



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALINE CRISTINA BENÇÃO**

**O EXERCÍCIO DO JUÍZO DE ADEQUAÇÃO NA CONCESSÃO DE TUTELAS DE  
URGÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS**

**BRASÍLIA –DF**  
**2024**

ALINE CRISTINA BENÇÃO

**O EXERCÍCIO DO JUÍZO DE ADEQUAÇÃO NA CONCESSÃO DE TUTELAS DE  
URGÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

**BRASÍLIA –DF**

**2024**

## **DEDICATÓRIA**

Ao Vento Impetuoso que me soprou para longe da raiz, permitindo-me compreender a sua essência, e me devolveu livre para que eu criasse as minhas próprias.

## **AGRADECIMENTOS**

*“Malditas sejam todas as leis,  
amanhadas por umas poucas mãos,  
para ampararem cercas e bois  
e fazerem da terra escrava  
e escravos os homens!”*

Pedro Casaldáliga, o poeta do Araguaia

## RESUMO

A presente dissertação analisa a aplicação do juízo de adequação, fundamentado na teoria de Klaus Günther, na concessão de tutelas de urgência em ações coletivas. O estudo aborda a evolução histórica do processo civil brasileiro, destacando a transição do paradigma individualista para o modelo constitucional de processo, e examina a incorporação da tutela coletiva no ordenamento jurídico nacional, evidenciando seus problemas e especificidades. A pesquisa ressalta a importância das tutelas de urgência e da jurisdição na garantia de uma prestação jurisdicional célere e, conseqüentemente, efetiva, especialmente em contextos coletivos que envolvem os direitos de uma parcela expressiva da sociedade. A teoria do juízo de adequação é utilizada para investigar como o magistrado pode, procedimentalmente, assegurar o acesso à justiça mesmo na ausência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo — requisito tradicionalmente exigido pelo Código de Processo Civil para a concessão de tutelas de urgência. Conclui-se que, à luz da teoria de Günther, na concessão de uma tutela de urgência em uma ação coletiva, a ausência da probabilidade do direito resulta na inexistência de validade moral e jurídica da norma que rege o acesso à justiça. Esse cenário não configura uma colisão externa (ou seja, a colisão entre duas normas válidas) entre o acesso à justiça e o devido processo legal, sendo este último, nesse caso, o aplicável. Por outro lado, considerando que o objetivo primordial do Código de Processo Civil, da tutela coletiva e da jurisdição é garantir o acesso à justiça por meio de uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, e reconhecendo as peculiaridades que distinguem os processos coletivos dos individuais, é razoável que, constatada a probabilidade do direito, o julgador opte pela aplicação do direito fundamental ao acesso à justiça. Ao se deparar com a colisão externa entre esse direito e o devido processo legal — nesse contexto, normas válidas sob os pontos de vista moral e jurídico — é coerente que o magistrado escolha o direito fundamental ao acesso à justiça como a norma adequada para regulamentar o caso. Justifica-se, assim, o deferimento da tutela de urgência requerida na ação coletiva, assegurando a entrega célere e efetiva da tutela jurisdicional almejada por um grupo significativo de indivíduos.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Ações coletivas. Tutelas de urgência. Jurisdição. Juízo de adequação. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

This dissertation analyzes the application of appropriateness, based on Klaus Günther's theory, in the granting of urgent protection in class actions. The study addresses the historical evolution of Brazilian civil procedure, highlighting the shift from an individualistic paradigm to the constitutional model of procedure, and examines the incorporation of collective redress into the national legal system, underscoring its challenges and specificities. The research emphasizes the importance of urgent protection and jurisdiction in ensuring swift and, consequently, effective judicial relief, especially in collective contexts involving the rights of a significant portion of society. Günther's theory of appropriateness is employed to explore how judges can procedurally ensure access to justice even in the absence of danger of harm or risk to the useful outcome of the process —traditional requirements under the Code of Civil Procedure for granting urgent protection. The study concludes that considering Günther's theory, the absence of a likelihood of the right to grant urgent protection in a class action results in the absence of moral and legal validity of the norm governing access to justice. This scenario does not constitute an external collision (i.e., a conflict between two valid norms) between access to justice and due process, with the latter being applicable in this case. On the other hand, considering that the primary objective of the Code of Civil Procedure, collective redress, and jurisdiction is to guarantee access to justice through effective and timely judicial relief, and recognizing the peculiarities distinguishing collective from individual proceedings, it is reasonable for the judge to prioritize the fundamental right of access to justice upon establishing the likelihood of the right. When faced with an external collision between this right and due process — valid norms from moral and legal standpoints — it is coherent for the judge to choose the fundamental right of access to justice as the appropriate norm to govern the case. Thus, the granting of the urgent protection requested in the class action is justified, ensuring the swift and effective delivery of the judicial relief sought by a significant group of individuals.

**Keywords:** Civil Procedure. Class Actions. Urgent Protection. Jurisdiction. Appropriateness. Constitutional Law

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO BRASIL: DO INDIVIDUALISMO AO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Das Ordenações Filipinas ao Código Buzaid .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 O Código de Processo Civil de 2015 .....</b>	<b>26</b>
<b>3 TUTELA COLETIVA: CAMINHOS HISTÓRICOS E INCORPORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1 Os direitos tutelados coletivamente .....</b>	<b>43</b>
3.1.1 Direitos Difusos .....	45
3.1.2 Direitos Coletivos .....	46
3.1.3 Direitos individuais homogêneos .....	47
<b>3.2 O denominado microsistema coletivo.....</b>	<b>49</b>
3.2.1 O insolucionado problema que abarca o microsistema .....	53
<b>3.3 Atenuação das marcas do processo individual no coletivo.....</b>	<b>56</b>
<b>4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA.....</b>	<b>60</b>
<b>4.1 A abordagem das tutelas de urgência no CPC .....</b>	<b>62</b>
<b>4.2 Tutelas de urgência: breve histórico e atualidade.....</b>	<b>64</b>
<b>4.3 Tutelas de urgência e tutela coletiva .....</b>	<b>76</b>
<b>4.4 A concessão de tutelas de urgência em ações coletivas e o acesso à justiça .....</b>	<b>80</b>
<b>5 O PAPEL DA JURISDIÇÃO .....</b>	<b>83</b>
<b>5.1 O papel do julgador no CPC.....</b>	<b>85</b>
<b>5.2 O papel do julgador nas demandas coletivas.....</b>	<b>91</b>
<b>5.3 Ponderação x Adequação: Alexy x Günther .....</b>	<b>95</b>
5.3.1 Devido processo legal x Acesso à justiça.....	103
5.3.2 O ônus coletivo do tempo no processo .....	110
<b>5.4 Juízo de adequação na concessão de tutelas antecipadas em ações coletivas .....</b>	<b>114</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>122</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga a aplicação do juízo de adequação, proveniente da teoria de Klaus Günther, no momento de concessão de tutelas de urgência em ações coletivas. Este estudo está inserido no campo do Direito Processual, por tratar de técnica processual, e do Direito Constitucional, vez que o juízo de adequação é realizado entre direitos fundamentais.

O objetivo da pesquisa é analisar, com base na teoria de Günther, na finalidade primordial do processo civil contemporâneo, da tutela coletiva, do instituto das tutelas de urgência e da própria jurisdição, como o julgador pode, procedimentalmente, agir ao decidir sobre a concessão (ou não) de uma tutela de urgência em uma ação coletiva, especialmente quando algum dos requisitos processuais não é atendido.

A pesquisa está organizada em quatro capítulos, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro Capítulo trata da evolução do processo civil no Brasil, com foco na transição da ótica individualista para o modelo constitucional de processo. Para isso, são analisados os principais marcos históricos e legislativos, desde as Ordenações Filipinas até o Código Buzaid, com uma abordagem detalhada das transformações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e seus objetivos fundamentais.

O segundo Capítulo analisa a evolução histórica da tutela coletiva e a sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a categorização dos direitos tutelados coletivamente – difusos, coletivos e individuais homogêneos – e as especificidades de cada um. Além disso, discute-se o desenvolvimento do denominado microsistema coletivo, que articula normas voltadas à efetividade da tutela coletiva, apesar dos desafios que ainda nele persistem. Subsequentemente, reflete-se sobre a necessidade de superação das marcas tradicionais do processo individual no processo coletivo, a fim de garantir maior adequação às peculiaridades e finalidades desse modelo processual.

No terceiro capítulo, são analisadas as tutelas de urgência e a tutela da evidência, com foco nos requisitos específicos das tutelas de urgência e no objetivo final desse instituto: mitigar os efeitos prejudiciais do tempo no processo. Inicialmente, examina-se a aplicação das tutelas de urgência no Código de Processo Civil, apresentando um panorama histórico e uma reflexão sobre a sua utilização na atualidade. Em seguida, analisa-se a interseção entre as tutelas de urgência e a tutela coletiva, destacando que a concessão dessas medidas em ações coletivas é fundamental para assegurar o tempestivo acesso à justiça.

O quarto e último capítulo, antecedente às considerações finais, examina o papel da jurisdição de forma abrangente bem como sob a concepção prevista no Código de Processo

Civil. São destacadas as funções do julgador tanto em demandas individuais quanto em demandas coletivas. Inicialmente, além de abordar o papel geral da jurisdição, analisa-se a atuação do juiz no processo civil, seguida de uma reflexão sobre a sua função nas ações coletivas, nas quais a complexidade e os interesses plurais demandam uma condução diferenciada. O capítulo também apresenta, de forma sucinta, a teoria da ponderação de Robert Alexy, e explora com maior profundidade a teoria da adequação de Klaus Günther. Ao final, discute-se a aplicação da teoria de Günther em situações em que o julgador se depara com pedidos de concessão de tutelas de urgência em ações coletivas, especialmente quando não são atendidos todos os requisitos formais do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, destaca-se a relevância do juízo de adequação, que, diante da potencial colisão entre os direitos fundamentais ao devido processo legal e ao acesso à justiça, busca selecionar a norma mais adequada, levando em consideração todos os aspectos da situação concreta – incluindo o requisito processual não atendido, o ônus coletivo do tempo no processo, os objetivos fundamentais do Código de Processo Civil, da tutela coletiva, das tutelas de urgência e o papel do próprio julgador.

Nas considerações finais, são sintetizadas as principais contribuições da pesquisa, identificando as lacunas do sistema atual e propondo reflexões para o aprimoramento futuro da temática abordada. Com essa abordagem, busca-se oferecer uma análise crítica e abrangente sobre os critérios e desafios envolvidos na concessão – ou não – de tutelas de urgência em ações coletivas, contribuindo para o desenvolvimento do Direito Processual no Brasil e para a efetivação do principal direito fundamental envolvido: o acesso à justiça.

## 2 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL NO BRASIL: DO INDIVIDUALISMO AO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

Sistemas jurídicos são reflexos culturais. E, com a trajetória do processo civil brasileiro, não foi diferente, afinal, ele "é fruto das vicissitudes históricas do nosso país e das múltiplas influências culturais a que estiveram expostas as pessoas encarregadas de pensá-lo e construí-lo"<sup>1</sup>.

Para respeitar o Professor Luciano Oliveira e, portanto, "Não fal[ar] do Código de Haburábi!"<sup>2</sup>, se faz necessário iniciar a exposição sobre a evolução do direito processual civil brasileiro a partir das Ordenações Filipinas, até alcançar o Código Buzaid – o que permitirá uma análise mais focada nas fontes que, de fato, moldaram o sistema processual no Brasil.

As Ordenações Filipinas, vigentes durante o período colonial, e o Código Buzaid, um marco do direito processual civil na era contemporânea, representam fases fundamentais na trajetória do processo civil brasileiro.

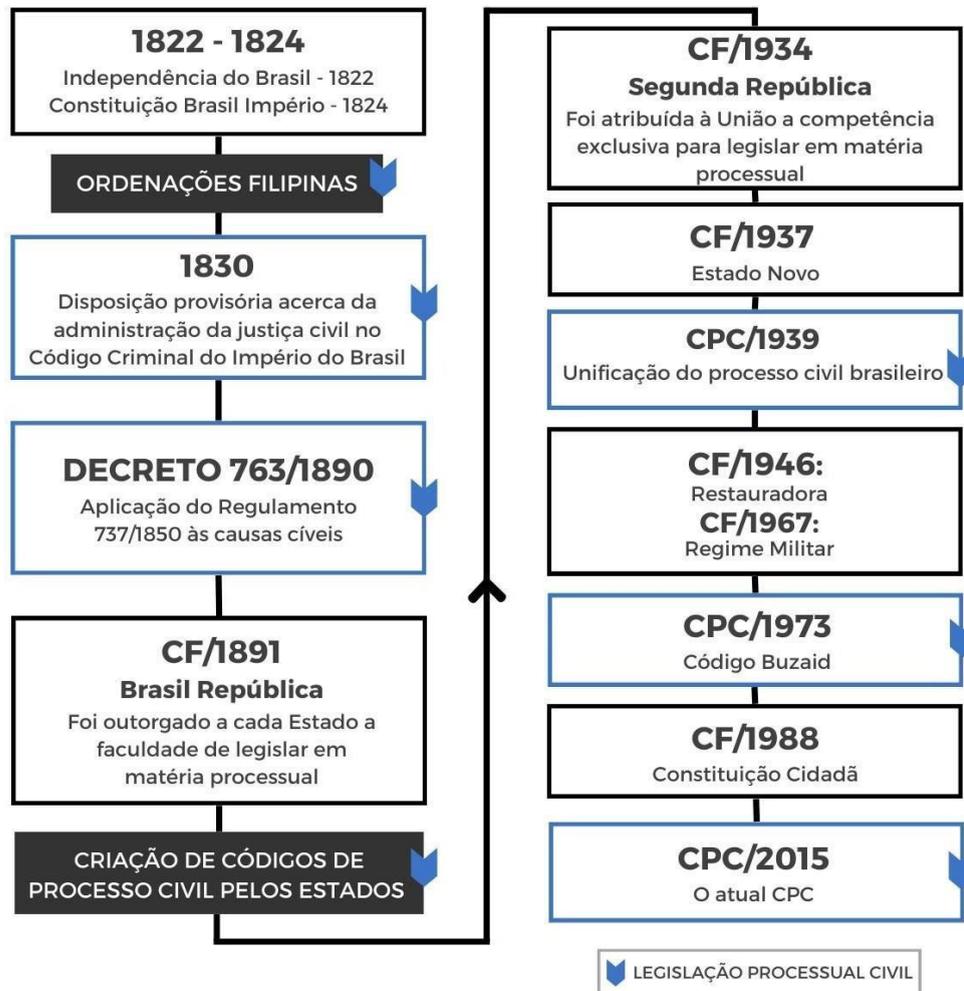
Esse recorte proporciona um estudo coerente e estruturado, destacando os instrumentos jurídicos que influenciaram diretamente a formação e consolidação do ordenamento processual nacional, sem a necessidade de recorrer a códigos mais antigos que não exerceram influência direta sobre o contexto processual brasileiro.

Partindo disso, é necessário traçar a linha cronológica do processo civil brasileiro – desde o Brasil independente até a atualidade. Elucidamos, abaixo, a promulgação das Constituições do Brasil para melhor entender o contexto em que cada Código processual foi inserido:

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 31.

<sup>2</sup> Luciano Oliveira (2004). Não fale do código de Hamurábi - A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. 2004.

Figura 1 – Linha cronológica do processo civil brasileiro<sup>3</sup>

Observando que “A teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar à ideia do histórico<sup>4</sup>” e que “Os valores se expressam através de formas que se inserem dentro da consciência das épocas<sup>5</sup>”, é imprescindível compreender o contexto histórico do processo civil que desaguou em comportamentos hoje considerados obsoletos – mas que, à sua respectiva época, não eram. A teoria do passado vai ser entendida com base no passado e, a partir disso, se tornará natural a compreensão do presente.

## 2.1 Das Ordenações Filipinas ao Código Buzaid

O livro terceiro das Ordenações Filipinas<sup>6</sup>, emanado em 11 de janeiro de 1603 por Felipe

<sup>3</sup> Elaborado pela autora (2024).

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20-21.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20-21.

<sup>6</sup> A Ordenações Filipinas foram precedidas pelas Ordenações Manuelinas de 1512-1521 e pelas Ordenações Alfonsinas de 1446. SCHOLZ, Johannes-Michael. Gesetzgebung in Portugal. In: COING, Helmut. **Handbuch**

II de Portugal – Felipe III da Espanha – regulou o processo civil brasileiro antes e, também, depois da nossa independência<sup>7</sup>. Isso porque, “No Brasil, enquanto colônia do reino unido de Portugal, o processo civil era naturalmente regrado pelas leis lusitanas”<sup>8</sup> e, mesmo com a Independência, não seria possível, repentinamente, elaborar uma codificação genuinamente brasileira<sup>9</sup>.

