juntando na inicial atestado médico, registro civil, bilhete de viagem, ou mesmo declaração de pessoas idôneas.

Se não houver pedido de liminar, o juiz ao despachar a inicial designará audiência citando o requerido, ou, se for o caso de prova pericial, a inicial deverá conter os quesitos e a indicação de assistente técnico. O juiz, adaptando a medida nos termos dos arts. 420 a 439 do CPC, nomeará perito, citando o requerido para apresentar quesitos e indicar o assistente técnico, se desejar. O requerido poderá contestar a ação no prazo de cinco dias, invocando falta de requisitos legais para a medida, ilegitimidade de parte, etc. O juiz, se não acolher as preliminares, designará dia, hora e lugar para iniciar-se a diligência, marcando prazo para entrega do laudo, após o que as partes poderão pedir esclarecimentos ao perito.

Terminada a produção da prova, o juiz homologará por sentença o laudo ou o depoimento, sem contudo entrar no mérito, pois este terá peso de prova judicial para o futuro processo, devendo os autos permanecer em cartório até o início da ação principal.

As custas da perícia serão pagas pelo requerente, que poderá reavê-las na futura ação principal caso saia vencedor, salvo se houver contestação ao cabimento da medida, onde serão imputadas ao vencido.

### **2.1.7 Alimentos Provisionais**

O art. 852 do CPC dispõe:

*"É lícito pedir alimentos provisionais :*

*I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;*

*II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;*

*II - nos demais casos expressos em lei.*

*Parágrafo único: No caso previsto no n. I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda".*

Como o parágrafo único explica, o conceito de alimentos não abrange só os gêneros alimentícios, mas tudo do que a pessoa necessita para atender às suas necessidades físicas e morais. Em se tratando de alimentando menor, incluem-se as verbas para sua instrução.

*"(...) No direito romano, a obrigação de alimentar foi estatuída inicialmente nas relações de clientela e patronato, vindo a ter aplicação muito tardia (na época imperial) nas relações de família, (...) tendo em vista que o único vínculo existente entre os integrantes do grupo familiar seria o vínculo derivado do pátrio poder; a teor daquela estrutura, o paterfamilias concentrava em suas mãos todos os direitos, sem que qualquer obrigação o vinculasse aos seus dependentes, sobre os quais aliás, tinham o ius vitae et necis; gravitando à sua volta, tais dependentes não poderiam exercitar contra o titular da patria potestas nenhuma pretensão de caráter patrimonial, como a derivada dos alimentos (...) Terá sido na época do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior, quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral de socorro, embora largamente sentido, em obrigação jurídica verdadeira própria, a que corresponderia o dever de alimentar, tutelável através da cognitio extra ordinem."<sup>33</sup>*

Os alimentos provisionais constituem medida preventiva, pelo qual o requerente reclama a provisão alimentícia, até julgamento da ação principal ou a ajuizar-se.

Conforme ensina Pontes de Miranda:

---

<sup>33</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo. Revista dos Tribunais: 1994, p. 36-37.

*“Os alimentos provisionais são pessoais, intransmissíveis, incedíveis, irrenunciáveis, incompensáveis, não suscetíveis de transação em que haja renúncia ainda mínima.”*<sup>34</sup>

O dever de alimentar é de ordem pública, por isso irrenunciável, pois somente a faculdade de exercício pode ser renunciada. Não se transmite aos herdeiros, porém a herança do falecido responde por suas dívidas, nos termos do art. 1796 do Código Civil. Também não são compensáveis, haja vista que se destinam à subsistência da pessoa, e pela mesma razão são impenhoráveis. As prestações vencidas e o *quantum* da prestação podem ser transacionados, mas nunca o direito de pedir alimentos.

O inciso I do art. 852 admite a propositura da ação cautelar desde o momento da separação dos cônjuges. A ruptura da vida em comum pode ocorrer antes da propositura da ação de separação judicial ou anulação de casamento. Neste caso, o requerente instruirá a inicial com a prova da separação de fato, devendo propor a ação principal no prazo de trinta dias, sob pena de perda da eficácia da medida, tendo como termo inicial o primeiro pagamento.

Ressalta-se que no pedido de alimentos provisionais não será discutido o motivo pelo qual se busca a separação judicial ou anulação do casamento, pois a medida se fundamenta na falta de condições do requerente em manter sua própria subsistência, devendo o juiz analisar tal requisito, e se há entre o requerente e o requerido o vínculo autorizador para concessão.

---

<sup>34</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 379.

Na ação de investigação de paternidade, a medida cautelar será cabível a partir da sentença favorável.

A Lei 5.478 de 25 de julho de 1968 dispõe sobre o rito das ações de alimentos e que deverá ser seguido para os provisionais. A parte deverá apresentar de plano a prova de parentesco ou da obrigação do requerido em alimentar, pois, sem esta, a ação seguirá o rito comum ordinário. O juiz, ao despachar a inicial, arbitrará os alimentos provisórios sem audiência do requerido, o que também é feito nas ações de separação judicial ou anulação de casamento. O pedido de revisão poderá ser feito a qualquer tempo pelo devedor, em procedimento apartado.

O filho não reconhecido só terá direito a alimentos provisionais após o trânsito da sentença procedente da ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 883. Se, porém, este filho fora reconhecido pelos pais, poderá usar da ação de alimentos com rito especial previsto na Lei 5478/68, provando a relação de parentesco. Mesmo sem o reconhecimento se presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o juiz poderá fixá-los a partir da citação.

O art. 852 do CPC trata da ação cautelar preparatória ou incidental, e, em sendo concedidos os alimentos, estes serão denominados provisionais. Já os alimentos concedidos por liminar, pelo rito especial da Lei 5478/68, são chamados provisórios.

*“Diferentemente dos alimentos provisórios da LA 4º, os alimentos provisionais podem ser pedidos por quem não tenha prova constituída de sua qualidade de credor. A cautelar será*

*concedida, provisória (CPC 854 par. ún.) e/ou definitivamente, em virtude das provas de periculum in mora e fumus boni iuris demonstradas pelo requerente. O credor de alimentos pode, em caso de descumprimento da obrigação por parte do devedor, ajuizar ação de execução de alimentos provisórios, provisionais e definitivos, conforme seja o título de que disponha (CPC 732, 733/ LA 13).”* <sup>35</sup>

O pedido de alimentos provisionais se processará sempre no primeiro grau de jurisdição, ainda que a causa principal esteja em julgamento no Tribunal, nos termos do art. 853 do Código de Processo Civil.

#### **2.1.8 Arrolamento de bens**

O arrolamento de bens é medida cautelar para documentação e descrição de bens, quando houver “*fundado receio de extravio ou de dissipação*”, conforme preceitua o art. 855 do CPC.

Cuidava o código revogado do arrolamento e descrição de bens, como medida preparatória ou incidente das ações de anulação de casamento ou desquite, para preservação dos bens do casal, evitando a dissipação do patrimônio por um dos cônjuges.

Hoje, a medida cautelar de arrolamento de bens pode ser requerida por qualquer interessado na conservação dos bens, sendo usada inclusive como preparatória da medida cautelar de seqüestro.

---

<sup>35</sup>) NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade, *op. cit.*, p. 931.

Nos termos do art. 857, o requerente deverá expor na petição inicial, além dos requisitos do arts. 282 e 801,: "*seu direitos aos bens; os fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação.*"

O direitos aos bens será demonstrado, nos termos do art. 856, ou provado documentalmente um direito decorrente de uma "*situação jurídica já constituída*" (parágrafo primeiro, primeira parte), como por exemplo a do locador, apresentando para tanto o contrato de locação e declarando a mora do locatário; ou um direito que será declarado posteriormente em ação própria, como a do cônjuge que pretende a dissolução da sociedade conjugal. No que concerne ao credor, este poderá requerer a medida nos casos de arrecadação de herança. O requerente deverá demonstrar, ainda, o fundado receio de extravio ou dissipação dos bens, por meio de fatos concretos, pertinentes à vida do requerido, que dilapida os bens ou tenta empregá-los em negócio duvidoso. Estes dois elementos são suficientes para o requerimento da medida.

O juiz, se presentes os requisitos, deferirá a medida liminarmente ou poderá por intermédio da justificação prévia unilateral permitir a produção de provas, após o que decidirá. Caso não se convença da necessidade da medida, determinará a citação do requerido para responder em cinco dias.

Sendo deferida a medida, será expedido mandado judicial e nomeado um depositário que prestará compromisso, e, acompanhado de oficial de justiça, lavrará auto com a descrição de todos os bens objeto da medida, "*registrando quaisquer ocorrências que tenham interesse para a sua conservação*", nos termos do art. 859 *in fine*.

Os bens ficarão sob guarda do depositário. Após o cumprimento da medida, a ação seguirá os trâmites normais, com a citação do requerido, se esta não ocorreu antes, produção de prova e sentença.

Os efeitos da liminar perdurarão até a solução da ação principal.

### **2.1.9 Justificação**

O processo de justificação tem a finalidade de documentar a existência de algum fato ou relação jurídica, pela inquirição de testemunhas, com a possibilidade de juntada de documento pelo requerente, para serventia em um processo regular, ou para simples documento sem caráter contencioso.

Sobre a justificação entende Greco Filho:

*“Esta medida não é tipicamente cautelar porque sua finalidade é a de constituição de provas sem que haja vinculação necessária a um processo principal.”<sup>36</sup>*

Não há portanto a aferição do pressuposto geral das cautelares, o *periculum in mora*, nem também contenciosidade, haja vista que o art. 865 não admite defesa ou recurso.

Embora possa servir de prova em outro processo, a justificação não tem caráter preventivo como a medida cautelar de antecipação de prova,

---

<sup>36</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit. p. 184.

aquela que assegura prova útil a futuro processo, mas busca somente demonstrar fato ou relação jurídica, exaurindo-se em si mesma se for para simples documentação. Na justificação a prova é colhida sem contraditório, pois a citação é feita com finalidade de acompanhamento e regularidade dos depoimentos; o requerido pode contraditar as testemunhas e manifestar-se sobre documentos, mas não sobre o conteúdo da prova; o juiz apenas afere as formalidades legais sem se pronunciar sobre o mérito, diferentemente da medida cautelar de antecipação de prova, em que a prova é colhida com contraditório, pois nela se vislumbra a presença do *fumus boni iuris* que autoriza a produção antes do processo principal ou do seu momento processual, sob pena de se tornar impossível ou precária sua realização posterior.

Segundo a maioria da doutrina, a competência para a justificação será do juízo da causa principal, se a destinação é servir de prova em processo futuro, ou se for o caso de simples documentação, o domicílio ou residência do requerente, ou ainda da situação do fato.

Como já foi exposto quando se abordou a medida cautelar de antecipação de prova, o juiz na justificação não cumpre função jurisdicional, mas de documentação sem julgar o mérito. Entende-se que mesmo servindo de prova em processo futuro não há necessidade de prevenção do juízo.

Segue-se o estudo do procedimento.

Com a inicial deverá o requerente expor os fatos que deseja provar, juntar documentos pertinentes, indicar o rol de testemunhas e requerer a citação do requerido.

O juiz ao despachar a inicial designará audiência e determinará a citação do requerido e sua intimação para o ato. Caso o interessado não puder ser citado pessoalmente, o Ministério Público intervirá no processo, nos termos do art. 862, parágrafo único.

Se houver documentos juntados na inicial, o requerido terá vista dos autos por 24 horas, conforme dispõe o art. 864.

Na audiência as testemunhas poderão ser inquiridas pelas duas partes e se sujeitam as regras de capacidade, impedimento e suspeição, nos termos do art. 405 do CPC. Ressalta-se que a prova colhida na justificação terá sempre o peso de prova oral quando da sua apreciação.

Terminada a audiência, o juiz, sem se pronunciar sobre o mérito da causa, proferirá sentença, cuja eficácia, segundo Pontes de Miranda: *“é limitada à pretensão de assegurar prova, sem a utilização dessa eficácia em enunciados de mérito de outra ação.”*<sup>37</sup>

Decorridas quarenta e oito (48) horas da decisão, os autos serão entregues definitivamente ao requerente.

#### **2.1.10 Protestos, notificações e interpelações**

Pelos protestos, notificações e interpelações o requerente manifesta formalmente sua vontade, com a finalidade de prevenir responsabilidade, ressaltar seus direitos, e dar ciência inequívoca ao requerido.

O protesto é ação cautelar pela qual o requerente declara formalmente sua intenção para cientificar a quem de direito, sem gerar qualquer novo

---

<sup>37</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit. pág. 207.

direito ou criar obstáculo. É medida conservatória de direito, cuja finalidade é, declara Theodoro Júnior :

*“a)prevenir responsabilidade, como por exemplo, o caso do engenheiro que elaborou o projeto e nota que o construtor não está seguindo seu plano técnico;*

*b)prover a conservação de seu direito, como o caso do protesto interruptivo de prescrição;*

*c)prover a ressalva de seus direitos, como no caso do protesto contra alienação de bens, que possa reduzir o alienante a insolvência e deixar o credor sem meios de executar seu crédito.”<sup>38</sup>*

Como já afirmado anteriormente, o protesto não cria obstáculo ao requerido; assim, na hipótese do item “c”, tal protesto não pode ser averbado no registro imobiliário por mandado judicial, pois iria lhe conferir efeito análogo ao da inscrição de arresto ou penhora, que supõem título executivo. Os direitos que o protesto procura preservar são de natureza pessoal e não real.

A notificação é ação cautelar com finalidade conservativa, onde se requer ordem judicial para cientificar o requerido para que entregue, faça ou não faça alguma coisa.

Já a ação cautelar de interpelação serve para indagar do requerido explicações sobre determinado fato ou ato relevante em sua esfera jurídica,

---

<sup>38</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 326.

com a finalidade de conservar ou resguardar direitos. Pode decorrer de obrigação contratual, exigindo o requerente que o requerido satisfaça a obrigação, sob pena de ficar constituído em mora.

Nas ações cautelares de protesto, notificação ou interpelação não há necessidade de processamento perante o juízo competente para a ação principal, pois nestas medidas a atividade do juiz é meramente administrativa, exaurindo-se a atividade jurisdicional com o deferimento ou indeferimento da medida.

A petição inicial deverá conter: o juiz a quem é dirigida, nomes e qualificações das partes, os fatos e os fundamentos do pedido de protesto, notificação ou interpelação, requerimento de intimação do requerido e o valor da causa.

É necessário que o requerente demonstre legítimo interesse na medida requerida, requisito sem o qual o juiz poderá indeferi-la. Também poderá indeferir, se verificar que a efetivação da medida trará prejuízos ao requerido, impedindo a formação de contrato ou favorecendo a realização de negócio ilícito, nos termos do art. 869.

Quanto ao protesto contra alienação de bens, tem o juiz a faculdade de ouvir o requerido, no prazo de três dias, antes da publicação de editais, se lhe parecer o pedido ato emulativo, tentativa de extorsão ou outro fim ilícito, nos termos do parágrafo único do art. 870. Após o ato, poderá determinar que a medida se efetive de modo menos gravoso, intimando pessoalmente o requerido.

Se o protesto, a notificação e a interpelação têm finalidade de cientificar o requerido sem gerar direitos novos, porque são medidas

conservativas, não devem ser usados para obstar direitos. Desta forma, toma-se como exemplo uma medida cautelar de protesto contra alienação de bens, com pedido de intimação editalícia. A publicação do edital poderá desestimular a realização do negócio, que, não se concretizando, causará prejuízos ao requerido.

Portanto, o juiz deverá analisar a petição inicial e, com prudente critério, deferir ou não a medida, sem se manifestar sobre o mérito, pois não se trata de ação contenciosa. Da decisão caberá agravo.

Verificando que a petição inicial encontra-se em termos, o juiz determinará que se proceda à intimação de forma pessoal ou editalícia, nos casos descritos nos incisos do art. 870 do CPC :

*"I – se o protesto for para conhecimento do público em geral, nos casos previstos em lei, ou quando a publicidade seja essencial para que o protesto, notificação ou interpelação atinja seus fins;*

*II – se o citando for desconhecido, incerto ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso;*

*III – se a demora da intimação pessoal puder prejudicar os efeitos da interpelação ou do protesto."*

Nos termos do art. 871, o protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos próprios autos, porém o requerido poderá contraprotestar em processo distinto.

Ressalta-se que se a interpelação for proposta com a finalidade de buscar um pronunciamento do requerido sobre um ato a ser praticado, poderá o juiz admitir a resposta do interpelado nos mesmos autos, se esta estiver contida na afirmação ou negativa da prática do ato.

Realizada a intimação e decorridas quarenta e oito (48) horas, os autos serão entregues ao requerente, independentemente de traslado, após o pagamento das custas.

### **2.1.11 Homologação de penhor legal**

A homologação de penhor legal, embora elencada entre as medidas cautelares típicas, se processa de modo diferenciado, buscando assegurar a satisfação de um direito.

O *caput* do art. 874 preceitua:

*"Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação. Na petição inicial, instruída com a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, pedirá a citação do devedor para, em vinte e quatro (24) horas, pagar ou alegar defesa."*

O penhor, segundo o art. 768 do Código Civil,

*"constitui-se pela tradição efetiva, que, em garantia do débito, o credor, ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de um objeto móvel, suscetível de alienação."*

No penhor legal não há uma convenção entre as partes, mas a própria lei dá ao credor a possibilidade de tomar posse de coisa móvel do devedor.

A lei descreve as situações em que é possível o penhor legal, iniciando pelo art. 776, I do Código Civil :

*"I – os hospedeiros e estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre a bagagem, móveis, jóias ou dinheiro, que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo, que aí tiverem feito."*

Conforme o art. 777 do Código Civil, extrai-se a necessidade de que o hospedeiro seja profissional, ou que hospede mediante preço, pois o referido artigo exige tabela de preço. Se for uma pessoa que eventualmente acolhe outra em sua residência para lhe dar hospedagem, ainda que mediante determinada quantia, não há o pressuposto da habitualidade, e sem este não poderá o requerente se valer da homologação do penhor legal.

O inciso II dispõe:

*"o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos alugueres ou renda."*

Os bens móveis, sobre o que o proprietário do prédio pode requerer a homologação do penhor legal, são os que guarnecem o prédio, como as mobílias, ou animais e frutos colhidos, no caso de prédio rústico.

O Código Comercial, no art. 632, admite o penhor legal sobre objetos que o passageiro tenha a bordo, pelo Capitão, até que o viajante pague o preço da passagem.

O procedimento da homologação se inicia pela petição inicial, em que o requerente exporá os fundamentos legais da medida, a relação de bens tomados por penhor, a tabela de preço, ou exibição do contrato locatício, pedido de citação para pagamento em vinte e quatro (24) horas ou defesa, indicação de provas e valor da causa. Deverá ainda instruir a petição inicial com a conta das despesas.

Se houver provas suficientes, o juiz homologará de plano o penhor legal, conforme parágrafo único do art. 874 do CPC. *"Homologado de plano o penhor a sentença é definitiva e dela cabe apelação."*<sup>39</sup> Neste caso, a citação será para pagamento e não para defesa.

Determinada a citação antes da homologação, a resposta só poderá ser relativa à nulidade do processo, extinção da obrigação ou alegação de não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal, por serem impenhoráveis.

---

<sup>39</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit. p. 469.

Com a defesa ou sem a sua apresentação, o juiz decidirá. Após a homologação do penhor legal, os autos serão entregues ao requerente decorridas quarenta e oito (48) horas, independentemente de traslado, cabendo ao requerente propor a ação de cobrança no prazo de trinta (30) dias, nos termos do art. 806 do CPC, sob pena de perda da eficácia da medida (arts. 808 e 811).

Se o penhor não for homologado, os bens serão entregues ao requerido, e o requerente, se desejar, poderá cobrar sua dívida por meio de ação ordinária.

### **2.1.12 Posse em nome do nascituro**

O Direito romano se atinha a regra de Paulo: "*Nasciturus pro jam nato habetur si di ejus commodo agitur*".<sup>40</sup>

Conforme dispõe o art. 4º do Código Civil:

*“A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”*

Como se vê, encontra-se certa correspondência entre o Direito romano e a legislação brasileira, à medida que os dois condicionam a possibilidade de o nascituro se tornar titular de direitos, ao seu nascimento com vida.

---

<sup>40</sup> Digesto, Livro 1º, Tit. 5º, Frag. 7º. apud MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil**, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 58.

A posse em nome do nascituro é medida cautelar pela qual se buscam assegurar os direitos no nascituro e investir o requerente na posse destes direitos, depois de provado o estado de gravidez.

A petição inicial indicará a quem é dirigida, o nome e a qualificação do requerente, o pedido de investidura na posse dos direitos do nascituro, o requerimento de exame médico para constatação do estado de gravidez, a especificação de provas que deseja produzir, e o valor da causa.

O requerente deverá instruir a inicial, se tratar-se de direitos originários de sucessão *causa mortis*, com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor.

O referido art. 877 coloca como legitimada a mulher, futura mãe que busca resguardar os direitos de seu filho; mas a regra não é absoluta, como bem lembra Theodoro Júnior:

*“ nos casos em que o pátrio poder cabe ao pai, este também será legitimado a propor a ação. E isto pode ocorrer na hipótese de legado em favor do nascituro de pai vivo. Há também o caso da mulher interdita, em que a legitimação tocará a seu curador.”*<sup>41</sup>

São motivos de indeferimento da petição inicial os elencados no art. 295 do CPC. Americano, em sua obra, cita um exemplo de impossibilidade

---

<sup>41</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 341.

jurídica do pedido, onde a mulher atribui gravidez ao marido, um ano após a sua morte <sup>42</sup>.

Não devem ser desprezados os avanços da biogenética no campo da reprodução assistida, que pode contradizer o exemplo referido. Muito haverá de se questionar, e novas legislações deverão surgir para dirimir os problemas surgidos. Espera-se que esta legislação seja “*construída democraticamente pelos diferentes países, (...) e no sentido de preservação de referenciais éticos estabelecidos em consonância com o progresso moral verificado nas respectivas sociedades.*”<sup>43</sup>

O juiz, após ouvir o órgão do Ministério Público, nomeará médico para exame de constatação da gravidez, sendo este dispensado se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente. Ressalta-se que o exame médico é apenas para constatar a gravidez, não significando que o nascituro será reconhecido como filho do falecido, questão que será discutida em ação própria, se o caso.

Nos termos do art. 877, parágrafo 3º, a falta do exame médico não prejudicará os direitos do nascituro.

Sendo negativo o exame, a ação será improcedente; se positivo, o juiz declarará por sentença a requerente ou curador nomeado, investida na posse dos direitos pertinentes ao nascituro, ocorrendo o mesmo no caso de dispensa de exame, nos termos do art. 877, parágrafo 2º.

---

<sup>42</sup> AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: [s.n.] 1960, p. 132.

<sup>43</sup> GARRAFA, Volnei. **Bioética e Ciência** : até onde avançar, sem agredir. [S.l.]:Rev. do Centro de estudos judiciais do Conselho da Justiça Federal. 1999.

A posse da qual é investida o requerente será exercida como gestão de bens alheios, posse imediata, pois a mediata cabe ao nascituro, que é titular do direito protegido.

Os efeitos da sentença retroagirão à data da concepção, conforme art. 4º do Código Civil, e prorrogar-se-ão até o nascimento.

Com o nascimento com vida, o titular do pátrio poder será administrador legal dos bens. É a regra dos arts. 385 e 389 do Código Civil, cabendo-lhe também o usufruto.

Os bens serão devolvidos ao monte hereditário caso não haja nascimento com vida.

### **2.1.13 Atentado**

*“Atentado é a alteração ilícita do estado de fato em lide pendente. É necessário que a alteração não seja lícita e que a lide esteja pendente.”* <sup>44</sup>

Nos termos do art. 879 do CPC, a ação cautelar de atentado é cabível quando no curso do processo a parte:

*I – viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse;*

*II – prossegue em obra embargada;*

*III – pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato”.*

---

<sup>44</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos & RODRIGUES NETO, Sílvia Marina Labate Batalha. **Cautelares e Liminares**. São Paulo: LTR., 1996. p. 295.

Um dos requisitos para a ação de atentado é a pendência da lide. Assim, uma vez operada a coisa julgada, não se configurará atentado. O mesmo se aplica às ações que não fazem coisa julgada material, em razão da natureza das relações jurídicas ali discutidas, pois se revestem de coisa julgada formal.

A ação é sempre incidental e pode ser intentada na pendência de qualquer espécie de ação. Não basta o simples ajuizamento; é indispensável a citação válida.

A venda de bens penhorados, arrestados ou seqüestrados não constitui a hipótese do art. 897, I, mas sim ineficácia da venda em relação ao exeqüente, pois o bem está submetido à constrição judicial, com o devido registro da penhora no livro imobiliário, que é requisito para sua integralização conforme art. 659, parágrafo 4º, do CPC, quando se tratar de imóveis.

