

A antecipação de tutela na ação coletiva

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto
Brasileiro de Direito Processual
MBA em Direito Econômico e das Empresas pela
Fundação Getúlio Vargas/DF
Mestre em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – Portugal
Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca – Espanha*

RESUMO

Os processualistas modernos, antenados com a necessidade de ampliação de acesso à justiça, dirigiram suas atenções para tentar solucionar um sério problema processual, que passou a ser designado, em sede doutrinária, como a *efetividade do processo*. Para tentar solucionar essa problemática, pensaram em formas diferenciadas de tutela que permitissem amenizar o transcurso do tempo e dar efetividade ao processo. Entre elas, a *antecipação de tutela*. As tutelas de urgência não foram pensadas para processos metaindividuais, porém a realidade social e, notadamente, a necessidade de defesa dos direitos de grupos ou de toda a coletividade estabeleceram o caminho natural de adoção nos processos coletivos.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela. Urgência. Processo. Coletivo.

ABSTRACT

Modern jurists specialized in legal procedures, aware of the necessity for expanding access to justice, dragged their attention to try solving a serious procedural issue, which has been designated, into doctrinal field, as *process effectiveness*. To try solving this issue, they have tried alternative forms of tutelage that would ease elapsed time and give effectiveness to the legal process. Among them, the “*antecipação de tutela*” (*preliminary injunction*). The urgency tutelage was not designed for metaindividual lawsuits, however the social reality and, remarkably, the demand for defense of the collectivity rights have established the natural path for the introduction of collective lawsuits.

Keywords: Preliminary injunction. Urgency. Action. Collective.

Introdução

Torna-se imperioso salientar que partimos de uma perspectiva mais ampla de acesso ao direito, ou seja, de uma concepção dilatada da consciência em respeito aos direitos humanos, à atuação positiva do Estado e à garantia efetiva dos direitos fundamentais a todos garantidos. Acreditamos que os esforços para a remoção dos obstáculos de acesso à justiça não podem se resumir a atacar somente os aspectos de ordem prática, como, por exemplo, o grande número de processos e o reduzido quadro de juízes, sem, contudo, criar-se e manter-se um sistema processual eficiente, com procedimentos eficazes e compatíveis com os rumos da moderna ciência jurídica.

Os processualistas modernos, antenados com a necessidade de ampliação do acesso à justiça, dirigiram suas atenções para tentar solucionar um sério problema processual, que passou a ser designado, em sede doutrinária, como “a efetividade do processo”. Em outras palavras, as preocupações dos doutrinadores, de maneira resumida, se concentraram na solução de uma equação: como garantir a rapidez e a segurança do processo.

Essa preocupação foi externada por Ferruccio Tommaseo, professor da Universidade de Trieste, em intervenção no “Colloquio Internazionale di Milano”, realizado em outubro de 1984, ao referir-se à existência de uma relação inversamente proporcional entre a eficácia da tutela jurisdicional – ou, como hoje se usa dizer, a efetividade da tutela jurisdicional – e a duração do processo (TOMMASEO, 1985, p. 301-307).

Deste outro lado do Atlântico, a mesma preocupação também se observa nas palavras do consagrado processualista brasileiro Barbosa Moreira. Confira-se:

[...] toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pode impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil (BARBOSA MOREIRA, 1983, p. 199).

Com efeito, a preocupação com a efetividade do processo estampada nas palavras de Barbosa Moreira traduz a constante exigência de equilíbrio entre a celeridade da prestação jurisdicional e a busca de soluções judiciais justas. Como decidir conflitos de ma-

neira rápida e efetiva? Esse desafio havia sido lançado e precisava ser enfrentado por aqueles que pensavam o processo.

A formulação legislativa brasileira, em vista da celeridade processual, ganhou *status* constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, com a inclusão no elenco dos direitos fundamentais consagrados no artigo 5º da Lei Maior, do inciso LXXVIII, segundo o qual são assegurados a razoável duração do processo e os meios que possam garantir a celeridade de sua tramitação. Portanto, um pouco mais adiante da promulgação da Constituição Espanhola e seu artigo 24.1, que garantiu a obtenção de uma tutela efetiva dos juízes e tribunais a todas as pessoas, no exercício de seus direitos e interesses legítimos.