Discorre Liebman que as Ordenações Filipinas eram:

[...] uma verdadeira e própria codificação [...] redigida por uma comissão de juristas educados e formados nas Universidades Italianas, ou, pelo menos, nos métodos e sobre as obras dos mestres que neles ou em torno deles tenham desenvolvido o seu magistério, sendo que as Ordenações representavam nada mais do que uma síntese das doutrinas do direito comum, salvo aquelas poucas matérias nas quais foi acolhido algum instituto ou alguma regra trazida pelas leis ou costumes locais<sup>10</sup>.

Como o legislador reconhecia que as Ordenações não supriam com a resolução de todos os potenciais casos concretos, continuavam a vigorar – quando necessário e subsidiariamente – o direito romano, o direito canônico e os costumes. E, ainda nesses termos, quando impossível a solução, a questão era enviada à glosa de Accursio e, por último, à opinião de Bartolo da Sassoferrato:

Se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por lei de nossos Reinos, stylo ou costume acima dito, ou leis Imperiaes, ou pelos sagrado Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio ... e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que a sua opinião comumente he mais conforme à razão, ...salvo se a comun opinião dos doutores, que depois dele escreveram, for contraria<sup>11</sup>.

Estruturalmente, as Ordenações Filipinas eram um exemplo ibérico do processo romano-canônico em vigor, à época, em toda a Europa. O processo era escrito e secreto, separado em fases de forma articulada e rígida, e com uma imponente aplicação do princípio dispositivo, do

---

**der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte.** München: Beck, 1976.

<sup>7</sup> PORTUGAL. **Ordenações Filipinas:** ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei d. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957.

<sup>8</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência.** Migalhas de Peso. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365117/evolucao-do-processo-civil-brasileiro-nos-200-anos-de-independencia>. Acesso em: 30 ago. 2024.

<sup>9</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano.** Coimbra-São Paulo, Coimbra Ed. RT, 2009, p. 177.

<sup>10</sup> LIEBMAN, Enrico Tuillio. **Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano:** 1948. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 19.

<sup>11</sup> PORTUGAL. **Ordenações Filipinas:** ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei d. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957.

impulso da parte, da eventualidade e do formalismo na aquisição da prova<sup>12</sup>.

Em 1822, com o encerramento do regime colonial e o grito de independência às margens do Rio Ipiranga, o Brasil se deparou com o problema da unificação política, afinal, era um vasto território difundido em diferentes culturas, sociedades e ideologias.

Daí o início do debate entre o conservadorismo e o liberalismo-progressista – o qual se inspirou no modelo norte-americano e prevaleceu na segunda metade do século XIX, mas não com relação ao direito privado e ao processo civil – os quais permaneceram inspirados no contexto europeu. Nesse ponto, discorre Liebman:

[...] o direito constitucional e a organização administrativa são fortemente inspirados no modelo norte-americano [...] ao contrário, o direito privado e o processo civil [...] permanecem em boa parte aqueles que eram antes da independência e são, por isso, de derivação européia<sup>13</sup>.

A ótica de Liebman se reafirma quando percebemos que, para além da análise da Constituição Imperial de 1824, as primeiras alterações processuais ocorreram no processo penal – e não no processo civil –, afinal, por óbvio, era nele que estavam vinculados os problemas político-constitucionais daquela época, dentre eles, o controle político, a repressão às revoltas regionais e a garantia da autoridade do Estado.

Disso decorreu a edição do Código Criminal do Império do Brasil, em 1830<sup>14</sup> – o qual trazia como título apartado a “Disposição provisória acerca da administração da justiça civil”. Sobre essa disposição, afirma José Rogério Cruz e Tucci:

O escopo dessa disposição, como se infere de seus 27 artigos, era o de transformar o processo civil num instrumento menos complicado e mais flexível, eliminando atos e formalismos desnecessários e recursos excessivos, tudo para favorecer uma prestação jurisdicional mais racional e célere e menos dispendiosa; por exemplo, nas causas em que as partes não podiam transigir, dispensava-se a conciliação; nas demais, se infrutífera, tomavam-se desde logo as providências para que o feito prosseguisse; o juiz adotava uma atitude mais dinâmica ao desenvolvimento da causa, reperguntando as testemunhas ou determinando qualquer outra diligência que lhe parecesse oportuna<sup>15</sup>.

Apenas em 1850 foi editado o chamado Regulamento 737 – que, por força do Decreto 763/1890, começou a ser aplicado ao foro cível. O Regulamento 737 disciplinou o processo comercial e simplificou uma série de regras ao legislar de forma mais técnica e moderna.

<sup>12</sup> LIEBMAN, Enrico Tuillio. **Il nuovo codice di processo civile brasiliano**. Napoli: Morano, 1962.

<sup>13</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano: 1948. *In*: RICERCHE sul processo. **A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani**. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 15.

<sup>14</sup> Código editado pela Lei de 16 de dezembro de 1830 (1873, p. 142).

<sup>15</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência**. Migalhas de Peso. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365117/evolucao-do-processo-civil-brasileiro-nos-200-anos-de-independencia>. Acesso em: 30 ago. 2024.

Contudo, a tradicional estrutura do processo comum constante nas Ordenações Filipinas se manteve inalterada até a Proclamação da República, em 1889, momento em que o Regulamento 737 saiu do campo restrito do processo comercial e foi estendido, com algumas modificações, ao processo civil. Inclusive, afirma Liebman que, no Regulamento, “se mantém substancialmente inalterada a estrutura fundamental do processo, mas foram introduzidas regras com grande clareza, em breves e precisas disposições, segundo a técnica legislativa moderna”<sup>16</sup>.

O início do novo século clamou por discussões acerca da reestruturação completa do processo civil, tanto é que fora adotada uma codificação consonante com aquela que se estabeleceu na Europa no século XIX. A Constituição de 1891 permitia a cada Estado a faculdade de legislar em matéria processual, tanto civil quanto penal. Daí o nascimento de códigos criados por diversos Estados da Federação.

A faculdade permitida pela Constituição não significou que os Estados, imediatamente, cumpriram com essa atribuição. Enquanto isso, o processo continuou a obedecer ao Regulamento 737. Os primeiros a arriscar foram os Estados do Paraná e de São Paulo, mas o primeiro diploma processual civil efetivamente aprovado foi o do (i) Estado do Pará, em 1905 – ainda que criticado pela doutrina da época em razão de prescindir uma sistemática técnica, natural de um Código<sup>17</sup>.

Em 1908, o (ii) Rio Grande do Sul editou o seu “Código de Processo Civil e Comercial” e, subsequentemente, foram editados os Códigos dos seguintes Estados:

- (iii) 1909 – Maranhão;
- (iv) 1910 – Distrito Federal – suspenso e depois recriado em 1924;
- (v) 1914 – Espírito Santo – substituído, por outro, em 1915 e, depois, em 1930;
- (vi) 1915 – Bahia;
- (vii) 1919 – Rio de Janeiro;
- (viii) 1920 – Paraná;
- (ix) 1920 – Piauí;
- (x) 1920 – Sergipe;
- (xi) 1921 – Ceará;
- (xii) 1922 – Minas Gerais;
- (xiii) 1922 – Rio Grande do Norte;
- (xiv) 1924 – Pernambuco;
- (xv) 1928 – Santa Catarina;
- (xvi) 1930 – São Paulo;
- (xvii) 1930 – Paraíba.

<sup>16</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano**, Problemi del processo civile, Napoli, Morano, s/d, p. 500.

<sup>17</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense**. São Paulo: Siqueira, Nagel & Cia., 1915.

<sup>18</sup> É importante lembrar que, até 1960, o Distrito Federal se localizava no Rio de Janeiro, à época, capital do Brasil.

Os Estados de Alagoas, Amazonas, Mato Grosso e Goiás não chegaram a promulgar seus próprios Códigos, sendo que os demais Estados sequer na fase anterior à promulgação chegaram.

Para além de obedecer ao Regulamento 737 enquanto inexistente a criação de um Código local, até mesmo os Códigos criados, em sua grande maioria, tiveram como inspiração o Regulamento 737<sup>18</sup>. É indiscutível, portanto, a influência do direito processual lusitano na estrutura desses diplomas estaduais. Nesse aspecto, entende Lobo da Costa:

Os Códigos da Bahia, de Minas e de São Paulo passam por ser os mais aperfeiçoados, segundo os cânones das novas doutrinas processuais que começavam a se difundir nos meios jurídicos do país. Mas, mesmo assim, afora o aprimoramento técnico e o apuro de linguagem, de maior rigor científico na conceituação dos institutos e dos atos processuais, foram poucas as contribuições originais que trouxeram para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro<sup>19</sup>.

Então foi promulgada a Constituição Federal de 1934, que delegou exclusivamente à União – e não mais aos Estados – a competência para legislar sobre matéria processual – o que foi mantido pela Constituição de 1937. A partir daí, foi editado o Código de Processo Civil de 1939, cujo teor mudou radicalmente a situação do processo civil brasileiro.

O princípio da unidade processual foi respeitado, desaguando na superação de cada forma de fracionamento e, com isso, o processo civil se tornou nacionalmente uniforme. Em contrapartida, tentou-se criar uma compatibilidade entre as tradições locais e as tendências mais modernas do direito processual civil europeu, tais como: as tendências da *Civilprozessordnung* austríaca de 1895<sup>20</sup>, o Projeto Chiovenda de 1919<sup>21</sup> e o Código de Processo Civil Português de 1926<sup>22</sup>.

É importante mencionar que estávamos na época de Getúlio Vargas e da sua ideologia não liberal autoritária. Nesse ponto, segundo Francisco Campos – Ministro da Justiça que nomeou uma comissão para a elaboração do anteprojeto do CPC e, na respectiva Exposição de Motivos, evidenciou a presença do elemento político sobre aquele técnico-jurídico e frisou que o Código se inspirava em uma ideia de processo de um Estado Forte (Estado Novo)<sup>23</sup> – afirmou:

<sup>18</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano, 1962? p. 483-484.

<sup>19</sup> COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Ed. RT-Edusp, 1970.

<sup>20</sup> GIUSEPPE, Francesco. **Ordinanza della procedura civile: 1895**. Milano: Giuffrè, 2004, p. 79 e NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79.

<sup>21</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile: 1900 – 1930**. Roma: Foro Italiano, 1930-1931, p. 113.

<sup>22</sup> REIS, José Alberto dos. O novo Código de Processo Civil. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 72, n. 2640, 1939.

<sup>23</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade**

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser o campo neutro em que todos os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado<sup>24</sup>.

É por isso que o CPC de 1939 – inspirado por (sobretudo em sua primeira parte) e precedido pelo anteprojeto apresentado por Pedro Baptista Martins, advogado mineiro que integrava a comissão criada por Francisco Campos – buscou restaurar a autoridade no processo<sup>25</sup>. Isso foi explicado pelo próprio Martins em sua defesa do anteprojeto:

Em suas observações sobre as premissas políticas do projeto italiano, Calamandrei adverte que o juiz é o representante do Estado no processo, cuja tendência publicística não é mais do que o aspecto parcial de um vasto fenômeno que se está desenvolvendo em formas diversas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e que tem como diretiva comum a prevalência do interesse social sobre o interesse individual. Ao princípio dispositivo, que é a expressão, no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar a mercê das iniciativas individuais, a realização das finalidades da justiça.<sup>26</sup>

Depois de vasto exame e discussão, com inúmeras sugestões vindas de advogados, juízes, institutos e associações, o primeiro Código de Processo Civil brasileiro foi promulgado<sup>27</sup>.

Contrariando, portanto, a concepção liberal de processo, foi implementada uma intervenção ativa do Estado no processo mediante o papel ativo do juiz no CPC de 1939. Exemplo disso é o art. 112 – segundo o qual o juiz “dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido” (porém, “sem prejuízo da defesa dos interessados”) – e o art. 117, o qual autoriza o juiz a ordenar, inclusive de ofício, os meios de provas a serem produzidas ou, ainda, rejeitar aquelas que entender inúteis ou dilatórias. Nas palavras de Liebman: o Código de 1939 conferia ao juiz “amplos poderes e grande autonomia de movimento na direção do

---

**de São Paulo**, São Paulo, v. 54, n. 2, separata, 1959, p. 212. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_38/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_38/panteao.htm).

<sup>24</sup> MORATO, Francisco; *et al.* (Orgs.). **Processo oral 1ª série**. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, n. 1).

<sup>25</sup> MORATO, Francisco; *et al.* (Orgs.). **Processo oral 1ª série**. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, n. 1).

<sup>26</sup> PROCESSO oral 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, n. 1). p. 234-235).

<sup>27</sup> COSTA, Moacyr Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Ed. RT-Edusp, 1970, p. 99.

processo e na decisão da causa”<sup>28</sup>.

Para além disso, o Código de 39 carregava consigo evidentes traços das Ordenações<sup>29</sup>, sendo que as incontáveis ações especiais significaram que o legislador foi influenciado por tendências civilistas ou sincretistas para editar o direito processual civil<sup>30</sup>. Ou seja: a autonomia processual civil ali ainda não estava presente, embora parte da doutrina tenha defendido que, com o CPC de 39, em alguns pontos, “o legislador rompe[u] com as tradições do processo lusitano”<sup>31</sup>.

Mais de trinta anos depois, nasceu o Código de Processo Civil de 1973, assinado por Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça da época, o qual já havia afirmado que o Código anterior:

[...] foi obra de vergonhosa improvisação, ao faltar uma preparação científica indispensável não só em relação aos princípios fundamentais que o informam na sua primeira parte, mas, sobretudo, por não evitar a desarmonia com as outras partes, especialmente aquelas que regulam os recursos e a disciplina da execução<sup>32</sup>.

O viés do Código – anteprojeto por Buzaid em 1964 – foi totalmente técnico. A fim de chegar nisso, Buzaid afirma que, para a elaboração do projeto, foram tomados como modelo os monumentos legislativos mais relevantes daquela época<sup>33</sup>, tais como: as legislações alemã, austríaca, italiana, francesa e portuguesa, além do evidente paralelismo com o Código de Processo Civil do Estado Cidade do Vaticano<sup>34</sup>.

As Instituições de Chiovenda foram atestadas como diretriz para a compreensão do CPC de 73. Aliás, nas palavras de Buzaid, o CPC de 73 é “um monumento imprecívél de glória a Liebman, representando fruto de seu sábio magistério no plano da política legislativa”<sup>35</sup>. Isso é atestado também por Dinamarco, que, à época, indicou o Manual de Liebman como o “guia mais seguro para a perfeita compreensão de nossa lei processual”<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 485.

<sup>29</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, “**Instituti del Diritto Comune nem Processo Civile Brasiliano**”, *Problemi del Processo Civile*, Napoli: Morano Editore, 1962, p. 500.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência**. Migalhas de Peso. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365117/evolucao-do-processo-civil-brasileiro-nos-200-anos-de-independencia>. Acesso em: 30 ago. 2024.

<sup>32</sup> IL PROCESSO civile brasiliano. *In*: RICERCHE sul processo. **A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani**. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. II.

<sup>33</sup> BUZOID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de processo civil**. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

<sup>34</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; *et al.* (orgs.). **Studi in onore di Vittorio Denti**. Padova: CEDAM, 1994. v. 1, p. 1-16.

<sup>35</sup> BUZOID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **RePro**, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 12-26, jul./set. 1982.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A Formação do Moderno Processo Civil Brasileiro (Uma homenagem a

Acerca disso, dissertam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A repercussão das ideias do conceitualismo processual civil europeu no Código Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir da sua estrutura. Igualmente, as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o direito material, do mesmo modo predeterminadas pelo clima do cientificismo próprio ao conceitualismo<sup>37</sup>.

Importante mencionar que o anteprojeto do Código, apresentado por Buzaid em 1964, contém a redação apenas dos três primeiros livros: (i) o processo de conhecimento; (ii) o processo de execução; e (iii) o processo cautelar. O livro correspondente aos procedimentos especiais não foi apresentado nessa fase.

Quanto a esse ponto, Marinoni e Mitidiero entendem que Buzaid estava satisfeito com o processo de conhecimento, de execução e cautelar para a organização de um Código de Processo Civil, afinal, na visão conceitualista dele, o que importava para o direito processual civil eram conceitos processuais – e não materiais, os quais foram nitidamente abarcados nos procedimentos especiais. Segundo eles:

[...] ali não existiam propriamente processos especiais, mas simples procedimentos. Nesse clima cultural, as “ações especiais” certamente constituíam quinquilharias, da época em que ainda se confundia direito material e processo – processo é conceito de ciência processual que não pode ser adjetivado com conceitos ligados ao direito material, sob pena de ameaçada a sua autonomia<sup>38</sup>.

Nesse aspecto, é importante, inicialmente, entender as divisórias do CPC de 1973 para, então, compreender as mudanças pretendidas pelo Código subsequente (Quadro 1):

Quadro 1– Divisórias do CPC de 1973<sup>39</sup>

CPC/73
Do Processo de conhecimento Arts. 1º a 565
Do Processo de Execução Arts. 566 a 795

Enrico Tullio Liebman). *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 45.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 46.

<sup>39</sup> Elaborado pela autora (2024).