Não se pode confundir a ação de atentado com outras medidas processuais, como ensina Pontes de Miranda :

*"...atentado é fato. Fere direito, pretensão, ação. Dessa ofensa nasce a ação do atentado feito; e da ameaça nascem a ação cominatória e, em alguns casos, a ação cautelar. Essas são ações explicitamente admitidas no direito brasileiro. Não temos ação de atentado a fazer-se."<sup>45</sup>*

---

<sup>45</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1976. p. 382.

O inciso II refere-se à ação de nunciação de obra nova, em que o proprietário de imóvel vizinho, o condômino ou o Município pode buscar, por este procedimento, embargo para impedir a construção em prédio vizinho que prejudique direitos de vizinhança ou entre condôminos, ou ainda obra que inicia a construção em contravenção de lei, de regulamento ou de postura do Município. Com o deferimento do embargo, se o réu prosseguir na obra estará caracterizado o atentado.

O embargo poderá ser levantado, nos termos do art. 940 do CPC, se o nunciado prestar caução e demonstrar os prejuízos advindos da paralisação da obra. Se o juiz admitir a caução, não estará caracterizado o atentado, tendo em vista que a obra prosseguiu por ordem judicial.

As demais situações não previstas nos incisos anteriores poderão ser enquadradas no inciso III que, por ser genérico, engloba qualquer alteração na situação de fato determinada pelo juiz.

A ação de atentado deverá ser distribuída ao juízo da causa principal, processando-se em apartado. Observará o procedimento das ações cautelares, e tramitará sempre na primeira instância, ainda que a ação principal esteja no Tribunal.

A inicial deve ser clara e, além dos requisitos da petição inicial, deverá conter os específicos das cautelares, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, demonstrando no que consiste o atentado e quais os atos praticados pela parte.

Em relação ao procedimento, o art. 880 manda que se observe o disposto nos arts. 802 e 803. Portanto, não contempla a possibilidade de liminar nos moldes do art. 804.

*“O art. 804 faculta ao juiz a concessão liminar de medida cautelar genérica quando verificar que, sendo citado o réu, poderá ele tornar a medida cautelar ineficaz, o que está a demonstrar que tal dispositivo não se aplica ao atentado.”*<sup>46</sup>

O requerido será citado para responder em cinco dias. Com a resposta, ou decorrido o prazo sem esta, o juiz sentenciará.

A sentença de procedência da ação determinará o restabelecimento do estado anterior, suspenderá a causa principal e proibirá o réu de falar nos autos até a purgação do atentado, podendo ainda, nos termos do parágrafo único do art. 881, condenar o vencido a ressarcir os prejuízos decorrentes do atentado.

O réu poderá apelar, pois a proibição de falar nos autos se refere ao processo principal. O recurso será recebido somente no efeito devolutivo, nos termos do art. 520, IV do CPC, não impedindo, assim, o imediato cumprimento da sentença para restabelecimento do *status quo ante*, sem necessidade de iniciar-se nova fase de execução.

#### **2.1.14 Protesto e apreensão de títulos**

O protesto é medida administrativa extrajudicial visando a caracterizar o não pagamento de título ou falta de aceite, total ou parcial, processada

---

<sup>46</sup> PACHECO, José da Silva. **Ação de Atentado na Pendência da Ação de Reintegração de Posse.**: Rev. dos tribunais. São Paulo, n. 597, p. 14-20, junh., 1985.

perante o oficial público, com a finalidade de resguardar direito de regresso contra os demais coobrigados, ou para futuro requerimento de falência, se o devedor for comerciante.

O art. 882 dispõe: “*O protesto de títulos e contas judicialmente verificadas far-se-á nos casos e com observância da lei especial.*”

O protesto destina-se a comprovar falta de aceite ou de pagamento, e não tem o efeito de interromper a prescrição, questão já pacificada na Súmula 153 do STF : “*Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição.*” A interrupção apenas se interrompe com as medidas expostas no art. 172 do Código Civil.

A dívida prescrita, porém, não impede o protesto, tendo em vista que tal alegação só poderá ser invocada pela parte nos termos do art. 166 do Código Civil.

Não só os títulos de crédito, mas as contas verificadas judicialmente são igualmente protestáveis. Conforme ensinamento de Pinto Ferreira : “*As contas judicialmente verificadas, a que alude a lei processual, são aquelas que já passaram pela aprovação da justiça, mediante procedimento competente que permite a execução.*”<sup>47</sup>

O protesto deve ser tirado no local indicado para pagamento, ou na sua falta, no domicílio ou residência do devedor; se desconhecidos, no local de emissão ou domicílio do credor.

O oficial público verificará a regularidade do título apenas formalmente; após, nos termos do art. 883 do CPC, fará a intimação do

---

<sup>47</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. Op. cit. p. 112.

protesto do devedor através do correio, por carta registrada, ou entregará o aviso em mãos.

Somente será feita a intimação do devedor por edital: “*se o devedor não for encontrado na Comarca ou quando se tratar de pessoa desconhecida ou incerta*”, conforme parágrafo único do art. 883 do CPC.

*"Art. 884: Se o oficial opuser dúvida ou dificuldades à tomada do protesto ou à entrega do respectivo instrumento, poderá a parte reclamar ao juiz. Ouvido o oficial, o juiz proferirá sentença, que será transcrita no instrumento."*

A dúvida ou dificuldade se referem à falta de elementos essenciais no documento. Assim, o oficial suscitará dúvida comunicando ao juiz, que após ouvi-lo proferirá sentença, determinando sua transcrição no instrumento de protesto ou negativa de protesto. A parte interessada também poderá reclamar, dirigindo-se ao juiz por meio de petição.

Da sentença caberá apelação, conforme ensinamento de Pontes de Miranda: “*O recurso da decisão desfavorável é o de apelação, por se tratar de ação de alguém contra ato do oficial, em vez de simples incidente do funcionamento da administração.*”<sup>48</sup>

Sobre apreensão do título, dispõe o art. 885 do CPC:

---

<sup>48</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit. p. 445

*"O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou documento, a entrega do título e a recusa da devolução.*

*Parágrafo único. O juiz mandará processar de plano o pedido, ouvirá depoimentos se for necessário e, estando provada a alegação, ordenará a prisão."*

A medida é protetiva à formação do título, tendo em vista que seu aperfeiçoamento só poderá se dar com a participação do sacador, emitente, sacado ou aceitante, constituindo ato ilegal a retenção.

Com a não devolução deverá o prejudicado requerer a apreensão do título ao juiz competente, que determinará sua apreensão.

Declara o referido artigo que é possível a prisão do recebedor do título se restar provado, pelo requerente, a entrega do mesmo e a recusa da devolução.

*"O mesmo direito assegura o art. 885 quanto ao título já reconhecido mas que venha a ser sonegado pelo emitente. Se o credor provar documentalmente, ou justificar previamente a entrega do título e a recusa de devolução, o juiz decretará a prisão civil do devedor. O pedido do credor, em tal caso, deverá satisfazer os requisitos do art. 801." <sup>49</sup>*

---

<sup>49</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 362.

Primeiramente deve-se ressaltar que a medida de apreensão do título não tem natureza cautelar, mas satisfativa.

Greco Filho refere que a prisão do art. 885 do CPC não encontra respaldo na nossa Lei Maior:

*"Essa prisão, a despeito de regulada no Código, não é compatível com o sistema constitucional vigente. A Constituição Federal somente admite a prisão por dívida no caso de depositário infiel ou inadimplemento de obrigação alimentícia."*<sup>50</sup>

A Constituição Federal determina no art. 5º, LXVII que:

*"... não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;..."*

Para que se enquadre nos moldes constitucionais, é essencial a caracterização do depositário infiel, devendo o objeto, no caso o título, ser confiado à guarda de determinada pessoa, com finalidade de conservação somado à negativa de restituição quando solicitado.

---

<sup>50</sup> GRECO FILHO, Vicente. Op. cit. p. 192.

Orlando Gomes, assevera que: *“Em relação ao depositário, é contrato intuitu personae. Compreende-se. Ninguém entrega objeto para ser guardado senão a pessoa que lhe inspire confiança.”*<sup>51</sup>

O título entregue para pagamento ou aceite do devedor não foi com finalidade de guarda e conservação. Se for excluído um dos elementos do depósito, este ficará descaracterizado; assim, o devedor não poderá ser tomado como depositário, de forma que a retenção do título, ainda que indevidamente, não o caracteriza de depositário infiel.

A posição de Pontes de Miranda é no sentido da constitucionalidade da referida prisão, sob o argumento: *“O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio de impedir que o que tem posse imediata de algum bem se furte à entrega dele.”*<sup>52</sup>

Esposo o entendimento de Wagner Guerreiro: *“A prisão prevista no art. 885 do Código de Processo Civil, pois, está fulcrada somente na dívida mas, como já dito, inadmissível decreto prisional escudado na inadimplência, salvo a hipótese de obrigação alimentar.”*<sup>53</sup>

Se o credor busca medida jurisdicional para reaver o título entregue para pagamento ou aceite, é certo que a não devolução tem a finalidade de impedir, a princípio, a cobrança ou a responsabilidade; assim, a prisão do devedor estará associada à dívida.

O Código de Processo Civil traz a solução na medida cautelar de exibição, que se rege pelo rito dos arts. 355 a 363, possibilitando ao credor

---

<sup>51</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 379.

<sup>52</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit. p. 449.

<sup>53</sup> GUERREIRO, Wagner. **A inconstitucionalidade da prisão civil prevista no Código de Processo Civil**. [s.l.]: Ciência Jurídica, 1993.

requerer a exibição do título, e, se este não for exibido, o juiz, nos moldes do art. 359, admitirá por sentença como verdadeiros os fatos alegados, sanção bastante justa `aquele que se recusa restituir o documento, e preferível ao decreto de prisão.

Sobre o término da prisão, o art. 886 traz quatro hipóteses:

*"I – se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exhibir para ser levado a depósito;*

*II – quando o requerente desistir;*

*III – não sendo iniciada a ação penal dentro do prazo da lei;*

*IV – não sendo proferido o julgado dentro de noventa (90) dias da data da execução do mandado."*

Além da revogação da prisão pelo pagamento e pela restituição do título, o inciso I fala em exibição do título para ser levado a depósito. Cuida-se naturalmente de depósito para futura ação, em que se discutirá a existência ou não da dívida, cujo levantamento só se dará após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 887.

A leitura do inciso III leva à indagação: a prisão decretada nos termos do art. 885 é de natureza civil ou criminal? A resposta é de Wagner Guerreiro.

*“Ao que parece, houve um cochilo do legislador de 73 que, atendendo aos clamores do comércio nacional, entendeu prudente repisar o que já vinha tratado nos arts. 732 e 733 do diploma processual de 39. A consignação do texto do inciso III foi, como dantes, para justificar a prisão, em face da flagrante inexistência da figura do depositário infiel no caso em estudo. Permissa venia, a emenda ficou pior do que o soneto!”*<sup>54</sup>

#### **2.1.15 Outras medidas provisionais**

O art. 888 do CPC elenca outras medidas cautelares específicas, nos termos seguintes :

*"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:*

*I - obras de conservação de coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;*

*II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;*

*III - a posse provisória dos filhos, nos casos de desquite ou anulação de casamento;*

---

<sup>54</sup> GUERREIRO, Wagner. Op. cit. p. 46.

*IV - o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;*

*V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à pratica de atos contrario à lei ou à moral;*

*VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;*

*VII - a guarda e educação dos filhos, regulado o direito de visita;*

*VIII - a interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público."*

Estas medidas, segundo o art. 889, seguem o procedimento estabelecido nos arts. 801 a 803, podendo ser concedidas liminarmente.

Quanto ao inciso I, Ovídio critica a referência feita somente às obras de conservação, por ser muito restrita :

*“No que respeita essa a medida cautelar, melhor seria que o Código houvesse usado a expressão atos de conservação em coisa litigiosa, porque não são só as obras, no sentido usual, que podem constituir objeto dessa providência cautelar, mas*

*tratando-se de direito litigioso pode haver atos conservativos que obviamente não serão obras.”<sup>55</sup>*

Lendo-se o rol do art. 888, pode-se notar que algumas medidas não se identificam com a provisoriedade das cautelares.

O inciso II encerra medida definitiva, pois, qualquer que seja o resultado da ação principal, os bens de uso pessoal serão mantidos com o próprio cônjuge ou filho, pois a eles pertencem e não integram a comunhão matrimonial.

Já a medida de posse provisória dos filhos, na pendência de ação de separação judicial ou anulação de casamento, referida no inciso III, se encaixa perfeitamente no instituto, pois surtirá efeito até solução da ação principal, quando então se decidirá sobre a posse definitiva dos filhos do casal.

O afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais, tratado no inciso IV, segundo Theodoro Júnior, “*pode ser requerido pelo próprio menor, por algum parente ou pelo Ministério Público e deve ser aperfeiçoado com o depósito do menor em poder de parente ou de terceiro idôneo*”.<sup>56</sup>

A petição inicial deverá ser instruída com a autorização judicial.

---

<sup>55</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 171.

<sup>56</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 371.

A medida disposta no inciso V também pode ser requerida pelo Ministério Público ou algum parente do incapaz, e perdurará até que se resolva sobre o abuso do pátrio poder.

Dispõe o art. 231, inciso II, do Código Civil, que um dos deveres dos cônjuges é a vida em comum no domicílio do casal, e a sua ruptura por determinado tempo constitui causa de separação judicial.

Assim, a medida de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal se faz necessária, primeiramente para que não se caracterize infração a tal dever.

Em outras vezes, pode um dos cônjuges estar sofrendo algum tipo de coação ou ameaça por parte do outro, sendo necessária a promoção da medida pelo cônjuge coato.

Geralmente a medida de afastamento temporário é preparatória da separação judicial, mas pode ser requerida no curso do processo principal, seja de separação ou anulação de casamento.

No caso de ser requerida antes da ação principal, a ação de separação judicial deve ser proposta no prazo de trinta dias, nos termos do art. 806 do CPC?

Entende a autora deste trabalho que não. A ação de separação judicial só pode ser pedida por um dos cônjuges, nos termos precisos do art. 5º da Lei 6.515/77, ou seja, quando um dos cônjuges imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, ou se provada a ruptura da vida em comum por mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Já os requisitos para concessão da medida cautelar se fundam no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*.

Assim, o juiz pode conceder a medida de afastamento do lar diante de indícios de uma ameaça de morte, que embora não tenha sido suficientemente provada, pode se concretizar.

Nesse sentido já se pronunciou a jurisprudência: “*Separação de corpos. TJRS 10: O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC.*”<sup>57</sup>

A medida prevista no inciso VII do art. 888 regula o direito de visitas do genitor que não obteve a guarda do filho, bem como os termos da guarda conferida ao outro e a educação.

Se os pais não estão mais sob o mesmo teto e a separação judicial ainda não foi efetivada, definindo a situação dos filhos, não podem estes ser privados da convivência do genitor ausente e nem de seus direitos mais elementares.

Desta forma, presta-se a referida medida a reger estas questões.

É desnecessário afirmar que a duração da medida não se subordina ao prazo do art. 806, pois os direitos de assistência e educação dos filhos menores pelos pais é constitucionalmente protegido.

A última medida elencada é a de interdição ou demolição de prédio para resguardo de saúde, segurança ou outro interesse público.

Também essa medida tem caráter satisfativo, pois com a obtenção da interdição ou demolição do prédio o objetivo final já foi alcançado.

Da mesma forma se pronunciam a doutrina e jurisprudência :

---

<sup>57</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 920.

*“Não há decisão cautelar, em sentido estrito como se o juiz se limitasse a prover sobre o risco de dano, à saúde, ou a outro interesse público relevante. Ele julga a nocividade do uso da propriedade, decidindo que tal ou qual obra ou fato prejudica tais interesses que ele resguarda com a sentença”.*<sup>58</sup>

*“Interdição de prédio. A medida provisional de interdição de prédio tem caráter satisfativo, pois através dela chega-se a uma medida judicial definitiva, sem haver lugar para a propositura de ação principal que se lhe siga, não se limitando à tutela cautelar. A expressão provisional de que cuida o CPC 888 VIII não significa simples provisoriedade, mas sim o que é relativo a provisão, provimento, ato ou efeito de prover (STJ, Resp 37101, rel. Min. Astor Rocha, j. 27.10.1993, DJU 22.11.193, p. 24909)”.*<sup>59</sup>

## **2.2 Ações cautelares atípicas**

Dispõe o art. 798 do CPC:

*"Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz*

---

<sup>58</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op. cit. p. 174.

<sup>59</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 937.

*determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."*

As ações cautelares atípicas ou inominadas não possuem matéria específica traçada pela lei, como as típicas que o Código de Processo Civil delineou, indicando os pressupostos para sua concessão, a exemplo do seqüestro, da busca e apreensão, etc.

Como ensina Sydney Sanches: "*Consideram-se medidas cautelares atípicas aquelas permitidas ao juiz pelo ordenamento jurídico, mas as quais este não atribui um nome.*"<sup>60</sup>

As medidas atípicas estão contidas no poder geral de cautela do juiz, e têm a finalidade de manter o equilíbrio entre as partes.

Processam-se ordinariamente, pois não possuem procedimento especial ditado pela lei. "*A cautelar inominada é simplesmente uma ação cautelar a ser processada segundo o procedimento ordinário*".<sup>61</sup>

*"Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (periculum in mora), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim a*

---

<sup>60</sup> SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 2.

<sup>61</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 105.

*cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução.*”<sup>62</sup>

Segundo Calmon de Passos, o *fumus boni iuris* por vezes não é por si só suficiente para concessão da medida:

*“(...) diz também com uma superficial cognição do mérito da ação principal. Ainda quando não baste a plausibilidade do direito para deferimento da medida cautelar, exigindo-se ainda, o risco de ineficácia da futura possível tutela”.*

Nos termos do art. 799:

*"No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.*

O artigo citado trata dos instrumentos de que o juiz disporá para que se efetive a medida concedida nos termos do artigo 798.

Entende-se despicienda a discussão sobre a taxatividade da enumeração desses instrumentos.

---

<sup>62</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 910.

Para que se cumpra a ordem judicial, o juiz deve se valer dos instrumentos necessários para o seu cumprimento, e não apenas dos exemplos contidos no artigo, sob pena de se tornar inócua a medida concedida.

*“Sendo assim, a enumeração do art. 799 só será taxativa se se esgotar os tipos de providências possíveis para efetividade da tutela cautelar. Alguma situação sobrevindo que nessa enumeração deixe de encontrar resposta adequada, urge construir-se o instrumento hábil à efetividade da tutela”.*<sup>63</sup>

### **2.3 Poder geral de cautela**

No Direito romano, na Lei das XII tábuas, aparece a figura do *nexum* :

*“Nexum deriva de nectere, i. é, ligar; indica o liame entre a pessoa do devedor e a do credor. Pode-se dizer que o nexum era por certo um ato solene, que se perfazia com as mesmas solenidades da mancipatio; e parece ter sido usado para fazer empréstimos em dinheiro.”*<sup>64</sup>

O ato era realizado sempre na presença de cinco testemunhas, sendo a própria pessoa do devedor a garantia da dívida. A sanção do *nexum* era a *manus iniectio*.

---

<sup>63</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. cit. p. 107.

<sup>64</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA Gaetano. Op. cit. p. 187.

Conforme consta na Lei das XII tábuas, tábua III, *De Rebus Creditis* (Dos Créditos), II: “*Post deinde manus iniectio esto, in jus ducito. Passado o prazo, que se faça contra ele manus iniectio (pôr a mão) e que ele seja levado perante o magistrado.*”<sup>65</sup>

Estaria neste instituto o que muitos autores denominam medida com aparência de cautelar.

Como assevera Villar:

*“O direito romano não isolou uma ação cautelar, como conhecida no direito moderno e com a mesma finalidade de acautelar aos interesses da parte (...) de qualquer maneira, o que se pode inferir no direito romano é que essas medidas cautelares procuravam a tutela da situação substancial e como meio complementar da tutela normativa.”*<sup>66</sup>

No direito brasileiro a tutela cautelar foi inicialmente tratada pelas Ordenações Afonsinas (livro III, título 25), Manuelinas (livro III, título 20) e Filipinas (livro III, título 31), até a edição do Regulamento 737.

O referido regulamento cuidou das medidas cautelares nos arts. 321 a 409.

Após a proclamação da República, os Estados podiam legislar sobre direito processual civil, o que perdurou até a promulgação da Constituição de 1934.

---

<sup>65</sup> VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). **Código de Hamurabi, Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono), Lei das XII Tábuas.** Bauru: Edipro, 1994. p. 150.

<sup>66</sup> VILLAR, Willard de Castro. **Ação Cautelar inominada.** Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 46-47.

Com a edição do Código de Processo Civil de 1939, o poder geral de cautela foi tratado no artigo 675, que dispunha:

*"Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:*

*I – Quando o estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;*

*II – Quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação , ao direito de uma das partes;*

*III – Quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa".*

O Código de Processo Civil de 1973 tratou da matéria nos artigos 798 e 799, já transcritos aqui no item Ações cautelares atípicas, e que merecem algumas considerações dentro do tema Poder geral de cautela.

Para solução do conflito, o juiz dispõe de instrumentos: as normas jurídicas.

Durante a tramitação do processo, ou mesmo antes de seu início, podem surgir situações que coloquem em risco o seu resultado útil.

Para solucionar situações desta natureza, o juiz lança mão de determinados instrumentos, visando a restabelecer o equilíbrio entre as partes, evitando que o objeto pereça, ou mesmo para fazer cumprir suas próprias decisões.

Por meio do poder geral de cautela, o magistrado utiliza esses instrumentos, aplicando preceito jurídico geral, editado pelo legislador já com certa margem de liberdade, agindo de modo oportuno e conveniente.

*“O legislador deixa ao juiz essa margem de escolha na aplicação da norma que melhor se adapta ao escopo da justiça, porque entendeu mais oportuno não predeterminar, com norma imperativa, como a exigência deveria ser resolvida (...) prefere estabelecer uma norma em branco, deixando ao juiz o poder de discricção para encontrar a solução dentro do direito para o caso concreto.”<sup>67</sup>*

Lacerda afirma que o poder geral de cautela possui natureza discricionária, e que discricção não se confunde com arbitrariedade. *“Discricção não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei. Corresponde à idéia das lacunas necessárias na ordem jurídica, tão bem elaborada a partir de Zitelmann”.*<sup>68</sup>

Zitelmann afirma que a lei

---

<sup>67</sup> VILLAR, Willard de Castro. Op cit. p. 83.

*“só diz aquilo que as regras gerais podem dizer, preservando área indeterminada, a fim de que o juiz tenha espaço bastante para considerar em suas decisões a peculiaridade do caso isolado, cada um deles em nada semelhante ao outro.”<sup>69</sup>*

Realmente não há possibilidade de a lei conter especificadamente a solução para as variadas situações, cabendo ao juiz, dentro desta área indeterminada, usar do poder geral de cautela, apreciando as particularidades de cada caso.

Primeiramente será definida a discricionariedade administrativa e a judicial.

*“Discricionariedade Administrativa. Poder do agente público de agir ou não, de avaliar ou de decidir atos de sua competência, dentro dos limites legais, segundo critérios de oportunidade e conveniência para consecução do interesse público. É na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador para que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.*

---

<sup>68</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 138.

<sup>69</sup> ZITELMANN. **Las Lacunas del Derecho**. apud LACERDA, Galeno. Op. cit. p. 139.

*Discrecionariade Judicial. Teoria geral do direito. Poder de decidir dentro da moldura legal, mediante uma nova valoraçãõ objetiva, adequando o direito ao caso concreto sub judice, quando houver omissãõ normativa ou quando sua eficácia apresentar sintomas de inadaptabilidade em relaçaõ à realidade fático-social”.*<sup>70</sup>

Cretella Júnior sustenta que a concessão da liminar em mandado de segurança está situada na esfera discricionária do magistrado, independentemente da solicitação do impetrante. Posição contrária de Buzaid, pois no Direito brasileiro sempre se entendeu que o juiz poderá, a requerimento do impetrante, suspender o ato impugnado, concorrendo com os requisitos da relevância do fundamento e a possibilidade de lesão grave irreparável ao direito do impetrante; ainda a Lei 1533/51 limitou-se no seu artigo 7º a dizer que

*“ao despachar a inicial o juiz ordenará: II) que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida”,*

o que não autoriza supor que a liminar possa ser concedida de ofício, segundo o mesmo autor.

---

<sup>70</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.190

A liminar é uma providência cautelar que o requerente embute na petição inicial, requerendo-a, como as demais medidas cautelares, ao juiz da causa (art. 800 c.c. art. 2º. Do CPC). O princípio *ne procedat iudex ex officio* abrange as ações de conhecimento, cautelares e de execução.

O traço marcante da discricionariedade é a escolha de uma, entre duas ou mais soluções válidas, o que não é admissível em Direito.