Para tentar solucionar essa problemática, os processualistas modernos pensaram em formas diferenciadas de tutela que pudessem permitir amenizar o transcurso do tempo e dar efetividade ao processo. Entre elas, a *antecipação de tutela*.

1 A demanda cautelar de urgência

Quando o autor comparece diante ao tribunal pleiteando uma tutela jurisdicional é porque, em tese, crê que tem um direito a essa concreta tutela jurisdicional. E, por intermédio do processo ordinário, o demandante ou autor visa justamente obter o reconhecimento desse direito.

Pode o órgão jurisdicional dizer o direito de várias maneiras. Pode simplesmente declarar o direito, ajustando-se ou não a uma norma jurídica (existência ou inexistência de um direito subjetivo, de uma relação ou de uma situação jurídica etc.), ditando uma *sentença meramente declarativa*, como também pode dirigir um mandado a uma das partes do processo (eventualmente, às duas) a fim de que faça, omita ou suporte algo, ditando uma *sentença condenatória*, e, finalmente, pode criar, modificar ou extinguir um estado, uma relação ou uma situação jurídica, ditando nesse caso uma *sentença constitutiva*.

Como se sabe, a tutela jurisdicional ofertada pelo Estado juiz para o reconhecimento do direito é obtida através de um demorado desenvolvimento de uma cognição exaustiva. E, não raro, os jurisdicionados reclamam da morosidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Ademais, uma vez reconhecido o direito pleiteado, o Estado juiz deve ainda buscar permitir ao favorecido, também por via judicial, a satisfação desse direito, agora por intermédio do processo de execução ou de *execução forçada*. E esse processo, às vezes, também se mostra moroso.

Infelizmente, a lentidão da Justiça é uma das características mais citadas pelas pessoas. Na Espanha, em pesquisa realizada, constatou-se que um em cada dois espanhóis considera que a Justiça funciona mal ou muito mal.¹ No Brasil não é diferente: em investigação efetuada pela Fundação Getúlio Vargas com 1,2 mil entrevistados, a Justiça brasileira é lenta e cara. A lentidão da Justiça é uma das características mais citadas pelos entrevistados: 88%.²

Como a tutela jurisdicional requerida pode tardar ao ponto de possibilitar o perecimento do bem jurídico pretendido, a lei, ante a demora de solução do processo principal, confere providências capazes de assegurar a satisfação do direito e de afastar os perigos resultantes da demora do processo. Entre essas providências jurisdicionais protecionistas do bem jurídico, estão as medidas cautelares, cuja finalidade é assegurar a futura satisfação do direito.

Neste particular, causa certa estranheza a afirmação de Ramos Romeu de que o Tribunal Constitucional da Espanha há ditado em numerosas resoluções que, no exercício da potestade cautelar, os tribunais ordinários podem provocar violações do direito à tutela judicial efetiva do art. 24.1 da Constituição Espanhola. Essa afirmação é suavizada pela conclusão de que “del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva un derecho subjetivo a la tutela cautelar susceptible de ser invocado en amparo” (ROMEY, 2006, p. 99).

Entre as características principais das medidas cautelares, encontramos a *instrumentalidade* e a *temporalidade*.

A *tutela cautelar é instrumental* por ser um meio de preservação do direito material. É, em outras palavras, um instrumento para garantir a efetividade do direito cujo reconhecimento se pretende. No direito processual espanhol, por exemplo, o embargo preventivo de bens, para assegurar a execução de sentenças condenatórias para a entrega de quantias em dinheiro ou de frutos, rendas e coisas fungíveis computáveis a metálico por aplicação de preços certos (art. 727, LEC). É, nesse caso, um instrumento capaz de assegurar o direito do credor. Assim, pretende-se evitar que o demandado realize determinados atos que possam afetar seu patrimônio, que venham a provocar danos aos bens, ou até mesmo a subtrair do alcance da Justiça determinados bens, criando

¹ Na sociedade espanhola, assinala Toharia Cortés (2004, p. 99-134), “la Justicia es considerada como una institución que funciona mal y a la vez como una institución que ejerce de celadora eficaz de la democracia y de los derechos y libertades”.

² Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Brasil. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/brasileiro-poder-judiciario-lento-caro-imparcial>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

situações de insolvência que possam impedir a eficácia da eventual sentença.