Do Processo Cautelar Arts. 796 a 889
Dos Procedimentos Especiais Arts. 890 a 1210
Das Disposições Finais e Transitórias Arts. 1211 a 1220

Quanto ao processo de conhecimento, o seu objetivo era dar razão a uma das partes do litígio por meio de uma sentença declaratória, constitutiva ou condenatória<sup>40</sup>. O processo é iniciado com a propositura da ação e termina com a prolação da sentença que, quando meritória, encerra com o ofício jurisdicional do juiz (arts. 263, 162 §1º e 463 do CPC/73).

O processo de conhecimento é sinônimo de morosidade e inefetividade, porquanto destinado a atender a imprevisível postura do réu – posterior devedor – o qual é o responsável pela existência ou não do processo de execução<sup>41</sup>. Percebe-se que “O aprisionamento do juiz a dois juízos – de certeza e neutralidade – faz com que este processo se prolongue no tempo, se eternize”<sup>42</sup>.

Já o processo de execução é a sucessão da cognição; ele atua tão somente por meios subrogatórios (arts. 625, 631, 633, 634, 636, 637, 643 e 647) para dar cumprimento ao título executivo – que pode ser judicial ou extrajudicial (arts. 583 a 585) – que lhe compete.

Diferente do processo de conhecimento, não é dada razão a nenhuma das partes, afinal, o título executivo já é um indicativo de que uma das partes tem razão. Nesse caso, “a tarefa do juiz é simplesmente a de traduzir em fato aquilo que se encontra normativamente encerrado no título executivo”<sup>43</sup>.

Inclusive, no processo de execução há apenas a atividade executiva, sem a oportunização de defesa acerca da situação que criou o próprio título executivo. Para, de fato, defender-se disso, é necessária a proposição de uma ação específica – ação de embargos à

<sup>40</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 183.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo. I. 4. ed. São Paulo, 2001, p. 69.

<sup>42</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade!** In: Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 7.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 47.

execução (art. 736) – a qual culminará no início de um novo processo de conhecimento que tramitará de forma incidental à execução.

Portanto, o que diferencia de sobremaneira o processo de conhecimento e o processo de execução – que não são fases distintas de um mesmo processo, mas atividades realizadas de forma autônoma em dois processos distintos<sup>44</sup> – é a atuação do juiz. No primeiro, o juiz o conhece objetivando decidir a causa; no segundo, o juiz promove o cumprimento daquilo que se encontra no título executivo<sup>45</sup>.

O processo cautelar objetiva garantir que uma das partes – ou o próprio processo – não sofra um dano decorrente do perigo da demora ou um perigo de inutilidade da satisfação da tutela jurisdicional, enquanto pendente o processo de conhecimento ou de execução<sup>46</sup>. Ou seja: o processo cautelar é dependente do processo de conhecimento ou de execução (arts. 796, 806 a 808) e a eles constitui proteção provisória emprestada<sup>47</sup>.

No Código de Buzaid, a provisoriedade é a maior marca do processo cautelar, tanto de forma provisoriamente satisfativa como provisoriamente assecuratória, independentemente da posterior satisfação – ou não – do direito no processo de conhecimento ou de execução<sup>48</sup>.

Até aí, o Código Buzaid tentou propiciar um procedimento padrão para tutelar os direitos, o qual foi fundado em conceitos estritamente processuais e independentes da natureza do direito material posturado em juízo<sup>49</sup>. Mas só até aí.

No livro que trata sobre os procedimentos especiais, é permitido ao juiz adentrar ao mérito sem as principais garantias do procedimento comum, quais sejam: o cumprimento da cognição plenária, exauriente, imparcial e neutra para, apenas depois disso, proferir o seu julgamento<sup>50</sup>.  
E mais:

Enquanto o legislador e a doutrina comprometida com essa estrutura do código, exigem do juiz decisão pautada em certeza e límpida de neutralidade, como que num passe de mágica, desconsideram toda essa mentalidade nos casos previstos nos procedimentos especiais do Livro IV e leis esparsas, ao permitir decisão com grau de verossimilhança e mais, com força executiva suficiente para evitar o letárgico processo de execução<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> LIEBMAN, Enrico Tuillio. **Embargos do Executado**: Oposições de Mérito ao Processo de Execução. Campinas: Imprensa, 2000, p. 34 e 38.

<sup>45</sup> Ibid, p. 33.

<sup>46</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistematico del Provvedimenti Cautelari**. Padova: Cedam, 1936, p. 55-58.

<sup>47</sup> Ibid, p. 9-12.

<sup>48</sup> Ibid, p. 8-9.

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 49.

<sup>50</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade!** In: Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

<sup>51</sup> Ibid, p. 7.

Mesmo tendo cunho processual, o Código de Buzaid pautou o próprio processo civil nas relações sociais e situações jurídico-materiais constantes nas regras de direito material vigente à época: o Código Civil de 1916, de Clóvis Beviláqua. Por isso:

Não pode causar espanto, pois, o fato de o Código de Buzaid ser considerado, em suas linhas gerais, um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade tendencialmente irrestrita e da segurança jurídica como defesa da manutenção do status quo, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela repressiva aos direitos<sup>52</sup>.

Partindo deste pressuposto, é possível concluir que o Código Buzaid teve como base a cultura dos Oitocentos: a uma, porque inspirado no conceitualismo europeu; a duas, porque se referenciou a situações presentes no Código Civil de Beviláqua<sup>53</sup> – o qual bebeu das águas do *Code Civil des Français* (1804) e, conseqüentemente, pelos ensinamentos de Savigny<sup>54</sup>. Esse mesmo conceitualismo desaguou na ignorância, pela ciência processual, da cultura brasileira da época, sendo que, isolar o direito da realidade social, nesse caso, significou paralisar uma realidade que não estava parada e tentar adequá-la a algo já obsoleto.

Sobre o Código Civil de 1916, explicam Marinoni e Mitidiero:

Em seu Código, Beviláqua desenha a vida do homem de seu tempo: o homem nasce e torna-se capaz na vida civil (Livro I, Parte Geral). Um de seus primeiros atos é o matrimônio (aí se situa as coisas da *mater*, da esposa, da mãe, da sua vida privada, Livro II, Direito de Família). Logo em seguida, constitui patrimônio (formado pelas coisas do *pater*, do marido, do pai, Livro III, Direito das Coisas), busca ampliá-lo com o tráfego jurídico (Livro IV, Direito das Obrigações) e falece deixando patrimônio (Livro V, Direito das Sucessões). Nele, não há preocupação com a questão da dignidade da pessoa humana e com seus direitos de personalidade. Não há preocupação com questões de índole social, como o trabalho, a saúde e o ensino, tampouco com assuntos que extrapolem o indivíduo, como como o meio ambiente e a regulação dos mercados, ou que procurem agrupar as pessoas em determinados grupos sociais, como consumidores, crianças e adolescentes e idosos. A preocupação do Código Beviláqua está centrada no binômio *indivíduo-patrimônio*, cuja melhor tradução jurídica encontra-se no par *liberdade-propriedade*<sup>55</sup>.

Beviláqua se espelhou, para tanto, nas Codificações Oitocentistas europeias, que tinham como cerne o indivíduo e o seu patrimônio<sup>56</sup>. Foi à autonomia individual, à liberdade e ao

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 49.

<sup>53</sup> *Ibid*, p. 49.

<sup>54</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 50.

<sup>56</sup> ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile** - Storia, fonti, interpretazione. vol. I. Milano: Giuffrè, 2000, p. 22.

consequente livre exercício da vontade que se deu mais relevância no Código Civil de 1916<sup>57</sup>. O âmbito comercial se beneficiou disso objetivando a maior circularização de riquezas mediante títulos de crédito, com a imposição da equivalência obrigacional e com a movimentação da propriedade imobiliária – sobretudo pelos fazendeiros que eram os que, justamente, produziam mais riquezas para circularização<sup>58</sup>.

No Código Buzaid, as tutelas jurisdicionais diferenciadas foram justamente conferidas nas ações possessórias (com a possibilidade de tutela preventiva e antecipada – art. 920 a 933) e nas ações de execução fundadas em títulos de crédito (que poderão ser executadas antes mesmo da cognição – art. 585, I) – as quais causam benefício, de sobremaneira, aos fazendeiros e comerciantes, respectivamente.

É perceptível, com isso, que, ainda que aprovado pela doutrina entendida como a mais qualificada da época – para o fim de garantir a excelência técnica e a neutralização de qualquer potencial ideologia na sua redação, o Código Buzaid não alcançou esse último objetivo, afinal, a presença do caráter eminentemente ideológico de vários institutos era lá evidente<sup>59</sup>. Em suma, havia “a existência de dois procedimentos: comum para pessoas comuns e especial para pessoas especiais!”<sup>60</sup>.

Marinoni e Mitidiero afirmam, nesse contexto, que “o Código de Buzaid é individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e apto tão somente a prestar uma tutela jurisdicional repressiva”<sup>61</sup>.

A ausência da relevância com questões sociais e metaindividuais é o que tornou o Código Buzaid individualista, afinal, foi inspirado no Código Beviláqua, que tinha como cerne o direito envolvendo, na maioria das vezes, duas pessoas com uma relação potencialmente obrigacional<sup>62</sup>. A intervenção de terceiros era admitida apenas quando eles mesmos possuíam algum interesse jurídico na demanda e tinham alguma ligação com o direito posto em causa. Ou seja: a representatividade não era, nem de longe, lá prevista. Nesse ponto, defendem Marinoni e Mitidiero:

---

<sup>57</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, § 38, p. 182.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 100-110, 2011, p. 100.

<sup>60</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade!** In: Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 8.

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 52

<sup>62</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134-135.

Assim o é porque a regra da legitimação para causa no Código de Buzaid está em que tão somente o titular do direito material afirmado em juízo tem legitimidade para propor ação para sua proteção judicial, sendo excepcional, dependendo de expressa autorização legal, a possibilidade de propositura de ação em nome próprio para tutela de direito alheio (art. 6º). A coisa julgada, nessa mesma linha, alcança apenas aqueles que foram parte no processo (art. 472)<sup>63</sup>.

O patrimonialismo também é perceptível no Código de 1973, a partir da alta relevância dada à propriedade imobiliária e à proteção da propriedade familiar (art. 10, caput e §1º) bem como da agressividade destinada ao executado no âmbito das execuções: “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros (...)”.

Há, nesse sentido, uma mercantilização dos direitos, porquanto todas as situações relacionadas a questões patrimoniais são reduzidas à pecúnia<sup>64</sup>. Nas palavras de Marinoni e Mitidiero:

Vale dizer: em esperar, como resultado padrão do processo, uma tutela jurisdicional pelo equivalente monetário. Trata-se de fato perfeitamente compreensível se tivermos presente o dogma da equivalência das prestações materiais sobre o qual erigido o *Code Civil* e daí o espírito dos Códigos Oitocentistas, dentre os quais se insere inequivocamente o Código Beviláqua. O que determina a patrimonialidade executiva, no fundo, é a sacralização da autonomia individual e de sua incoercibilidade (*Nemo ad factum praecise cogi potest*). Por debaixo da patrimonialidade pulsa, na verdade, a proteção tendencialmente irrestrita ao valor da liberdade individual<sup>65</sup>.

No ponto da liberdade individual, percebe-se que ela é depreendida mediante a própria limitação das execuções, que é destinada apenas ao patrimônio do executado, com medidas subrogatórias que não forçam a sua vontade. Ou seja: não se aplica nada sobre a vontade do executado ou sobre a sua colaboração na execução; ele apenas sofre a execução.

Além disso, como já mencionado, estão previstas em lei todas as técnicas processuais executivas destinadas a chegar no patrimônio do executado. Dessa forma, há o ideal de não intervenção do Estado nos domínios do indivíduo, salvo quando expressamente previsto em lei; aí está a especificação do princípio da liberdade no processo civil<sup>66</sup>.

A segurança também é muito presente no Código de Buzaid, mas ela é, antes de tudo, a

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 52.

<sup>64</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 198-200.

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 53.

<sup>66</sup> *Ibid*, p. 54.

garantia do *status quo*. Nesse ponto, entendem Marinoni e Mitidiero que há verdadeira desconfiança do Código com o próprio Estado, afinal, o Judiciário decide apenas com base na concretude legislativa ou concretude do próprio direito e altera a realidade das partes após o amplo exame e reexame daquilo que é discutido:

O procedimento comum do processo de conhecimento é um procedimento de cognição plena e exauriente, que só permite a decisão da causa depois de amplo exame das questões postas em juízo e de o juiz formar um convencimento de certeza a respeito das alegações das partes. Nele não é admitida qualquer espécie de decisão provisória sobre o mérito da causa, de modo a tutelar antecipada e interinamente o direito da parte que provavelmente tem razão. Vale dizer: nele não se admite antecipação da tutela. Mesmo depois de todo o exame da causa em cognição plena e exauriente pelo juiz de primeiro grau, a decisão não é imediatamente eficaz em regra (art. 520), só produzindo efeitos depois de reexaminada *in totum* pelo Tribunal a que se dirige o recurso de apelação (art. 497)<sup>67</sup>.

Essa postura, consubstanciada na certeza jurídica<sup>68</sup>, tem total relação com a segurança, sobretudo aquela destinada ao significado da norma em si, a qual “se imagina de possível alcance tão somente a partir de expedientes processuais lineares e que possibili[tem] amplo debate das questões envolvidas no processo”<sup>69</sup>.

Além disso, é possível afirmar que o Código Buzaid possui um sistema processual dominado pela ideia de dano, com fins a prestar uma tutela tão somente repressiva e sancionatória; e nunca preventiva, destinada à inibição, reiteração, continuação ou abstenção de um ato ilícito e suas consequências<sup>70</sup>.

O Código de 1973, portanto, foi aprovado pela doutrina considerada a mais qualificada da época – o que buscou garantir a excelência técnica e a neutralização de qualquer potencial ideologia na sua redação. Contudo, conforme percebido, esse mesmo objetivo não conseguiu se concretizar, afinal, a presença do caráter eminentemente ideológico de vários institutos era lá evidente<sup>71</sup>.

Os déficits operacionais e administrativos do Poder Judiciário brasileiro demandavam uma eficiência que não foi suprida pelo Código de 1973, ainda que tenha sido ele considerado tecnicamente eficiente, em partes. A complexidade normativa que se estabeleceu ao longo daquelas décadas também não foi acompanhada pelo teor do Código – o que culminou em

---

<sup>67</sup> Ibid, p. 54.

<sup>68</sup> ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile** - Storia, fonti, interpretazione. vol. I. Milano: Giuffrè, 2000, p. 28.

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 55.

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito**. 7 ed. rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 30-36.

<sup>71</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 100-110, 2011, p. 100.

diversas reformas pontuais, altamente criticadas, porquanto desaguararam na perda da consistência e coerência nos textos processuais<sup>72</sup>.

Nesse meio tempo, a promulgação da Constituição de 1988, inevitavelmente, ensejou uma alteração pontual – ou, por muitos, considerada total – no próprio Código de Processo Civil da época. O extenso rol de direitos fundamentais garantidos no texto constitucional desaguiu na judicialização – e, portanto, no uso da litigância – envolvendo inúmeras matérias a fim de assegurar o cumprimento desses direitos<sup>73</sup>. Assim, a técnica-processual do CPC de 73 já não era suficiente – e nem eficiente – para dar vazão aos problemas que surgiram com esse novo cenário.

A própria determinação constitucional de ofertar um efetivo acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF) “motivou a adoção de reformas embasadas nos marcos da socialização processual”<sup>74</sup>.

A primeira Reforma do Código Buzaid ocorreu em 1994, quando se inseriu no processo de conhecimento o instituto da antecipação da tutela e o da ação unitária para tutelar obrigações de fazer e não fazer. Com isso, perdeu força “o binômio cognição-execução forçada e [...] [o] processo cautelar como válvula de escape para toda e qualquer providência provisória urgente, preocupado tão somente na viabilização de uma tutela repressiva contra o dano”<sup>75</sup>.

Existiam, portanto, dois eixos centrais no Código de Buzaid, os quais foram rompidos: (i) a separação entre processo de conhecimento e processo de execução; e (ii) a separação entre processo de conhecimento e processo cautelar, enquanto viabilizador da prolação de provimentos provisórios.

O primeiro eixo foi rompido porque, antes, o processo de conhecimento se iniciava com o exercício da ação e se encerrava com a prolação de uma sentença, sendo que nenhum ato executivo poderia ser praticado ao longo desse procedimento. Atos executivos eram tão somente praticados no momento da execução. Com a antecipação da tutela, possibilitou-se, justamente, a prática de atos executivos e mandamentais ao longo do processo de conhecimento.

Quanto à ação unitária para tutelar obrigações de fazer e não fazer, quebrou-se a separação entre processo de conhecimento e processo de execução porque foram unificados os dois procedimentos. A atividade executiva ou mandamental que daria concretude ao comando

---

<sup>72</sup> Ibid, p. 100.

<sup>73</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

<sup>74</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 100-110, 2011, p. 100.

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 56.

sentencial passou a ser realizada no mesmo processo, sendo desnecessária a instauração de uma ação de execução para isso.