Como bem expõe Bandeira de Mello,:

*"O específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia do juiz é a própria lei in concreto. Esta é a sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Por isso, ao juiz jamais caberia dizer que tanto cabia uma solução quanto outra (o que é característico da discricionariedade) mas a decisão tomada é a que o Direito impõe naquele caso."*<sup>71</sup>

E ainda :

*"Demonstrado o fumus boni iuris e o periculum in mora, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da exigência dos requisitos objetivos para concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se*

---

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 26.

*pode falar em poder discricionário do juiz nestes casos, pois não se lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um".<sup>72</sup>*

Porém, o poder geral de cautela não é ilimitado, deve ser mensurado dentro de determinados parâmetros para que não se fuja de aplicá-lo quando necessário, nem se exceda o magistrado em concedê-lo.

Tais parâmetros ou requisitos, como quer Theodoro Júnior, se traduz primeiramente na necessidade, "*pois só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida*".

Outro limite é a impossibilidade de substituição da medida cautelar típica pela atípica, pois aquela é prevista em lei que elenca seus pressupostos.

Quando o petição inicial não preencher os referidos pressupostos, o requerente não poderá usar a medida atípica para obtenção do provimento típico, posição esta pacífica na doutrina.

Não se pode, também, suspender a eficácia ou a executoriedade de sentença ou outro provimento judicial de mérito por meio de medida provisória atípica, sob pena de ferir o princípio que impede o juiz de decidir questões já decididas e a garantia da intangibilidade da coisa julgada.

Também constitui ponto limitativo ao poder geral de cautela a concessão de medida em caráter satisfativo no âmbito da cautelar, devendo esta ser restrita aos limites do Direito, cuja realização se pretende.

---

<sup>72</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, ROSA Maria Andrade, *op. cit.* p. 911, nota 5.

Entendo ser meramente interpretativa e não discricionária, pois o magistrado não tem a faculdade de negar a medida liminar se presentes os requisitos para sua concessão.

## **2.4 Liminares**

A finalidade do pedido de concessão de liminar consiste em suspender o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento, e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida .

A liminar é uma medida acautelatória e correspondente à função preventiva do processo.

O pedido de liminar é apreciado pelo juiz na inicial, se concorrerem os seus dois pressupostos legais:

- a) relevância do fundamento (*fumus boni iuris*);
- b) perigo de um prejuízo, se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (*periculum in mora*).

Com estes dois requisitos, em decisão fundamentada, será concedida a liminar.

A liminar não se requer como providência preparatória, nem no curso do processo; ela se integra na petição, onde deve ser formulada e justificada para que o juiz aprecie livremente.

Ao postular a liminar, o requerente tem que alegar e provar a relevância do pedido e o justo receio da irreparabilidade do dano. O juiz

aprecia livremente, dentro dos parâmetros já estudados, se concorrem esses dois requisitos da medida liminar e decidirá.

Existe liberdade jurídica para deferir ou não a liminar?

O art. 7º. da Lei 1533/51 esclarece que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará :

*"II .. que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado poder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".*

O preceito não diz que o juiz poderá ordenar a suspensão do ato, mas que ordenará. Portanto, estando presentes os pressupostos da concessão da liminar, esta não poderá ser denegada, assim como, se não estiverem presentes, terá de ser denegada.

O deferimento ou não da liminar não é questão de foro íntimo do juiz.

O que o magistrado faz ao conceder um pedido de liminar ou rejeitá-lo é firmar que, contrastada a norma com os fatos que lhe estão submetidos, o direito impõe tal solução; não há liberdade estimativa, sendo que o mesmo fenômeno se passa com quaisquer decisões jurisdicionais.

Ainda que se sustentasse que a apreciação de um pedido de liminar, propõe problema do qual resultaria liberdade correspondente à do administrador público nos casos de discricionariedade; mesmo assim, a decisão sobre liminar seria controlável, pois a discricionariedade, como é sabido, sofre limites, além dos quais haverá pura e simples violação ao direito, isto é, ilegitimidade. Tanto nas hipóteses de vinculação como nas de

discrição, a lei impõe igualmente e sempre o dever de que seja adotado o comportamento que satisfaça com rigor a finalidade normativa. Em ambos os casos há adscrição ao dever de produzir o ato adequado ao cumprimento do escopo da regra jurídica.

Quem não atende à finalidade da lei, não atende à lei, transgride-a. Este ato tem que ser fulminado.

Cumpra dizer que o pronunciamento jurisdicional concessivo ou denegatório de liminar, em especial no mandado de segurança não pode de modo algum ser havido como ato expressivo de discricção, à moda do que ocorre com os atos administrativos, pois o próprio dos órgãos jurisdicionais é dizer o direito .

Quer para sentenciar, quer para conceder ou negar pedido de liminar, o juiz avalia fatos, sopesa circunstâncias e estima que uma dada norma demanda proteção de uma certa situação. O juízo que necessita formular em ambos os casos é a mesma compostura lógica, nem por isso se diz que a sentença é discricionária. Portanto, também não há porque dizer que a liminar o é.

Inegável não reconhecer que, em determinadas medidas liminares, o juiz, ao conceder a liminar, já satisfaça o pedido por antecipação da entrega da prestação jurisdicional, não se tratando apenas de uma simples garantia futura contra risco futuro.

A doutrina elaborada por Calamandrei<sup>73</sup> afirma que o escopo da medida cautelar é antecipar provisoriamente certos efeitos da providência definitiva, destinada a prevenir o dano que dela poderia derivar.

---

<sup>73</sup> CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, *passim*.

Não se põe em dúvida o caráter instrutório da medida cautelar, sobre tudo exaltado por Carnelutti<sup>74</sup>, demonstrando que, enquanto o processo de conhecimento ou de execução serve à tutela do direito, o processo cautelar serve, ao contrário, à tutela do processo .

Para Chiovenda<sup>75</sup>, a liminar corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o receio de um dano jurídico. A liminar tem duração limitada e provisória, podendo ser revogada a qualquer tempo, não sendo esta uma antecipação provisória dos efeitos definitivos da sentença que acolhe a segurança .

O juiz que concede a liminar não é obrigado a mantê-la quando proferir a sentença final, reconhecendo ou negando o direito.

Embora o art. 7º, II da Lei 1533/51, conceda ampla liberdade ao juiz na concessão de liminares, se presentes os pressupostos legais, há casos de limitações na concessão de liminares:

A Lei nº. 2270/56, referente à Liberação de mercadorias importadas, dispõe:

*"Art. 1º: nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que direta ou indiretamente, importe na entrega de mercadoria ou coisa".*

---

<sup>74</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Direcho y Proceso**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971. *passim*

Essa vedação só se refere a produtos de contrabando, e não aos bens importados ou trazidos para o país como bagagem, sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para o seu desembaraço.

A Lei nº 4.348/64, sobre a limitação temporal e funcionário público (reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens), dispõe:

*"Art. 1º, letra b, : A medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da respectiva concessão , prorrogável por mais 30 (trinta) dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação".*

Este artigo encontra justificação, quando após a concessão da liminar o impetrante não movimentar o processo justamente como escopo de prorrogar a medida deferida.

O art. 2º da referida Lei fala em decretação da preempção ou caducidade da medida liminar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

*"Art. 2º. Será decretada a preempção ou a caducidade da medida liminar ex officio , ou a requerimento do Ministério Público, quando concedida a medida, o impetrante criar obstáculos ao normal andamento do processo, deixar de*

---

<sup>75</sup>CHIOVENDA, CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. *passim*

*promover por mais de três dias os atos e diligências que lhe cumprirem ou abandonar a causa por mais de 20 (vinte) dias".*

Partilho da posição que considera inconstitucional o referido artigo, pois, uma vez que o indivíduo teve seu direito definido como líquido e certo, a demora do judiciário não pode ser a causa da perda da proteção, somente se justifica como ônus processual à inércia do impetrante.

A fixação de prazo para as liminares não se justifica após a atual vigência do CPC, que conferiu ao magistrado o poder geral de cautela.

Quanto aos servidores públicos, reza o artigo 5º :

*"Não será concedida medida liminar em mandados de segurança impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único . Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença".*

A Lei nº. 5021/66, sobre vencimentos, dispõe em seu Art. 1º, parágrafo 4º: *"Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.*

A Lei 8.437/92, em seu art. 1º, veda liminares em outros procedimentos contra atos do poder público, se estes atos não puderem ser concedidos em mandado de segurança.

*"Não é cabível medida liminar contra atos do poder público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".*

À decisão que indefere ou concede liminar em mandado de segurança cabe recurso de agravo.

A pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade impetrada pode pedir, com fundamento no art. 4º da Lei 4348/94, a suspensão de sua execução, dirigindo seu pedido ao presidente do Tribunal ao qual caiba o conhecimento do recurso. Se a liminar for deferida pelo relator, o pedido de suspensão deve ser dirigido ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

A medida liminar só será suspensa se resultar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo portanto de motivação predominantemente política, não podendo ser suspensa, por exemplo, sob o fundamento de que não havia fundamento relevante para impetração. Portanto, a ausência dos fundamentos legais a justificar o deferimento da medida liminar não constitui fundamento para o deferimento do pedido de suspensão. Do ato do Presidente que defere a suspensão cabe agravo regimental para o Plenário do Tribunal respectivo.

A legislação instrumental comum prevê recurso contra decisão prolatada a título de tutela antecipada, sendo cabível o agravo para o tribunal a que esteja vinculado o juízo, podendo o relator a quem for distribuído o recurso conferir-lhe eficácia suspensiva nos termos dos

artigos 522 e 558 do Código de Processo Civil. O mesmo recurso vem sendo utilizado nas decisões de liminares em mandado de segurança.

Quanto aos mandados de segurança de competência originária dos Tribunais é cabível o agravo regimental .

É lícito ao juiz condicionar a eficácia de medida liminar à prestação de garantia por parte do impetrante, a título de contracautela?

A questão não é pacífica.

Há vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, afirmando não ser possível a exigência de prestação de caução, tendo em vista que o mandado de segurança pressupõe direito líquido e certo, não se ajustando à índole desta ação de natureza constitucional.

Há outros da mesma Corte, em que se declara ser lícita a caução como contracautela, condicionando assim a concessão de liminar ao depósito prévio do *quantum* relativo ao tributo questionado, encontrando tal exigência respaldo no poder geral de cautela.

Tendo a liminar o fim de assegurar a realização específica de uma garantia constitucional, deve ela perdurar por todo o tempo em que seja cogitável a concessão do *writ* .

Se a medida é revogada ou cassada não terá o impetrante direito de se beneficiar dos atos decorrentes do tempo em que vigorou a liminar, pois os seus efeitos retroagem.

Assim, concedida medida liminar em mandado de segurança para que o impetrante possa freqüentar determinado curso, vindo este a ser concluído e posteriormente o *writ* ser julgado improcedente definitivamente, o aluno não

terá direito ao certificado, pois os atos praticados durante a sua vigência não terão eficácia.

*"Nessas hipóteses, como linha de princípio, se nos afigura que a situação jurídica a considerar é aquela como se a medida nunca tivesse sido concedida. Isto porque a provisoriedade e a transitoriedade são inerentes a liminar. Como dito, a sua concessão decorre de uma cognição sumária e superficial. Revogada posteriormente, é como se não tivesse existido."*<sup>76</sup>

A Súmula nº 405 do STF declara: *"Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento da apelação, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária"*.

### **III - DIREITO COMPARADO**

O direito processual civil tem sofrido profundas transformações para se adaptar às mudanças sociais.

Doutrinadores do processo de diversos países têm concentrado suas preocupações na entrega da prestação jurisdicional efetiva e célere.

Neste aspecto, as medidas cautelares, os institutos de antecipação dos efeitos da tutela e as ações coletivas ganharam mais espaço nos últimos anos como forma de amenizar o alargamento do tempo do processo.

Sem pretensão de esgotar o assunto, seguem-se alguns procedimentos de urgência ou coletivos de alguns países.

### 3.1 Direito romano

Não se pode excluir desta pesquisa o Direito romano, que embora não tenha conhecido o poder geral de cautela como posto modernamente, há situações que se assemelham a ele.

O pretor urbano, que desde a República administrava a justiça entre os cidadãos romanos, tinha o ofício de publicar seu édito com eficácia por todo o tempo do exercício do seu cargo. “*Os ‘edicta’ eram avisos publicados pelos magistrados republicanos a fim de tornar conhecido como administrariam, durante o cargo, os negócios de sua competência*”.<sup>77</sup>

Sem entrar no mérito sobre o valor dos éditos como fonte do Direito romano, estes eram fundados na *jurisdictio*, poder do magistrado em dizer o direito, e no *imperium*, em sentido estrito é o poder de polícia e de coerção. Um exemplo deste último é:

*(III) Interdicta, - são ordens que o magistrado baixa a pedido de uma parte; subsistindo determinadas circunstâncias,*

---

<sup>76</sup> SHIMURA, Sérgio. A eficácia das medidas liminares. Em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 623, p.105-138.**

<sup>77</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA Gaetano. Op cit. p. 25 .

*alguém é obrigado a restituir (interdicta restitutoria), a exibir (interdicta exhibitoria) ou abster-se de fazer qualquer coisa (interdicta prohibitoria). Assim, no caso em que a parte não obtempera à ordem, segue-se um processo baseado apenas nos elementos de fato e de direito propostos na mesma ordem".*<sup>78</sup>

Baseado nesta autoridade pode-se afirmar que o pretor possuía um poder geral de cautela, que lhe possibilitava lançar mão de medidas acautelatórias em favor da parte para lhe salvaguardar o direito. Entre essas, mencionam-se o arresto, o seqüestro e a *missio in possessionem*.

A medida de seqüestro podia ser requerida pelas partes ou por determinação do judicial independentemente da vontade destas, e consistia no depósito da coisa objeto do litígio em mãos de um terceiro. Já a *missio in possessionem* consistia na entrega a um dos litigantes ou curador da coisa litigiosa; posteriormente esta era vendida para saldar o débito do credor.

### **3.2 Direito alemão**

No Direito alemão o poder geral de cautela é tratado pela ZPO no parágrafo 935 :

*“Pode o juiz adotar medidas provisórias de segurança, relativas à coisa litigiosa, quando for de temer que a*

---

<sup>78</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA Gaetano. Op cit. p. 27.

*modificação do estado atual possam frustrar ou tornar notavelmente difícil a satisfação do direito da parte*".<sup>79</sup>

E no parágrafo 938: "*O tribunal, livremente, determinará qual a medida provisória necessária*".<sup>80</sup>

O Direito alemão cuida das cautelares como medidas meramente assecuratórias dentro do poder geral de cautela do juiz.

O poder de cautela do magistrado é amplo e se traduz na adoção de medidas genéricas pertinentes à lide e para sua segurança, bem como para regulamentar, e em situações provisórias que ameacem trazer prejuízo a uma das partes, em vista da modificação do estado das coisas após o início da relação processual que poderia frustrar ou tornar difícil o direito pleiteado, referenciando assim a cautelar como direito da parte, e não se apegando à idéia de processo.

Existem também no direito alemão medidas cautelares nominadas para determinados casos.

*"O § 917 do CPC alemão trata do arresto, que pode ser arresto sobre bens do devedor ('dinglicher Arrest') e o arresto pessoal ('persoenlicher Arrest'), consistindo na redução do devedor à prisão"*<sup>81</sup>.

Em matéria de direito coletivo, existe a chamada

---

<sup>79</sup> SANCHES, Sydney. **Poder cautelar do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 9.

<sup>80</sup> SANCHES, Sydney. Op cit. p. 9.

*“adhasionprozess, igualmente ajuizada por entidades civis de proteção ou defesa do consumidor, mas com o único objetivo de impor obrigação de fazer ou não fazer”.*<sup>82</sup>

### **3.3 Direito português**

No Direito português, o estatuto processual cuidou do poder geral de cautela no seu artigo 399, que muito se assemelha aos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil brasileiro, como se pode ver:

*"Quando alguém demonstra fundado receio de que outrem, antes da ação ser proposta ou na sua pendência, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providências adequadas à situação nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta, ou a entrega de bens móveis ou imóveis que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário".*

Também na legislação de Portugal a cautelar está prevista não como processo, mas provimento de segurança para evitar lesão grave e de difícil reparação, embora existam procedimentos específicos.

---

<sup>81</sup> PINTO FERREIRA, Luiz . Op cit. p. 49.

<sup>82</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Ação Civil Pública Consumerista**. Brasília: Rev. do Centro de Est. Jud., 1998. p. 21-32.

Os pressupostos são a segurança e a prevenção, e podem ser requeridas antes da propositura da ação ou incidentalmente.

O art. 381 do Código de Processo Civil de Portugal, modificado pelo decretos-leis n.ºs 329-A, de 12.02.95, e, 180, de 25.09.96, com vigência a partir de 11.01.97, dispõe:

*"Sempre que alguém mostre fundado temor de que outro cause lesão grave e de difícil reparação a seu direito, pode requerer a providência conservativa ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado".*

Os mesmos requisitos para requerimento de medida cautelar estão presentes no referido artigo, que trata da antecipação de tutela, e inclusive possui as regras do processo cautelar, como dependência do processo principal, liminar sem oitiva da parte contrária se esta vier a pôr em risco a eficácia da medida, possibilidade de denegação da medida se a providência requerida possibilitar maior dano ao requerido, sujeição ao contraditório.

### **3.4 Direito francês**

A medida geral de cautela no Direito francês, denominada *référé*, é tratada pelo artigo 806 do Código de Processo Civil:

*"Dans tous le cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution*

*d'un titre exécutoire, ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé – après*".<sup>83</sup>

Esse ordenamento igualmente não possui tutela cautelar específica, mas permite nos casos urgentes, que o juiz ordene medidas preventivas ou conservativas, inclusive sem audiência da parte contrária.

*“ Os artigos 808 e 809 (référé) do diploma processual francês estabelecem que em todos os casos urgentes, o presidente do tribunal de grande instância pode ordenar as medidas compatíveis, seja no sentido de conservação, seja para o restabelecimento de situação, ou para prevenir dano iminente, ou para fazer cessar perturbação manifestamente ilícita.”*<sup>84</sup>

A cautelar é mera providência aplicável em todos os casos, dentro do poder geral de cautela. Este pensamento está ligado ao direito anglo-saxão, onde a cautela é de ordem pública. O juiz a adota dentro do poder geral de resguardo, zelando pelo bom andamento do processo, determinando as medidas e podendo, inclusive, sancionar quem não as obedece.

Para a defesa coletiva dos consumidores, o Direito francês dispõe da *action d'intérêt publique*, cuja legitimidade recai nas associações de

---

<sup>83</sup> SANCHES, Sydney. Op cit. p. 11-12.

<sup>82</sup> MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. **Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela.** Curitiba: Juruá, 1996. p. 216.

consumidores. Porém, conforme ensina Filomeno<sup>85</sup>, depende de autorização prévia do Ministério Público, a quem compete fixar os limites e alcance do pedido.

A referida ação tem como objeto obrigação de fazer e não fazer, podendo ter também efeito condenatório.

### 3.5 Direito norte-americano

O direito norte-americano dispõe de providência cautelar genérica, como meio de disciplinar o processo, o *trial*. Embora a iniciativa no processo seja da competência da parte,

*“o juiz tem uma importância ativa no ‘trial’, pois então ele pode usar medidas eficazes para obrigar as partes recalcitrantes a desistir de uma atitude de oposição ou obstrução injustificada”.*<sup>86</sup>

Concernente à ação coletiva, a *class action* norte-americana tem sido utilizada freqüentemente para a defesa dos direitos dos consumidores, mas a estes não se restringe.

Instituto originário do Direito inglês, foi criada pelo *Bill of Peace*, no século XVII. Após 1873, passou a ser utilizada pelos países em que vigora o *common law*, porém com características modernas. A *class action* americana foi introduzida nos Estados Unidos no início do século XIX.

---

<sup>85</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Op cit. p. 21-32.

<sup>86</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. Op cit. p. 52.

A *class action* é meio processual para resolver controvérsias afeitas a grande número de pessoas a serviço dos interesses coletivos, cujo objeto seja comum a todos os integrantes de um grupo, ficando a sua representação processual a cargo de um representante da classe, desde que seja titular de direito idêntico aos demais, tendo em vista a impraticabilidade de atuação de todos os integrantes na mesma ação, pelo expressivo número de componentes. Esta representação é aferida pelo órgão jurisdicional, que possui amplos poderes na condução do processo, a partir da *adequacy of representation*.

*"Diferentemente da opção feita pelo sistema norte-americano da 'class action', em que os limites da coisa julgada são aferíveis pelo juiz em processo futuro, observada a adequada representatividade da classe e desde que tenha utilizado de todos os meios de que dispunha para defender, no sistema brasileiro a extensão do benefício do resultado de procedência da ação coletiva é extensiva 'ultra partes, erga omnes' ".<sup>87</sup>*

As decisões serão vinculadas ao grupo de interessados.

*"Tale istituto presuppone infatti l'esistenza sul piano sostanziale di un numero anche assai elevato di posizioni di vantaggio di carattere individuale e ne consente la*

---

*trattazione unitaria e simultanea prescindendo dalla presenza di tutti i contitolari, membri della 'class', nel processo".<sup>88</sup>*

Segundo ensina Tucci<sup>89</sup>, a *class action*, dadas sua natureza, estrutura e vasta finalidade, não encontra sucedâneo no direito processual brasileiro. Porém, embora seja arriscado forçar o transplante de instituições, algumas regras da *class action* podem ser invocadas como método de trabalho para solução de problemas práticos decorrentes do mandado de segurança coletivo.

Neste aspecto, o mandado de segurança coletivo pode ser comparado à *true class action* (aplicável quando o direito é absolutamente comum a todos os membros do grupo), pois ambos os tipos de ação não cuidam de lesão ou ameaça de direitos individuais, mas de interesse coletivo.

A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class action* brasileira.<sup>90</sup>

Segundo Grinover<sup>91</sup>, com ressalva à realidade brasileira, a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro adveio com a Lei nº 7913/89, ao legitimar o Ministério Público a dotar as medidas judiciais necessárias para evitar ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares.

### 3.6 Direito inglês

---

<sup>87</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 124.

<sup>88</sup> VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Coletivi e Processo: la legittimazione ad agire**. Milão: Giuffrè, 1979. p. 254.

<sup>89</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. . **“Class Acion” e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 41.

<sup>90</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. Op cit. p. 1394.

<sup>91</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 670 – 671.

O *contempt of court* do direito inglês é uma medida cautelar referente ao desacato à Corte, e terá aplicação em todos os casos de desobediência à ordem judicial que prejudicar o direito de uma das partes.

O magistrado poderá aplicar a norma jurídica que lhe parecer adequada à situação de desobediência ou ofensa ao processo, seja às partes, aos advogados, testemunhas ou quaisquer outras pessoas que participem do processo.

*“É uma instituição consuetudinária e atribui à magistratura o poder sem outras limitações que sua própria discricção e o peso da opinião pública, para castigar os atos que tendem a diminuir ou atacar a autoridade da lei, a prejudicar as partes que litigam e as suas testemunhas durante o processo, ou, ainda, criam obstáculos aos debates”.*<sup>92</sup>

A *representative action* ou *relator action* do Direito inglês é ação coletiva para defesa de direitos do consumidor. A legitimidade também recai sobre associação de consumidores, que submete seu pedido ao Procurador Geral de Justiça (*Attorney General*), que autoriza ou não o ajuizamento. *“O único objetivo, entretanto, é o de obter a declaração da obrigação de o agente causador de determinado dano indenizar os consumidores que hajam sofrido a lesão”.*<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> VILLAR, Willard de Castro. Op cit. p. 38.

<sup>93</sup> id. ibid. p. 44.

### **3.7 Direito espanhol**

O poder geral de cautela no direito espanhol é tratado no artigo 1428 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, e é relativo à execução de sentença.

Para cumprimento da sentença, nos casos de obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa certa, poderá o juiz com base no referido artigo adotar as medidas que julgar necessárias.

Caracterizado como direito de segurança no ordenamento espanhol (art. 1428), a cautelar também está inserida no poder de cautela, que confere poderes extraordinários ao magistrado para garantir a eficácia da sentença que tenha por objeto obrigações de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa específica. Ressalta-se que Guaspe nega a existência do processo cautelar, mas o vê como processo de execução, porque o que se pede é a finalização de uma providência e não a sua declaração.

Em matéria de defesa do consumidor, a *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei 26/1984, que entre outras legislações alienígenas, influenciou o processo de elaboração do nosso Código de Defesa do Consumidor.

### **3.8 Direito peruano**

Os artigos 618 e 674 do Código de Processo Civil peruano, promulgado pelo Decreto Leg. 768 de 29/02/1992 e vigente a partir de 28/07/93, dispõem sobre antecipação de tutela.

*"Art.618: el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o a asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".*

Podemos dividir o artigo supra em dois tipos: medidas adotadas para evitar um prejuízo irreparável e medidas para assegurar a eficácia da sentença.

As primeiras se caracterizam como medidas antecipadas, pois podem ser autorizadas inclusive em decorrência da demora do processo principal, se necessárias a evitar prejuízo irreparável.