É *temporária* por ter eficácia limitada no tempo, ou seja, uma vez cumprida sua função acautelatória, perde sua eficácia. Logo, pode-se dizer que a tutela cautelar é revestida de caráter provisório e precário. Como dita a LEC, as medidas cautelares têm caráter temporal, provisional, condicionado e suscetível de modificação (art. 726, apartado 2).

Todo autor, principal ou reconvenicional, poderá solicitar do tribunal a adoção de medidas cautelares que considere necessárias para assegurar a efetividade da tutela judicial que lhe poderá ser outorgada na sentença principal que se ditará. É importante dizer que, no ordenamento espanhol, não poderão em nenhum caso ser acordadas de ofício pelo tribunal; sempre por solicitação e sob a responsabilidade do demandante.

Como recorda De la Oliva Santos (2004a, p. 51-52), dada a virtualidade das medidas e sua onerosidade, é pressuposto necessário para a adoção de medidas cautelares a existência de dados e critérios valorativos que permitam fundar um juízo de probabilidade, mais ou menos qualificada. É a observância do *fumus boni iuris*, um *aroma do bom direito*, ao mesmo tempo em que se observa o perigo na demora processual, o conhecido *periculum in mora*. Esses são os dois pressupostos genéricos e inevitáveis das medidas cautelares. Porém, obviamente, não constituem os únicos. Dependendo da natureza e gravidade da medida, o juiz poderá exigir outros pressupostos.

Ressalta-se também, dado o caráter provisório das medidas cautelares, que elas poderão ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo. A revogabilidade e mutabilidade das medidas cautelares resultam da própria natureza provisória dessas medidas.

Assim, no caso de ditar-se sentença de improcedência das pretensões do solicitante, o juiz imediatamente ordenará o levantamento da medida, salvo que se solicite o contrário atendendo as circunstâncias do caso e prévio aumento da caução previamente prestada pelo solicitante da medida.³

Outro caso de alteração das medidas cautelares é a solicitação de medida prévia à demanda adotada sem audiência do demandado. Nesse caso, se o solicitante não cumpre o prazo legalmente

³ A LEC impõe a prestação da caução prévia a qualquer ato de cumprimento da medida cautelar acordada (art. 737). O CPC prevê a caução cautelar como garantia ao processo, porém não como uma obrigatoriedade. Deve o juiz, ante a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, utilizando-se do poder geral de cautela, determinar a prestação de caução (artigos 798 e 799, CPC).

estabelecido de 20 dias para apresentar a demanda (o CPC brasileiro, art. 806, prevê prazo de 30 dias para a parte propor a ação principal), levantar-se-á de imediato a medida e nesse momento indenizar-se-á o demandado dos prejuízos, recaindo os gastos processuais sobre o requerente.

Tampouco cabe manter a medida quando o processo permanecer em suspenso por causa imputável ao requerente em período superior a seis meses (art. 731, LEC).

A regra, portanto, é que as medidas cautelares não podem gerar efeitos satisfatórios, posto que pressupõem a existência de um processo principal, devendo, somente, resguardar o resultado útil desse processo principal.

Porém, em muitos casos, as medidas cautelares transformam-se em técnica de sumarização, ou seja, como paliativo para a ineficiência do processo ordinário e para a morosidade jurisdicional. E, na busca de obtenção de uma tutela jurisdicional mais rápida e capaz de tornar mais efetivo o direito material, a alternativa encontrada pelos operadores do direito foi a proliferação das medidas cautelares.⁴

Com efeito, a sociedade evoluiu e surgiram novas e urgentes demandas, cujas respostas por parte do Poder Estatal não se mostraram satisfatórias, causando frustrações e descontentamentos.

O consagrado processualista italiano Federico Carpi, ao proferir breve intervenção sobre o tema, assinala a necessidade de novas formas de tutela a fim de impedir o uso abusivo das tutelas cautelares. Confira-se:

[...] la problematica della tutela giurisdizionale differenziata, esaminata nella'otica dei provvedimenti non cautelari, è di grande interesse ed attualità perché diverse riforme legislative, fra le più significative degli ultimi anni – dallo statuo dei lavoratori, al nuovo diritto di familia, alla legge sull'assicurazione obbligatoria – mostrano che le modifiche processuali ad esse conesse hanno privilegiato forme di tutela interinale, rispetto al giudizio tendente all'accertamento definitivo del diritto. La ragione di questa tendenza mi sembra fácilmente individuabile nell'intolleranza sempre più diffusa verso la lunghezza e la disfunzione del proceso civile, intolleranza che si accompagna alla sicura coscienza che la rapidità della tutela giurisdizionale delle garanzie costituzionali di azione e di difesa e che al contrario la mancanza di incisività degli strumenti processuale ordinari può

⁴ Como observa Marinoni (1994, p. 17) ao citar Roger Perrot.

comportare l'assentuzazione di diseguaglianze sostanziali fra le parti (CARPI, 1980, p. 239).