O segundo eixo foi rompido com a abertura de espaço para provimentos provisórios no próprio processo de conhecimento. Existia uma separação entre o processo de conhecimento e o processo cautelar, sendo que o processo cautelar viabilizava a prolação de provimentos provisórios de forma apartada ao processo de conhecimento, ainda que a ele vinculado.

Com a antecipação da tutela, essa barreira passou a inexistir, afinal, a função desse instituto é justamente viabilizar a prolação de provimentos provisórios, com base em cognição sumária, no processo de conhecimento. Tornou-se possível, portanto, contar com provimentos provisórios de cunho antecipatório – e não apenas cautelar – no próprio processo de conhecimento.

O processo de conhecimento deixou de ser tão somente de conhecimento e voltado a provimentos definitivos. Admitiu-se um processo sincrético – que permite cognição e execução – e apto a gerar provimentos provisórios<sup>76</sup> antecipatórios, antes não previstos.

E não foi só isso. Marinoni e Mitidiero ressaltam que:

Com a introdução do instituto da antecipação da tutela e da ação unitária para a tutela das imposições de fazer e não fazer viabilizou-se a construção de um modelo de tutela preventiva dos direitos. Isso porque, a ação para a tutela das imposições de fazer e não fazer permite a prestação de tutelas capazes de impor abstenções, inclusive de forma sumária e provisória mediante antecipação da tutela.

Com isso, a ideia de prestar tão somente uma tutela repressiva aos direitos foi modificada para uma ideia de tutela preventiva dos direitos. E foi a partir daí que a doutrina pôde contar com técnicas processuais aptas à permissão de uma adequada teorização sobre a tutela dos direitos, dividida em tutela específica dos direitos e tutela inibitória<sup>77</sup>.

As subsequentes Reformas de 1998, 2001, 2005 e 2006 serviram para aperfeiçoar a Reforma de 1994<sup>78</sup>. Somente em 2005, as ações para tutelar o direito à coisa e o dever de pagar quantia foram também transformadas em ações unitárias. O instituto da antecipação da tutela foi aprimorado, assim como os mecanismos para a tutela das obrigações de fazer e não fazer e, ainda, a execução por títulos extrajudiciais<sup>79</sup>. A harmonização da concretização da sentença

---

<sup>76</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2008, p. 133.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito**. 7 ed. rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019,

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 57.

<sup>79</sup> DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. (Coord.). **A nova execução de títulos extrajudiciais**. São Paulo: Forense, 2007.

mediante uma execução continuada no próprio processo de conhecimento fez surgir o chamado cumprimento de sentença, efetivamente nominado.

À parte disso, sabe-se que ainda na década de 70 já estavam em pauta a capacidade de advogados e juízes, a adaptação dos procedimentos judiciais aos direitos sociais e difusos emergentes e, também, os inúmeros problemas de lentidão, custo e exacerbado formalismo nos procedimentos judiciais<sup>80</sup>.

A promulgação da Constituição de 1988 reafirmou toda a complexidade sistemática que elucidava a necessidade de melhoria do sistema processual mediante uma alteração legislativa. Percebe-se, com isso, que todas as reformas parciais do Código de Buzaid não foram suficientes para suprir com os problemas da época. Para Nicola Picardi e Dierle Nunes:

[...] foi alterada a perspectiva do movimento das reformas no Brasil de reformas pontuais para a discussão de um novo projeto de Código de Processo. Essa é uma demonstração de que as reformas parciais se tornaram um problema para muitos, pois as legislações processuais se tornaram desconexas e sem coesão interna, o que dificulta a compreensão pelos próprios “operadores do direito”, potencializando a complexidade processual<sup>81</sup>.

O Código Buzaid, anterior à Constituição de 1988, a ela não se adequava. Percebeu-se, portanto, que a alteração legislativa no âmbito do processo civil era inegociável. Nesse ponto, a maior dúvida era: “*seria [mais eficiente] um novo código ou uma ampla reforma?*”<sup>82</sup>

Assim, pensar um novo código e abandonar as reformas pontuais do Código de Buzaid foi acertado na medida em que se buscou tornar reais os princípios constantes na Constituição Federal<sup>83</sup>. Daí surgiram os primeiros passos que levaram à edição de um novo Código de Processo Civil, o qual nos acompanha até hoje.

## 2.2 O Código de Processo Civil de 2015

Considerando o contexto da época – sobretudo com relação à promulgação da Constituição de 1988 –, em 2009, foi instituída pelo Senado Federal uma comissão de doze juristas responsáveis por apresentar um Anteprojeto de Código de Processo Civil; são eles:

<sup>80</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice Vol. I: A world survey**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

<sup>81</sup> PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 100-110, 2011, p. 110.

<sup>82</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a velha opção pelo efeito “suspensivo” no recurso de apelação. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 17-36, 2015, p. 497.

<sup>83</sup> Ibid.

Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Elpídio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque e Marcus Vinicius Furtado Coelho.

Subsequentemente, em meados de 2010, foi apresentado ao Congresso Nacional um Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, posteriormente convertido no Projeto de Lei do Senado nº. 166/2010 – o qual, após regular trâmite na Câmara dos Deputados (PL 8046/2010) foi aprovado e sancionado pela Presidente Dilma Rousseff em 16 de março de 2015 e, então, transformado na Lei n.º 13.105, com um interstício temporal para vigência de um ano.

O anteprojeto buscou reestruturar boa parte da técnica processual no Brasil. Tanto é que, nas palavras de um dos juristas pertencentes à mencionada comissão, Benedito Cerezzo Pereira Filho, o deslinde para a aprovação do anteprojeto:

[...] contou com uma ampla e efetiva participação de toda comunidade jurídica na exata medida em que houve um canal de comunicação na página do Senado Federal e na Câmara dos Deputados, além das múltiplas audiências públicas que se realizaram nas cinco regiões do país<sup>84</sup>.

Nos termos daquilo que consta no Projeto, a elaboração do novo Código se pautou em cinco objetivos:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Desde logo, percebe-se que, pra atingir o 5º objetivo acima delineado – a organicidade ao sistema –, o Projeto apresentou uma redivisão topográfica dos Livros do CPC. Em vez de trabalhar com os cinco livros antes existentes no Código de Processo Civil de 1973 reformado, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou cinco novos livros, além daqueles correspondentes à parte especial. Vale trazer, aqui, um quadro (Quadro 2) comparativo entre o CPC de 73 e o de 2015 quanto à divisão dos livros:

---

<sup>84</sup> Ibid.

Quadro 2– Comparativo entre o CPC de 73 e o de 2015 quanto à divisão dos livros<sup>85</sup>

	CPC/73	CPC/2015
Livro I	Do Processo de conhecimento Arts. 1º a 565	Das normas processuais civis Arts. 1º a 15
Livro II	Do Processo de Execução Arts. 566 a 795	Da função jurisdicional Arts. 16 a 69
Livro III	Do Processo Cautelar Arts. 796 a 889	Dos sujeitos do processo Arts. 70 a 187
Livro IV	Dos Procedimentos Especiais Arts. 890 a 1210	Dos atos processuais Arts. 188 a 293
Livro V	Das Disposições Finais e Transitórias Arts. 1211 a 1220	Da tutela provisória Arts. 294 a 311
Livro VI		Da formação, da suspensão e da extinção do processo Arts. 312 a 317
Parte Especial Livro I		Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença Arts. 318 a 770
Parte Especial Livro II		Do processo de execução Arts. 771 a 925
Parte Especial Livro III		Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais Arts. 926 a 1.044
Parte Especial Livro IV		Disposições Finais e Transitórias Arts. 1.045 a 1.072

Além da organicidade, percebe-se que uma das primeiras preocupações é a adequação do Processo Civil brasileiro à Constituição de 1988, justamente porque o Código de Buzaid foi anterior ao diploma constitucional e, por isso, trazia com ele traços obsoletos.

Não é à toa que, em seu 1º artigo, o CPC de 2015 preceitua que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Com esse novo cenário:

Surgiu uma nova ordem constitucional que inaugurou um cenário jurídico diferenciado do até então existente, com total supremacia do princípio da dignidade da pessoa, vocacionada à tutela do direito, a requerer, acima de tudo, atuação do juiz e das partes que tenham em mente a proteção da norma. Assim, evita-se a via reparatória, diminui-se a importância da tutela do dano e prestigia-se a tutela do direito. Bem por isso, o Novo Código procurou atender à Constituição, ao direito material e à realidade social<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Elaborado pela autora (2024).

<sup>86</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a velha opção pelo efeito

Repita-se: “atender (...) à realidade social”. É a partir de então que percebemos o segundo objetivo do Projeto se concretizando: “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”.

Não é por outro motivo que a parte geral, contida no Livro I, fomenta a reflexão pelo Estado constitucional; isto é: que a lei seja interpretada a partir daquilo que consta na Constituição. Daí porque os onze primeiros artigos trazem consigo princípios constitucionais, os quais “dão ênfase aos direitos e às garantias fundamentais do cidadão. Houve uma preocupação, portanto, de refletir esses valores constitucionais na legislação ordinária”<sup>87</sup>.

E não é só:

(...) o projeto abarca temas relevantes: celeridade, efetividade e segurança jurídica, mas segurança jurídica entendida como justiça da decisão, sem descuidar da igualdade de todos perante o direito e do direito de participação de todos no processo. Para tanto, se foi reconhecido efetivo poder ao juiz, se preocupou com a real participação das partes na construção da decisão, haja vista, dentre outros, o artigo 10 expressar, em letras garrafais, que o juiz não pode tomar nenhuma decisão, nem sobre aquelas que pode conhecer de ofício, sem ouvir as partes<sup>88</sup>.

Quanto à simplificação e redução da complexidade dos subsistemas – sobretudo o sistema recursal–, o CPC de 2015, primeiramente, unificou a forma dos prazos recursais: todos contados em 15 dias úteis, salvo o prazo para oposição de embargos de declaração, que é de 5.

Acerca dos recursos agora cabíveis, necessário, aqui, trazer um quadro (Quadro 3) comparativo entre os Códigos:

Quadro 3 – Recursos Cabíveis<sup>89</sup>

<b>RECURSOS CABÍVEIS</b>	
<b>CPC/73– Art. 496</b>	<b>CPC/2015– Art. 994</b>
Apelação	Apelação
Agravo	Agravo de Instrumento
Embargos Infringentes	Agravo Interno
Embargos de Declaração	Embargos de Declaração
Recurso Ordinário	Recurso Ordinário
Recurso Especial	Recurso Especial
Recurso Extraordinário	Recurso Extraordinário

"suspensivo" no recurso de apelação. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 17-36, 2015, p. 20.

<sup>87</sup> Ibid, p. 20.

<sup>88</sup> Ibid, p. 21.

<sup>89</sup> Elaborado pela autora (2024).

Embargos de Divergência em Recurso Especial e Recurso Extraordinário	Agravo em Recurso Especial ou Extraordinário
	Embargos de Divergência

A olho nu e literal, as diferenças não parecem tão marcantes. Há quem diga que nada mudou. Contudo, analisando de forma pormenorizada, percebe-se que os embargos infringentes e o agravo retido foram extintos, enquanto o agravo de instrumento foi limitado às decisões interlocutórias referidas no art. 1.015 somada àquelas que se adequam à taxatividade mitigada comportada pelo Tema 988 do STJ<sup>90</sup>, julgado em 2018, após amplo debate.

O agravo interno – agora, de fato, nominado – se tornou o mecanismo adequado para impugnar decisões monocráticas e levá-las ao colegiado; em contrapartida, os embargos de declaração servem para corrigir erro material e, também, para exclusivo pré-questionamento – além de sanar omissão, contradição ou obscuridade. É possível a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração – desde que “em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária”<sup>91</sup> –, mas não a oposição de embargos infringentes – agora extintos pelo CPC. Não se olvide, entretanto, que o art. 942 prevê uma metodologia muito semelhante àquela aplicável pelos extintos Embargos Infringentes:

Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Essa previsão gera maior debate e conseqüente segurança nos julgamentos, porquanto “a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida”<sup>92</sup>.

A apelação continuou a ser um recurso interposto contra a sentença – mas não só. Agora, todas as decisões interlocutórias da fase cognitiva que não comportam agravo de instrumento

<sup>90</sup> Tema 988/STJ: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

<sup>91</sup> STJ - AgInt no AREsp: 2175102 MT 2022/0227905-2, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 20/03/2023, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 22/03/2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1922823777>. Acesso em: 25 out. 2024.

<sup>92</sup> MARONINI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 189.

podem ser suscitadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões à apelação (§1º do art. 1.009), cenário em que será oportunizada a resposta pela parte contrária. Essa previsão se deu a fim de otimizar o sistema processual e extinguir a figura do agravo retido. Ainda, foi retirado do juízo de primeiro grau a responsabilidade de avaliar a admissibilidade do recurso de apelação. Essa atribuição passou a ser exclusivamente do Tribunal.

A regra do efeito suspensivo atribuído à sentença quando interposto o recurso de apelação permanece, salvo as poucas – e talvez irrelevantes, em um contexto social – exceções previstas no Código (§ 1º, art. 1.012). A principal inovação, nesse ponto, é a possibilidade de requerer especificadamente o efeito suspensivo ao respectivo Tribunal ao qual foi destinada a apelação ou ao Relator, se a ele já tiver sido distribuído o recurso – desde que demonstrada “a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação” (§ 4º, art. 1.012). A possibilidade de requerer efeito suspensivo apartado ao recurso também se aplica ao recurso especial e ao recurso extraordinário, neste caso com relação ao acórdão recorrido que, em regra, não possui efeito suspensivo – diferente do recurso de apelação.

O efeito devolutivo depreendido do § 3º do art. 1.013 também foi uma novidade. Ao Tribunal foi possibilitado o julgamento imediato do mérito da ação nas hipóteses lá abordadas, as quais são aplicadas quando o processo estiver apto e maduro para o imediato julgamento. Daí mais um princípio constitucional respeitado pelo processo civil: a celeridade processual, afinal, encaminhar o processo para novo julgamento pelo juízo de primeiro grau implicaria nítida perda de tempo.

Houve, ainda, previsão expressa do agravo em recurso especial ou extraordinário – cabível contra a decisão que inadmite, em juízo de admissibilidade, recurso especial ou extraordinário –, e dos embargos de divergência – recurso que busca uniformizar as decisões proferidas pelos colegiados dos tribunais superiores: STJ e STF.

A simplificação não foi só com relação aos recursos. Ela também é presente mediante a concretização do princípio da instrumentalidade das formas, que admite, não só no âmbito recursal, que vícios formais possam ser sanados pelas partes. A partir disso, percebemos o 4º objetivo também se concretizando: “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”.

A promulgação do Código de Processo Civil de 2015 instituiu em seu diploma diversas normas fundamentais de status constitucional e uma maior flexibilização e organização sistemática, de modo que se passou a pensar em um modelo de processo civil alinhado à Constituição – cenário jamais existente no Brasil. A legislação objetivou dar concretude aos

direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição, sendo este o seu eixo central.

Nesse ponto:

Se é verdade, contudo, que o Estado Constitucional se singulariza pelo seu dever de promover adequada tutela aos direitos mediante a sua própria atuação, então um Código de Processo Civil deve reproduzir e densificar o modelo de processo civil proposta pela Constituição. Do contrário, incorre o Estado Constitucional na proibição de proteção insuficiente e, em alguns casos, mesmo na proibição de ausência de proteção ao direito fundamental ao processo justo. Em semelhante situação, o legislador infraconstitucional encontrar-se-ia em mora com os compromissos assumidos pelo Estado Constitucional. Isso quer dizer que no plano infraconstitucional um Código de Processo Civil tem de significar a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para todo o processo civil, assumindo aí a condição de centro normativo infraconstitucional do processo civil<sup>93</sup>.

Sabe-se que o processo civil não é uma matéria plena e isolada. Ele deve ser compreendido a partir e dentro da temática dos direitos fundamentais: a centralidade do Código deve ser buscada, portanto, na Constituição. Diante disso, pode-se afirmar a existência de um “modelo constitucional do direito processual civil”<sup>94</sup> com o Código de 2015.

E, para que isso aconteça, de fato, é primordial que todo o processo civil tenha como diretriz a entrega da tutela dos direitos mediante decisões que resolvam estruturalmente as controvérsias bem como sejam de possível cumprimento e efetivação.

E mais importante: todo o processo deve ser pensado a partir da teoria da tutela dos direitos: enquanto finalidade e centro por meio do qual o Código deve ser estudado, interpretado e aplicado<sup>95</sup>.

Diante disso, é razoável que a interpretação e aplicação do sistema processual esteja alinhada ao modelo constitucional, conformando-se aos princípios e garantias previstos na Carta Magna. Os princípios possuem conteúdo e função de orientar e limitar as atividades do legislador e dos juízes, enquanto que as garantias constitucionais têm natureza assecuratória em relação a todos aqueles que vivenciam a experiência processual<sup>96</sup>.

Ao jurisdicionado é assegurado o amplo acesso à justiça em caso de lesão ou ameaça a direito – ainda que não disponha de recursos financeiros; é assegurado, também, o tratamento isonômico em relação ao seu adversário, sobretudo quanto ao exercício do contraditório, da ampla defesa e ao acesso a todos os atos processuais, sendo vedada a

---

<sup>93</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 58.