*"Pero las medidas destinadas a asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva, no tienen las características de las medidas anticipativas. Si se expiden antes de que se dicte la sentencia definitiva, tendrían el carácter de medidas cautelares conservativas pero no anticipativas; si se emiten después de que se haya pronunciado la sentencia, tampoco estarían anticipando los efectos de la providencia principal, porque ésta ya existe, sino simplemente procediendo a su ejecución provisional o definitiva, según sea el caso".<sup>94</sup>*

*"Art. 674: Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la*

*demanda, la medida puede consistir en la ejecución de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta".*

Favela<sup>95</sup> critica a limitação dada pelo artigo ao deferimento da medida antecipada, alegando que o *periculum in mora* e a firmeza do fundamento da medida deveriam ser concorrentes e não alternativos, como dispõe o artigo, como forma de evitar abusos.

### **3.9 Direito italiano**

O artigo 700 do Código de Processo Civil italiano dispõe:

*“Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha fundado motivo de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, seja este ameaçado de prejuízo iminente e irreparável pode requerer ao juiz as providências de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar os efeitos da decisão em causa principal”.*<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> FAVELA, José Ovalle. Tutela Antecipada en el proceso civil ibero-americano. IN\_: CALMON FILHO, Petrónio; BELTRAME, Adriana, (Coord.). **Direito Processual Ibero-americano**. Rio de Janeiro. Revista Forense, 1998. p. 149.

<sup>95</sup> Id. Ibid. p. 149.

<sup>96</sup> MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Op cit. p. 214.

O pressuposto para a apreciação da medida é a possibilidade da ocorrência de dano antes da definição do processo principal.

O requerente pode, segundo o artigo citado, requerer o *provvedimento d'urgenza* que lhe parecer idôneo, equivalendo este à medida cautelar .

Carnelutti, influenciado pelo pensamento alemão, a princípio classificava a medida cautelar como assecuratória provisória do direito, uma lide parcial. Posteriormente, reviu sua posição para segurança do processo principal, um meio para salvuardá-lo, ou seja, instrumento do instrumento, mas tendo como objetivo do processo cautelar a tutela do processo. Assim, dispôs:

*“... a finalidade da tutela cautelar não é a antecipação dos efeitos mas, sim, manter o equilíbrio entre as partes no processo, de modo que a prestação jurisdicional seja útil e eficaz”.*<sup>97</sup>

Calamandrei afirmava sobre as providências cautelares:

*...nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico del cual aseguran preventivamente. Nacen, por así decirlo, al servicio*

---

<sup>97</sup> CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 415.

*de una providencia definitiva, com el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.*<sup>98</sup>

As providências cautelares, segundo Calamandrei, podem ser divididas em quatro tipos.

O primeiro tipo se refere às providências instrutórias antecipadas, que possuem finalidade conservativa de certos direitos a serem utilizados posteriormente no processo principal.

Já o segundo tipo de cautelar busca facilitar o resultado prático de futura execução forçada.

No terceiro grupo estariam as providências pelas quais se resolve questão controvertida dentro do processo.

Providências que requerem a imposição de caução a uma das partes estariam no quarto tipo.

A medida cautelar referida no tipo três:

*“consiste precisamente en una decisión anticipada del mérito, destinada a durar hasta el momento en a esta regulación de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”.*<sup>99</sup>

*"A doutrina italiana mais recente distingue, seguindo substancialmente o pensamento de Calamandrei, entre*

---

<sup>98</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 194. p. 44.

*providências cautelares conservativas das situações de fato ou de direito sobre as quais incidirá a futura sentença (que atendam ao perigo de infrutuosidade da execução desta última) e as providências cautelares antecipativas de satisfação do direito (que se sustentam no perigo da demora das providencia principal)".<sup>100</sup>*

---

<sup>99</sup> CALAMANDREI, Piero. Op cit. p. 44.

<sup>100</sup> PROTO PISANI, Andrea, Lezione di diritto processuale civile. In\_: CALMON FILHO, Petrónio, BELTRAME, Adriana, (Coord.). **Direito Processual Ibero-americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 132.

## IV- TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

### 4.1 Antecipação de tutela

Dispõe o art. 273 do CPC :

*"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e :*

*I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*

*II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.*

*§ 1º Na decisão de antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

§ 2º *Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

§ 3º *A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º. e 5º., e 461-A.*

§ 4º *A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

§ 5º *Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.*

§ 6º *A tutela antecipada também pode ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*

§ 7º *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 redação do art. 273 foi alterada pela Lei 10.444/02.

A antecipação de tutela, como se vê, poderá ser obtida em qualquer processo, pois não há distinção de procedimentos pelo referido artigo.

Embora a antecipação dos efeitos da tutela possa ser requerida em qualquer fase do processo, o momento oportuno caso a lide versar apenas sobre matéria de direito é na inicial, pois :

*"Após a resposta deve o juiz julgar antecipadamente, nada impedindo, todavia, que na sentença ele conceda o benefício da tutela antecipatória, como se verá a seguir. De qualquer forma, não surge aqui a necessidade de prova inequívoca".<sup>101</sup>*

A sistemática da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional do art. 273 surgiu em resposta à morosidade do processo que, quer pela estrutura complexa do *iter* processual, quer pela quantidade de feitos que tramitam no Poder Judiciário, impunham ao autor que obteve um provimento jurisdicional positivo quase que uma penalidade devido ao espaço de tempo até a execução e entrega concreta do objeto.

Dentre os pressupostos para concessão da antecipação de tutela, segundo o art. 273 estão a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

A prova inequívoca se refere às alegações do autor na petição inicial, e deve ser aferida em cognição sumária, não sendo necessário que seja totalmente livre de dúvidas, mas suficientemente sólida a demonstrar a

---

<sup>101</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **A antecipação da tutela na reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 58

verossimilhança de suas alegações, visto que poderá ser revogada a qualquer tempo.

Cabe colocar aqui a indagação feita por José Joaquim Calmon de Passos, quando há possibilidade de revogação.

*“Determina o § 4º do art. 273 que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Essa previsão me assusta um pouco, pelo risco de ensejar abusos. Como vimos, e a lei é expressa, o que levou à antecipação da tutela foi a existência do abuso do direito de defesa ou a temeridade do comportamento do réu, ou a existência de risco de dano. O que pode levar a se ter por inexistente qualquer dos pressupostos autorizadores ?”<sup>102</sup>*

Aprofunda-se o eminente autor alegando que a referida revogação só poderia se dar caso sobreviesse situação de fato ou de direito impeditiva da manutenção da antecipação, e que tal providência fosse requerida pelo réu, visto que a medida só pode ser concedida por provocação do autor, a rigor do *caput* do art. 273. Também a cessação se dará nos mesmos moldes.

A antecipação de tutela nas ações coletivas relativas ao direito do consumidor é proferida de ofício e será estudada em capítulo próprio.

Nos casos de provimento de recurso interposto pelo réu, da decisão que antecipou os efeitos da tutela, seria o caso de reforma da decisão e não a sua revogação.

---

<sup>102</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 35-36.

A revogação caberá somente ao próprio juiz que proferiu a decisão, devendo a decisão revogatória desconstituir os pressupostos que ensejaram a primeira, fundamentadamente.

A verossimilhança das alegações está diretamente ligado à prova inequívoca, que traz a relativa certeza quanto à verdade dos fatos a sustentar o direito sob o qual embasa o pedido.

Ou seja, o juiz deverá indagar se os fatos podem ser tidos como verdadeiros da forma em que se apresentam na inicial. Se a resposta é afirmativa, cabe a segunda indagação: Poderá esta prova, por si só ou adicionada a outras que dependem de produção, servir de base à procedência da sentença?

Se a segunda resposta também é afirmativa, ou muito perto disto, o juiz está diante dos pressupostos primários para concessão da antecipação dos efeitos da tutela que, acoplados a um dos secundários (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), são autorizadores da medida.

A seguir, este trabalho contempla a análise dos pressupostos secundários, não menos importantes.

#### **4.1.1 dano irreparável ou de difícil reparação**

Para quem busca no Poder Judiciário a tutela de um direito que não foi respeitado, o dano é *“desta sorte, sempre irreparável em primeiro plano,*

*para o vencedor não obter através da justiça aquilo que ele obteria se houvesse cumprimento espontâneo do direito*".<sup>103</sup>

Há dois aspectos a considerar, segundo Fux, que seriam, "*a impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilização da concessão da vitória, salvo se antecipadamente*".<sup>104</sup>

Deve a parte demonstrar o risco concreto de ter o seu direito não satisfeito por ocasião da sentença se a tutela não for antecipada.

Conforme ensina Zavascki, o risco, além de concreto, deve ser atual e grave, sendo este "*o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte, e, aquele, o que se apresenta iminente no curso do processo*".<sup>105</sup>

Quanto ao dano de difícil reparação, entende-se que este se refere não mais ao direito da parte possível de ser recomposto pela tutela antecipada ou sentença, ao seja, o retorno ao *status quo*, mas à improbabilidade de indenização pelo não cumprimento.

Como bem expôs Fux,:

*"O dano pode ser também de difícil reparação pela insolvabilidade do sucumbente ou porque este se mostre incapaz de recompor o patrimônio do vencedor diante da lesão de direito. A entrega imediata de determinada coisa que pode*

---

<sup>103</sup> FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 345

<sup>104</sup> Id. Ibid. p. 345

<sup>105</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.77.

*vir a perecer resulta em utilidade maior para o credor do que a conversão em perdas e danos pelo seu mais alto valor.”<sup>106</sup>*

Há que se demonstrar, portanto, para obtenção da antecipação da tutela, o risco de dano irreparável, devendo o juiz sopesar a situação concreta e avaliar a difícil reparação.

#### **4.1.2 Incontrovérsia de um dos pedidos**

A tutela antecipada poderá ser concedida quando um dos pedidos ou parte dele tornar-se incontroverso, a rigor do parágrafo sexto, do artigo 273.

A evidência, a apreciação só se dará após a resposta do réu.

É que, contendo a petição inicial mais de um pedido ou somente um, com possibilidade de fracionamento, vindo o réu não impugnar um deles ou parte deles, poderá o autor requerer a antecipação dos efeitos da tutela com relação ao incontroverso e sua imediata execução, haja vista estarem presentes também os requisitos primários da antecipação dos efeitos da tutela: prova inequívoca e verossimilhança das alegações.

Estaria o pedido incontroverso apto para julgamento antecipado, pois dispõe dos elementos para tanto, conforme art. 330, I do CPC. Porém, sem o acréscimo do parágrafo em estudo, ficaria o autor mais uma vez prejudicado pelos trâmites processuais, aguardando a produção de provas relativas aos demais pedidos.

---

<sup>106</sup> FUX, Luiz. Op. cit. p.346.

Não há dúvida que a alteração contribui para celeridade da entrega da prestação jurisdicional.

#### **4.1.3 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu**

Teori Albino Zavascki diferencia as duas situações em que o abuso de direito de defesa refere-se a atos processuais praticados pelo réu em sua defesa, porém desnecessários. Já o manifesto propósito protelatório do réu diz respeito a atos praticados pelo réu fora da relação processual.

*"Ora, a referência a abuso de direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não de ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo (v. g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu - atos e omissões - fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionado. Por exemplo : ocultação da prova, não atendimento de diligências, simulação de doença".<sup>107</sup>*

O artigo 14, V, acrescentado pela Lei 10.358/01, reforça a idéia de repressão do legislador ao abuso de direito de defesa, quando dispôs :

---

<sup>107</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 77.que

*São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:*

*(...)*

*V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços á efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.*

Nos termos do art. 125 do CPC, cabe ao juiz a direção do processo.

*“Dirigir o processo significa fiscalizar e controlar a relação processual, fazendo com que se desenvolva regular e validamente. Deve decidir quem permanece e quem sai da relação processual; quais os atos que devem ser praticados.”<sup>108</sup>*

O mesmo artigo dispõe, ainda, que compete ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, bem como velar pela rápida solução do litígio.

Note-se que o art. 125 está no capítulo dos poderes, deveres e da responsabilidade do juiz. Portanto, quando o réu pratica atos abusando do seu direito de defesa, o juiz, como diretor do processo, tem o dever de não deixar que o processo se retarde inutilmente, mesmo que o autor não tenha requerido a antecipação dos efeitos da tutela com fundamento no inciso II do art. 273.

---

<sup>108</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 433.

Cabe ressaltar que também na hipótese de atos ou omissões do réu com manifesto propósito protelatório do processo, que dizem respeito a fatores externos, deve o juiz exercer o seu poder-dever de velar pela celeridade processual.

Pautado no inciso II do art. 273, o juiz que concedeu a antecipação de tutela, proferida sentença procedente, se houver apelação do réu, esta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo, caso se trate de sentença com executividade imediata.

*“O abuso do direito de recorrer é mais grave do que o abuso do direito de defesa, pois o réu, no momento da sentença, encontrará um autor menos resistente a um acordo que ofereça o tempo do processo em troca de uma vantagem patrimonial. (...) Tendo em vista que o abuso de recorrer é uma realidade que não pode ser ignorada, tal prática deve ser inibida, seja através da condenação por litigância de má-fé, seja mediante o indeferimento do recurso pelo relator (art. 557 do CPC), ou ainda através da tutela antecipada”.*<sup>109</sup>

Conforme lição de Chiovenda, *“a necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão”*<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 166.

<sup>110</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. p.159.

#### 4.1.4 Irreversibilidade

Nos termos do parágrafo 2º do art. 273, constitui óbice à antecipação de tutela a irreversibilidade do provimento antecipado.

A irreversibilidade, segundo Fux “*significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior caso a decisão antecipada seja reformada*”.<sup>111</sup>

Nery Júnior em comentários ao referido artigo afirma que:

*“O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes da sua execução. De sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida*”.<sup>112</sup>

E de fato não é irreversível. O provimento sempre poderá ser revogado pelo próprio juiz, em decisão fundamentada, ou modificado por decisão de agravo interposto pela parte contrária.

Quanto às conseqüências de fato ocorridas com a efetivação da medida, o próprio legislador acautelou-se por meio do parágrafo 3º do art. 273, com as

---

<sup>111</sup> FUX, Luiz. Op. cit. p. 350-351.

<sup>112</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 550

alterações da Lei 10.444/01, determinando a aplicação, no que couber, das regras de execução provisória de sentença e obrigações de fazer e não fazer, referentes aos artigos 461, parágrafos 4º e 5º, 461-A e 588 do CPC, que dispõe:

*Art. 461 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

*§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos e se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.*

*§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).*

*§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

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

*§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

*§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.*

*Art. 461-A – Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder tutela específica, fixará o prazo para cumprimento da obrigação.*

*§1º. Tratando-se de entrega de coisa determinada, o pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição*

*inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.*

*§2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.*

*§3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do artigo anterior.*

*Art. 588 – A execução provisória da sentença dfar-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:*

*I- corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha sofrer;*

*II- o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática dos atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;*

*III- Fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;*

*IV- Eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.*

*§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.*

*§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade.*

Houve alteração no parágrafo 3º do artigo 273, com a substituição do termo execução por efetivação, e ainda a exclusão da alusão aos incisos II e III do art. 588, de forma que se concedida a antecipação da tutela, o autor poderá prosseguir na execução da medida, mas deverá prestar caução, ficando dispensado somente no caso de créditos de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, se o exeqüente se encontrar em estado de necessidade, a rigor do parágrafo segundo do artigo 588.

De qualquer forma, a doutrina era prudente ao se referir à exclusão da caução, para obstar, medidas irreversíveis também para o réu:

*“De todo disposto do parágrafo terceiro, resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução, mas não chegando à*

*expropriação de bens penhorados, e propiciando, embora, o levantamento de dinheiro, condiciona a caução. Nestes casos, estando assim satisfatoriamente garantida a reversibilidade, inexistem males a temer (...)*.<sup>113</sup>

Responderá, entretanto, pelos prejuízos causados pela execução da medida ao réu. *“Deve ser utilizado, por extensão, o sistema do CPC 811, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta (...)*<sup>114</sup>

Há situações que mesmo sendo irreversível a situação criada em decorrência da tutela antecipada, deve o juiz concedê-la se a negativa causar lesão maior à parte que a requer.

Não deve aquele que demonstrou, por meio de prova inequívoca, a verossimilhança de suas alegações e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação ficar sem resposta ao apelo feito ao Judiciário, em razão de regra que vem mais uma vez beneficiar o réu.

A razão de ser da antecipação de tutela é justamente o equilíbrio entre as partes; porém o parágrafo 2º quase o aniquila, todavia restou sem alterações. Situações surgem em que a concessão da antecipação da tutela se impõe como decorrência do Princípio do Acesso ao Poder Judiciário.

Como já se afirmou, amparado em expressiva doutrina, o provimento nunca é irreversível; a situação criada pela concessão da tutela pode vir a ser, neste caso, remediada por perdas e danos.

---

<sup>113</sup> FREIRE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 92.

<sup>114</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 550.

Fux entende que a antecipação de tutela pode ser concedida, mesmo ante à situação de irreversibilidade, desde que esta não cause prejuízo irreparável à parte.

*“Entretanto, há providências cujos resultados são irreversíveis e urgente a necessidade de tutela. Sob esse prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder-dever, há que responder de tal maneira que, malgrado o irreversível estado das coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade.”<sup>115</sup>*

Os artigos 461, §§ 4º e 5º e 461-A trouxeram medidas de apoio à efetividade da tutela antecipada, inclusive com a possibilidade de aplicação de multa por tempo por tempo de atraso, de ofício, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, sem prejuízo de outras se tornarem necessárias.

A imposição de multa diária, em caso de descumprimento de decisão que antecipou os efeitos da tutela, já vinha sendo aplicado nas ações cujo objeto se refere a direito do consumidor.

#### **4.1.5 Providência cautelar e o princípio da fungibilidade**

---

<sup>115</sup> FUX, Luiz.Op. cit. p. 351.

Outra inovação importante no instituto da antecipação de tutela, foi o acréscimo do parágrafo sétimo ao art. 273, que determina a apreciação da medida cautelar e o seu deferimento, em caráter incidental, se presentes os pressupostos, mesmo se esta for requerida a título de tutela antecipada.

O adiantamento dos efeitos da sentença de mérito, que caracteriza a antecipação de tutela, difere da medida cautelar, que visa garantir o processo principal.

Mais precisamente, os dois institutos diferem na extensão da prova inequívoca.

O *funus boni iuris* exigido para a concessão da medida cautelar se pauta nos fatos alegados pelo autos, enquanto a prova inequívoca de verossimilhança, nos fatos provados pelo autor, ainda que não plenamente.

Como já vimos, no capítulo destinado ao estudo do direito comparado, em outras legislações, as providências cautelares são requeridas indente ao processo de conhecimento.

Tanto o instituto da antecipação de tutela como o processo cautelar, têm o mesmo fim maior: garantia da efetiva entrega da prestação jurisdicional, quer pelo adiantamento dos efeitos da tutela incidentes sobre o próprio direito, quer pelo asseguramento de seu cumprimento, através das medidas cautelares.

O autor poderá requerer a antecipação dos efeitos da tutela se presentes os seus requisitos e ou medida cautelar se necessária a segurança do próprio direito, dentro do mesmo processo, sem necessidade de iniciar outro, somente para tanto, nisto consiste a fungibilidade procedimental, pois se refere a aceitação de um procedimento inserido em outro, e não por outro.

A medida cautelar, e não processo cautelar, será requerida incidente ao processo de conhecimento.

Nesta linha, se o autor requerer antecipação de tutela, mas a providência se traduzir em segurança da futura efetivação da tutela, estará a requerer cautelar incidental, devendo o juiz deferi-la, se presentes os seus requisitos.

Quanto ao inverso, se o autor requerer antecipação de tutela no processo cautelar?

Já expus em capítulo destinado ao processo cautelar, sobre o seu caráter instrumental e assecuratório da lide principal, nele não se discute o mérito, apenas assegura o seu resultado útil.

O mérito do processo cautelar é a própria segurança da lide principal e único objetivo buscado na ação, que caso exista perigo na demora, será assegurado em liminar.

Não pode a fungibilidade procedimental ser usada nesta ordem, frente ao nosso ordenamento.

Mudanças outras poderão ocorrer na legislação processual que possa permitir até mesmo a conversão de rito, com aproveitamento do processo cautelar já em curso, contribuindo ainda mais para celeridade processual.

Há situações concretas em que a distinção perde o sentido, seja em razão das cautelares satisfativas ou mesmo diante dos princípios da celeridade e economia processual, desrespeitado em face da necessidade do ajuizamento de outra demanda, o chamado processo principal, quando, uma simples petição requerendo a medida bastaria.

## **V - INTERESSE SUPRA INDIVIDUAL**

### **5.1 Interesses ou Direitos – Distinção**

A Constituição Federal usou o termo interesse referindo-se ao mandado de segurança coletivo; e a expressão direito para mandado de segurança individual. Haveria uma distinção entre direito e interesse?

O termo interesse possui várias acepções. Para melhor definir o interesse supra-individual, serão abordadas primeiramente algumas categorias, sem pretensão de esgotá-las.

Vale observar, em primeiro lugar, o chamado interesse social, que traz a idéia de pertinência a toda coletividade, traduzindo-se em bem comum a esta, e pela mesma eleito como proeminente, fundamental à sua própria subsistência. Ao Ministério Público foi cometida a incumbência constitucional de defesa dos interesses sociais, nos termos do art. 127 da Constituição Federal.

O interesse público estaria sempre caracterizado pela presença do Estado, segundo Mancuso, para quem

*“a expressão ‘interesse público’ evoca, imediatamente, a figura do Estado, e mediadamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevaletentes na sociedade.”*<sup>116</sup>

Já o interesse coletivo, segundo o mesmo autor, deve ser em suas três acepções: como interesse pessoal do grupo, como soma de interesses e como síntese de interesses individuais. O interesse pessoal do grupo diz respeito aos *“interesses do grupo em si mesmo, como entidade autônoma distinta de seus membros”*.<sup>117</sup>

O segundo aspecto diz respeito à soma de interesses individuais. Estes não se caracterizam como coletivos, *“pelo só fato do exercício ser coletivo. A essência permanece individual.”*<sup>118</sup>

Já a síntese de interesses individuais superam os limites referidos, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. *É síntese, antes que mera soma*”.<sup>119</sup>

O ente legitimado deve representar o todo, e não o grupo de indivíduos. É inegável que a base seja individual, pois é contrário à essência de o próprio homem buscar solução dos conflitos que não atinjam o seu próprio interesse.

Ainda hoje há divergências entre autores sobre a sinonímia dos termos interesse e direito.

---

<sup>116</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos:** conceito e legitimação de agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

<sup>117</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 1997. Op. cit. p. 38.

<sup>118</sup> Id. Ibid. p. 26.

Para Grinover, a distinção perdeu a consistência em razão da proteção dada pelo ordenamento jurídico a uns e outros. Em comentário ao Código de Defesa do Consumidor, Watanabe rejeita a diferenciação salientando que:

*“a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para busca de uma diferenciação ontológica entre eles”*.<sup>120</sup>

Vigliar relata que:

*“a expressão direitos traz uma grande carga de individualismo, fruto mesmo de nossa formação acadêmica, sempre convida a associar a defesa de direitos através do emprego de ações, numa perspectiva que pretende colocar o processo civil a serviço do autor, ou seja, daquele que afirma a posição favorável a partir do ordenamento jurídico”*.<sup>121</sup>

Realmente parecem despiciendas maiores diferenciações, ficando a autora na posição de que o termo interesse deve ser entendido como direito, pois se aquele é tutelado, origina direito.

## **5.2 Interesse difuso, coletivo e individual homogêneo**

---

<sup>119</sup> Id. Ibid. p. 39.

<sup>120</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 623.

<sup>121</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998. p.60.

A lei 8.078/90 cuidou da formulação dos conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individual homogêneo, no seu artigo 81:

*"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

*Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*

*I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*

*III - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*

*III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".*

Os interesses transindividuais estão em uma categoria intermediária entre o interesse público e o interesse privado. Abrangem todo um grupo de pessoas, ora perfeitamente identificáveis, ora não identificáveis a princípio, superando o interesse individual. Como já salientou o mestre Bulos em seu livro *Mandado de Segurança Coletivo*,:

*“São metaindividuais, transindividuais ou superindividuais aqueles interesses que transcendem a esfera do particular de uma pessoa física ou jurídica determinada. Pertencem a uma comunidade amorfa, fluida, contingente flexível, sem personalidade jurídica, cuja titularidade pertence à coletividade, a qual possui identidade individual.”*<sup>122</sup>

A natureza do direito ou interesse difuso é caracterizada pela sua indivisibilidade, ou seja, o seu objeto não é passível de divisão de forma a entregar a cada titular do direito sua cota.

Tal característica se estriba no fato de o interesse difuso ter uma composição própria, como ensina Mancuso:

*“... os direitos difusos apresentam uma estrutura peculiaríssima, dado que, como eles não têm seus contornos definidos numa norma (como os direitos subjetivos), nem estão aglutinados em grupos bem definidos (como os interesses*

---

<sup>122</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 58.