Marinoni (1994, p. 47), por sua vez, observa de modo contundente e firme:

[...] a ineficiência do procedimento ordinário e os estreitos limites postos para a execução provisória da sentença, vieram contribuir para o "alargamento" do campo do processo cautelar, que passou a albergar e a conduzir através de seu estreito canal, além da verdadeira tutela cautelar, determinadas tutelas que se assemelham à cautelar tão somente pela característica da urgência.

Com efeito, a tutela cautelar é uma tutela de urgência, porém nem toda tutela urgente é cautelar. Como, então, solucionar uma demanda que requeira uma tutela jurisdicional urgente e que não caiba no processo cautelar?

2 A antecipação dos efeitos da tutela

Para a solução dos conflitos, devem os juízes decidir e ditar resoluções judiciais (providências, autos e sentenças, segundo a LOPJ).⁵ Contudo, em alguns casos, essas resoluções podem chegar tarde, e uma solução aparentemente justa, ante o atraso da decisão, pode tornar-se injusta.⁶ Assim, os processualistas modernos pensaram em uma maneira de antecipar os resultados das deman-

⁵ De la Oliva Santos (2004b, p. 357-359) ensina-nos, para perfeita compreensão do sistema decisório espanhol: as *providências*, segundo dita a LEC (art. 206.2, 1^a) são a resolução "que no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto". Assim, as *providências* estão destinadas a questões de maior complexidade que as solucionadas por meras resoluções de *tramitação*; portanto, destinadas à adoção de decisões de fatos diferentes, que requeiram uma tarefa valorativa e de discernimento muito superior à de mero impulso. Os *autos* são as resoluções que se ditam para resolver questões de importância, que afetam interesses dos litigantes, porém distintas da questão principal ou *de fundo*, ou seja, as *questões incidentais* que não ponham fim ao processo. Enquanto as *sentencias*, estas sim decidem sobre o fundo. São, portanto, a resolução terminal do processo.

⁶ Dentre as frases famosas de Rui Barbosa (um dos intelectuais mais brilhantes de seu tempo, um dos organizadores da República brasileira e coautor da constituição republicana), destaca-se: "A justiça atrasada não é justiça; mas injustiça qualificada e manifesta".

das judiciais e de evitar soluções tardias, eventualmente injustas: *antecipar os efeitos da tutela jurisdicional*.

Sendo assim, as medidas antecipatórias asseguram a efetividade prática da resolução definitiva, nas palavras de Artavia Barrantes (2000, p. 548), prevenindo o risco de que possa resultar ilusória a execução da sentença, pois incide na relação jurídica que é objeto do processo de fundo.

2.1 A antecipação dos efeitos da tutela no direito comparado

Na Itália

A lei italiana n° 353/1990, de 26 de novembro, com os artigos 20 e 21, que, por sua vez, acrescentaram os artigos 186-bis e 186-ter ao Código de Processo Civil (*Codice di Procedura Civile*), introduz, pela primeira vez no âmbito do procedimento ordinário, um instrumento de tutela antecipatória de natureza não cautelar.⁷

Art. 186-bis

(Ordinanza per il pagamento di somme non contestate)
Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. (2)

L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.

L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.

Art. 186-ter

(Istanza di ingiunzione)

Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 633, primo comma, n. 1), e secondo comma, e di cui all'art. 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione

⁷ Distinto, portanto, dos *procedimentos de urgência*. Art. 700: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”.

di pagamento o di consegna. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

L'ordinanza deve contenere i provvedimenti previsti dall'art. 641, ultimo comma, ed è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'art. 648, primo comma. La provvisoria esecutorietà non può essere mai disposta ove la controparte abbia disconosciuto la scrittura privata prodotta contro di lei o abbia proposto querela di falso contro l'atto pubblico.