<sup>94</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21-28.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 59.

<sup>96</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Considerações introdutórias sobre o Direito Processual Constitucional. *In*: PUOLI, José Carlos Baptista; *et al.* (coord.). **Direito Processual Constitucional**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 200.

utilização de prova ilícita. A causa deverá ser processada perante um juízo competente, independente, imparcial e incumbido de proferir uma decisão pública, motivada e em tempo razoável e, no modelo constitucional do processo, também há grande destaque ao princípio e a garantia do devido processo legal.

É possível concluir que, além de os códigos processuais civis anteriores terem sido criados sob um paradigma legalista e individualista, não atendiam aos anseios da Constituição de 1988, tampouco às novas exigências da sociedade – contrariamente ao CPC atual que tem como máxima representar um modelo constitucional de processo que atinja a entrega da tutela dos direitos.

Que o CPC de 2015 trouxe um modelo constitucional de processo é indiscutível. Mas, será que esse mesmo modelo é suficiente para, quando aplicado, entregar a tutela demandada em uma ação coletiva? Para responder a essa pergunta, necessário entender o conceito de tutela coletiva e as suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3 TUTELA COLETIVA: CAMINHOS HISTÓRICOS E INCORPORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O processo – antes desenhado em bipartida análise – demandou a sua readequação para dar vazão aos avanços trazidos pela Constituição de 1988, que pretendia proteger os direitos coletivos, e não "atingi-los". Foi objetivando alcançar a melhor forma de tutelar os direitos da sociedade que a tutela coletiva se inseriu no contexto processual. Mas isso não se deu apenas a partir da análise estrita dos códigos processuais civis brasileiros: se deu em um contexto geral da legislação brasileira, que vai além do processo.

Percebeu-se a insuficiência do instrumento tradicional da época, afinal, o desenvolvimento da sociedade desaguou no surgimento de novas espécies de conflitos, agora mais complexos e com a possibilidade de atingir inúmeros indivíduos. A tutela individual não era capaz de proteger os direitos que extrapolavam a esfera de um único indivíduo.

E foi a partir de então que se passou a pensar em um processo civil coletivo, afinal, conforme destacado por Teori Albino Zavascki:

Tornou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos novos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade<sup>97</sup>.

Os conflitos de conotação coletiva não surgiram apenas agora, com a massificação das relações sociais. Eles existem há muito tempo. É o intenso tratamento coletivo – do direito material e processual – que se mostrou mais recente.

Nesse contexto, a origem dos processos coletivos e da tutela coletiva de direitos se deu com a experiência inglesa no sistema da *common law*<sup>98</sup>. Ainda no século XVII, os chamados tribunais de equidade – “*Courts of Chancery*” – já permitiam que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem em seus próprios nomes para pleitear o interesse daqueles representados; esse modelo de demanda era chamado “*bill of peace*”<sup>99</sup>. Foi daí que nasceu a chamada “ação de classe” – “*class action*”<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

<sup>98</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

<sup>99</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 21.

<sup>100</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.

A *class action* foi propagada no sistema norte-americano, sobretudo em 1938, com a “Rule 23” das “*Federal Rules of Civil Procedure*”, a qual, após ter sido reformada em 1966, transformou o método de tutela coletiva em algo inovador<sup>101</sup>, fixando pré-requisitos para a propositura de uma ação de classe e, também, os requisitos para o prosseguimento da ação. Vejamos:

(a) Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe. (b) Prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda: (1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; (B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; (2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (injunction), ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou (3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (findings) da sentença incluem:

(A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal;

(D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe<sup>102</sup>.

Percebe-se, desde logo, o importante papel do juiz na ação de classe. Ao julgador é atribuído um rol extenso de poderes direcionados ao exame das condições de admissibilidade da demanda, à adequada representação dos demandantes e, também, ao controle dos pressupostos para o desenvolvimento do processo e a sua legítima instrução.

Quanto à sentença, ela fará coisa julgada com eficácia geral e vinculará todos os membros da classe – até mesmo aqueles que não foram notificados – desde que atendidos os requisitos de admissibilidade e desenvolvimento do processo bem como reconhecida a

---

11.

<sup>101</sup> MILARÉ, Édís. (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

<sup>102</sup> Tradução extraída de GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 855-856.

adequada representação do demandante.

À parte do contexto norte-americano, nos países de *civil law*, foi só a partir dos anos 70 que se iniciou a preocupação no aperfeiçoamento dos sistemas processuais tradicionais bem como a promoção da tutela de direitos coletivos e a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos. A necessidade de preservação do meio ambiente e a proteção dos indivíduos na sua condição de consumidores foi o gatilho para uma tomada de consciência acerca da inadiabilidade de se operacionalizar esses direitos<sup>103</sup>.

A partir desse momento, iniciou-se a reforma de vários sistemas jurídicos, a qual desaguou na criação de novas regras de direito material – na esfera civil e penal – justamente para robustear as medidas destinadas a tutelar aqueles direitos ameaçados. Todavia, isso não esgota a questão. Começaram também as reformas quanto aos mecanismos de natureza processual para tornar possível a defesa desses mesmos direitos perante o Judiciário<sup>104</sup>.

Em 1978, Cappellet e Garth já constatavam o desenvolvimento de uma revolução dentro do processo civil, sobretudo em razão da preocupação central nos interesses difusos que não eram supridos com a concepção tradicional do processo civil. Ensinam:

O processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares<sup>105</sup>.

A partir disso, os pontos mais importantes e delicados para estruturar um processo capaz de atender às exigências daquele tempo foram identificados: a legitimação ativa e a coisa julgada. Uma, porque os vínculos apenas individualistas deveriam ser afastados para permitir que indivíduos ou grupos atuassem em representação dos interesses difusos. Outra, porque os contornos mais objetivos deveriam ser buscados para vincular todos os membros do grupo, incluindo aqueles que não foram ouvidos<sup>106</sup>.

Mesmo diante disso, as legislações que versaram sobre tutela coletiva originadas em

<sup>103</sup> ALPA, Guido; BESSONE, Mario; GAMBARO, Antonio. Aspetti privatistici della tutela dello ambiente: L'esperanza americana e francese. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976, p. 182 e 297.

<sup>104</sup> Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação”. In: MILARÉ, Edis (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 13-19.

<sup>105</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50.

<sup>106</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50.

países da Europa Continental não alcançaram a dimensão e a profundidade da “*class action*” do sistema norte-americano.

De todo modo, vale mencionar a experiência francesa da *Loi Royer* (1973), alterada em 1988, que estabeleceu, em seu art. 46 que “as associações regularmente declaradas como tendo por objeto estatutário explícito a defesa dos interesses dos consumidores podem, quando autorizadas para esse fim, atuar perante a jurisdição civil relativamente a fatos que produzam prejuízo direto ou indireto ao interesse coletivo dos consumidores”. Tal cenário influenciou expressamente a legislação brasileira. Inclusive, na exposição de motivos que deu origem à Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), além da *class action*, a *Loi Royer* francesa também foi citada como inspiração para a legitimação ativa e adequada representação das associações.

Na Itália, os primeiros sinais se deram pela perspectiva com o Tratado da União Europeia (1992), que trouxe temas como a proteção ambiental e do consumidor. Isso teve como consequência a edição da Lei 281/1998, cujo teor reconheceu os direitos coletivos dos consumidores e estabeleceu a forma de tutelá-los. Dois anos antes disso, em 1996, com a modificação do Código Civil, foi criada uma espécie de ação inibitória de possível promoção por entidades associativas de consumidores que objetivassem coibir a utilização abusiva de contratos em situações de urgência<sup>107</sup>.

Em Portugal, o procedimento básico para a tutela de interesses coletivos é a ação popular prevista na Constituição de 1976, cujo objetivo é prestar tutela preventiva, reparatória e sancionatória a lesões envolvendo saúde pública, meio ambiente, qualidade de vida e patrimônio cultural. Já na Alemanha, a tutela coletiva foi admitida pelo sistema processual de modo que, nas relações consumeristas e ambientais, as associações pudessem atuar<sup>108</sup>.

Feita essa breve contextualização, vamos à legislação brasileira.

A ação popular foi o primeiro mecanismo que assumiu estrutura, finalidade e amplitude para exercer a tutela jurisdicional dos interesses coletivos. O marco do tratamento da ação popular no contexto brasileiro foi a Constituição da República de 1934 que, em seu art. 113, n. 38, autorizou qualquer cidadão a postular a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados e Municípios.

Subsequentemente, a Carta Magna de 1946, em seu art. 141, XXXVIII, ampliou a possibilidade de anulação dos atos lesivos aos interesses, não apenas dos entes da

---

<sup>107</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

<sup>108</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 181.

Administração Pública direta, mas, também, de entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. Isso que se manteve em todas as Constituições editadas até hoje (1967 e 1988)<sup>109</sup>.

Enquanto estava vigente a Constituição de 1946, foram ainda editadas duas leis tratando de espécies distintas de ação popular (Leis 818/1949 e 3.052/1958): uma relacionada à aquisição, perda e reaquisição de nacionalidade (art. 35, §1º, da Lei 818/1949) e, a outra, ao sequestro e perdimento de bens de pessoas exercentes de funções públicas (art. 15, §1º, da Lei 3.502/1958). Sobreveio, ainda, a regulamentação da ação popular pelo legislador infraconstitucional, por meio da Lei 4.717/1965 – que até hoje permanece em vigor. Frise-se que, em 1977, a Lei 6.513 introduziu uma modificação no art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, para que fossem considerados patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”. A partir disso, foi viabilizada a possibilidade de tutelar esses bens e direitos de natureza difusa mediante a ação popular.

Em 1981, a Lei 6.938/1981 estabeleceu a “Política Nacional do Meio Ambiente” – passando a prever a legitimidade do Ministério Público para propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente –, enquanto que, no mesmo ano, sobreveio a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar 40/1981), conferindo a ele a legitimidade para promover a ação civil pública. Mas esse ainda não foi o marco principal da tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos.

Apenas em 1985, a Lei nº 7.347, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, nasceu para preencher uma importante lacuna do sistema processual civil. Antes disso, com exceção da ação popular, o sistema processual civil só contava com meios para tutelar direitos subjetivos individuais. É por isso que essa Lei inaugurou um verdadeiro sub-sistema de processo, direcionado à tutela de um direito material específico: os transindividuais, dominados, portanto, por uma coletividade. Em sua redação original, a LACP disciplinava 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 e paisagístico.

Além disso, entre outras disposições, a LACP também trouxe normas que versaram sobre a representação judicial dos interesses coletivos – ao conferir legitimidade a entidades públicas e privadas, dentre elas as associações constituídas há pelos menos 1 (um) ano e com finalidade institucional de proteção dos interesses objeto da ação civil pública –, a necessária atuação do Ministério Público na condição de fiscal do ordenamento jurídico – quando não

---

<sup>109</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

estivesse na condição de autor – , a eficácia *erga omnes* da coisa julgada resultante da sentença coletiva e a coisa julgada *secundum eventum litis*.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe a tutela material de diversos direitos de natureza transindividual: o direito ao meio ambiente sadio (art. 237), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). Mas não foi só. A Constituição trouxe, também, os instrumentos capazes de processualmente tutelar esses novos direitos materiais. A ação popular foi amplificada (art. 5º, LXXIII) – passando a ter como objeto expresso um grande rol de direitos transindividuais, sendo que o autor se tornou isento do pagamento de custas judiciais e do ônus de sucumbência, salvo quando comprovada má-fé (art. 5º, LXXIII) – e ao Ministério Público foi conferida legitimação para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Além do reconhecimento do próprio direito material (previdência social, cultura, educação, saúde, meio ambiente, patrimônio público, etc), o direito processual também foi atendido. A Constituição de 1988 expandiu a forma de defender conjuntamente direitos individuais afins ou comuns de vários titulares mediante a técnica da substituição processual. Com isso, determinadas instituições e entidades passaram a possuir legitimidade para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outros indivíduos. Foi o que aconteceu com as entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicais (art. 8º, III) – que possuem legitimidade para defender em juízo os direitos de seus associados e filiados, respectivamente. Foi atribuída, também, legitimidade para que partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações impetrassem mandado de segurança coletivo “em defesa de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX).

Houve, também, a promulgação de leis orientadas ao apoio de pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.853/1989), à tutela coletiva aos titulares de valores mobiliários e investidores do mercado financeiro (Lei 7.913/1989) e à proteção da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990) – todas admitiram a proteção de interesses em dimensão supraindividual.

Subsequentemente, em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor que, no âmbito das relações de consumo, disciplinou um procedimento denominado de ação civil coletiva (art. 91), cujo cerne é a defesa conjunta de direitos individuais homogêneos, podendo valer-se para esse fim da técnica da legitimação por substituição processual (art. 82), à época já prevista na Constituição.

Apesar de específica a matéria disposta no CDC, do ponto de vista processual, o Código começou a representar um modelo estrutural da tutela coletiva no Brasil, porquanto suas normas

passaram a possuir aplicabilidade às ações coletivas em geral, e não apenas àquelas que discutiam a defesa da figura jurídica do consumidor. Isso, por determinação expressa do art. 21 da LACP somado ao art. 117 do próprio CDC. Nesse ponto, inclusive, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. enxergam o CDC como ordenamento processual geral para a tutela coletiva, equiparando-o a um “verdadeiro Código Brasileiro de Processos Coletivos”<sup>110</sup>.

O CDC foi extremamente relevante. As regras processuais de competência, de legitimação e, também, de execução – passando, inclusive, pela litispendência, coisa julgada objetiva e subjetiva bem como a definição dos interesses coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), constou expressamente no Código.

Em 1992, ainda, foi editada a Lei 8.429: a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), dispondo sobre os atos de improbidade no âmbito da Administração Pública, as sanções aplicáveis aos agentes públicos nas hipóteses de exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. A LIA também disciplina a esfera processual daquelas demandas que tiverem como fundamento os atos de improbidade administrativa nela descritos, com objetivo precípuo de apuração de responsabilidade e a cominação das sanções previstas na lei especial. E mais: segundo Benedito Cerezzo Pereira Filho, à época, com a LIA foi vista:

[...] uma oportunidade de dar vazão a um populismo sem precedentes e, assim, de ficar conhecidos na *história* política como os precursores de um sistema eficaz de combate à corrupção. Não por outra razão, o *slogan* da campanha presidencial à época era o de *caçador de marajás*.<sup>111</sup>

Quanto à Lei de Improbidade Administrativa, se faz necessário fazer um breve recorte sobre a sua (in)compatibilidade com a sistemática da tutela coletiva, que agora é clara, mas antes não o era.

A causa de pedir de uma ação de improbidade é a tutela de interesses transindividuais à probidade e à moralidade administrativas e à incolumidade ao erário – o que permite que o Ministério Público tenha legitimidade para pleitear o ressarcimento de danos ao erário. Daí poderia se refletir sobre o cunho estritamente cível da LIA – o que contraria a perspectiva de Cerezzo: “[...] bem o sabemos, que, em verdade, ela é recheada de conteúdo penal, cujas sanções são típidas do Direito Penal”.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 52.

<sup>111</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. As improbidades da lei de improbidade. *Revista do Superior Tribunal de Justiça – Improbidade administrativa*. ano 28, n. 241, jan/fev/mar 2016. p. 446

<sup>112</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. As improbidades da lei de improbidade. *Revista do Superior Tribunal de Justiça – Improbidade administrativa*. ano 28, n. 241, jan/fev/mar 2016. p. 447

Nesse sentido, o autor explica:

Sob uma generalidade de argumentos, todos voltados para o que se convencionou denominar de *interesse da coletividade*, os direitos dos acusados de ímprobos são mitigados a tal ponto que a desproporção entre acusação e defesa causa um hiato em termos de tutela jurídica, cuja prática tem demonstrado que, nessas ações, a defesa constitui um ato meramente formal.<sup>113</sup>

Em contrapartida, em 2008, ao julgar a Reclamação 2138/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os agentes políticos referidos na Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, se sujeitam apenas ao regime especial de crimes de responsabilidade, e não à sistemática geral da improbidade administrativa.