*coletivos), resulta que sua existência não é afetada, nem alterada, pelo fato de virem a ser exercidos ou não”.*<sup>123</sup>

É justamente esta natureza indivisível do objeto que permite afirmar que “...a lesão a uma pessoa indeterminada configura lesão a todos, desde que estejam englobados pelas mesmas circunstâncias...”<sup>124</sup>

A titularidade do interesse difuso também é indeterminada, atingindo todas as pessoas ligadas pelas circunstância de fato, ou seja, as pessoas lesionadas ou ameaçadas de lesão pelo ilícito, que dada a sua amplitude atinge um grande número de sujeitos, que não dispõem de qualquer vínculo jurídico.

O exemplo mais usado pelos doutrinadores é o da propaganda enganosa veiculada por meio da imprensa, que afeta uma incontável quantidade de indivíduos.

Os interesses ou direitos coletivos também são transindividuais e possuem objeto indivisível, porém seus titulares são um grupo, categoria ou classe de pessoas vinculadas por uma relação jurídica anterior à lesão ou à sua ameaça.

Kasuo Watanabe, ao comentar o referido artigo, ressalta a preexistência da relação jurídica-base à ameaça ou lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas, diferenciando-se da relação nascida da própria lesão ou ameaça, inexistentes nos direitos difusos, podendo ou não existir nos individuais homogêneos .

---

<sup>123</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo.1997. Op. cit. 1988. p. 69.

<sup>124</sup> ALVIM, José Manoel Arruda et al. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1991. p. 168.

Também destaca o referido autor a idéia desvinculada de direito coletivo como agrupamento de interesses individuais, assim se posicionando:

*"Com o uso da expressão transindividual de natureza indivisível se descartou, antes de mais nada, a idéia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou parte deles."*<sup>125</sup>

Os interesses difusos se diferenciam dos coletivos justamente pela possibilidade de se determinar os titulares, ou pela relação jurídica-base, ou pelo vínculo jurídico que as liga à parte contrária.

Individuais homogêneos são os interesses ou direitos que decorrem de origem comum, portanto divisíveis, e de natureza predominantemente particular. Podem ser defendidos por mandado de segurança coletivo, se presentes os pressupostos, pois são, nas palavras de Barbosa Moreira, interesses acidentalmente coletivos.

Diferentemente dos direitos difusos, os individuais homogêneos possuem titulares determinados ou passíveis de determinação.

As circunstâncias de fato que originaram o dano são comuns a todas as vítimas, gerando a possibilidade de propositura de ação coletiva.

*"São esses interesses ou direitos defensáveis a título coletivo, porque podem ser desprezadas e necessariamente*

---

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op cit. p. 628.

*desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada consumidor, exatamente porque refogem tais aspectos da homogeneidade, e, por essa razão, se assim não tivesse sido previsto, inviabilizariam praticamente um pedido a título coletivo, no bojo de uma ação coletivo, no bojo de uma ação coletiva, no processo de conhecimento”.*<sup>126</sup>

Após a sentença genérica, cada vítima pleiteará em liquidação de sentença a sua cota respectiva, podendo variar o seu *quantum*, em razão da individualidade de cada caso concreto.

---

<sup>126</sup> ALVIM, José Manoel Arruda et al. Op cit. p. 180.

## **VI - AÇÕES COLETIVAS**

### **6.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

#### **6.1.1 OBJETO**

Entre as ações que tutelam os interesses metaindividuais, destaca-se a ação civil pública, como instrumento para defesa de interesses difusos e coletivos.

A Lei Complementar nº 40, de 13.12.1981, Lei Orgânica do Ministério Público foi a primeira a se utilizar da expressão *ação civil pública*, abrangendo primeiramente a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e valores culturais. Posteriormente a Lei nº 7.347/85, seguida em 1988 pela Constituição Federal que, em seu art. 129, III, inseriu como função institucional do Ministério Público a proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, através da ação civil pública.

As Leis 8.078/90 e 8.884/94 alteraram a lei 7.347/85 ampliando a definição de ação civil pública, cujo objeto passou a ser a proteção do meio ambiente, do consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O artigo primeiro da Lei 7.347 dispõe:

*Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:*

- I- ao meio ambiente;*
- II- ao consumidor;*
- III- a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*
- IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;*
- V- por infração à ordem econômica.*

O inciso primeiro refere-se a tutela ambiental, ressalta-se que a proteção diz respeito ao meio ambiente natural e ao artificial, sendo este último: urbano, rural, cultural, do trabalho entre outros.

*"O tombamento por motivo estético ou arquitetônico inclui-se entre os valores de interesse difuso ou coletivo, integrando o conceito hodierno de meio ambiente, que se*

*não resume no patrimônio natural, que não indica apenas a natureza original, mas, igualmente, o patrimônio artificial, vale dizer, os recursos artificiais e culturais" <sup>127</sup>*

A Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, adotada em Genebra, em 10 de outubro de 1980 e promulgada pelo decreto 2789 de 20/08/98 dispõe sobre a proibição do emprego de métodos ou meios de guerra que têm como objetivo ou resultado danos duradouros e graves ao meio ambiente natural, demonstra a preocupação mundial com a preservação do meio ambiente.

No que se refere ao meio ambiente do trabalho, podemos considerar:

*"Interesse difuso é a espécie de interesse metaindividual, onde predomina o interesse genérico, que se encontra disperso na organização produtiva como um todo. (...) Este tipo de interesse surge no meio ambiente do trabalho, o ser humano no seu ambiente de trabalho não pode sofrer de condições subumanas, perigosas, insalubres ou estressantes." <sup>128</sup>*

---

<sup>127</sup> - Tribunal de Justiça -RJ – AC 2463/93 – (Reg. 211195) – Cód. 93.001.02463 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Laerson Mauro – J. 12.09.1995)

<sup>128</sup>- GAMA, Lúcia Elizabeth Peñaloza Jaramillo, **Interesses tutelados pela ação civil pública**, artigo publicado no Jornal Juris Síntese nº 38, abril/2000, pág. 4: 3.2.1 "Interesses difusos na Justiça do Trabalho

Como proteção ao meio ambiente urbano, podemos citar a situação em que se busca tutela jurisdicional para desativamento de aparelhos luminosos que poluem o meio ambiente.

*27026680 – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – PRETENSÃO LIMINAR DE DESATIVAMENTO DE APARELHOS LUMINOSOS A POLUIR MEIO AMBIENTE URBANO – REITERAÇÃO DE PETIÇÃO ANTERIOR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO IMPROCEDENTE – Os efeitos de decisão colegiada anterior. Proferida em agravo, perduram para as res da ação civil pública, de que esse deflui, mormente quando o autor faz menção expressa a ação por ele movida e o mérito da lide não foi apreciado nem foi prolatada outra decisão desconstituindo o V. Acórdão referido. Recurso desprovido. – <sup>129</sup>*

Também o meio ambiente rural pode ser protegido através de ação civil pública, haja visto que a Constituição Federal estabeleceu que sua função social é cumprida quando preservado o meio ambiente, devendo essa propriedade ser exercida em benefício da coletividade.

*"Nesses termos, ao estabelecer no art. 186, II, que a propriedade rural cumpre a sua função social quando ela*

---

<sup>129</sup>- Tribunal de Justiça -RS – AI 597207562 – RS – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Celeste Vicente Rovani – J. 25.03.1998

*atende, entre outros requisitos, à preservação do meio ambiente, na realidade, a Constituição está impondo ao proprietário rural o dever de exercer o seu direito de propriedade em conformidade com a preservação da qualidade ambiental. E isto no sentido de que, se ele não o fizer, o exercício do seu direito de propriedade será ilegítimo.*"<sup>130</sup>

O inciso "II" se refere a proteção ao consumidor, a qual a Lei 8078 de 11 de setembro de 1990 veio a completar a lei de ação civil pública.

Os direitos de valor artísticos, estético, histórico, turísticos e paisagísticos compõem o meio ambiente cultural.

O inciso "V" ressalva a possibilidade de proteção através desta lei a qualquer direito ou interesse difuso ou coletivo bem como a defesa da ordem econômica.

### **6.1.2 FORO COMPETENTE**

O art. 2º da Lei 7347/85 dispõe: *As ações previstas nesta lei serão propostas no foro local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.*

---

<sup>130</sup>- PACCAGNELLA, Luiz Henrique, **Meio ambiente-função socioambiental, propriedade privada**, Rev. Jurídica n. 247, São Paulo, maio, 1998.

O juízo do local onde ocorrer o evento danoso é, sem dúvida, o mais adequado para o processamento do feito, pois a proximidade torna mais fácil e rápido a apuração da lesão ao bem difuso e sua reparação, a proximidade ao lugar do evento torna mais fácil e rápida.

Se a União, autarquia ou empresa pública federal forem interessadas, como autoras, rés, assistentes ou oponentes, nos termos do art. 109, I da Constituição Federal, o foro competente será o da vara federal que tenha jurisdição sobre o local do dano.

A súmula 183 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: *compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo*, foi cancelada, na apreciação dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 27676/BA (1999/0093333-8), cuja ementa dispôs:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOCAL DO DANO. JUIZ FEDERAL. ART. 109, I, E § 3º, DA CF/88. ART. 2º, DA LEI 7.347/85.*

*1- O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve Ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do art. 3º, do art. 109, da CF/88, dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência*

*ao Juízo Estadual. O foro do domicílio da outra parte ou do ato ou do fato que deu origem à demanda desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais.*

*2- Cancelamento da Súmula nº 183, deste Superior Tribunal de Justiça, que se declara.*

*3- Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de reconhecer o Juízo o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia.*

É que, o artigo 1º da Lei 7347/85 se refere a competência da Justiça Estadual, devendo ser ressalvado a da Justiça Federal, como aliás, dispôs o artigo 93 da Lei 8078/90.

### **6.1.3 LEGITIMIDADE**

A legitimação ordinária se dá com a coincidência entre o titular do interesse juridicamente protegido e o legitimado.

Porém as ações cujos interesses objetivados são difusos "*pedem uma legitimação difusa, a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente aos cidadãos per se ou agrupados em associações, e, bem*

*assim, aos entes e órgãos públicos interessados, ratione materiae, aí incluindo o Ministério Público.*"<sup>131</sup>

Nos termos do art. 5º da Lei 7347/85 (LACP), podem propor a ação civil pública: Ministério Público, União, Estados e Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação, esta constituída a pelo menos um ano, desde que inclua entre suas finalidade a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ressalta o parágrafo primeiro o obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, na hipótese de não ser ele parte da ação.

O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos difusos e coletivos, fundado no art. 129,III da Constituição Federal:

*art. 129: 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.*

Sendo o Ministério Público instituição una e indivisível, tanto pode o promotor público estadual ajuizar ação civil pública na justiça federal, como o procurador da república ajuizá-la na justiça estadual,

---

<sup>131</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 172

pois dada a natureza indivisível dos direitos difusos ou coletivos, não deve haver limites territoriais, pois *"um dos objetivos das ações coletivas é evitar a proliferação de demandas individuais e também de ações coletivas."*<sup>132</sup>

*"É que não é o órgão jurisdicional (enfim, a competência, que, por sua vez, é o limite da jurisdição) quem define e delimita a atribuição ministerial para atuar no processo. Embora uno e indivisível, o Ministério Público comporta divisões internas de atribuições, tendo o MPU atribuições próprias e específicas, distintas daquelas inerentes aos MP dos Estados (MPE's). A partir desse entendimento, é consequência lógica auferir-se que a atribuição do MPU não é atuar, somente, junto à Justiça Federal e os MPE's atuarem junto à Justiça dos Estados. Poderá - e sói acontecer normalmente - que o MPU afores ações na Justiça Estadual e vice-versa, sempre que a competência assim determinar. Exemplo disso é o mandado de segurança que o MP de um Estado tenha de impetrar contra ato de alguma autoridade que tenha foro na Justiça Federal (ex: um Delegado Regional do Banco Central ou de uma Autarquia Federal). Tal mandamus,*

---

<sup>132</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit. p. 1393

*necessariamente, será impetrado na Justiça Federal, embora tendo como autor o MPE."* <sup>133</sup>

Tanto o Poder Público quanto as associações legitimadas pelo referido artigo podem habilitar-se na ação como litisconsortes.

O litisconsórcio pode ser ativo ou passivo. Dar-se-á o litisconsórcio ativo quando mais de uma entidade legitimada mover a ação em conjunto, neste caso será facultativo, pois na lei 7347/85 não há formação obrigatória. Já o litisconsórcio passivo será formada por todos os responsáveis que infringirem as normas protegidas pela lei de ação civil pública - LACP, sejam pessoas jurídicas públicas, privadas ou físicas.

#### **6.1.4 TRANSAÇÃO E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO**

O § 6º do art. 5º da LACP foi vetado ao argumento de ser juridicamente impróprio a equiparação de compromisso administrativo a título executivo. Tal veto perdeu a consistência, após a alteração do art. 645 do CPC, introduzido pela Lei 8953/94.

Há de se assinalar também, o entendimento da doutrina era no sentido de que o referido dispositivo estava em vigência.

Dispõe o parágrafo 6º do artigo 5º da LACP:

---

<sup>133</sup>) FARIA, Cristiano Chaves de, **Os juizados especiais cíveis como instrumento de efetividade do processo e atuação do ministério público**- Jornal Juris síntese nº 24 jul/ago de 2000, p.13-24

*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.*

Sendo que a ação civil pública tutela interesses metaindividuais forçoso questionar sobre a possibilidade de transação dentro processo, quando uma das partes não possui disponibilidade material da lide.

Subtraído a possibilidade de conluio entre as partes, haja vista que o Ministério Público quando não atuar como autor, atuará como fiscal da lei, resta indagar se os co-legitimados ativos podem transigir sobre interesses, cujo titular é a coletividade.

Pondera Rodolfo de Camargo Mancuso que: "*haverá casos em que a não celebração de acordo iria contra a tutela do interesse difuso objetivado.*"<sup>134</sup> Exemplifica o autor, através de situações em que o réu reconhece sua culpa e apresenta projetos para recompor o bem lesado, não se justificaria a recusa do autor ao acordo, pois na ação coletiva se busca a melhor tutela ao bem protegido.

*Portanto, para os que, como nós, reconhecem que nas ações à finalidade 'coletiva' o autor não age como substituto processual, e sim como titular de direito próprio (direito de cada um à probidade administrativa e à boa gestão do bem comum), a transação na ação civil pública*

---

<sup>134</sup> - MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7347/85 e legislação complementar**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 146

*não é de ser afastada ao argumento de que o interesse tutelado depassa a figura do autor.*<sup>135</sup>

O compromisso de ajustamento possui força de título executivo extrajudicial, portando, uma vez não cumprido, enseja execução por obrigação de fazer ou não fazer. Se a transação se der no curso do processo, naturalmente o título será judicial.

16044322 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA –  
COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO – EXECUÇÃO –  
TÍTULO EXECUTIVO – O compromisso firmado perante o  
IBAMA e o Ministério Público constitui título executivo,  
nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei 7347/85, que está em  
vigor. Recurso conhecido e provido.<sup>136</sup>

Poderá ser estabelecido pena pecuniária para o caso de inadimplemento do compromisso, neste caso a execução será por quantia certa, no caso de descumprimento.

Há casos em que o compromisso de ajustamento é efetuado durante o inquérito civil público, sem necessidade de dar início a ação. Nestes casos além das conseqüências já referidas acima, firmadas no próprio compromisso, será instaurada a competente ação civil pública para a defesa do bem violado.

---

<sup>135</sup> - id. Ibid. p. 148 .

<sup>136</sup> Superior Tribunal de Justiça, Resp 213947 – MG – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 21.02.2000 – p. 132

17005393 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – DANO AMBIENTAL – POLUIÇÃO SONORA – ENTIDADE RELIGIOSA – RECURSO DESPROVIDO – Constitucional. Processual. Meio ambiente. Poluição sonora decorrente de sons emitidos em templo religioso acima dos decibéis em legislação permitidos. Inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, arquivado em decorrência de compromisso, assumido pela Igreja, de ajustar a propagação do som aqueles limites (§ 6º, do art. 5, da Lei nº 7.347/85). Sua inobservância. Ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação civil pública, com pedido de liminar, deferida, para serem sustadas atividades, religiosas ou não, enquanto não se promover a instalação de tratamento acústico. Pressupostos desta que se verificam, havendo vistoria da Secretaria de Meio Ambiente do Município aferido ultrapassar o som emitido o limite na legislação tolerado. A liberdade de culto e de seu exercício, como garantia constitucional, há de conciliar-se com o princípio da preservação do meio ambiente, inclusive sonoro, bem comum de todos (art. 225 da C.F.). Agravo desprovido.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Tribunal de Justiça – RJ – Al. 169/97 – (Reg. 011297) – Cód. 97.002.00169 – RJ 7ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Roldão F. Gomes – J. 07.10.1997

A Lei 8.429/92 em seu artigo 17 proibiu expressamente a transação nas ações de responsabilização civil de agentes públicos, para casos de enriquecimento ilícito. Tal vedação se deve ante a incompatibilidade entre o instituto da transação e o bem jurídico protegido, pois a lei busca proteger não só o patrimônio público, mas a moralidade administrativa.

### **6.1.5 INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO**

*Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.*

*§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.*

*§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipóteses em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.*

O inquérito civil público tramitará sob a presidência do Ministério Público, que é o único legitimado para instaurá-lo, dentre os co-

legitimados para propositura da ação civil pública, visto ser sua função institucional, nos termos do artigo 129, III da Constituição Federal.

Nos termos do art. 26 da Lei 8.625/93 - Lei Orgânica do Ministério Público, pode o seu representante expedir notificações para colheita de depoimento ou esclarecimento de pessoas físicas, jurídicas, públicas ou particulares, sob pena de condução coercitiva, a fim de instrução do inquérito civil público, bem como requisitar perícias, documentos de autoridades federais, estaduais e municipais.

O inquérito civil não é imprescindível para a propositura da ação civil pública, mas por tratar-se de procedimento administrativo de natureza investigatória, em que se busca colher provas, pode-se evitar a propositura de ações temerárias. Ressalta-se que as provas formadas nos autos do inquérito podem ter a participação dos interessados, inobstante o procedimento não seja contraditório, caso contrário, deverão ser refeitas em juízo.

Anote-se ainda, que o inquérito não obriga ao ajuizamento da ação civil pública, se após a análise das provas colhidas, pelo representante do Ministério Público, este verificar que não há fundamentos suficientes para propositura da ação. Porém, o arquivamento do inquérito, fundamento em razões de fato e de direito, será apreciado pelo Conselho Superior do Ministério Público, que poderá homologar ou rejeitar o arquivamento.

Rejeitado o arquivamento, o Conselho designará outro órgão do Ministério Público, que atuará como seu representante em função delegada, que deverá ajuizar a ação civil pública nos termos da

decisão do referido órgão, sem possibilidade de apreciar a oportunidade e conveniência.

A homologação do arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público se dá sem a interferência do Poder Judiciário e não faz coisa julgada, podendo ser reaberto se houver novas provas.

Tanto a instauração do inquérito civil público, como seu arquivamento, não impede outros co-legitimados de ajuizarem a ação civil pública.

#### **6.1.6 SENTENÇA E RECURSO**

O artigo 11 da Lei 7347/85 prescreve:

*Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível independentemente de requerimento do autor.*

A sentença proferida em ação civil pública possui, de regra, caráter condenatório, embora possa, em alguns casos assumir contornos de declaratória ou constitutiva, justamente porque uma de

suas características é buscar um provimento jurisdicional que obrigue o réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

*Esta imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque, na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar à agressão ao meio ambiente ou obter reparação direta e 'in specie' do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição (...).*<sup>138</sup>

O artigo 84 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) se aplica às obrigações contidas no referido artigo 11 da LACP, por força do artigo 21 do mesmo diploma, assegurando o cumprimento forçado da obrigação, através da execução específica. A conversão em perdas e danos só será aplicável se houver pedido do autor ou se impossível a tutela específica, nos termos do parágrafo único do referido artigo 84.

A execução específica é o meio pelo qual se obriga o réu a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, especificando-lhe a maneira de proceder.

*"Conceder tutela específica em sentença significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo*

---

<sup>138</sup> - MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**, atual. Arnoldo Wald. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 167

*os desígnios do direito material, ou condenar o demandado a fazer ou não fazer a que estava obrigado (segundo os critérios acima: violação a proibições ou a comandos positivos). O objetivo é sempre a obtenção do resultado prático que deveria ter sido produzido mediante o adimplemento, ou seja, mediante a conduta do obrigado.*"<sup>139</sup>

Além do comando *facere, non facere*, poderá o juiz estipular multa, de natureza pecuniária, (uma a ser revertida a um fundo destinado à reconstituição do bem lesado (art. 13) e outra diária, por dia de atraso, tendente a coagir o réu a cumprir a obrigação fixada na sentença.

A fixação de multa diária trouxe maior efetividade ao processo, pois é um instrumento de coerção eficaz, sobretudo nas obrigações de não fazer, de regra infungível, visto que a prestação específica consiste exatamente no comportamento omissivo a ser adotado pelo próprio obrigado.

A “astreinte”, ou multa diária, representa uma execução indireta, pode ser fixada *ex officio* pelo juiz e não possui caráter reparatório ou penal, pode ser concedida liminarmente ou na sentença, mas só será exigível após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, nos termos do artigo 12, § 2º da LACP, mas fluirá a partir do dia em que se houver configurado o descumprimento. É instituída a favor do credor

---

<sup>139</sup> -DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma do código de processo civil**, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 152

sem prejuízo da indenização por perdas e danos, não se limitando ao valor desta, dado a sua natureza.

Expõe VICENTE GRECO FILHO sobre o instituto:

*"... O instituto da pena pecuniária tem semelhança com a astreinte do direito francês e com a rebeldia a injuction, que significa o contempt of court do direito anglo-saxão e que além da multa pode levar a prisão. Tem natureza, portanto, coercitiva e não ressarcitória."<sup>140</sup>*

Na ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/85) e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor (art. 103), está, de forma expressa, afastada a eficácia *erga omnes* quando a ação é julgada improcedente por ausência de prova, autorizando qualquer legitimado a intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Prescreve o artigo 18 da LACP, que não haverá adiantamento de custas ou qualquer despesas, nem condenação em custas e honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação. Necessário se faz consignar que, nos termos do art. 17, o juiz deverá, *ex officio* ou a pedido da parte, condenar o litigante de má fé em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

---

<sup>140</sup> - GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, 3º V., Saraiva, 1989, p. 69 (Já citado na ob)

O litigante de má fé poderá ser qualquer uma das partes ou intervenientes, litisconsortes, sucessores, inclusive o Ministério Público, podendo a condenação atingir qualquer incidente processual e não somente a propositura da ação, frisando-se que a litigância de má-fé reclama convincente demonstração às condutas descritas pelo Código de Processo Civil sobre a matéria.

Se o litigante de má-fé for o Ministério Público, os ônus serão carreados ao Estado, conforme defende Hugo Nigro Mazzilli:

*" O próprio Ministério Público não se responsabiliza porque não tem personalidade jurídica; e seus membros, quando ajam no exercício regular de suas funções, mesmo que provoquem danos, não se responsabilizam pessoalmente, mas sim, na qualidade de agentes políticos originários, responsabilizam o próprio Estado. Por certo que, quando procederem de forma irregular, podem ser responsabilizados pessoalmente, ora na esfera administrativa, ora civil, ora até mesmo penal."*<sup>141</sup>

Se julgada procedente a ação e houver condenação em dinheiro, estes devem ser recolhidos em favor do fundo, de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, o mesmo destino se dará aos honorários de sucumbência, se a ação foi ajuizada pelo Ministério Público.

---

<sup>141</sup> - MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo, meio ambiente consumidor e outros interesses difusos e coletivos**, 11ª ed., rev. ampl., São Paulo, Saraiva, 1999, p.293-294.

Estabelece o art. 14: *O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.*

O artigo se dirige as situações concretas que possam causar perecimento do direito ou dano irreversível ou de difícil reparação. A regra geral, porém, é o recebimento dos recursos interpostos em face da sentença proferida em ação civil pública no efeito meramente devolutivo.

*"O texto abrange todos os recursos, inclusive, portanto, aquelas apelações que, no sistema do CPC, deveriam ser recebidas também no efeito suspensivo. Abre-se, assim, a possibilidade de execução provisória (CPC 587), especialmente se não tiver sido concedida medida liminar(art. 12, supra); será, porém, exigida caução (CPC 588 - I)."*<sup>142</sup>

Existe também a possibilidade de se dar a um mesmo recurso dois efeitos: suspensivo quanto a uma parte da sentença e devolutivo quanto a outra, se a situação concreta assim exigir.

Isto porque, o juiz ao sentenciar pode proferir simultaneamente dois tipos de provimento judicial, uma decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo e outra a decisão que julga o mérito da causa.