L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177 e 178, primo comma.

Se il processo si estingue l'ordinanza che non ne sia già munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 653, primo comma.

Se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647.

L'ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.⁸

Trata-se, com efeito, de uma novidade de relevo. A lei, a partir de então, permite ao juiz a possibilidade geral de emitir resoluções condenatórias no curso da demanda, que antecipam no todo ou em parte os efeitos da tutela jurisdicional final.⁹

A nova lei italiana permitiu, sem dúvidas, aos juízes melhor prestar a tutela jurisdicional, com a introdução de uma ferramenta processual capaz de atingir com maior eficácia e rapidez o ideal de justiça. Assim, o juiz italiano, diante de uma demanda de pagamento de soma não contestada por parte do demandado, bem como de uma demanda condenatória de soma líquida exigível ou de uma determinada quantidade de coisa fungível ou, ainda, de coisa móvel determinada, poderá acelerar a tutela do direito, antecipando no todo ou em parte os efeitos da sentença.

⁸ Itália. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em: 4 maio 2013.

⁹ Em realidade, não representou uma novidade absoluta, porém uma generalização no âmbito do processo ordinário de uma figura já prevista em processo especial (a autorização de pagamento de importância não contestada, no processo laboral – art. 423).

Na França

Esta possibilidade também é encontrada no direito francês. Trata-se da *ordonnance de référé* descrita nos artigos 484 e 486 do *Code de Procédure Civile*, a permitir a realização do direito, de forma provisória, sem prejudicar a cognição de fundo.¹⁰

Nos Estados Unidos da América

No direito norte-americano, encontramos a figura da *preliminary injunction*, geralmente ligada à tutela da obrigação de fazer ou não fazer. A função principal da *preliminary injunction* seria preservar o *status quo*, como uma forma de proibir alteração da realidade, desde o momento do início da demanda.

Ainda que não sejam uniformes os requisitos observados pelos Tribunais na concessão da *preliminary injunction*, é possível considerar quatro principais fatores observados nas cortes federais norte-americanas: (1) a probabilidade de sucesso da demanda (*plaintiff's probability of success on the merits*); (2) a probabilidade de dano irreparável caso não seja concedida a medida (*irreparable injury to the plaintiff*); (3) a comparação de possíveis danos entre as partes da demanda (*balance of hardships*); (4) o interesse público (*public interest*) (LUSVARGHI, 2012).

A probabilidade de sucesso da demanda é requisito totalmente subjetivo, resultante da análise pessoal do juiz, como resultado do exame preliminar das alegações do autor.

¹⁰ “**484.** La requête en rétractation, signifiée à toutes les parties en cause avec avis du jour où elle sera présentée à un juge pour réception, doit être produite dans les 15 jours, à compter, selon le cas, du jour où la partie a acquis connaissance du jugement, où est disparue la cause qui l’empêchait de produire sa défense, où la partie a acquis connaissance de la preuve nouvelle, de la fausseté de la pièce ou du dol de la partie adverse, où a été découverte la pièce décisive, ou encore du jour où a été rendu le jugement désavouant l’acte non autorisé.

Dans le cas du mineur, prévu au paragraphe 3 de l’article 483, le délai court du jour de la signification du jugement, faite depuis qu’il a atteint sa majorité.

Ce délai de 15 jours est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut, sur demande, et pourvu qu’il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement, relever des conséquences de son retard la partie qui démontre qu’elle a été, en fait, dans l’impossibilité d’agir plus tôt.”

“**486.** L’officier chargé d’exécuter le jugement, et à qui a été signifiée une copie de la requête en rétractation et du certificat attestant qu’elle a été reçue, est tenu de surseoir, et de rapporter au greffe, sans délai, le bref d’exécution et la requête qui lui a été signifiée.” França. Disponível em: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM>. Acesso em: 4 maio 2013.

O segundo fator, a probabilidade de dano irreparável caso não seja concedida a medida, deve ser indicado de início pelo demandante, ou seja, deve, na medida do possível, provar a irreparabilidade do dano para tornar mais forte seu pleito. Muito provavelmente, essa medida do autor torne mais fácil a comparação de possíveis danos das duas partes (*balance of hardships*), em realidade, uma análise de custo-benefício de pequena escala. Seria, em síntese, uma análise econômica dos possíveis danos com a concessão da *preliminary injunction* entre as partes.