Ocorre que esses entendimentos são contraditórios. Um, elucida o eventual caráter civil da ação de improbidade; o outro, a aproxima da ação penal por crimes de responsabilidade, “distinguindo-as por um critério de especialidade: a Lei nº 1.079/50 seria *lex specialis*, a derogar a Lei nº 8.429/92, *lex generalis*”<sup>114</sup>. Todavia, “O instituto não poderia ser colocado sistematicamente em campos do ordenamento tão díspares, pois governados por premissas e princípios inconciliáveis”<sup>115</sup>. Nesse sentido, defendem Yarshell e Sica:

Os meios de tutela coletiva são pautados pela ampliação do acesso à Justiça, propiciando tratamento a litígios de natureza transindividual que não poderiam ser solucionados adequadamente pelos instrumentos de tutela individual. (...) De outro lado, o Direito Penal e o Direito Processual Penal estão pautados por uma lógica completamente distinta, qual seja, a da contenção do *jus punendi* estatal e, conseqüentemente, de proteção do acusado. (...) O simples fato de a ação de improbidade administrativa tutelar bens jurídicos de projeção transindividual — a probidade e a moralidade administrativas e a incolumidade do erário — não a transforma, por si só, em uma ação coletiva. Fosse assim, uma ação penal que imputasse ao acusado quaisquer dos “crimes contra a Administração Pública” (artigos 312 e ss., CP) sofreria a incidência dos mesmos princípios da tutela coletiva, o que a desvirtuaria por completo. Em realidade, a ação de improbidade administrativa sempre foi instrumento inequivocamente sancionatório, e esse elemento se apresenta ausente dos demais meios de tutela de interesses transindividuais (...).<sup>116</sup>

E, diante dessa potencial incoerência, é que a Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa, teve por objetivo afastar a ação de improbidade de qualquer relação com a tutela dos interesses transindividuais

<sup>113</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. As improbidades da lei de improbidade. **Revista do Superior Tribunal de Justiça** – Improbidade administrativa. ano 28, n. 241, jan/fev/mar 2016. p. 447

<sup>114</sup> YARSHELL, Flávio Luiz e SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Reposicionamento da ação de improbidade administrativa**. ConJur. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade>. Acesso em: 23 nov. 2024.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid.

a inserindo no amplo campo do "direito sancionador", que compartilha dos mesmos princípios de proteção ao acusado, tais como “irretroatividade da lei mais severa, retroatividade da lei mais benéfica, presunção de inocência, *ne bis in idem*, mínima intervenção, insignificância, legalidade, tipicidade, entre outros”<sup>117</sup>.

Isso fica mais evidente quando analisado o artigo 1º, §4º<sup>118</sup> e o artigo 17-D, parágrafo único<sup>119</sup>, da LIA. O primeiro acopla a ação de improbidade ao direito sancionador; já o segundo relaciona a ação de improbidade a uma espécie do gênero ação civil pública. Partindo disso, é possível concluir que:

A reforma legislativa definitivamente separa as esferas de controle do administrador público e da Administração Pública. No primeiro campo, o objetivo é precipuamente punitivo e, portanto, aplicam-se os princípios e garantias do Direito sancionador que protegem o acusado. No segundo, o objetivo é a tutela de interesses transindividuais e, portanto, os instrumentos são construídos com a finalidade de proteger a coletividade. Os instrumentos guardam em comum apenas o fato de que o MP tem legitimidade ativa para ambos (no primeiro caso, exclusiva; no segundo, concorrente com outros sujeitos). De resto, as leis de regência são diferentes (no primeiro, Lei nº 8.429/92 e, subsidiariamente, o CPC; no segundo, Lei nº 7.347/85 e CDC e, subsidiariamente, o CPC), bem como a própria estrutura dos processos<sup>120</sup>.

À parte desse recorte, que distancia a LIA de qualquer interesse coletivo, percebe-se que foi grande o número de legislações editadas regulamentando a tutela coletiva em diferentes âmbitos quanto ao direito material. A título exemplificativo: a Lei 8.884/1994, Lei Antitruste, revogada pela Lei 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; a Lei 9.870/1999, versando sobre o valor das anuidades escolares; a Lei 10.257/2001, o denominado Estatuto da Cidade; a Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso; a Lei 10.671/2003, Estatuto de Defesa do Torcedor; a Lei 11.340/2006, Maria da Penha; a Lei 12.016/2009, que disciplina o chamado mandado de segurança coletivo; a Lei 12.288/2010, que dispõe sobre a

<sup>117</sup> YARSHELL, Flávio Luiz e SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Reposicionamento da ação de improbidade administrativa**. ConJur. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade>. Acesso em: 23 nov. 2024.

<sup>118</sup> “§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.

<sup>119</sup> “Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

<sup>120</sup> YARSHELL, Flávio Luiz e SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Reposicionamento da ação de improbidade administrativa**. ConJur. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade>. Acesso em: 23 nov. 2024.

possibilidade da tutela coletiva para proteger os interesses da população negra; entre várias outras.

A pretensão de todas as legislações foi gerar um tratamento processual mais adequado aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, servindo como resposta à dinâmica da vida em sociedade, afinal, “O processo de formação de interesses coletivos é constante e inevitável”<sup>121</sup>.

A partir disso, conseguimos perceber que o ordenamento jurídico brasileiro possui vasta atenção no que tange à proteção dos interesses coletivos. É por isso que se fala na existência de um subsistema ou, ainda, um microssistema específico direcionado a atender justamente os conflitos coletivos.

Isso não quer dizer que o sistema, apesar de plural, não apresenta diversas lacunas e a necessidade de incorporação de avanços verificados a partir da jurisprudência e da doutrina; lacunas essas deixadas, obviamente, pelo legislador que, ao não unificar o processo coletivo, causou uma desarmonia no próprio sistema e na sua interpretação.

À parte disso, ainda que o CPC/2015 tenha partido do objetivo de tutelar direitos, pouco contribuiu para o avanço do sistema de tutela coletiva ou para lhe conferir maior coesão. Em que pese o Código tenha assumido o papel de dar unidade ao sistema processual como um todo, certo é que legislador não destinou tanta atenção à disciplina de qualquer aspecto específico da tutela coletiva, satisfazendo-se com a regulamentação do modelo do “processo civil clássico”, formatado para a resolução de conflitos intersubjetivos.

### **3.1 Os direitos tutelados coletivamente**

É por meio das ações coletivas, enquanto instrumento processual, que a defesa dos direitos coletivos se estabelece. Seria, então, um mecanismo para atender o fenômeno de cumulação de demandas em um único processo para defender os interesses particulares de várias pessoas distintas que, formando um litisconsórcio, possuem o mesmo objetivo? Não é esse o sentido.

A ação coletiva possui como objetivo a tutela de determinados direitos, sendo que a dimensão da situação fática e jurídica objeto do conflito é plural e não se restringe ao círculo limitado de uma ou algumas pessoas.

A clássica dicotomia entre direito privado e público tornou-se obsoleta com as

---

<sup>121</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

transformações e características da sociedade moderna (de massa)<sup>122</sup>. Trata-se, agora, de direitos indivisíveis pertencentes a um grupo de pessoas, sejam elas indeterminadas ou não, mas que são ligadas na medida em que a fruição do bem – ou ainda a sua lesão – atinge todos ao mesmo tempo.

A partir disso, é perceptível a insuficiência do modelo destinado aos litígios de natureza individual consonantes ao processo civil clássico e direcionados a demandas particulares – o famoso caso Tício x Cassio ou ainda o litígio entre um particular e o Estado. O indivíduo, só, não dá vazão a todas as violações pertencentes aos direitos de uma categoria, classe ou grupo. Por isso, foi necessária a criação de novas organizações intermediárias – além das tradicionais – para pleitear esses direitos: as associações dos consumidores, poupadores e acionistas minoritários, por exemplo. E aí se inicia o problema da representatividade nas demandas coletivas e as inevitáveis consequências no plano processual<sup>123</sup>.

Nas ações coletivas, o conflito é apresentado para a cognição do juiz por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica, ou de um órgão estatal que pode não ter personalidade jurídica própria. Ainda, nas ações coletivas a conexão do autor com o direito do respectivo grupo será apenas ideológica – isto é: não há a necessidade de o representante ser um dos membros daquela coletividade que é a titular do direito a ser tutelado.

E é a partir disso que se identifica o objeto da tutela processual coletiva: diante da delimitação da tutela que permite que os legitimados ativem a máquina judiciária e defendam os direitos que pertencem a uma coletividade – e não aos legitimados em si, tal qual ocorre no processo civil clássico e individual.

A descrição dos direitos supraindividuais é conceituada pela doutrina e pela legislação que os classifica a partir de alguns critérios. Inclusive, segundo Barbosa Moreira, é possível classificá-los em duas vertentes: os direitos essencialmente coletivos e os direitos acidentalmente coletivos<sup>124</sup>.

Os direitos essencialmente coletivos são caracterizados por sua natureza subjetiva e objetiva. A primeira, correspondente aos litígios referentes a um número indeterminado – ou de difícil determinação – de pessoas. A segunda, corresponde a um direito com objeto indivisível – o que significa que a sua satisfação, tanto no plano material como no processual, será unitária

---

<sup>122</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi o difussi**. Padova: Cedam, 1976, p. 192-198.

<sup>123</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo. v. 16, n. 61, p. 187-2000, jan.-mar.1991, p. 187-188.

<sup>124</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo. v. 16, n. 61, p. 187-2000, jan.-mar.1991, p. 187-188.

para todos os membros daquele grupo ou comunidade.

Os direitos acidentalmente coletivos são, por natureza, individuais e cindíveis. Então, apesar de qualquer um dos seus titulares poder reivindicá-los individualmente perante o Judiciário, como são colocados em um contexto fático ou jurídico comum, assumem uma dimensão amplificada que ultrapassa o individual – o que, por si, exige o tratamento coletivo como medida de acesso à economia processual e à justiça.

Percebe-se que, em ambos os casos, é dispensada a presença de todos os interessados e titulares em Juízo para que pleiteiem o respectivo direito. Essa classificação, portanto, auxilia na compreensão das características dos direitos coletivos e dos direitos tratados de forma coletiva. Mas isso não basta. É necessário, então, definir precisamente as espécies dos direitos de caráter transindividual, em razão da nítida nebulosidade conceitual percebida com a origem e desenvolvimento dos estudos doutrinários acerca do tema.

O legislador, por outro lado, optou por definir os direitos coletivos ou transindividuais em: direitos coletivos, direitos individuais homogêneos e direitos difusos. Todos eles serão abordados a seguir.

### 3.1.1 Direitos Difusos

O legislador trata dos interesses difusos no art. 81, parágrafo único, I do CDC: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Os direitos difusos são, portanto, aqueles que interessam a grupos não determinados de pessoas que, entre si, não possuem um vínculo jurídico ou fático estancado. São pessoas indeterminadas ou indetermináveis que se ligam por uma circunstância de fato extremamente mutável. O objeto dos direitos difusos é indivisível entre a coletividade envolvida ao mesmo tempo que é compartilhável entre a mesma coletividade<sup>125</sup>.

Dessa forma, a relação do indivíduo com o direito difuso é decorrente do seu *status* momentâneo com a respectiva circunstância de fato; a título de exemplo: o fato de ser consumidor de algum produto, viver em condições socioeconômicas específicas, habitar alguma região específica, se vincular a um empreendimento privado ou público, etc<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 107.

<sup>126</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito**

A fluidez dos titulares dos direitos difusos torna quase impossível a individualização exata de seus componentes<sup>127</sup>, por isso, independentemente do número de indivíduos indeterminados/indetermináveis atingidos pelos direitos difusos, eles não são aptos à fracionalização ou decomposição, porquanto, de maneira geral, estão relacionados a temas como meio ambiente, direito do consumidor, saúde, educação, moradia e etc. São direitos, portanto, indivisíveis. Isso quer dizer que a satisfação – ou não – dos direitos difusos em uma ação coletiva beneficiará ou prejudicará todos os interessados de forma indistinta e uniforme.

Os direitos difusos também não podem ser reduzidos a valores monetários, por isso que, no próprio CDC (Art. 83), expressamente consta a admissão de todas as ações capazes de proporcionar a adequada e efetiva tutela desses interesses coletivos. Essa adequada tutela depende, necessariamente, de um sistema jurídico que entregue os remédios processuais aptos a atender os interesses envolvidos, como tutelas específicas em caráter repressivo ou preventivo que possibilitem a aplicação de sanções severas e pertinentes<sup>128</sup>.

O confronto entre os valores tutelados juridicamente em uma ação coletiva para tutelar interesses difusos é caracterizado pela intensa litigiosidade e fluidez também com relação ao tempo e espaço<sup>129</sup> – o que apenas corrobora para a sua natureza indivisível relacionada à respectiva massa indeterminada/indeterminável de indivíduos destinatários.

### 3.1.2 Direitos Coletivos

Os direitos coletivos, nos termos daquilo que consta na legislação, são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, parágrafo único, II, CDC).

Portanto, há uma delimitação dos sujeitos afetados pelos direitos coletivos, justamente porque existe um mínimo de limitação no próprio grupo em razão da existência de uma relação jurídica específica que baseia o vínculo existente entre todos os interessados. E é essa base comum que pode gerar a determinação do número de pessoas às quais os direitos coletivos pertencem, apesar de poderem ser destinados a um número de pessoas indeterminadas. É a

---

processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 112.

<sup>127</sup> Ibid, p. 113.

<sup>128</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi o difussi**. Padova: Cedam, 1976, p. 206-207.

<sup>129</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 6. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 114-115.

relação jurídica base que gera o direito coletivo<sup>130</sup>.

Diferentemente dos difusos, os direitos coletivos não pertencem a indivíduos ligados por circunstâncias de fato contingenciais. Os direitos coletivos pertencem a indivíduos que possuem uma relação jurídica base comum. No entanto, o direito coletivo também é indivisível – tal qual o direito difuso e nas ações que exigem formação de litisconsórcio unitário (art. 116 do CPC). Então, como já abordado, há um único caminho a ser percorrido pelos integrantes do grupo, sendo ele satisfatório ou não.

É importante destacar que o direito coletivo permanece existindo ainda que inexistente a relação jurídica entre os integrantes do grupo a quem se destina. O que se exige, apenas, é a relação jurídica entre os integrantes do grupo e a parte contrária.

Percebemos, então, que a distinção entre os direitos coletivos e os direitos difusos está na possibilidade de determinação dos integrantes do grupo, categoria ou classe e a natureza indivisível do objeto a ser tutelado.

### 3.1.3 Direitos individuais homogêneos

A definição dos direitos individuais homogêneos, embora pioneiramente trazida na Lei 7.913/1989 – a qual versa sobre a reparação dos danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários<sup>131</sup> – consta, também, nos termos daquilo que afirma o legislador no CDC, são “assim entendidos os decorrentes de origem comum” (art. 81, parag. único, III).

Essa modalidade tem notável influência do sistema da *class action* norte-americano, também abordado anteriormente, e trata dos chamados por Barbosa Moreira interesses acidentalmente coletivos. Isso, porque são direitos que comportam tratamento processual coletivo devido a uma razão estritamente formal – e não porque o direito material é, em si, coletivo<sup>132</sup>. Bem na verdade, foi a opção política do legislador que entendeu que determinadas situações merecem um tratamento processual diferente<sup>133</sup>.

E, diferente dos interesses coletivos, é possível identificar os sujeitos aos quais se destinam os direitos individuais homogêneos bem como dividir esses mesmos direitos em questão. Isso porque os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos; ou seja: não

---

<sup>130</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73.

<sup>131</sup> Ibid, p. 132-133.

<sup>132</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

<sup>133</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116.

existem óbices para que os seus titulares prossigam com ações individuais objetivando a tutela desses direitos. E é em razão da mencionada origem comum que o legislador admitiu um tratamento processual coletivo a esses direitos. Origem comum, por boa parte da doutrina, é sinônimo de homogeneidade – enquanto que, na verdade, trata-se de conceitos diferentes que devem estar concomitantemente presentes para se justificar a utilização da ação coletiva.

A origem comum não é apenas do fato acontecido em determinado momento; ela pode ser do fato ou do direito, sendo que não exige antecedente relação jurídica entre os sujeitos ou entre os sujeitos e a parte contrária. E isso não é suficiente para autorizar a utilização da ação coletiva para tutelar direitos individuais.

É necessário que os fatos ou atos apresentem homogeneidade mediante uma fonte comum de uma mesma espécie de conduta ou atividade<sup>134</sup>. Isso ocorre quando há prevalência das questões em comum – de fato e de direito – em relação às questões individuais. É necessário, portanto, que a dimensão coletiva se sobressaia em detrimento da dimensão individual da questão<sup>135</sup>.

Nesse aspecto, Ada Pellegrini Grinover entendia que a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual poderia trazer utilidade prática porque constitui importante critério para se sopesar se os direitos individuais são (ou não) homogêneos; do contrário, “os direitos seriam heterogêneos, ainda que tivessem origem comum e o pedido de tutela coletiva se tornaria juridicamente impossível”<sup>136</sup>.

Portanto, inexistentes as questões de fato e de direito comuns bem como de origem comum, se utilizar da ação coletiva não será possível, restando apenas a promoção de demandas individuais pelos sujeitos lesados a fim de se obter a tutela dos direitos.

Ainda, considerando que um mesmo evento pode gerar uma lesão a várias espécies de direitos, é importante identificar a natureza do direito a ser tutelado pela via coletiva. Para tanto, é necessário perceber a pretensão material e processual na demanda coletiva. Apenas a partir da análise do pedido da tutela jurisdicional e da repercussão subjetiva da decisão judicial é que se perceberá se serão afetados um grupo ou grupos de pessoas determinadas ou determináveis<sup>137</sup>.

Em suma, os interesses individuais homogêneos têm como características: (i) sujeitos determinados ou determináveis; (ii) divisibilidade; (iii) origem comum da lesão; (iv) e

---

<sup>134</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 76.