---

<sup>142</sup> -NEGRÃO, Theotonio, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 673

## **6.2 Mandado de segurança coletivo**

### **6.2.1 Conceito**

Mandado de Segurança Coletivo é espécie de mandado de segurança, que visa a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, sendo legitimado para requerê-lo: partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados.

Nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, só o titular tem legitimação para reclamar seu direito em juízo. O artigo 5º, inciso LXX, que primeiramente regula a aplicação do mandado de segurança coletivo, inovou quanto à possibilidade de impetração, sob o ponto de vista do sujeito legitimado, conferindo-a às entidades mencionadas, solucionando portanto muitos casos de ações com grande número de autores em defesa de direito subjetivo individual, que, por possuírem uma semelhança no seu direito (iguais, a mesma norma), postulavam em litisconsórcio ativo, cuja inconveniência do método era a necessidade de se elencar os nomes e qualificações de todos os impetrantes, juntada a respectiva procuração, ou a propositura de inúmeros mandados de segurança individuais.

Ressalva-se, porém, a possibilidade de substituição processual prevista no artigo 3º da Lei 1.533/51, em que, no caso de inércia do titular que viesse

a lesar direito de outrem, este poderia usar do instituto para proteger seu próprio direito.

### **6.2.2 Pressupostos**

Como já afirmado, o mandado de segurança coletivo é espécie de mandado de segurança, portanto, está sujeito aos mesmos pressupostos elencados no artigo 5º, LXIX da Constituição Federal. São eles: direito líquido e certo, ato ilegal, abuso de poder.

#### **a) Direito líquido e certo**

Não são tranqüilas na doutrina as delimitações de direito líquido e certo. Abaixo são citadas diversas definições.

Para Pontes de Miranda, *"direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso"*.<sup>143</sup>

Segundo Buzaid, *"líquido não quer dizer o quantum debeat da obrigação. Quer dizer, ao contrário, um direito extremado de dúvida, isento de controvérsia."*<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1953. p.54.

<sup>144</sup> BUZÁID, Alfredo. **Judício de amparo e mandado de segurança**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 1961.

De acordo com Wald, "*direito líquido e certo é o que se apresenta devidamente individualizado e caracterizado, para que não haja dúvida alguma quanto aos exatos limites do que se pede*".<sup>145</sup>

Portanto, direito líquido e certo é aquele cujo fato que o sustenta é incontroverso, descabendo qualquer questionamento ou dilação probatória, sendo imprescindível a comprovação documental juntada à petição inicial.

A fato incerto não cabe mandado de segurança .

#### **b) Ato coator, ato ilegal e abuso de poder**

Ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, todas as pessoas que exerçam função pública são passíveis de figurarem como autoridade coatora. Este é o posicionamento pacífico da doutrina e da jurisprudência.

A ilegalidade se dá com aplicação ou omissão pelo agente administrativo, de ato não previsto na norma legal, podendo mesclar-se com o abuso de poder quando o agente administrativo desvia do preconizado na lei .

O ato coator no mandado de segurança coletivo pode ser diverso do mandado de segurança individual. Figueiredo traz em seu livro a seguinte hipótese :

*"O Congresso aprova tributo sobre automóveis de luxo, de tais ou tais especificações, tributo este que estaria em descompasso com a Constituição. A fim de ensejar impetração de mandado*

---

145 WALD, Arnold. **Do mandado de Segurança na prática Judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 128.

*de segurança individual preventivo, necessário seria comprovar de plano : a) que a empresa é fabricante daquele tipo de automóvel; b) que estaria naquele momento fabricando tantas unidades; c) ou que tantas unidades estariam em vias de ser comercializadas e, portanto, na iminência de sofrer a constrição indevida.*

*Por outro lado, desde que publicada a lei, haveria possibilidade de associação de fabricantes de veículos impetrar mandado de segurança coletivo para afastar tributo inconstitucional inicialmente sobre produto específico de seus associados.*

*A sentença judicial determinaria o afastamento do tributo todas as vezes que se pusessem situações concretas. Outro não poderia ser o desiderato todo mandado de segurança coletivo.*<sup>146</sup>

Na primeira hipótese, relativa ao mandado de segurança individual, a sentença não teria o caráter de afastar situações futuras, enquanto a sentença proferida em mandado de segurança coletivo afastaria a incidência da norma enquanto perdurasse o tributo inconstitucional.

### **6.2.3 Objeto**

---

<sup>146</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 43-45.

O mandado de segurança tutela direto subjetivo de acepção coletiva, nisto diferenciando-se do individual, que busca proteger direito individual.

O fato de se litigar em conjunto, sob substituição processual de entidade legalmente legitimada ao mandado de segurança coletivo, não transforma os interesses em coletivos; estes são mais do que uma adição de interesses. Como observa Mancuso, "*é síntese, antes que mera soma*".<sup>147</sup>

No mandado de segurança coletivo, o objeto será "*a elisão ou retificação do ato ou omissão da autoridade, lesivo ou ameaçador de direito líquido e certo, para que esta flua sem óbice*".<sup>148</sup>

O direito que se busca tutelar não é o do próprio impetrante, mas dos substituídos. Cabe uma observação:

*"ao falar em 'mandado de segurança coletivo', a lei está a afirmar a existência de figura processual para a defesa de direitos comuns a toda coletividade, criando legitimação anômala, isto é, permitindo que pessoas outras pleiteiem reconhecimento de pretensão alheia (CPC, art. 6º). É figura típica do 'substituto processual'. A expressão me parece não muito feliz, porque quem propõe ação em nome próprio não substitui ninguém, mas sim direito subjetivo, que lhe é reconhecido. De qualquer forma porém vale a rotulação".*<sup>149</sup>

#### **6.2.4 Legitimidade**

---

<sup>147</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 1988. Op. cit. p. 38.

<sup>148</sup> PACHECO, José da Silva. **O mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 218.

A Constituição Federal conferiu legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, sindicatos, associações e entidades de classe.

#### **a) Partidos políticos com representação no Congresso Nacional**

Os partidos políticos adquirem personalidade jurídica quando registram seus estatutos, nos termos do artigo 18 do Código Civil.

O texto constitucional foi claro ao atribuir legitimidade para impetração mandado de segurança coletivo, somente aos partidos com representação no Congresso Nacional, de forma que, embora tenham legitimidade para estarem em juízo, por possuírem personalidade jurídica, somente a representação no Congresso lhes dá condição para impetrarem mandado de segurança coletivo.

Há várias posições quanto à possibilidade da impetração de mandado de segurança coletivo, pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, na defesa de todo ou qualquer direito, de todo ou qualquer cidadão, ou somente seus próprios e de seus filiados.

Posição de José Rogério Cruz e Tucci:

*"Entendemos, no entanto, ser possível a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político, com representação no Congresso Nacional, não só em defesa de*

---

<sup>149</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. In\_: **Mandado de Segurança e de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 129.

*interesses de seus filiados, ou seja, da comunidade partidária, como também, ao contrário do que recentemente foi asseverado, para proteção dos membros da comunidade social, desde que pertencentes a determinada categoria...*<sup>150</sup>

Grinover, referindo-se ao texto constitucional, ressalta:

*"Adotou a redação mais ampla possível : e para retirar-se do dispositivo a maior carga eficácia, parece claro que nenhuma restrição há de ser feita. Por isso, o partido político está legitimado a agir para a defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral ou não. No primeiro o partido estará defendendo os seus próprios interesses institucionais, para os quais se constitui. No segundo caso - quando, por exemplo, atuar para a defesa do ambiente, do consumidor, dos contribuintes -, será substituto processual, defendendo, em nome próprio interesses alheios. Mas nenhuma outra restrição deve sofrer quando aos interesses e direitos protegidos: além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido buscar, pela via de segurança coletiva, aquela atinente a interesses difusos, que transcendam aos seus filiados."*<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit. p. 41.

<sup>151</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada**, (S.I.): Rev. do centro de estudos judiciários da UFBA-CEPEJ, 4/120, 1990, p. 12-13

Há também posicionamentos restringindo o campo de atuação dos partidos políticos, limitando-o aos de natureza política, com a exceção do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, que permitiria aos partidos a mesma representação conferida às associações.

A autora deste trabalho concorda com a posição de que a legitimidade dos partidos políticos, para impetração de mandado de segurança coletivo, deva ser a mais ampla possível, e não restrita apenas aos seus interesses ou aos de seus filiados ou à matéria política.

#### **b) Entidades de classe**

As entidades de classe são pessoas jurídicas públicas, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil; ou privadas, com finalidade representativa de seus membros ou associados, possuindo personalidade jurídica própria.

Se legalmente constituídas, possuem também legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses de seus membros.

#### **c) Sindicatos**

São órgãos de representação profissional ou econômica, aos quais a Constituição Federal, entre outros direitos, conferiu legitimação para impetração de mandado de segurança coletivo, na defesa dos interesses de seus associados.

#### **d) Associações**

As associações nascem com a inscrição de seu ato constitutivo no Registro Civil de pessoas jurídicas, anexo ao Registro de Títulos e Documentos, e desde que em funcionamento há pelo menos um ano, estará legitimada a impetrar mandado de segurança coletivo em defesa de interesses de seus membros.

Quanto à permissão dos associados para representação judicial, no caso de direitos coletivos, há necessidade de constar nos estatutos da associação, ou, se estes forem omissos, deverá ser promovida uma assembléia para tal finalidade.

Se a ação coletiva for proposta contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, haverá necessidade de assembléia específica outorgando autorização, bem como a relação nominal dos associados e seus endereços, nos termos do art. 2<sup>A</sup>, parágrafo único, da Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória 2.180-35 de 24.08.01, que disciplina a aplicação de tutela contra a Fazenda Pública.

Assinala-se, aqui, que a necessidade do prazo mínimo de um ano de constituição só se refere à associação, embora tal afirmação não seja pacífica.

#### **6.2.5 Assistência litisconsorcial**

Artigo 54 do Código de Processo Civil , *in verbis* :

*"Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.*

*Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51".*

Ora, se o direito discutido no mandado de segurança coletivo diz respeito ao assistente, está ele autorizado, nos termos do artigo citado, a ingressa em juízo como assistente da entidade autora.

Vale ressaltar, também, a possibilidade de litisconsórcio ativo de outras entidades legitimadas para o mandado de segurança coletivo, se houver interesse, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil.

#### **6.2.6 Legitimidade Passiva**

Não há novidade em com relação à legitimidade passiva do mandado de segurança coletivo, bastando a indicação na petição inicial da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público que praticou, ou está na iminência de praticar o ato ilegal ou abuso de poder.

### 6.2.7 Litispendência

O artigo 301 do Código de Processo Civil refere-se à litispendência como a reprodução de ação anteriormente ajuizada, estando esta em curso, reputando-se idênticas quando possuem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Ressalta-se que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o que caracteriza a litispendência não é propriamente a identidade de demandas, mas a identidade jurídica dos pedidos, visando ao mesmo efeito jurídico. (STJ - 1ª Seção, MS 1.163-DF-AgRg, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 18.12.91, negaram provimento, v.u., DJU 9.3.92, p. 2.528, 2ª col., em.).

O artigo 104 do Código de defesa do Consumidor dispõe :

*"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada "erga omnes" ou "ultra partes" a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva".*

Ao comparar os dois artigos, verifica-se que a litispendência é tratada diferentemente para as ações coletivas.

Havendo uma ação em curso, neste caso mandado de segurança coletivo, poderá ser proposto mandado de segurança individual, facultando ao impetrante optar pela suspensão do *writ* ou o seu prosseguimento até o final.

A caracterização da litispendência foge dos moldes do artigo 301 do Código de Processo Civil, pois, entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual, não há identidade de partes, causa de pedir ou pedido.

Proposta a ação individual, o impetrante poderá se beneficiar da sentença de mandado de segurança coletivo, desde que requeira a suspensão de sua ação, no prazo de trinta dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento do mandado de segurança coletivo, acautelando-se de analisar a causa de pedir.

O pedido de suspensão deve ser fundamentado, e o juiz, após ouvir a parte contrária, decidirá. Da decisão cabe agravo de instrumento.

No caso de a parte não agravar da decisão que indeferiu o pedido de suspensão ou não requerê-la na oportunidade, em sendo julgada improcedente a ação individual e procedente a coletiva, não poderá o autor se beneficiar dos efeitos desta. Já no caso de extinção do processo individual sem julgamento do mérito, a procedência da ação coletiva o beneficiará.

Cabe assinalar, aqui, a problemática da ciência da parte, dentro dos autos, em face do controle da distribuição das ações e da autoridade impetrada, pois em se tratando de mandado de segurança, a competência territorial define-se pela sede da autoridade impetrada.

De qualquer forma, se a lei determina a opção de suspensão, a partir da ciência nos autos, por outro lado não impôs tal obrigação ao impetrado. Para Gidi tal incumbência caberia ao fornecedor, estando tal interpretação nos termos do regime jurídico da *class action*, onde cada membro do grupo tem o direito de ser notificado do ajuizamento da ação coletiva.

A litispendência poderá ocorrer entre ações coletivas.

Neste caso a verificação dos pressupostos se dará somente com relação ao pedido e causa de pedir, sem necessidade de identidade de partes em face da diversidade de legitimados, com legitimação para representar os mesmos substituídos.

Acrescenta-se à identidade de causa de pedir e pedido, outro elementar identificador da litispendência, qual seja, a aferição da competência territorial do órgão prolator da decisão.

Exemplificando, havendo uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público, a decisão fará coisa julgada *erga omnes* no limite da competência do órgão prolator da decisão, a rigor do art. 16 da Lei 7347/58. A propositura posterior de outra ação coletiva por entidade sindical, com o mesmo pedido e causa de pedir, gerará litispendência, haja visto que os sindicalizados compõem apenas uma parcela dos atingidos pela primeira decisão.

A ordem inversa não induz litispendência, ou seja, se a primeira ação for da entidade sindical, a posterior ação civil pública movida pelo Ministério Público não gerará litispendência, mas conexão.

A competência será do juízo preventivo.

### **6.3 Ação direta de inconstitucionalidade**

A ação direta de inconstitucionalidade é uma das formas de argüição de inconstitucionalidade, classificada pela doutrina como genérica, proposta somente perante o Supremo Tribunal Federal por quem tenha legitimidade.

Em razão dos efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade, esta dissertação irá tratá-la dentro do tema de ações coletivas, pois a sua finalidade também é resolver conflitos de forma mais abrangente e uniforme, não permitindo que dois casos iguais sejam decididos de forma diferente.

#### **6.3.1 Competência**

Nos termos do art. 102 da Constituição Federal:

*"Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I - processar e julgar originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;"*

#### **6.3.2 Legitimidade**

A lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O art. 103 da Constituição Federal dispõe:

*"Podem propor a ação de inconstitucionalidade:*

*I - o Presidente da República;*

*II - a Mesa do Senado Federal;*

*III - a Mesa da Câmara dos Deputados;*

*IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;*

*V - o Governador de Estado;*

*VI - o Procurador Geral da República;*

*VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*

*VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;*

*IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".*

O artigo 2º da Lei 9868/99 repetiu o art. 103 da Constituição Federal, com a seguinte alteração:

*"IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;*

*V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;"*

Não houve ampliação de pessoas ou entidades legitimadas para ação direta de inconstitucionalidade. a Lei 9868/99 só reconheceu o que a jurisprudência já admitia.

A legitimidade é taxativa nos termos da Constituição Federal, só que esta deve ser interpretada no seu conjunto; se ao Distrito Federal são atribuídas as competências reservadas aos Estados e Municípios, nos termos do art. 32, parágrafo 1º da Constituição Federal, não há de se questionar a ampliação de legitimidade.

### **6.3.3 Objeto**

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade é justamente a declaração de inconstitucionalidade de lei, ou ato normativo federal ou estadual, devendo a petição inicial indicá-los juntamente com os fundamentos jurídicos, o pedido e suas especificações, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, em duas vias, juntamente com cópia da norma impugnada e demais documentos pertinentes, sob pena de indeferimento liminar por inépcia, apreciado pelo relator.

Da decisão que indeferir a petição inicial caberá agravo.

O art. 5º da lei 9868/99 deixa claro o que já era reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: “*Proposta a ação direta, não se admitirá desistência*”. Também não cabe intervenção de terceiros, nos termos do art. 7º da mesma lei.

Cabe acrescentar que não existe controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal concentrado.

#### **6.3.4 Defesa**

*"Art. 6º: O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato impugnado.*

*Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido".*

Havendo impugnação de lei federal, prestará as informações o Presidente do Congresso Nacional; tratando-se de Medida Provisória, o Presidente da República; de Emenda Constitucional, o Congresso Nacional.

O relator poderá admitir por despacho irrecorrível, no mesmo prazo de trinta dias, que outros órgãos ou entidades se manifestem.

Decorrido o prazo das informações, serão concedidos quinze dias, sucessivamente, para as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República. A seguir, o relator lançará relatório, cuja cópia será distribuída a todos os Ministros, com pedido de dia para julgamento, nos termos dos arts. 8º e 9º.

O art. 103, parágrafo 3º da Constituição Federal, determina a citação do Advogado-Geral da União obrigatoriamente para defender o ato impugnado. É ele o curador da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estaduais e federais, portanto vinculado à defesa pelo princípio da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Nos termos dos parágrafos do art. 9º, cabe ao relator, se entender necessário:

*"§1º Em caso de necessidade de esclarecimentos de matéria ou circunstâncias de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*

*§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.*

*§ 3º As informações, periciais e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator."*

#### **6.4 Ação declaratória de constitucionalidade**

A ação declaratória de constitucionalidade, sendo um controle concentrado positivo da constitucionalidade das Leis, será proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

A referida ação foi introduzida no mundo jurídico pela emenda constitucional nº 3 com a finalidade validar a lei ou ato normativo federal, mediante declaração de sua constitucionalidade, portanto, só está prevista no âmbito federal e visa dar uma única resposta, solução, para casos iguais.

Conforme ensina Alexandre de Moraes:

*"(...) as leis e os atos normativos são presumidamente constitucionais, porém essa presunção, por ser relativa, poderá ser afastada pelos órgãos do Poder Judiciário (...). Neste ponto, situa-se a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade: transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta em virtude de seus efeitos vinculantes."*<sup>152</sup>

#### **6.4.1 Competência**

A ação declaratória de constitucionalidade, por inserir-se no sistema concentrado de constitucionalidade, é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, ou seja somente a ele cabe o processo e julgamento como juízo único e definitivo, nos termos do art. 102 da Constituição Federal, com redação dada à alínea pela Emenda Constitucional nº 03/93:

---

<sup>152</sup> - MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 609

*"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I - processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;"*

#### **6.4.2 Legitimidade**

A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta apenas pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República, conforme dispõe o art. 103, § 4º, da Constituição Federal, com a redação da EC 3/93, repetido pelo artigo 13 da Lei 9868/99.

O número de legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade foi reduzido ao compararmos com a ação direta de inconstitucionalidade.

O Procurador-Geral da República quando não for o autor, intervirá em todas as ações obrigatoriamente, como *custus legis* em sentido amplo.

Quanto a legitimidade passiva, tanto a Constituição Federal como a Lei 9868/99 nada dizem, porém se a ação declaratória de constitucionalidade tem natureza de ação deve ter contraditório ?

A referida ação tem um interesse de agir especial, pois seu processamento pressupõe uma controvérsia judicial relevante, em que o

contraditório está debatido na primeira instância, aí se revela o contraditório implícito da ação declaratória de constitucionalidade.

### **6.4.3 Procedimento**

A Lei 9868/99 traz em seus artigos 14 e seguintes o procedimento a ser adotado:

*Art. 14. A petição inicial indicará:*

*I- o dispositivo da lei ou ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;*

*II- o pedido, com suas especificações;*

*III- a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.*

*Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.*

O objetivo da ação em estudo é a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que constitui seu objeto, desde que haja

controvérsia jurídica relevante sobre sua aplicação, nos termos da Lei 9868/99, art. 14, III.

A controvérsia jurídica relevante pressupõe a existência de um número expressivo de ações, em instâncias diversas, em que se questiona a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

O relator indeferirá liminarmente a petição inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, cabendo agravo desta decisão.

Igualmente a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade também não admite desistência e intervenção de terceiros.

Após a vista ao Procurador-Geral da República, o relator lançará relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento, conforme artigo 20.

O relator poderá ainda, requisitar informações complementares, se julgar necessário, bem como ouvir depoimentos, peritos ou solicitar aos Tribunais Superiores, federais ou estaduais, informações sobre a aplicação da norma questionada, no prazo de trinta dias

#### **6.4.4 Julgamento**

É necessário a presença de pelo menos oito Ministros para que seja instalada a sessão, com *quorum* de no mínimo seis para que seja declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

A decisão que julgar procedente a ação declaratória de constitucionalidade, produz eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc* e vinculante a todos os órgãos do Poder Executivo e os outros órgãos do Poder Judiciário.

Julgada improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, a lei ou ato normativo será inconstitucional. Essa decisão terá eficácia contra todos, efeito vinculante, porém, nos termos do artigo 27 da Lei 9868/99, o Supremo Tribunal Federal poderá, por maioria de dois terços de seus membros, decidir sobre o momento que a decisão passará a ter eficácia, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Ao decidir que uma lei ou ato normativo é constitucional até determinado momento e inconstitucional a partir de outro, situações conflitantes poderão surgir no caso concreto.

*"Desta forma, pode-se continuar afirmando que a retroatividade, ex tunc, da sentença que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve ser aceita com reservas, pois não existem mais dúvidas quanto ao fato de que, no campo dos fatos concretos, durante o tempo em que a norma era protegida pelo princípio da presunção de sua validade, consolidaram-se um sem-número de situações jurídicas que, se ignoradas, podem levar ao desvirtuamento da finalidade que o próprio direito visa alcançar, que é a justiça e*

*a segurança jurídica das relações sociais, para realização da consequente harmonia da vida em sociedade.*"<sup>153</sup>

Se a ação declaratória de constitucionalidade for julgada parcialmente procedente, a parte da norma declarada inconstitucional produzirá efeito *ex tunc*, eficácia contra todos e efeito vinculante.

A interpretação conforme a Constituição, ou seja, determinada norma será constitucional se interpretada de determinada maneira, também produz efeito vinculante quanto a esta interpretação.

A lei ou ato normativo declarado constitucional ou inconstitucional através de ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade não poderá se submeter outra vez ao juízo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, portanto a decisão é irrecorrível.

Sustente Gilmar Ferreira Mendes com apoio em Hans Brox e Brun-Otto Bryde, a possibilidade de nova aferição da constitucionalidade da norma, se houver mudanças do conteúdo da Constituição, pois tanto esta como aquela estão sujeitos a mutações.

*"Assim sendo, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, ressalvadas as hipóteses de significativa mudança de*

---

<sup>153</sup> - FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4ª ed.,

*circunstâncias fáticas ou de relevante alterações das concepções jurídicas dominantes.*"<sup>154</sup>

## **6.5 Código de Defesa do Consumidor**

As ações de consumo se fecham na última fase: o consumo.

O liberalismo econômico evoluiu para economia controlada e o CDC focaliza o momento de tutela: proteção ao consumidor. Não a macro economia, que diz respeito à produção, mas a micro, dirigida ao consumidor na fase de consumo.

Antes do CDC havia proteção ao consumidor apenas restrita às regras contratuais, *pacta sunt servanda*.

O CDC sai do contrato, protegendo o consumidor, quando, a exemplo do art. 51, declara nulas de pleno direito as cláusulas abusivas em detrimento do consumidor, nos termos de seus incisos.

Interessa a esta dissertação precipuamente o Capítulo II do Título III, que dispõe sobre as ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos.

Declara o art. 81 do CDC, já citado nesta obra quando foram tratadas as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, que os

---

São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 258.

consumidores poderão exercer a defesa de seus direitos e interesses a título individual ou coletivo.

Somente os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos são exercidos através de ação coletiva.

Neste breve estudo sobre o Código de Defesa do Consumidor, CDC, são imprescindíveis as definições de alguns termos.

### **6.5.1 Consumidor**

Assim, conforme dispõe o art. 2º do mesmo *codex*:

*"Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

*Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo ou se encontre sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo.*

*§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza*

---

<sup>154</sup> - MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**, Saraiva, São Paulo, 1999,293-294.

*bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhista".*

Tanto pessoas físicas como jurídicas podem ser consumidores, inclusive as de Direito Público.

### **6.5.2 Legitimação**

*"Art. 82. Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrente:*

*I - o Ministério Público;*

*II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;*

*III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;*

*IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.*

*§1º - O requisito de pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou relevância do bem jurídico a ser protegido.*

*§2º - (Vetado)*

*§3º - (Vetado)"*

Como pode-se ver, a legitimação individual foi excluída para tutela dos consumidores a título coletivo.

*"Ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo".<sup>155</sup>*

---

<sup>155</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** : comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 637.