E, finalmente, a consideração do interesse público na ocasião de decidir sobre a concessão da *preliminary injunction*, principalmente, se a decisão envolve questões de segurança pública.

Como registra Thomas Lee:

[...] initially, “American Courts Treatment of the status quo followed the path established by the Lord Chancellor. The status quo was put forward not as an element of a doctrinal test, but as description of the usual effect of purpose of a preliminary injunction”. The United States Supreme Court’s early invocations of the status quo follow this pattern. In ‘Parker v. Winnepiseogee Lake Cotton and Wollen Co.’, for example, the court did not speak explicitly in terms of the ‘status quo’, but clearly invoked its essence, explaining that ‘[w]here an injunction is granted without a trial at law, it is usually upon the principle of preserving the property, until a trial at law can be had’. The Court’s seminal use of the phrase ‘status quo’ apparently came several decades later in ‘Houghton v. Meyer’. In that case, the court explained that the Federal Court’s statutory authority is issue an ‘ex parte’ temporary restraining order was intended ‘to give power to preserve the status quo when there is danger of irreparable injury from delay in giving the notice required’ in a standard preliminary injunction proceeding. None of these early decisions spoke of the status quo as a doctrinal standard; it was always offered as a description of purpose – and in the overarching goal of preventing irreparable injury (LEE, 2001, p. 138).

Faz-se evidente que a discussão sobre a preservação do *status quo* ganhou relevância nos tribunais federais norte-americanos ao final dos anos 90 e início do novo século. De início, com a finalidade de preservar danos irreparáveis, em respeito à equidade. Posteriormente, a partir da adoção de um sistema bifurcado de *preliminary injunctions*, passa a privilegiar tutelas inibitórias (*prohibitory injunction*) e cria um padrão mais exigente para as tutelas de obrigação de fazer (*mandatory injunction*).

A *prohibitory injunction* destina-se à proibição de fazer ou continuar a fazer um ato, e a *mandatory injunction* é dirigida ao acusado para fazer alguma coisa, reparar uma omissão ou restaurar uma posição ou desfazer algo injusto.

Importante registrar que os tribunais norte-americanos, ao longo do tempo, procuraram uma uniformidade de procedimentos, a partir da criação de fórmulas matemáticas, como uma maneira de libertar-se da subjetividade das decisões dos magistrados. O juiz Richard A. Posner, por exemplo, construiu uma fórmula precisa para a concessão da *preliminary injunction* ao julgar o caso *American Hospital Suplly Corp. v. Hospital Products, Ltd.* (POSNER, 2008):

$$P \times H\pi > (1-P) \times H\Delta$$

Donde π representa o autor e Δ , o réu. Assim, P é a probabilidade de o autor sair vitorioso na decisão final. $H\pi$ é o conjunto de danos irreparáveis ao autor, caso a *injunction* não seja concedida. E $H\Delta$, o conjunto de danos irreparáveis ao réu, caso a *injunction* seja deferida.

Tal fórmula, denominada de *sliding scale*, pretende confirmar a regra de que quanto maior a possibilidade de sucesso da demanda, menor precisam ser os danos irreparáveis cotejados entre o autor e o réu para a aprovação da *preliminary injunction*.

Na Alemanha

Em menor extensão, podemos citar o processo civil germânico, a *Einstwellige Verfügung*, uma espécie de *preliminary injunction* em processos sumários, como forma de garantir um pedido que não envolva dinheiro, previsto nos §§ 935 a 942 do Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung/ZPO*).

Em Portugal

Com a reforma operada em 1º de janeiro de 1997, o art. 381.1 do Código de Processo Civil sanciona a possibilidade de adoção do instituto que nos convoca.

Artigo 381º Âmbito das providências cautelares não especificadas.

1 – Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.

Na Argentina

Em realidade, os ordenamentos processuais argentinos ainda não contam com normas específicas que disciplinem a instituição da antecipação da tutela. Porém, o Anteprojeto do Código Processual Civil e Comercial para a Cidade Autônoma de Buenos Aires, produto do desempenho dos Des. Augusto Mario Morello, Roland Arazi e Mario Kaminker, contém previsão da matéria, sem contar que a Corte Suprema da Nação Argentina já admite a tutela antecipada em muitos precedentes.