<sup>135</sup> Ibid, p. 133-134.

<sup>136</sup> Ibid, p. 133-134.

<sup>137</sup> Ibid, p. 225-226.

homogeneidade quanto às questões de fato ou de direito.

À parte disso, é interessante tratar desses direitos subjetivos individuais de forma coletiva, tornando-os, em verdade, direitos da comunidade<sup>138</sup> que, por serem tratados como um conjunto de direitos individuais, assumem uma relevância social estratosférica e, por isso, podem ser tutelados pela via coletiva<sup>139</sup>.

A partir disso, é possível perceber a consolidação de alguns princípios constitucionais, como o acesso à justiça, a economia processual – porquanto uma única demanda comporta os direitos de inúmeros indivíduos –, a efetividade do processo e a mitigação do conflito lógico entre julgados – os quais desaguardariam em um potencial cenário de insegurança jurídica<sup>140</sup>.

### 3.2 O denominado microssistema coletivo

A evolução da sociedade de massa desaguou na maior importância dada às situações de cunho coletivo. Verificou-se a necessidade de tutelar especificadamente tais direitos, tanto no campo do direito material quanto no processual. Novos direitos demandaram novos instrumentos para tutelá-los. Dessa forma, parte da doutrina passou a defender a fundação de uma ciência apartada do processo civil para atender as especificidades dos direitos coletivos<sup>141</sup>, da mesma forma que está prestes a, de fato, ocorrer com o processo estrutural.

A partir disso, o legislador tentou contribuir para o progresso da tutela processual dos interesses coletivos bem como daqueles tuteláveis coletivamente<sup>142</sup>. Tão somente tentou. As leis que versam sobre tutela coletiva estabelecem, simultaneamente, normas de direito material e processual – o que desagua em uma segmentação no que concerne à sistematização do processo coletivo. Segmentações processuais não são positivas, isso foi observado ainda em 1939, com a percepção da necessidade de unificação do próprio Código de Processo Civil antes ramificado em Códigos estaduais.

Sem olvidar quem entende de maneira contrária, as leis processuais esparsas que tratam do processo coletivo originaram a denominação do microssistema<sup>143</sup> de processo coletivo,

---

<sup>138</sup> ZAVASCKI, Teori. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

<sup>139</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71.

<sup>140</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 19.

<sup>141</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo**: um novo ramo do Direito Processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>142</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60.

<sup>143</sup> “Minissistema” foi uma terminologia acatada por Aga Pellegrini Grinover (O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. In: BENJAMIN, Antonio Herman; *et al.* (coord.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos

terminologia subseqüentemente acolhida pela jurisprudência<sup>144</sup>.

A indicação de parte da doutrina é que todo esse microsistema seja lido de forma harmônica e essa interação ocorra entre todas as legislações que tratam do sistema coletivo, ficando autorizada a leitura conjugada e complementar de todas as legislações a fim de que eventuais lacunas e omissões sejam supridas<sup>145</sup>. Mas será que, na ausência de um código específico que trate do processo coletivo, isso é possível e seguro? Ao que parece, é o que restou.

Alguns ainda incluem a LAP<sup>146</sup>, mas a verdade é que a LACP e o CDC são os principais diplomas da tutela coletiva, afinal, possuem um caráter geral e com maior espectro de aplicação quando comparados às demais legislações que versam sobre tutela coletiva de massas.

Isso é reforçado mediante o teor dos arts. 21 da LACP e 90 do CDC que exige uma compatibilização mútua entre os dois sistemas: às ações coletivas da LACP se aplicam as disposições do CPC e a recíproca é também verdadeira, desde que observado o princípio da especialidade das relações de consumo. É com essa expressa previsão que é autorizado o diálogo entre os diplomas legais (LACP e CDC) e o denominado microsistema das tutelas coletivas *lato sensu* é formado.

Diante da tentativa de harmonizar a interação entre ambos os sistemas, fica em segundo plano a existência de uma ordem de aplicação dos diplomas. De todo modo, existem três correntes doutrinárias acerca da preferência entre as normas da LACP e do CDC. A primeira, à qual Daniel Amorim Assumpção Neves se filia, defende a preferência de aplicação da LACP; a segunda entende que, sendo a relação de direito material consumerista, deve a LACP ser aplicada de forma subsidiária<sup>147</sup>; e a terceira, entendida como existente por Antônio Gidi, compreende que a LACP terá preferência naqueles procedimentos em que se discutem interesses superindividuais (coletivos *lato sensu*), porquanto nas ações coletivas em defesa de direito individuais homogêneos propostas com base no CDC, na LACP ou em qualquer outra legislação, o procedimento será o previsto nos arts. 91 a 100 do CDC<sup>148</sup>.

Percebe-se que o CDC e a LACP são as legislações que instituíram o procedimento nas causas coletivas. Mas não são as únicas. Ou seja: a interação entre os diplomas processuais não

---

Tribunais, 2014. p. 1.431-1.436).

<sup>144</sup> O Superior Tribunal de Justiça utiliza o termo microsistema coletivo (REsp 1.746.927/CE, Segunda Turma, rel. min. Herman Benjamin, j. em 25.6.2019).

<sup>145</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 168.

<sup>146</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 70.

<sup>147</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 128.

<sup>148</sup> GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53.

está restrita ao CDC e à LACP, afinal, as demais legislações podem também ser aplicadas em caso de omissão ainda subsistente e, ainda, o CPC é buscado como solução de forma subsidiária ao processo coletivo – salvo quando a legislação determina a aplicação direta do CPC.

Quanto à preferência de aplicação, há uma divergência doutrinária que se pauta pelos fundamentos da causa e pelo direito material envolvido no caso concreto. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, existem três vertentes para solucionar conflitos entre normas de tutela coletiva: (i) aplicar preferencialmente a LACP e o CDC em detrimento das demais legislações, porquanto regulamentam de forma geral os conflitos de interesse coletivo; (ii) a aplicação da lei específica, à qual a demanda se enquadra, e só havendo lacuna a aplicação da LACP e do CPC; e (iii) a aplicação da norma mais benéfica à tutela do direito material discutido no processo, tornando-se desnecessário o critério de ponderação entre os conflitos normativos<sup>149</sup>.

De todo modo, a maior parte da doutrina – consubstanciada também no entendimento de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna – entende que o microssistema deve ser aplicado e interpretado com uma finalidade: a amplificação da efetividade da tutela jurisdicional coletiva; por se tratar da aplicação da norma mais benéfica ao interesse coletivo em discussão<sup>150</sup>. É, em verdade, a efetividade da proteção do bem coletivo. E, como já vimos, isso se alinha justamente ao objetivo final do CPC: entregar a tutela dos direitos.

Todavia, será que, de fato, há algum direcionamento normativo que preveja a prevalência do interesse público (coletivo) sobre o privado? Humberto Ávila explica:

Não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse "princípio". Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. [...] a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais [...] A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar. Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir

---

<sup>149</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 128-129.

<sup>150</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 167-168.

máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>151</sup>

À parte da ausência de previsão de qualquer “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, abordada por Ávila, além da expressa previsão legal de incidência do Código de Processo Civil nas demandas coletivas, o denominado microssistema da tutela coletiva deixou lacunas, as quais demandam a aplicação subsidiária do CPC aos conflitos coletivos.

Como já vimos no primeiro capítulo, houve uma quebra na lógica individual do processo civil clássico, o que, conseqüentemente, trouxe maior proximidade e compatibilidade entre o CPC vigente e o denominado microssistema do processo coletivo, criando-se um elo com a própria Constituição.

Embora poucas sejam as menções às ações coletivas no CPC – (art. 139, X, e art. 985, I e II) –, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr afirmam que o CPC deu unidade e harmonia ao microssistema em conformidade ao texto constitucional<sup>152</sup>.

De todo modo, a LACP e o CDC preveem a aplicabilidade subsidiária do CPC desde que preenchidos dois requisitos: a dupla compatibilidade no aspecto formal e material. A primeira, correspondente à ausência de disposição legal sobre a matéria no direito processual coletivo; é uma aplicação subsidiária residual do CPC quando não há paradigma legal dentro do contexto das normas processuais do microssistema. A segunda é preenchida quando a aplicação subsidiária não fere o espírito do direito processual coletivo comum e não coloca em risco a efetividade da tutela jurisdicional coletiva<sup>153</sup>; ou seja: só se admite a aplicação do CPC naquilo que não contraria as disposições do microssistema (arts. 19 da LACP, e do 90 do CDC).

Tal cenário desagua na inevitável conclusão de que o legislador não criou um procedimento novo para a demanda coletiva e esse é o âmago de boa parte dos problemas verificados na tutela dos interesses coletivos e individuais homogêneos<sup>154</sup>: a ausência de um

---

<sup>151</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215-216.

<sup>152</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 70.

<sup>153</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: um novo ramo do Direito Processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>154</sup> BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 150.

código processual destinado ao processo coletivo.

Foram vários os movimentos em prol da reforma e modernização do microsistema da tutela coletiva, contudo, até hoje, não há uma legislação que discipline de forma totalitária o processo coletivo.

Embora o CPC vigente tenha saído da esfera estritamente individual, isso não quer dizer que o atual procedimento ordinário do CPC supra com as necessidades das demandas coletivas e possa servir como muleta para as lacunas deixadas pelo microsistema. Ainda que inviável abarcar, em um único trabalho, todos os problemas decorrentes desse contexto, o foco será a indicação dos problemas gerais que envolvem o microsistema – o que será abordado no próximo subcapítulo - bem como a apresentação de propostas de solução direcionadas a um único aspecto específico que foi amplamente pesquisado: a questão da concessão de tutelas de urgência em ações coletivas, que será abordada nos dois últimos capítulos.

### 3.2.1 O insolucionado problema que abarca o microsistema

Conforme mencionado no subcapítulo anterior, a tentativa do legislador de contribuir para o progresso da tutela processual dos interesses coletivos bem como daqueles tuteláveis coletivamente desaguou na criação de leis que versam sobre a tutela coletiva no campo do direito material e processual – o que gerou uma segmentação no que concerne à sistematização do processo coletivo.

Ainda que a edição de uma legislação que traz o direito material em conjunto com a regulamentação processual específica possa ser vista como algo positivo, não parecem ser positivos os embaraços de interpretação e aplicação provenientes, justamente, da dispersão das leis.

A pluralidade de diplomas relacionados à proteção dos interesses coletivos gera situações em que a sobreposição de normas causa evidentes dificuldades de interpretação<sup>155</sup>, enquanto é indiscutível a falta de coerência do sistema em relação a alguns aspectos<sup>156</sup>.

Dentre os pontos que mais causam dúvidas estão: (i) a legitimidade; (ii) a competência; (iii) a relação entre ações coletivas e demandas individuais; (iv) a litispendência entre ações coletivas sobre um mesmo objeto; (v) a delimitação territorial da coisa julgada; e (vi) a execução

---

<sup>155</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 60.

<sup>156</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública. In: MOREIRA, Alberto Camiña et. al. (coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura**. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 532.

da sentença coletiva<sup>157</sup>. Trata-se de questionamentos decorrentes, mas não somente, da legislação esparsa que faz parte do denominado microssistema coletivo; ou seja: pelo duplo sistema processual – LACP e CDC – que disciplinam procedimentos diferentes<sup>158</sup>.

Foi a partir disso que a doutrina percebeu a necessidade de solucionar os problemas do chamado microssistema coletivo, além daquilo que tentou fazer o legislador. Assim, ganharam impulso os movimentos pela alteração do sistema da tutela coletiva mediante a edição do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, o qual foi aprovado em 28/10/2004, nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizadas na Venezuela.

A aprovação se deu em uma reunião realizada entre especialistas ibero-americanos de diversos países, inclusive brasileiros – dentre eles: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. O Código se tratou de um modelo sem eficácia vinculativa, servindo para inspirar as reformas legislativas nos países e tornar homogêneo o procedimento para proteger os interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Essa iniciativa prontamente repercutiu no Brasil. Nos anos de 2004 e 2005, várias iniciativas acadêmicas paralelas desaguaram na elaboração de algumas versões de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Subsequentemente, em 2009, foi apresentado ao Congresso Nacional o Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública com o objetivo de torná-la a lei geral e única dos processos coletivos. A proposta de reforma legislativa foi autuada na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 5139/2009.

Dentre as inovações trazidas no Projeto estavam: a ampliação do rol exemplificativo de bens jurídicos passíveis de proteção; a definição mais precisa dos interesses individuais homogêneos; o estabelecimento dos princípios aplicáveis ao processo civil coletivo; o aprimoramento das regras de competência; a revogação da limitação territorial para a coisa julgada; a ampliação da eficácia subjetiva da coisa julgada; a imposição de suspensão para os processuais individuais relacionados a ações coletivas; e a flexibilização das normas procedimentais<sup>159</sup>.

Contudo, o Projeto 5139/2009 ainda não deslindou. O PL foi apresentado em

---

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 206.

<sup>159</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública. In: MOREIRA, Alberto Camiña; *et. al.* (coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo, Saraiva, 2011.

29/04/2009 pelo Poder Executivo, com despacho à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O relator, Dep. Carlos Biscaia, apresentou parecer com substitutivo, rejeitando 96 emendas e aprovando 4 emendas.

A matéria foi colocada em pauta em novembro de 2009, recebendo vista conjunta. Foram apresentados 4 votos em separado. O relator apresentou novo parecer em 04/03/2010, pela aprovação com acatamento de mais 12 emendas. Em março de 2010, a matéria foi rejeitada na CCJC e o novo relator designado foi o Dep. José Carlos Aleluia, que apresentou parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição.

O parecer foi aprovado, tendo sido apresentado recurso para apreciação em plenário pelo Dep. Carlos Biscaia. Então, atualmente, aguarda-se a deliberação em plenário acerca do respectivo recurso. Ou seja, não há nada definitivamente deliberado e decidido.

À parte disso, sobrevieram alguns outros projetos de lei objetivando a ampliação dos instrumentos para dar efetividade à tutela coletiva e otimizar o microsistema, tal qual o Projeto de Lei do Senado 282/2012 objetivando reformas nas normas processuais coletivas do CDC.

O PL 282 foi apresentado pelo senador José Sarney como o anteprojeto resultante da conclusão dos trabalhos da Comissão de Juristas encarregada de estudar e propor alterações no Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, o PL foi encaminhado à Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor.

A Presidência decidiu anexar ao Projeto de Lei do Senado nº 282/2012 todas as proposições em curso ou as sobrestadas em tramitação na Casa que envolviam matéria relacionada com os projetos. Em março de 2014, a Comissão apreciou o parecer apresentado pelo relator, Sen. Ricardo Ferraço, em que se deliberou pelo desapensamento do PLS 282/2012, que passou a tramitar de maneira autônoma, em razão da natural complexidade do tema das ações coletivas, o qual demanda mais diálogo e amadurecimento pelo legislativo.

Pouco depois, a matéria foi despachada à Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Na Comissão de Meio Ambiente, o senador Romero Jucá foi designado relator; contudo, não apresentou parecer. Ao final da legislatura, a matéria, conseqüentemente, foi arquivada.

Houve também a proposição, perante a Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei 8058/2014, o qual pretendia instituir normas processuais especiais para o controle e intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, além de estabelecer parâmetros e limites para a atuação dos julgadores, das partes e representantes dos demais Poderes bem como da sociedade no enfrentamento de matérias de interesse geral.

Foi uma importante iniciativa legislativa que contou com o apoio da doutrina, sobretudo

para regular as atividades do juiz no controle de constitucionalidade e na legalidade dos atos ou omissões dos outros Poderes para que as decisões fossem proferidas de forma equilibrada.

Com esse Projeto, objetivou-se criar um processo ampliado de cognição e contraditório, incentivando o diálogo bem como a colaboração e intervenção do Poder Público e da sociedade nos processos de interesse público – uma das espécies do processo coletivo.

Depois de sua apresentação pelo deputado Paulo Teixeira, o Projeto de Lei (PL) foi encaminhado para análise nas Comissões de Finanças e Tributação (CFT) e Constituição e Justiça e de Cidadania para apreciação conclusiva.

No início do ano legislativo de 2015, a matéria foi arquivada e posteriormente desarquivada em decorrência de requerimento apresentado pelo autor. Na CFT, o deputado Espiridião Amin foi designado como relator, tendo sido realizada uma audiência pública após a aprovação de requerimento apresentado pelo autor da proposta.

Depois disso, o PL foi novamente arquivado e desarquivado em 2019, quando o deputado Enio Verri foi designado como relator do projeto na CFT, sem ter apresentado emendas na ocasião. Em 2023, o relator deixou de ser membro da Comissão e, desde então, aguarda-se a designação de um novo relator para o projeto. Ou seja: o projeto encontra-se paralisado.

Todo o panorama exposto demonstrou que, em 20 anos, não houve avanço concreto e significativo no âmbito legislativo acerca do insolucionado problema que envolve o processo coletivo e o seu denominado microssistema. Embora tenham ocorrido diversas tentativas, até o momento, nenhuma lei que, efetivamente, unifique e sistematize o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro foi aprovada. Logo, ainda não há um instrumento legislativo abrangente e coeso para tutelar os interesses coletivos de forma uniforme e eficiente. Chegar a uma conclusão sobre os motivos pelos quais o cenário é este não é óbvio, tampouco simples.