A legitimação concorrente consiste na possibilidade de qualquer um dos entes referidos no art. 82 ajuizar ação coletiva para defesa dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O *caput* do art. 82, ao referir-se ao parágrafo único do art. 81, deixa claro que somente podem promover ações coletivas e não individuais.

As ações individuais podem ser promovidas pelo consumidor que, havendo dois ou mais litigantes, o litisconsórcio se regulará nos termos dos artigos 46 e seguintes do CPC.

#### **a) Ministério Público**

*"O art. 129, III da Constituição Federal dispõe:*

*São funções institucionais do Ministério Público:*

*(...)*

*III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"*

Combinando o artigo citado com o 82 do CDC, verifica-se que o Ministério Público pode promover as ações que versem sobre direitos dos consumidores coletivamente, ou seja, nas ações que versem sobre direitos difusos, coletivos ou individual homogêneo.

*"... entidades privadas ou públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimados para tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros do mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.*

*Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando sua atribuição institucional é mais relevante ..."<sup>156</sup>*

Ressalva-se que o Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará como fiscal da lei, nos termos do art. 92 do CDC.

#### **b) União, Estados, Distrito Federal e Municípios**

Os entes políticos também são legitimados concorrentes, e sem vedação de regionalização. Como expõe Nery Júnior,

*"Embora seja mais lógico que a União promova a ação quando o tema versado for de âmbito nacional ou regional, o Estado a ajuíze quando se tratar de matéria restrita ao âmbito estadual e o município mova a ação em tema de seu interesse, a lei não veda que ajam em juízo quando estas hipóteses não ocorrerem.*

---

<sup>156</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. 1998. Op cit. p. 640.

*Assim, nada obsta que qualquer desses órgãos ajuíze a ação coletiva fora do âmbito de seu território ou de seu interesse imediato".<sup>157</sup>*

### **c) Entidades ou órgãos da administração pública**

Mesmo sem personalidade jurídica, as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta possuem legitimidade para promover ações coletivas para defesa do consumidor.

Assim, o CDC deu possibilidade a órgãos despersonalizados como os procons, que têm finalidade específica de defesa dos direitos do consumidor, a buscar a tutela jurisdicional e efetivamente defendê-los.

### **d) Associações Civis**

São necessários dois requisitos para que as associações possam estar em juízo na defesa de seus associados:

- que em suas finalidades institucionais inclua-se a defesa do consumidor;
- que tenha constituição legal há pelo menos de um ano.

Como bem observa Watanabe,

---

<sup>157</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op cit. p. 1396.

*"A importância da legitimação para agir das associações civis ficou bem sublinhada nas considerações desenvolvidas no item 2 do Capítulo I do Título III. Os consumidores não poderão confiar apenas no paternalismo do Estado. (...) Foi justamente objetivando a formação dessa sociedade mais solidária e justa que a Constituinte procurou estimular a criação de associações (incs. XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, do art. 5º, CF)..."<sup>158</sup>*

Em busca da efetividade do processo, buscou-se ampliar o rol de pessoas para a defesa do direito de minorias, o que foi um grande passo para o direito e, acima deste, para a justiça.

A lei ainda ventilou a possibilidade de dispensa do prazo anual de constituição quando houver interesse social notório, patenteado pela extensão da lesão, ou pela proeminência do bem jurídico a ser protegido.

O juiz deverá avaliar o caso concreto, sopesando os elementos citados, quando então decidirá sobre a dispensa do prazo de constituição.

## **6.6 Ação Popular**

---

<sup>158</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. 1998. Op cit. p. 643.

### 6.6.1 Conceito

A Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, com as configurações que lhe deu a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º LXXIII, regula a ação popular e constitui-se em outro instrumento para defesa de interesses difusos e coletivos, pois outorga ao cidadão a legitimidade para sua propositura visando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Os interesses tutelados pela Lei nº 7.347/85, que regula a ação civil pública, podem igualmente ser objeto da ação popular conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 7.347/85: "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica".

Trata-se de ação que dispõe de mecanismos para tutela coletiva de direitos, pois: "*O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto.*"<sup>159</sup>

A ação popular foi o primeiro instrumento de defesa dos direitos supra-individuais, pois busca proteger e defender patrimônio público.

---

<sup>159</sup> - MEIRELLES, Hely Lopes, Op. cit., p 114

Nos termos do artigo primeiro da Lei 4.717/65 - LAP, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, portanto é necessária a nacionalidade brasileira e a cidadania, ou seja estar no gozo de seus direitos políticos.

*"Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (CF, art. 87; 89, VII; 101; 131, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, art. 61, § 2º, art. 29, XI), propor ação popular (CF, art. 5º, LXXIII). Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político (Lei 5.682, de 21.07.1971, art. 62), e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (Lei 8.112, de 11.12.1990, art. 5º, II). Não pode, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (Lei 5.250, de 09.02.1967, art. 7º, § 1º) e nem exercer cargo em entidade sindical (CLT, art. 530, V). (...)*

*Não se pode confundir 'cidadania' com 'nacionalidade'. Ser cidadão é ter direitos políticos. Ter nacionalidade significa ser brasileiro, nato ou naturalizado (CF, art. 12).*

*A nacionalidade, é pressuposto da cidadania. Porém, nem todo o nacional é cidadão, porque nem todos têm direitos políticos, como se viu (3)"<sup>160</sup>.*

Oportuno ainda salientar:

*"Pode-se dizer, aliás , que há uma nítida relação entre o exercício da ação popular e a democracia. (...) A ação popular, em certas ocasiões, é o único meio apto à defesa do interesse público. Só através dela é que, não raro, se assegurará o controle da moralidade administrativa"<sup>161</sup>*

Com exceção da Constituição de 1937, a ação popular é garantia constitucional política desde 1934, investindo qualquer cidadão de legitimidade para o exercício de um poder de natureza política, assentado no artigo primeiro da Constituição Federal: *Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.* É também uma garantia coletiva, pois através da ação popular o autor busca a tutela de interesses coletivos, e não pessoais, conforme ensinamento de José Afonso da Silva.<sup>162</sup>

### **6.6.2 Anulação e declaração de nulidade de atos**

---

<sup>160</sup> - ZAVASCKI, Teori Albino; **Direitos políticos - perda, suspensão, controle constitucional**; Rev. Jurídica 201, Jun-94, nº 118,

<sup>161</sup>- SCHAEFER, João José Ramos, **Ação popular**: instrumento de defesa do interesse coletivo, Rev. Dir. Público, 70/180, 181-187

O pedido do autor deverá visar a anulação ou nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedade de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos, nos precisos termos do artigo primeiro da LAP.

Para o caso de instituições que o poder público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, o pedido de invalidez do ato terá por limite a repercussão sobre a contribuição dos cofres públicos.

O artigo 2º da Lei 4.717/65 traz elencado os casos em que se dará a nulidade dos atos: incompetência, vício de forma, ilegalidade de objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade.

A própria norma conceitua cada um dos itens, no seu parágrafo único, *in verbis*:

---

<sup>162</sup> -SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6ªed., Revista dos tribunais, SãoPaulo, 991, p. 398

*a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*

*b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidade indispensáveis à existência ou seriedade do ato;*

*c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;*

*d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;*

*e) o desvio de finalidade se inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;*

*f) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.*

Quando os atos não se enquadram nestas especificações, serão anuláveis, se compatíveis com sua natureza, conforme artigo 3º.

O artigo quarto traz outros casos de nulidade de atos ou contratos quando praticados ou celebrados pelas pessoas elencadas no artigo 1º, e se referem as seguintes situações:

- a) admissão ao serviço público: quando desobedecerem as condições estabelecidas nas normas legais ou instruções gerais;
- b) as operações de crédito real com alteração do valor dado em hipoteca ou penhor abaixo do que consta na escritura, contrato ou avaliação;
- c) operações bancárias efetuadas em desacordo as normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;
- d) empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem prévia concorrência pública ou administrativa, salvo se autorizado em lei, regulamento ou norma geral, ou que cujo edital contenha cláusula que possa prejudicar a competitividade ou implique em sua limitação;
- e) houver modificação a favor do adjudicatário, durante a execução do contrato, sem autorização de lei;
- f) compra e venda de bens imóveis ou móveis, quando não cabível a concorrência, realizada em desconformidade da lei, regulamento ou norma geral, preço superior ao de mercado para compra ou inferior para venda;
- g) não observância de norma legal e regulamentar, instrução e ordem de serviço, para concessão de licença de exportação ou importação, ou se esta resultar privilégio ou exceção;
- h) operações de redesconto em desobediência de normas legais;

- i) empréstimo concedido pelo Banco Central da República sem observância de normas legais ou com alteração do valor dos bens dados em garantia e
- j) emissão, com desobediência às normas pertinentes.

### **6.6.3 Competência**

A origem do ato a ser anulado é que dita a competência.

Se o ato foi emanado por autoridade, administrador ou órgão vinculado da União, será competente a justiça federal do local em que se consumou o ato, ou da justiça estadual, nos mesmos moldes, se houver participação no ato de autoridade, administrador ou órgão estadual ou municipal.

Mais de uma esfera administrativa poderá estar envolvida, neste caso, ainda que o ato tenha sido praticado por autoridade estadual ou municipal, se houver interesse da União, a competência será da justiça federal, nos termos do artigo 109, I da Constituição Federal.

Sempre é a própria justiça federal que diz se tem ou não interesse na causa, nesse sentido dispõe a súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça: "*Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresa pública*".

A ação popular sempre se processará em primeiro grau, segundo afirma Hely Lopes Meirelles,<sup>163</sup> mesmo quando o réu for o Presidente

---

<sup>163</sup> - MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 131.

da República, Presidente do Senado ou da Câmara dos Deputados, Governador ou Prefeito.

*" Para caracterizar a conexão (arts. 103 e 106 do CPC), na forma em que está definida em lei, não é necessário que se cuide de causas idênticas (quanto aos fundamentos e ao objeto); basta que as ações sejam análogas, semelhantes, visto como o escopo da junção das demandas para um único julgamento é a mera possibilidade da superveniência de julgamentos discrepantes, com prejuízos para o conceito do judiciário, como instituição. A interpretação literal, estrita do preceito legal expungiria, do direito pátrio, o instituto da prevenção, nas ações populares. A compreensão e o sentido do dispositivo indicado (art. 5º, § 3º) hão de ser buscados em conjunção com o código de processo, que, como se sabe, define os princípios processuais aplicáveis, também, às leis extravagantes. O malefício das decisões*

*contraditórias sobre a mesma relação de direitos consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspiradora do princípio do simultaneus processus a que se reduz a criação do forum connexitatis materialis. O*

*acatamento e o respeito às decisões da justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais juizes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas. Conflito de competência que se julga procedente, declarando-se competente para processar e julgar as ações populares descritas na inicial, o juízo federal da 13ª vara Federal da seção judiciária de Minas Gerais, por ser o provento, in casu, ficando cassada a liminar anteriormente concedida, para o que devem ser remetidas todas as ações (30 ações populares). Decisão indiscrepante".* <sup>164</sup>

#### **6.6.4 Partes**

O sujeito ativo será sempre pessoa física, portadora de título eleitoral e no gozo de seus direitos políticos.

Se a ação for proposta em face do estado, só o eleitor daquele estado poderá ser autor, o mesmo ocorre se na esfera municipal.

---

<sup>164</sup> Superior Tribunal de Justiça – CC 22123 – MG – 1ª S. – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJU 14.06.1999 – p. 100

Não é possível a propositura da ação por pessoa jurídica, nesse sentido:

*AÇÃO POPULAR – ILEGITIMIDADE ATIVA – ART. 5 – INC. LXXIII – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – SÚMULA 365, DO STF – Ação popular. Imoralidade Administrativa do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro. Ação proposta por pessoa jurídica. Ilegitimidade ativa. Recurso de ofício. Sentença confirmada em exame obrigatório. Estabelecendo a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5, LXXIII, ser "qualquer cidadão parte legítima para propor ação popular" fundou-se no direito político da pessoa natural, negando conseqüentemente, legitimidade à pessoa jurídica.<sup>165</sup>*

O sujeito passivo poderá ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que tenha se beneficiado de alguma forma com ato ou concorrido para sua prática.

Dispõe o §4º, art. 6º da Lei 4.717/65:

*"O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção de prova e promover a*

---

<sup>165</sup> Tribunal de Justiça – RJ - DGJ 184/96 – (Reg. 270896) – Cód. 96.009.00184 – 9ª C.Cív. – Rel. Des. José Carlos Watzl – J. 08.05.1996

*responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores."*

Tratando-se de ação popular sempre haverá interesse público, portanto, sempre o Ministério Público intervirá obrigatoriamente como *custus legis*.

O Ministério Público atuará na ação popular se o autor desistir ou se omitir, portanto a sua posição é muito próxima a de parte, inclusive considerado como 'parte pública autônoma' por Hely Lopes Meirelles.<sup>166</sup>

E ainda, segundo a Lei 4.717/65 o Ministério Público tem a atribuição de acompanhar de acompanhar a ação em todos os seus termos, zelando pela satisfatória produção de prova, se necessário promover a responsabilidade, dos que nela incidirem, recorrer das decisões contrárias ao autor, executar a sentença se o autor não o fizer, portanto é mais do que fiscal da lei, pois atua amplamente na lide.

Ao contrário, é vedado ao Ministério Público assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus responsáveis, pois como fiscal da lei, cuja finalidade é o interesse público, seria incompatível que defendesse um ato contrário a finalidade pública.

Não deve ser confundido 'não defender o ato' com não defender a verdade. O Ministério Público como *custus legis*, deve argüir as

---

<sup>166</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 129.

irregularidades buscando a verdade em defesa da legalidade em defesa da legalidade, o que a lei procura evitar é a defesa de um ato contrário ao direito por quem tem o dever de agir em prol do interesse público.

#### **6.6.5 PROCEDIMENTO**

O rito a ser seguido será o ordinário com algumas ressalvas.

Sendo o objeto da ação popular a desconstituição do ato lesivo ao patrimônio público, o autor apresentará os documentos e certidões pertinentes ao ato, ou se estes forem sigilosos, deverá solicitar que o juiz os requisite, fixando-lhe prazo de quinze a trinta dias para atendimento, sob pena de responsabilidade, prazo este que o Ministério Público velará para que seja cumprido.

O valor da causa deverá expressar o conteúdo econômico do pedido e será fixado segundo os critérios gerais da espécie estabelecidos no CPC, haja vista a ausência de previsão na Lei 4.717/65. Poderá ter valor inestimável, pela complexidade do ato atacado e pela dificuldade de ser estabelecido previamente o prejuízo patrimonial público.

As custas só serão pagas no final, pelo réu se condenado, o autor é isento, nos termos do artigo 5º LXXIII da Constituição Federal.

O juiz ordenará a citação de todos os réus e a intimação do Ministério Público.

Os réus terão vinte dias para a resposta, podendo solicitar ao juiz a prorrogação por mais vinte, se a produção de prova documental for particularmente difícil.

A pessoa jurídica, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá contestar o pedido, abster-se de contestar ou atuar do lado do autor, nos termos do art. 6º § 3º da Lei 4.717/65.

As provas deverão ser requeridas até o despacho saneador.

Terminada a produção de provas as partes terão dez dias para alegações, após os autos irão conclusos para prolação da sentença.

Os artigos 11 à 19 dispõem sobre a sentença.

Julgada procedente a ação, os responsáveis e beneficiários pela prática do ato serão condenados ao pagamento de perdas e danos, ressalvada a ação regressiva contra os servidores causadores que incorrerem em culpa.

Após sessenta dias da publicação da sentença condenatória em segunda instância poderá ser promovida a execução de sentença pelo autor, terceiro, ou na sua falta o Ministério Público, nos trinta dias seguintes sob pena de incidir em falta grave. As pessoas jurídicas referidas no artigo primeiro, que foram lesionadas pelo ato também poderão iniciar a execução de sentença, ainda que tenham contestado a ação, nos termos do artigo 17.

O valor a ser executado será fixado na sentença ou apurado quando em fase de execução, se depender de avaliação ou perícia.

A sentença proferida em ação popular terá efeito *erga omnes*, salvo se julgada improcedente por deficiência de provas, situação em que, qualquer cidadão poderá intentá-la com o mesmo fundamento.

Se a sentença julgar improcedente ou concluir pela carência da ação, estará sujeita ao duplo grau.

## VII - TUTELA ANTECIPADA E LIMINARES EM AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas, por permitirem em um único processo a defesa de um número incalculável de pessoas e o instituto da antecipação de tutela, que possibilita a rápida entrega da prestação jurisdicional, trouxeram ao processo maior celeridade, efetividade e ampliação do acesso à Justiça.

Tanto o mandado de segurança coletivo como as ações em defesa do consumidor permitem a antecipação de tutela ou a concessão de liminar.

A Carta Constitucional de 1988, em seu art. 5º, LXX, dispõe sobre a instituição do mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O mandado de segurança coletivo protege direitos ou interesses difusos, coletivos e também os individuais.

O *writ* individual pressupõe fato incontroverso, de direito líquido e certo, sendo espécie do gênero direito subjetivo.

Também o mandado de segurança coletivo reclama fato incontroverso, direito líquido e certo, mas não direito subjetivo para concessão da liminar.

O interesse difuso, objeto do mandado de segurança coletivo, não pertence a um só indivíduo, mas a todos, porque é indivisível. Pode-se dizer que o direito subjetivo contém um *plus* em relação ao interesse: o direito subjetivo é mais fortemente protegido pela lei.

A Constituição de 1988 não restringiu o mandado de segurança coletivo à prova do direito líquido e certo quando afirmou a sua proteção a interesses difusos e coletivos e direitos subjetivos.

Cabe ressaltar que no caso do mandado de segurança a liminar representa verdadeira antecipação de tutela, pois se adianta o resultado final. A liminar será provisória, pois, só existe a fumaça do bom direito até então, a sentença já alcança a definitividade, pois o direito é líquido e certo.

A Lei nº 8.437, de 30.06.92, que disciplina a concessão de liminares no âmbito do Poder Público, dispõe no artigo 2º :

*"No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas".*

Como se pode observar, ao contrário do mandado de segurança individual, segundo o artigo referido, não há possibilidade de concessão de liminar antes da audiência do impetrado. Cabe aqui indagar quanto ao poder

geral de cautela do juiz, frente a uma situação de ineficácia da ordem após a oitiva da parte contrária.

O juiz dispõe do Poder Geral de Cautela para concedê-la e, mais que um poder, tem o dever de velar pela solução do litígio, buscando na interpretação da lei a solução do caso concreto.

Também a Lei 9.494/97 veda a concessão de antecipação de tutela, conforme dispõe seu art. 1º:

*"Art.1º : Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do CPC o disposto nos artigos 5º. E seu parágrafo único e 7º da Lei 4348/64, no art. 1º. e seu parágrafo 4º da Lei 5021/66, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8437/92".*

As legislações elencadas no artigo citado dizem respeito à vedação de concessão de liminares em mandado de segurança ou qualquer ação de natureza cautelar para reclassificação, equiparação, concessão de aumentos ou extensão de vantagens a servidores públicos.

A legislação consolidada no pré-questionamento da referida lei não vinha sendo acatada irrestritamente pelo Poder Judiciário, em vista talvez do tratamento desigual ofertado aos servidores públicos, o que levou o Executivo e o Legislativo a se valerem da Suprema Corte, mediante o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº. 4 , que levou inclusive o Supremo Tribunal Federal a discutir a preliminar de possibilidade de liminar em uma ação ADC, hoje discussão já superada em face da lei 9868/99 que regulamentou a ação direta de inconstitucionalidade

e a ação declaratória de constitucionalidade, entendendo o Supremo ser possível por maioria de nove a dois, e suspendeu, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até julgamento final, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressupostos a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9494/97, decisão esta que vem sendo atacada por ser conflitante com o parágrafo 2º do art. 102 da Constituição Federal, que revela somente terem eficácia vinculante as decisões definitivas de mérito exaradas nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Quanto à Lei 9.494/97, o efeito vinculante impede a concessão de tutela antecipada, mas o artigo 2º da Lei 8.437/92 deve ser sopesado com os requisitos das medidas cautelares ou do art. 273 do CPC, e, se presentes, deverá o magistrado conceder a liminar em homenagem ao princípio do Acesso à Justiça.

*"Em verdade, o que o ordenamento jurídico constitucional/processual brasileiro admite é a supressão, 'in limine', das presunções de operatividade do ato estatal. Evidentemente, a implementação do que foi antecipado, total ou parcialmente contra o Estado, será feita na forma prevista no próprio ordenamento jurídico, por exemplo, com a expedição de precatórios, em atenção ao comando do art. 100 da CF em se tratando de execução por quantia certa. A novidade trazida com a tutela antecipada é que estará dispensada a necessidade de prévio trânsito em julgado da*

*decisão para esta implementação ou, ao menos, afastado(s) segmento(s) recursal(is) com efeito suspensivo.*

*Mais do que nunca, a motivação de que trata o § 1º do art. 273 do CPC – em verdade, nada mais do que norma ‘didática’, ‘repetição’ mesmo do que consta com todas as letras do art. 93, inc. IX, da CF – deverá ser exigida nos meios forenses”<sup>167</sup>.*

Quanto à antecipação de tutela no Código de Defesa do Consumidor, dispõe o art. 84 da Lei 8078/90:

*"Nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.*

*§ 1º 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.*

*§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do CPC).*

---

167 BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada e ações contra o poder público** (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997. p. 37-100.

*§ 3º Sendo relevante o fundamento e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.*

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

*§ 5º Para tutela específica ou para 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".*

Nas ações que tenham por objeto obrigação de fazer ou não fazer a execução será de forma específica: somente na hipótese de impossibilidade do seu cumprimento é que se resolverá em perdas e danos, se assim o credor preferir.

*“Por outro lado e de forma muito mais intensa, especificamente nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o legislador permitiu a antecipação de tutela, inclusive de ofício pelo juiz, bastando para tanto a relevância do fundamento da*

*demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 84. caput e § 3º do CDC; arts. 11 e 12 da LACP)”.<sup>168</sup>*

Por ora, o maior interesse deste trabalho reside no parágrafo 3º do art. 84, que dispõe sobre a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional, se presentes os pressupostos de relevância do fundamento da demanda e o receio da ineficácia do provimento final.

*“Não se trata, aqui, de solicitação de medida cautelar, com liminar, senão que de medida para o fim já da própria satisfação do direito. No entanto o sentido essencial do artigo 83, parágrafo único, deste Código, é o de que, quanto ao segundo requisito, sequer a medida cautelar seria apta a garantir o direito do consumidor, e daí vir a justificar-se, mesmo liminarmente, a própria satisfação do direito, em si mesmo”.<sup>169</sup>*

A liminar satisfativa, segundo o mesmo autor, estaria assegurada no próprio *caput* do artigo, via da qual não seria necessário um processo cautelar preparatório.

*“A dificuldade de reparar a lesão a direitos que se constituam em certos bens, como os difusos, a vida em sentido amplo,*

---

<sup>168</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça, juizados especiais e ação civil pública.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 121.

*chama a atenção para o intuito da lei, que é servir a efetividade da tutela pretendida em juízo, pois as lesões não poderão, em muitos desses casos, esperar a reparação demorada que vem com o processo.”<sup>170</sup>*

Também é necessário reafirmar a possibilidade de fixação de multa diária pelo juiz, para coagir o devedor a cumprir o determinado na liminar ou antecipação de tutela, independentemente do pedido do autor.

A concessão de antecipação dos efeitos da tutela na jurisdição coletiva também se serve do art. 273 do CPC, atentado-se aos seus requisitos. Também o art. 12 da Lei de Ação Civil Pública traz a possibilidade de concessão de liminares em matéria coletiva, se presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Esta liminar é antecipatória do mérito, assim como a concedida nos termos do art. 84, parágrafo 3º:

*"Veja que não é o fato de se exigir como requisitos o fumus boni iuris e o periculum in mora que irá caracterizar uma liminar como cautelar ou antecipatória do mérito. Estes requisitos são apenas graus de cognição sumária do magistrado, vez que o traço distintivo entre uma e outra é que*

---

<sup>169</sup> ALVIM, José Manoel de Arruda et al. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 192-193.

<sup>170</sup> CUNHA, Belinda Pereira. **Antecipação de Tutela no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 158.

*no primeiro caso apenas se cuida de assegurar o fim útil de um processo principal (execução ou conhecimento)"<sup>171</sup>.*

Maiores questionamentos sobre a concessão de liminar ou tutela antecipada em processo tido por inadequado, perdeu a consistência em face das alterações introduzidas pela Lei 10.444/91, sobretudo com a inclusão do parágrafo sétimo ao artigo 273 do CPC, já comentado em capítulo próprio.

Grande parte dos processualistas classifica as ações em conhecimento, de execução e cautelar. As ações de conhecimento visam uma decisão que pode ser declaratória (meramente declaratórias), constitutiva ou condenatória. As ações de execução cuja finalidade é obter o cumprimento de obrigação fundada em título judicial ou extrajudicial. A última, visa obter medidas rápidas e provisórias para garantia de um processo principal de conhecimento ou de execução.

A ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos coletivos admite qualquer tipo de ação. A ação cautelar, referida no artigo 4º, se destina justamente a dar suporte instrumental aos vários tipos de demandas, sejam preparatórias ou incidentais.

Para concessão da cautela devem estar presentes os mesmos requisitos do sistema do Código de Processo Civil: *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, já analisados em capítulo próprio.

---

171 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et al. **O princípio da prevenção e a utilização de liminares no direito ambiental brasileiro, Tutela antecipada e ações contra o poder público** (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 101-124.

Nos termos da Lei 8437/92 é necessário a prévia audiência do representante da pessoa jurídica de direito público antes da concessão de liminares contra atos do poder público, porém:

*"se a situação de fato ensejar urgência na prestação jurisdicional, o juiz tem de conceder a liminar, haja ou não lei permitindo. Isto porque o sistema jurídico tem de encontrar mecanismos idôneos para que haja efetividade do direito ou de seu exercício, fazendo-o por meio das liminares 'tout court', dos writs constitucionais e das medidas cautelares."*<sup>172</sup>

O artigo 12, *caput*, da LACP afirma que a liminar deve ser concedida com ou sem justificção prévia, pois se preenchidos os requisitos deve o juiz conceder a liminar: *art. 12: Poderá o juiz conceder mandado liminar com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.*

A ação cautelar tem sido utilizada no âmbito da ação civil pública assegurando assim, a utilidade da decisão principal, ora com um comando de abstenção (*não fazer*), ora impondo uma obrigação (*fazer*), evitando assim prejuízos aos bens tutelados pela LACP, exemplificados através de algumas jurisprudências abaixo.

Possibilidade de medida cautelar de seqüestro de bens:

---

<sup>172</sup> NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Op.cit.*, .p. 1148

2000924 – AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SEQÜESTRO DE BENS – ART. 16 DA LEI FEDERAL 8.429/92 – POSSIBILIDADE NO BOJO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI FEDERAL 7.347/85) – DECISÃO QUE DETERMINA O SEQÜESTRO DE TODOS OS BENS – LEGALIDADE – PRECEITO LEGAL QUE NÃO RESTRINGE A MEDIDA A BEM DETERMINADO – RECURSO IMPROVIDO – O requerimento de seqüestro de bens, com suporte no art. 16 da Lei Federal 8.429/92, pode perfeitamente ser formulado no bojo da ação civil pública de responsabilidade por improbidade administrativa (processo de conhecimento), tal como já permitido pelo art. 12 da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal 7.347/85). O art. 16 da Lei Federal 8.429/92 não restringe a medida cautelar de seqüestro a bens determinados, sendo descabida a invocação de lições atinentes à natureza jurídica do seqüestro previsto pelo Código de Processo Civil.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> Tribunal de Justiça- MS – Ag. Classe B – XXII – Nº 48.975-6 – Cassilândia – 1ª T.C. – Rel. Hildebrando Coelho Neto – J. 03.02.1998.

Liminar em ação civil pública em defesa do consumidor: o pedido será feito nos próprios autos sem necessidade de ajuizamento de outra ação:

*32045055 – DIREITO CIVIL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – do consumidor. Ação civil pública. Financiamento de veículos com cláusula de correção cambial. Impugnação pelo ministério público sob fundamento de ilegalidade. Fato superveniente. Desvalorização abrupta da moeda. Pedido incidental de*

*liminar de natureza acautelatória. Possibilidade. Decisão extra petita. Inocorrência. Preliminares não enfrentadas pelo juiz monocrático. Questões fora do âmbito de conhecimento do recurso. Requisitos autorizadores da cautelar. Presença. Correção das prestações pelo inpc. Juridicidade. I – Questões suscitadas ainda não apreciadas pelo julgador a quo não podem ser conhecidas em sede de agravo, pois implicaria supressão de instância e ofensa aos princípios que norteiam a ciência processual. II – A ação civil pública admite, no bojo dos autos, pedido de provimento cautelar, sem a necessidade formal e retrógrada de ajuizar-se, em petição inicial autônoma, pedido tendente a garantir o resultado útil do*

*processo principal. III – Nas relações de consumo mister se faz aplicar o Código de Defesa do Consumidor, afastando, em caso de incompatibilidade, a teoria da autonomia da vontade. Daí que o princípio rebus sic stantibus no CDC tem conotação moderna, admitindo modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, contentando-se o subsistema de amparo ao consumidor em "fatos supervenientes". VI – O justificado receio de ineficácia do provimento final encontra-se lastreado na idéia da probabilidade de a execução da sentença de procedência do pedido não chegar em tempo de atender ao direito da parte ameaçada ou até mesmo lesada em seu direito. V – No caso sub judice, mostra-se adequada a aplicação do inpc, em substituição à indexação do dólar, uma vez que aquele índice promove, com perfeição, o reajuste das prestações*

*pactuadas em sintonia com a inflação apurada. VI – Decisão que concedeu, parcialmente, a liminar mantida. Agravo de instrumento improvido.* <sup>174</sup>

*32038490 – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Agravo de instrumento – Acesso a dados arquivados – Medida*

---

<sup>174</sup> - Tribunal de Justiça - DF – AGI 021368 – (Reg. 23) – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Nívio Gonçalves – DJU 24.11.1999

*administrativa – Interesse recursal – Ação civil pública – Legitimidade do ministério público – Interesse social relevante – Liminar concedida com base no poder de cautela do juiz – Desconsideração da pessoa jurídica – Responsabilidade dos sócios. A medida cautelar administrativa que atinge o sigilo bancário e telefônico é passível de recurso. Possui o ministério público legitimidade para propor a ação civil pública para discutir em juízo questão que atinge milhares de consumidores de imóveis em todo o país, iludidos na aquisição da tão sonhada casa própria, por estar bem configurado o interesse social relevante. O art. 83 do CDC abre a possibilidade de cautelarmente serem deferidas medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela aos direitos e interesses por ele protegidos, sem que se atribua a quem quer que seja a responsabilidade por eventuais prejuízos, o que demanda instrução probatória em processo de conhecimento. Para se determinar que os prejuízos aos consumidores recaiam integralmente e em solidariedade passiva sobre o acionista controlador e sobre os administradores, necessária a apuração dos fatos na ação principal, não em cautelar, à luz de provas*

*concretas de fraudes e conluios, com a desconsideração da pessoa jurídica.*<sup>175</sup>

Quanto a ação direta de inconstitucionalidade, somente a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal pode deferir medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanaram a lei ou o ato impugnado, que terão o prazo de cinco dias para se pronunciarem. Se o relator julgar indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

Caberá sustentação oral no julgamento da medida cautelar, pelos representantes judiciais do requerente e das autoridades responsáveis pelo ato impugnado.

Poderá ser deferida medida cautelar sem audiência, em caso de excepcional urgência.

Quando a Corte estiver em período de recesso, o relator poderá apreciar a medida cautelar, e, concedendo ou não, deverá colocar *ad referendum* ao plenário.

Se a matéria tratada na ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida de liminar, tiver significado especial para ordem social e relevância jurídica, os prazos para prestação de informações e manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República serão reduzidos para dez e cinco dias, respectivamente, podendo o relator submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

---

<sup>175</sup> Tribunal de Justiça - DF – AI 883797 – (Reg. 34) – 2ª T.Cív. – Relª Desª Sandra de Santis – DJU 02.06.1999

No caso de concessão de medida liminar, nos termos do art. 11, parágrafos 1º e 2º da Lei 9868/99, o efeito será *erga omnes* e *ex nunc*, mas o Tribunal poderá conceder eficácia retroativa.

Salvo manifestação expressa em contrário, a legislação anterior pertinente ao caso, se houver, será aplicável.

Outro efeito da medida cautelar é o de tornar aplicável a legislação anterior, acaso existente.

Julgada em definitivo a ação direta de inconstitucionalidade, seus efeitos serão *erga omnes* e *ex tunc*, havendo a possibilidade de o STF, por voto de dois terços de seus membros, fixar o momento da cessação de vigência da lei ou ato normativo. Portanto, pode ter efeito *ex nunc*.

A declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo julgada em definitivo é irrecorrível, salvo a interposição de embargos declaratórios. Também não é possível propositura de ação rescisória, visto que se presume de forma absoluta que todos os ângulos jurídicos foram analisados.

Sendo procedente ou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, terá efeito vinculante contra todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/99.

A Constituição Federal, no seu art. 102, parágrafo 2º, dispõe:

*"As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão*

*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgão do Poder Judiciário e ao Poder Executivo".*

Como se pode notar, a Constituição Federal nada fala a respeito de efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade; não pode a Lei 9868/99 prevê-lo. O parágrafo único do art. 28 é, portanto, inconstitucional, pois fere o art. 97 da Constituição Federal, quando afasta a possibilidade do controle difuso.

Para conclusão do presente capítulo, são necessárias algumas considerações sobre a disciplina da coisa julgada.

Antes do Código de Defesa do Consumidor, o instituto da coisa julgada era matéria de muitas indagações por parte da doutrina.

Michel Temer comenta em sua obra a necessidade de criação de lei regulamentando o mandado de segurança coletivo, no sentido de estabelecer que a decisão judicial faria coisa julgada quando favorável à entidade impetrante, e não faria quando desfavorável, possibilitando a impetração de mandado de segurança individual.<sup>176</sup>

Não existe uma lei específica para o mandado de segurança coletivo, de forma que a doutrina tem se servido da lei do mandado de segurança, da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor para seu ordenamento processual.

O Código de Defesa do Consumidor trata dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas:

---

176 TEMER, Michel. *Elementos do Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1998, *passim*.

*"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, hipóteses 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;(interesses ou direitos difusos)*

*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; (interesses ou direitos coletivos)*

*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.(interesses ou direitos individuais homogêneos)*

*Par.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.*

*Par.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.*

*Par.3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art.16, combinado com o art.13 da Lei nº 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 à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.*

*Par.4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória".*

*Erga omnes é expressão latina que significa contra todos, porém nos termos dos artigos referidos "é limitado à comunidade titular do direito supra-individual violado e, na eventualidade de procedência, aos titulares dos correspondentes direitos individuais homogêneos".<sup>177</sup>*

Ainda quanto aos efeitos das decisões proferidas em ações coletivas, ressalto os seguintes artigos:

---

<sup>177</sup> GIDI, Antônio . **Coisa Julgada e litispendência em ação coletiva** . p.108 .

*Lei 9494/97, art. 2º A (incluído pela Medida provisória 2.180-35, de 24.8.2001): A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos, que tenham na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.*

*Lei 7437/85, art. 16 (acrescentado pela Lei 9494/97): A sentença fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Os dois artigos restringem os efeitos da coisa julgada.

*“ Vem de longe a confusão entre res judicata e os seus efeitos. Efeito da coisa julgada, entre outros, é o de não mais, noutra processo se discutir e julgar o que se discutira e julgara (coisa julgada material), que é o efeito de res judicata). É preciso que nunca se confundam existência, validade e eficácia.”<sup>178</sup>*

---

<sup>178</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1997. p.105.

Continuando o eminente autor, afirma ser a *eficácia* a energia obrigatória da resolução judicial, compreendendo portanto a força, decorrente da coisa julgada, e o *efeito* de execução de sentença.

As restrições na verdade se dirigem a exeqüibilidade da sentença, a um determinado espaço geográfico.

A coisa julgada material impossibilita rediscussões da mesma lide em outro processo, este é o seu efeito.

O instituto da coisa julgada esta constitucionalmente assegurado, não se pode a partir da legislação infraconstitucional esvaziá-lo, com a importação de conceitos que não se adequam a nossa realidade jurídica e fática.

Abre-se a possibilidade de decisões conflitantes e desrespeito a coisa julgada, ao se ultrapassar o limite de competência territorial do órgão julgador.

Uma alternativa, seria que a coisa julgada em ação coletiva, cuja eficácia ultrapassasse os limites da competência territorial referida, passasse ao *status* de *caso julgado*, com o mesmo efeito da coisa julgada, sem possibilidade de rediscussão, mas permitindo que a sentença seja executada, pelas regras da competência territorial, quer individualmente quer coletivamente através de seus legitimados, em observância ao artigo 103 do CDC.

De qualquer forma, como assinala Hugo Nigro Mazzilli<sup>179</sup>: “*Ademais, a alteração promovida pela Lei 9494/97 esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor que, em conjunto com a Lei de Ação Civil*

---

<sup>179</sup> MAZZILLI Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo, meio ambiente consumidor e outros interesses difusos e coletivos**, 11ª ed., rev. ampl., São Paulo, Saraiva, 1999, p.139.

*Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria”*

Sendo a coisa julgada nas ações coletivas *erga omnes* e *ultra partes*, a mesma extensão deve ser dada às decisões que antecipem a tutela ou concedam liminares, beneficiando quem não participou formalmente do processo, permanecendo até o julgamento, conforme exposto.

De qualquer forma, existe a possibilidade da renovação do pedido, quando a decisão denegatória não houver apreciado o mérito.

Com a sentença procedente, se houver recurso este deverá ser recebido apenas no efeito meramente devolutivo, permanecendo a pré-executividade da medida e sua eficácia até o julgamento definitivo do recurso e conseqüentemente o trânsito em julgado.

## VIII - CONCLUSÕES

1. A defesa de direitos coletivos deita raízes na área trabalhista. A partir de 1840, contrapondo a tendência individualista surgida após a Revolução Francesa, em razão da conscientização das massas trabalhadores surgiram os sindicatos que procuravam manter ou melhorar a condição de vida da classe trabalhadora.
2. O processo cautelar está regulamentado no Livro III do Código de Processo Civil, cuja autonomia já é referida por Alfredo Buzaid na própria exposição de motivos. Embora exista grande divergência, partilhamos da corrente que afirma a autonomia do processo cautelar, sem contudo deixar de admitir o seu liame com a lide principal. Essa liame não o torna simples acessório do principal, se seguirmos nessa linha de pensamento chegaremos ao absurdo de admitir que o processo de conhecimento é acessório do de execução. O que o autor busca por meio do processo é bem que lhe foi retirado ou sofre ameaça. Se para garantia do resultado da ação passamos pelo processo cautelar, nem por isto podemos tirar-lhe a autonomia.

3. O Poder Geral de Cautela extrapola o limite imposto pelas medidas cautelares, pois, em face das diversas situações a merecerem a proteção jurisdicional, não poderia o legislador deixá-las sem amparo. É este o remédio a reparar as situações não previstas pelas cautelares típicas.
4. Embora o Poder Geral de Cautela possua certa dose de discricionariedade, sujeita-se aos limites da lei, e esta sempre a Lei Maior.
5. A liberdade jurídica para deferir ou não a medida liminar sofre limitações aos seus requisitos, cabendo ao juiz interpretar a lei buscando a sua finalidade, pois quem não atende a finalidade da lei não atende a lei.
6. Das decisões que concedem ou indeferem a liminar ao antecipação dos efeitos da tutela cabe recurso de agravo.
7. A revogação da liminar ou antecipação de tutela só poderá ocorrer se sobrevier situação de fato ou de direito que impeça sua manutenção.
8. O abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, pressupostos para concessão da antecipação dos efeitos da tutela, equilibram o tempo de duração do processo, que por ser longo acaba beneficiando o réu que não tem razão.
9. Mais que uma faculdade da parte, é dever do juiz, conforme art. 125 do Código de Processo Civil, velar para a rápida solução do litígio, fiscalizando os atos protelatórios do réu, independentemente do

pedido da parte, ainda que o pedido de antecipação de tutela não se fundamente neste pressuposto.

10. A concessão dos efeitos da antecipação de tutela decorre do princípio do Acesso.
11. A distinção entre direito e interesse, expressos usados como sinônimo em matéria de direitos coletivos, perde a consistência na medida em que, se o interesse é tutelado, dele se origina direito.
12. Os interesses transindividuais estão em uma categoria intermediária entre o interesse público e o privado.
13. Os direitos coletivos, embora possuam titulares passíveis de identificação, não constituem uma soma de interesses individuais.
14. O mandado de segurança coletivo tutela direito subjetivo de acepção coletiva, porém, sujeita-se aos mesmos pressupostos do *writ* individual.
15. Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional possuem legitimidade para impetrar Mandado de Segurança Coletivo em defesa de qualquer direito e não somente seus próprios ou de seus filiados, nem se limitam aos de natureza política.
16. A Lei 9868/99 que regulamenta a Ação Direita de Constitucionalidade trouxe a possibilidade do STF conceder eficácia retroativa em medida liminar, firmando momento oportuno para

suspensão do ato e ainda tornar aplicável legislação anterior, acaso existente.

17. Outra inovação da Lei 9868/99 é o efeito vinculante em face dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, sendo procedente ou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e não somente a Ação Declaratória de Constitucionalidade.
18. O Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações de consumo entre consumidor final e fornecedor, aplicando-se subsidiariamente o Código Civil, o Comercial, Código de Processo Civil e demais leis extravagantes.
19. Ao excluir a legitimação individual para tutela dos consumidores a título coletivo, o Código de Defesa do Consumidor buscou equilibrar a relação processual fortalecendo o pólo, em defesa do direito de minorias.
20. Os entes políticos legitimados para propositura de ação em defesa do consumidor não sofrem restrição de regionalização, portanto podem ajuiza-las fora do seu âmbito territorial.
21. As vedações as concessões de liminares e antecipação de tutela em matéria coletiva impostas pela lei, não podem prevalecer em face do perigo concreto de perda do direito ou dano de difícil reparação sob pena de ferir o princípio do Acesso à Justiça.

- 22.** A antecipação de tutela nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor pode ser concedida de ofício pelo juiz se o fundamento da demanda for relevante ou houver risco de ineficácia do provimento final.
- 23.** A busca da efetividade do processo norteou as legislações pertinentes as ações coletivas e, em especial ao instituto da tutela antecipada, trazendo medidas concretas de equilíbrio processual, celeridade e acesso ao Poder Judiciário.
- 24.** A eficácia das decisões de antecipação de tutela ou liminar nas ações coletivas têm a mesma extensão da coisa julgada: *erga omnes e ultra partes*.
- 25.** No direito alemão o juiz pode adotar medidas provisórias de ofício caso haja risco de frustração da medida.
- 26.** O Poder Geral de Cautela nos sistemas jurídicos alemão, português, Francês e Espanhol é amplo e tem a finalidade de prevenção e segurança da lide.
- 27.** O nosso sistema é o único que elegeu o processo cautelar como terceiro gênero de processo.
- 28.** Na *class action* os limites da coisa julgada são impostos pelo próprio juiz.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao código de processo civil do Brasil*, 2ª ed.

São Paulo: 1960.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *A antecipação de tutela na reforma processual*.

São Paulo: Saraiva, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vital Serrano. *Curso de*

*direito constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ALVIM, José Manoel de Arruda et alli. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ALVIM, José Eduardo Carreira. A antecipação da tutela na reforma processual. Em: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Reforma do código de processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 53-75.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não*

*fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BATALHA, Wilson de Souza Campos & RODRIGUES NETO, Sílvia Marina Labate Batalha. *Cautelares e liminares*, 3ª ed., atual. São Paulo: Ltr, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o poder público: reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. Em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37-100.

BULOS, Uadi Lâmeço. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, da edição de 1936. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça, juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Direcho y proceso*, trad. Juan Xavier. Buenos Ayres: Juridicas Europa-América, 1971.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

CORREIA, Andrade e SCIASCIA Gaetano, *Manual de direito romano*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Sedegra, s.d.

CUNHA, Belinda Pereira. *Antecipação de tutela no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA e Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena, *Dicionário Jurídico*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

FAVELA, José Ovalle, Tutela antecipada en el proceso civil iberoamericano. Em: CALMON FILHO, Petrônio & BELTRAME, Adriana, (Orgs.). *Direito Processual Ibero-americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, 125-153.

FERRARI, Regina Maria Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto Ferreira. *Medidas Cautelares*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco et alli, O princípio da prevenção e a utilização de liminares no direito ambiental brasileiro. Em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 101-124.

FREIRE, Reis, *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada reforma do código de processo civil*, 5ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

GIDI, Antônio, *Coisa julgada e litispendência em ação coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 10ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, 3 vols.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. Das ações coletivas para defesa dos interesses individuais homogêneos. Em: *Código de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.VIII, tomo I, arts. 796 à 812). Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas preventivas, medidas preparatórias e medidas de conservação*. Belo Horizonte: Teixeira. 1958.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7347/85 e legislação complementar)*. Revista dos tribunais: São Paulo, 1992

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação de agir*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e*

*legitimação de agir*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. São Paulo, Malheiros, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme, *A Antecipação da tutela*, 4ª ed., rev. e ampl. São Paul: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. *Tutela cautelar, teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo. Saraiva. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*, atual. Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1999 (3ª ed.)

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, Parte Geral*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY, Néelson Júnior, *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PASSOS, José Joaquim Calmom de. *Comentários ao código de processo civil*, vol. X, t. I, (arts.796 a 812). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas-data, constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. In: CALMON FILHO, Petrônio, BELTRAME, Adriana, (coord.). *Direito processual ibero-americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1946*, IV/369. Rio de Janeiro: Borsoi, 1953

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Comentários ao código de processo civil*, vols. VIII e IX, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Comentários ao código de processo civil*, Tomo XII, (arts. 796-889). Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Mandado de segurança individual e coletivo In: Mandado de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, 19ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 6ª ed. Revista dos Tribunais. 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Ações cautelares e o novo processo civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. "*Class action*" e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). *Código de Hamurabi, Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono), Lei das XII tábuas*. Bauru: Edipro, 1994.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1998.

VIGORITI, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

VILLAR, Willard de Castro. *Ação cautelar inominada*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WALD, Arnold, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

WATANABE, Kazuo et alli. Disposições gerais. in: *Código de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 610-666.

ZAVASCKI, Albino Teori. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

## OBRAS CONSULTADOS

BARBÍ, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *in: Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo, Saraiva, 1984.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*, 2ª edição. São Paulo: Ed. LTr, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CALAMANDREI, PIERO. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.*, Cedam: Pádua, 1936.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CASEIRO, Luciano. *Lide cautelar*. São Paulo: Leud, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José, ALVES, Geraldo Magela (org.), *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Rio de Janeiro, Forense, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GUASP, Jaume. *Direcho procesal civil*. Madri: s.e.,1962.

GUERRA, Isabella Franco. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense,1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.334/85 e legislação complementar)*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1986.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PANCOTTI, José Antônio. *Elementos do processo civil de conhecimento*. São Paulo: LTr, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao código de processo civil*, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ROSA, Eliézer, *Capítulos do direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1975.

TESHEINER, José Maria Rosa, *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1998.

VILLAR, Willard de Castro. *Poder geral de cautela do juiz brasileiro - medidas atípicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

## ARTIGOS

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra opoder público (reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997.

BUZAID, Alfredo. Juicio de amparo e mandado de segurança, *Rev. Fac. de Direito Univ. de São Paulo*. São Paulo, fasc. I, p. 222, 1961.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à justiça. *Rev. de*

*processo* (5), ano 2, jan./mar., 1977, 205-220.

CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. trad. Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Rev. de processo* (62), ano 16, abr./jun., 1977, 28- 159.

FARIA, Cristiano Chaves de. Os juizados especiais cíveis como instrumento de efetividade do processo e atuação do Ministério Público. *Jornal Juris Síntese* nº 24 jul/ago de 2000, p. 13-24.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ação civil pública consumerista. *Rev. do Centro de Estudos Judiciários. Brasília*, v. 4, p. 21-32, jan./ abr., 1998.

GAMA, Elizabeth Peñaloza Jaramillo, "Interesses tutelados pela ação civil pública", in: Interesses difusos na Justiça do Trabalho. *Jornal Juris Síntese* nº 38, abril/2000, pág. 4: 3.2.1

GARRAFA, Volnei, Bioética e ciência : até onde avançar, sem agredir. *Rev. Do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, v. 7, p. 93-99, jan.-abr., 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Rev. do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA-CEPEJ*, Bahia, v.4/120, 1990, p. 12-13.

GUERREIRO, Wagner. A inconstitucionalidade da prisão prevista no Código de Processo Civil, *Rev. de Ciência Jurídica*, v. 51, p. 43-48, mai.-jun., 1993.

PACCAGNELLA, Luiz Henrique. Meio ambiente-função socioambiental, propriedade privada. *Rev. Jurídica* n. 247, São Paulo, maio, 1998.

PACHECO, José da Silva. Ação de atentado na pendência da ação de reintegração de posse. *Rev. dos Tribunais*. São Paulo, n. 597, p. 14-20, jun., 1985.

SARAIVA, Vicente. Habeas corpus 1. *Rev. Jurídica*, São Paulo, n. 232, p.48, fev./97.

SCHAEFER, João José Ramos. Ação popular: instrumento de defesa do interesse coletivo. *Rev. direito público*. p.70/180, 181-187.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos – perda, suspensão, controle constitucional. *Rev. Jurídica* 201, jun-94, nº 118.

---