No Brasil

Como nos conta Gusmão Carneiro, um conhecedor da história corrente do processo civil brasileiro, a adoção da *tutela antecipada* foi sugerida por Ovídio Baptista da Silva, em julho de 1983, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil. E, em 1984, com a edição da Lei 8.952/1994, a par de muitas outras modificações produzidas no Código de Processo Civil, surge a figura da tutela antecipada no ordenamento processual brasileiro – art. 273 (CARNEIRO, 2010, p. 22-23).

Atualmente, esse art. 273, com as alterações introduzidas pela Lei 10.444/2002, assim dispõe:

Art. 273. 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 o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que 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 sua 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 poderá 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.

Vemos que o nobre instituto foi introduzido com diversos requisitos: 1) a requisição da parte; 2) a existência de prova inequívoca; 3) a verossimilhança da alegação; 4) um fundado receio de dano irreparável; 5) um caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito dilatatório do réu; 6) a possibilidade de reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.

Assim, de acordo com a letra expressa do art. 273, CPC, a tutela antecipada deve ser pedida pela parte. Em princípio, na própria petição inicial da demanda. E, uma vez deferida, poderá, segundo o § 4º, ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

A jurisprudência da Corte Superior brasileira, falo do Superior Tribunal de Justiça, avançou na interpretação da lei e passou a admitir a possibilidade de, em situações excepcionais, conceder a tutela antecipatória de ofício. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS.

1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário-maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício.

2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável).

3. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende conceder salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria) em virtude de nascimento de criança em 2004. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário.

Afinal, “a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009.)

5. A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas “situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385).

6. A jurisprudência do STJ não destoia em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresse da parte (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008).

7. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2012).

Faz-se evidente a função ampliada do Poder Jurisdicional. Seria, como bem destacado, uma forma de garantir os direitos sociais consagrados na Constituição, de maneira a contribuir decisivamente para a mudança da realidade social, sempre que o magistrado observar o risco iminente de perecimento do direito e ante provas fortes e suficientes da verossimilhança do direito da parte.

Importante dizer: a concepção da tutela não constitui uma faculdade dos juízes. Trata-se, em realidade, de uma atribuição do magistrado, o qual, sob o princípio da persuasão racional, deverá, uma vez reunidos os requisitos acima mencionados, conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

Outro ponto de relevância é que a lei processual exige mais do que um *aroma do bom direito* (*fumus boni iuris*) – um dos requisitos das medidas cautelares –; exige uma evidência indiscutível, a chamada verossimilhança da alegação.

De igual modo, se há empregado uma nova roupagem ao *periculum in mora*: perigo na demora processual que prevê o requisito de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

E, de maneira responsável, o legislador previu que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade da concessão jurisdicional.

3 A antecipação dos efeitos da tutela na ação coletiva

Como já tivemos oportunidade de dizer, a sociedade moderna compreende a atuação positiva do Estado para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos. Em algumas situações, quando esses direitos atingem um grupo e/ou uma coletividade, a defesa desses direitos deve ser viabilizada por meio de uma ação coletiva, sejam os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

E, com efeito, o legitimado à ação coletiva, no pleno exercício do acesso à justiça, deverá utilizar todos os instrumentos necessários à efetiva defesa dos direitos do grupo e/ou da coletividade.

A lei e, principalmente, a jurisprudência dos tribunais aceitam que o autor da ação coletiva possa requerer ao juiz a apreciação do deferimento da antecipação dos efeitos da demanda. Naturalmente, o objeto da antecipação será sempre igual ou menor, quantitativa ou qualitativamente, ao pedido formulado na petição inicial.

A lei específica em defesa do consumidor de 1990 (CDC – Lei 8.078), anterior, portanto, à adoção da tutela antecipada no ordenamento brasileiro (Lei 8.952/1994), previu a possibilidade de concessão de tutela de urgência, sem dúvidas, não uma simples medida cautelar, mas a satisfação do próprio direito. Isso, uma vez observados os pressupostos estabelecidos no art. 84, § 3º, ou seja, a relevância dos fundamentos da demanda e o receio de ineficácia da decisão final.

No campo legal existe, ainda, a possibilidade de concessão de medida de urgência no mandado de segurança coletivo, segundo previsão da lei de regência – a lei 12.016/2009, de 7 de agosto.

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A própria lei exige, para a suspensão do ato público que está sendo contestado, verdadeira medida antecipatória da questão de fundo, a existência de dois pressupostos: a relevância dos fundamentos e a forte probabilidade de ineficácia da medida.

A Juíza Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, chama a atenção para o relevante papel dos magistrados para que possam bem prestar a tutela adequada e efetiva. Isso exige maior preparação por parte de todos os magistrados, não apenas na reciclagem permanente dos conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano, como também em uma perfeita aderência à realidade sócio-econômico-política.¹¹

Com efeito, não se pode negar a crescente importância da antecipação da tutela jurisdicional nos sistemas processuais, como forma de empreender maior eficácia e efetividade aos processos judiciais. Como já tivemos oportunidade de dizer, as tutelas de urgência não foram pensadas para processos metaindividuais, porém a realidade social e, notadamente, a necessidade de defesa dos direitos de grupos ou de toda a coletividade estabeleceram o caminho natural de adoção nos processos coletivos, a impedir ou evitar os resultados tardios da prestação jurisdicional.

Conclusão

A preocupação com a efetividade do processo, em outras palavras, a busca do equilíbrio entre a celeridade da prestação jurisdicional e a necessidade de soluções judiciais justas, exigiu dos estudiosos do direito o desenvolvimento da criatividade visando solucionar a seguinte equação: como garantir a rapidez e a segurança do processo?

Como é de conhecimento geral, os jurisdicionados reclamam da morosidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado, porém a própria sociedade moderna compreende a atuação positiva do Estado para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos.

E, como forma de melhor solucionar a equação acima mencionada, os processualistas modernos pensaram na antecipação dos resultados das demandas judiciais, de modo a se evitar soluções tardias e/ou eventualmente injustas: *antecipar os efeitos da tutela jurisdicional*.

¹¹ YOSHIDA, C. Y. (2005). *Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença*. En: R. M. Nolasco, *Processo Civil Coletivo* (p. 363/391). São Paulo: Quartier Latin.

Referências

- ARTAVIA BARRANTES, Sergio. **Tutela anticipatoria, cautelar y provisional en el Proceso Civil su estado actual, en estudio en homenaje al Profesor Enrique Vescovi**. Montevideo: F.C.V., 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, 199-209, jul./set. 1983.
- CAPRI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista Triestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 34, n. 1, p. 237-42, 1980.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela, Exposição didática**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.309.137-MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 8 de maio de 2012. DJe: 22.05.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1144694&sReg=201103068117&sData=20120522&formato=PDF>. Acesso em: 28 jun. 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. El proceso como instrumento de la Jurisdicción. In: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal**. Introducción. Tercera ed. Madrid: Ramón Areces, 2004a. Cap. 2.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Resoluciones del órgano jurisdiccional y recursos contra ellas. In: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal**. Introducción. Tercera ed. Madrid: Ramón Areces, 2004b. Cap. 19.
- França. **Code de Procédura Civile**. Disponível em: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM>. Acesso em: 4 maio 2013.
- Itália. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em: 4 maio 2013.
- LEE, Thomas R. *Preliminary Injunctions and the status quo*. **Washington and Lee Law Review**. n. 58, p. 109-167, 2001.
- LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. **Tutela antecipada em processos coletivos, a racionalidade de sua concessão**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008.
- ROMEU, Francisco Ramos. **Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico-económico**. Barcelona: Atelier, 2006.
- TOHARIA CORTÉS, José Juan. ¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia? **Manuales de Formación Continua**, Madrid, 24, p. 99-134, 2004.

TOMMASEO, Ferruccio. "Intervento".
*In: Les Mesures provisoires en
procédure civile.* Colloquio Interna-
zionale, 1984, Milano, *Atti del...*
Milano, Giuffrè, 1985, p. 301-307.

YOSHIDA, C. Y. (2005). **Eficácia das
tutelas urgentes nas ações coleti-
vas. Efeitos dos recursos. Suspen-
são de liminar e de sentença.** En:
R. M. Nolasco, *Processo Civil Coleti-
vo* (p. 363/391). São Paulo: Quartier
Latin.