Fato é que as lacunas presentes dentro e fora do chamado microssistema permanecem e, com isso, são aplicadas legislações de forma subsidiária – como é o caso do CPC –, as quais não foram promulgadas para atender às demandas coletivas.

### **3.4 Atenuação das marcas do processo individual no coletivo**

É indiscutível que o surgimento de um novo modelo de litígio no âmbito do Processo Civil nos Estados Unidos ocorreu em razão das inúmeras transformações econômicas e sociais

que lá aconteceram e que fugiram do modelo tradicional, liberal e individual anterior<sup>160</sup>.

Foi justamente a transformação social – política e econômica – que trouxe à tona os litígios de interesse público, os quais, por si, são mais abrangentes porque são destinados, de maneira geral, à coletividade. E isso demandou, para além de uma revisão, um novo modelo de processo para atender à nova realidade social bem como a redefinição do papel do juiz no exercício da jurisdição.

Esse modelo tem características próprias: estrutura policêntrica; proatividade do magistrado; construção de decisões negociadas; provimentos judiciais com conteúdo prospectivo, flexível e específico ao caso concreto; participação da Corte na implementação e efetivação do julgado<sup>161</sup>.

Há, portanto, uma maior abertura para a intervenção de terceiros, sendo que as decisões, enquanto prospectivas, pretendem determinar a forma pela qual a relação jurídica litigiosa vai se estabelecer no futuro, não estando restrita à declaração e consequências das condutas pretéritas. Há um maior incentivo à conciliação e solução consensual entre as partes e, também, à participação proativa do julgador com relação a apuração e estabelecimento dos interesses fáticos do processo<sup>162</sup>.

A realidade social descrita é a norte-americana, mas é inevitável fazer um paralelo com o que ocorreu no Brasil – afinal, há tempos o sistema brasileiro também conta com conflitos de interesse público e com mecanismos para tutelar esses direitos.

Embora o sistema processual individual seja aplicável ao chamado microsistema coletivo, para tratar efetivamente os conflitos coletivos brasileiros é necessária a implementação e adoção de um modelo processual diferente, afinal, o modelo clássico é destinado aos conflitos individuais e, por isso, é inadequado para esse desiderato.

A legislação processual sobre a matéria coletiva é vasta, mas não é suficiente. A centralização da técnica processual na LACP e no CDC somada à subsidiariedade de aplicação do CPC não resolve todas as omissões ainda existentes no processo coletivo.

Desde logo, isso é perceptível mediante a ausência de normas que assegurem, clara e explicitamente, como se deslindaria a participação dos membros da coletividade envolvida na demanda ou de seus representantes. Nesse ponto, Sergio Cruz Arenhart assevera que a tutela coletiva nacional não é uma técnica que permite à coletividade manifestar os seus interesses,

---

<sup>160</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Ibid.

afinal, o legitimado coletivo pode promover a defesa do interesse coletivo enquanto representante sem estar obrigado a consultar qualquer membro da coletividade<sup>163</sup>.

O objeto do processo – pedido e causa de pedir – também é estático, enquanto que as questões preclusivas incidentais e a coisa julgada são tratadas da mesma forma que nas demandas para solucionar litígios individuais – o que sequer faz sentido, por exemplo, quando se fala na busca de tutelar os direitos difusos, caracterizados pela sua mutabilidade e dinâmica<sup>164</sup>.

A sequência de atos processuais e as formalidades dos prazos processuais – ambos rígidos e destinados às demandas individuais – podem ser considerados insuficientes quando falamos de uma demanda coletiva, que é muito mais complexa e envolve inúmeros interesses. Inclusive, nesse aspecto, para assegurar o contraditório e a ampla defesa, se mostra imprescindível a flexibilização dos prazos e dos atos processuais nas demandas coletivas.

O cumprimento das decisões judiciais proferidas nas demandas coletivas também é um problema, sobretudo quanto à sua efetividade e ao atendimento das necessidades da coletividade envolvida. É por isso que as discussões acerca da adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos nas demandas coletivas têm ganhado grande espaço, a fim de flexibilizar a estaticidade da coisa julgada das decisões proferidas em processos coletivos.

Logo, percebemos que, ainda que existam legislações específicas para o direito coletivo, ele é tratado como se fosse uma demanda individual, restrito à rigidez procedimental estipulada no CPC.

Contudo, como vimos, o modelo do CPC – ainda que tenha sofrido alterações – possui destino, de sobremaneira, à solução de interesses individuais e bipolarizados, os quais são tratados de forma estática – o que, evidentemente, não é adequado para solucionar a maior parte dos litígios coletivos.

É evidente, portanto, a necessidade de se adotar um novo paradigma de processo em torno dos processos coletivos, especialmente diante da evolução constante da sociedade e dos conflitos surgidos em seu âmbito, direcionado à revisão conceitual de técnicas presentes no CPC, à estipulação de técnicas adequadas aos processos coletivos e à desvinculação do procedimento padrão tradicional quanto aos poderes do julgador.

---

<sup>163</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 477-478.

<sup>164</sup> COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397- 421.

A seguir, analisaremos uma das técnicas processuais rígidas previstas no CPC, que foi originalmente elaborada para ser aplicada em demandas individuais, mas que, tal qual exposto neste subcapítulo, também, merece ajustes quando utilizada em processos coletivos.

#### 4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA

A nova ordem político-social instaurada mediante as transformações do século XX desaguou também no processo civil. E, mais precisamente, nas técnicas processuais, afinal, a demora atinente à busca do mais alto grau de certeza do direito e da segurança jurídica atrelada à coisa julgada não era um cenário satisfatório. Operou-se, com isso, não só a incorporação de valores político-sociais no próprio processo, mas uma nova modalidade de interpretação do direito e das leis<sup>165</sup>.

Nesse ponto, Cândido Rangel Dinamarco, na sua segunda fase, afirmou que uma boa ordem processual é aquela baseada nas probabilidades e nos riscos, para além da certeza:

Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou para atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros<sup>166</sup>.

Percebemos isso mediante a garantia constitucional da instrumentalidade das formas – chamada por Cruz e Tucci como “Garantia do processo sem ilações indevidas”<sup>167</sup> – atrelada à tempestividade da tutela jurisdicional. Isso também faz parte da nova ordem político-social do país.

Foi daí que a justiça do processo passou a estar consubstanciada na sua celeridade, a tutela jurisdicional na tutela tempestiva e o devido processo legal no tempo e forma como o direito material demanda, para além da participação das partes. Repetimos mais uma vez: o constitucionalismo passou a estar também presente na esfera processual.

Então, a celeridade realmente tomou enfoque. Nas palavras de Barbosa Moreira:

[...] se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço<sup>168</sup>.

Por meio do art. 5º, inc. XXXV da Constituição que estabeleceu que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, surgiu, daí, “A raiz constitucional

<sup>165</sup> ARRUDA, Alvim Netto. A evolução do direito e a tutela de urgência. *In*: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares** – estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 939.

<sup>166</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 7. ed., Malheiros, 1999, n. 33, p. 238.

<sup>167</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo Civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 234.

<sup>168</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **RDC**, [s. l.], v. 102, n. 6, 2001.

Disponível em:

[https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_06\\_36.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_36.pdf). Acesso em: 17 out. 2024, p. 232.

da antecipação de tutela”<sup>169</sup>. Mas, é claro que a celeridade não seria buscada a qualquer custo, afinal:

A adoção dessa premissa metodológica manda, em primeiro lugar, que todos os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos, se receber um culto fetichista que desfigura o sistema. Manda também que eles sejam interpretados sistematicamente e em consonância com os valores vigentes ao tempo da interpretação. Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva; muitas vezes, também, é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos a rumos indesejáveis<sup>170</sup>.

Então, seria necessário seguir o comando constitucional de processo célere e efetivo para combater as causas da lentidão da prestação jurisdicional. E, diante dos múltiplos fatores que desaguam na lentidão do Poder Judiciário, podemos imaginar como solução, mediante uma visão instrumentalista, a utilização de uma técnica processual adequada que, no próprio processo, tão logo efetive o direito material<sup>171</sup> com medidas urgentes que objetivem mitigar os efeitos prejudiciais do tempo no processo.

Este foi um dos objetivos do já abordado anteprojeto do novo Código de Processo Civil: privilegiar a celeridade do processo e buscar uma tutela jurisdicional justa e tempestiva. Tal cenário é presente em vários pontos do CPC de 2015, mas, este trabalho se restringirá àquele ponto abordado no Livro V, Título I – o qual aborda as Tutelas chamadas de provisórias na legislação, que serão aqui denominadas de maneira diferente, conforme se explicará na sequência – e vinculá-lo ao seu objetivo comum com a tutela coletiva: para além da tempestividade, entregar o acesso à justiça e a efetividade do processo aos tutelados.

É impossível fugir do binômio técnica processual e tutela dos direitos para compreender o processo civil no Estado Constitucional e atingir a sua finalidade<sup>172</sup>. Por isso, depois de identificar quais são os direitos a serem tutelados nas ações coletivas, torna-se necessário aferir quais são as técnicas processuais possivelmente prestadas para a entrega do direito material pretendido.

E, para tutelar os direitos coletivos – não somente os coletivos, é claro – e garantir-lhes a verdadeira proteção, é possível utilizar algumas técnicas processuais, sendo que uma

---

<sup>169</sup> ARRUDA, Alvim Netto. A evolução do direito e a tutela de urgência. *In*: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares** – estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 426.

<sup>170</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relendo princípios e renunciando a dogmas. *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.

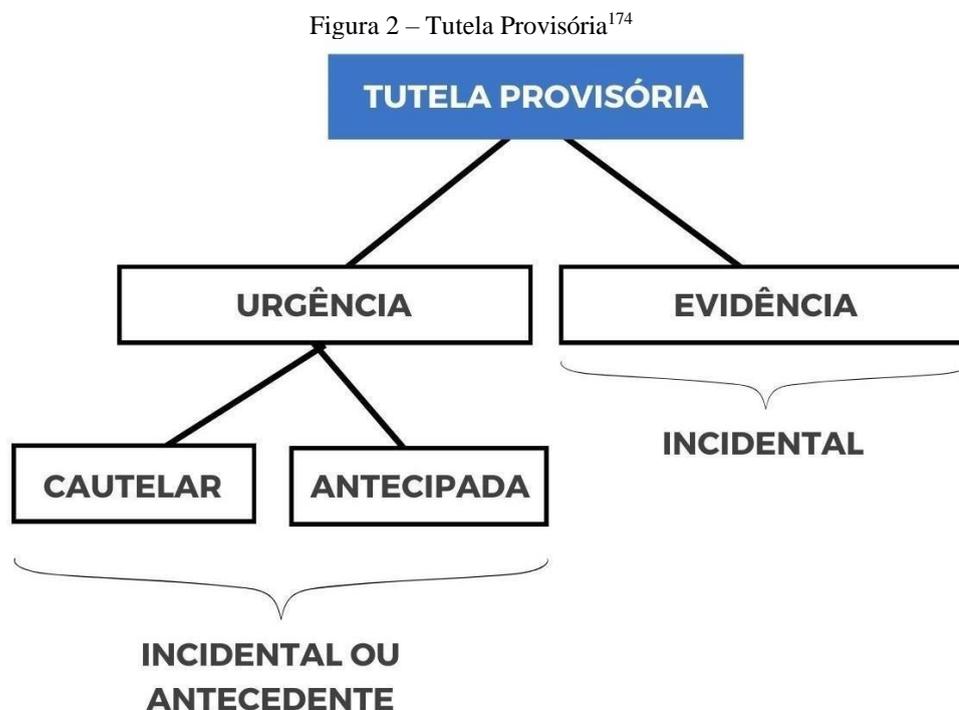
<sup>171</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 302.

<sup>172</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 60.

delas será agora abordada: o instituto da tutela de urgência antecipada.

#### 4.1 A abordagem das tutelas de urgência no CPC

Partindo do art. 294 do CPC<sup>173</sup>, percebemos que uma das técnicas para tutelar os direitos é disposta no Código da seguinte forma:



Nesse aspecto, Benedito Cerezzo Pereira Filho e Rodrigo Nery entendem que:

[...] é importante registrar o equívoco cometido pelo legislador do CPC/15 ao rotular, no Livro V, Título I e art. 294, “Tutela Provisória” como “gênero” e “Urgência” como espécie, a demonstrar falta de compreensão sobre a relevância das técnicas processuais – tutelas – para a devida tutela do direito<sup>175</sup>.

Não é de maneira diferente que entende Luiz Guilherme Marinoni quando aborda o tema<sup>176</sup>. Concluindo aquilo que defende o autor, podemos imaginar que essa técnica para a

<sup>173</sup> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

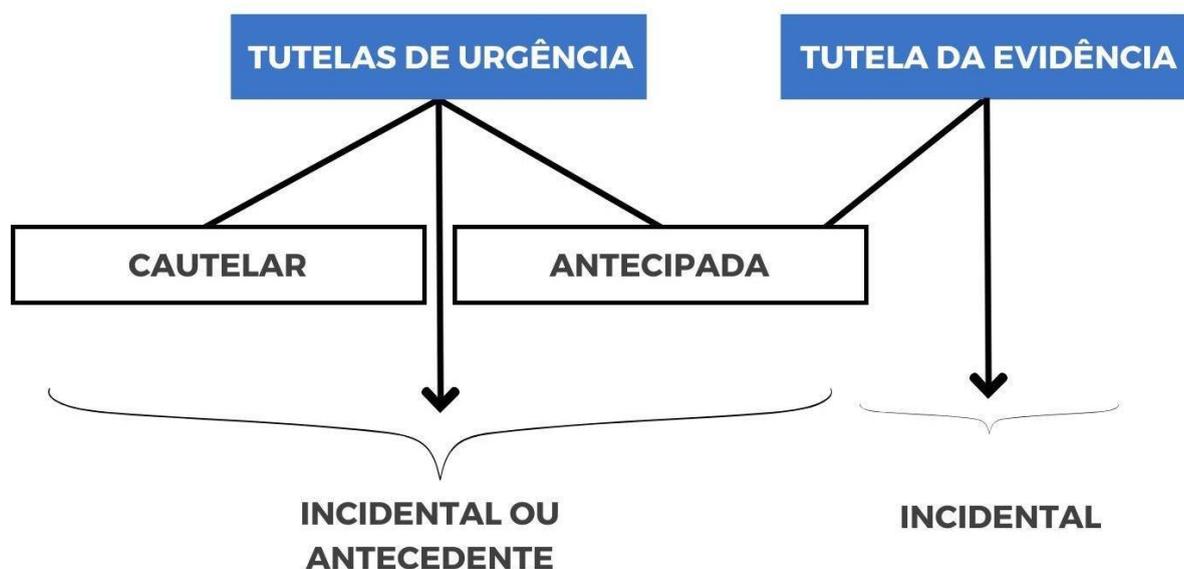
<sup>174</sup> Elaborado pela autora (2024).

<sup>175</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **Fato e direito no recurso especial: o mito da distinção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 115.

<sup>176</sup> Em seu livro “Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça” o autor separa as técnicas em tutela da urgência e tutela da evidência, sendo que esta é sempre concedida em caráter antecipada, enquanto que aquela pode ser concedida também em caráter cautelar, para além do antecipado. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

tutela de direitos deveria estar disposta no CPC da seguinte forma:

Figura 3 – Tutelas de urgência e da evidência<sup>177</sup>



À parte dessas considerações, é indiscutível que a decisão que concede uma tutela, nomeada de provisória no CPC, é baseada em um juízo de cognição sumária consubstanciado na probabilidade – e não na certeza.

Justamente essas limitações de cognição é que desaguam na potencial falta de definitividade da situação jurídica julgada – a qual pode ser modificada quando reavaliada a questão sob a cognição exauriente, na sentença ou em outra oportunidade processual – sem prejuízo à sua imediata eficácia<sup>178</sup>.

É mediante essa técnica que é possível antecipar à parte interessada as medidas que só poderiam ser realizadas ao final do processo, em caso de procedência do pedido e após o encerramento definitivo processual – leia-se trânsito em julgado.

Nos termos daquilo que consta no CPC, podemos subdividir o instituto entre tutelas de urgência e tutela da evidência; aquela pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental, enquanto que esta poderá ser requerida tão somente em caráter incidental (art. 294<sup>179</sup>).

<sup>177</sup> Elaborada pela autora (2024).

<sup>178</sup> GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. XIV, n. 1, p. 296-330, 2015. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>. Acesso em: 07 mar. 2024.

<sup>179</sup> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

O CPC também disciplina em seu art. 311 a tutela da evidência – a qual prescinde de urgência para ser concedida – porquanto “será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”.

A evidência é identificada nas hipóteses em que o direito da parte requerente é tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz, desde que enquadrado nas hipóteses do artigo 311<sup>180</sup>, sempre à vista da defesa apresentada:

- [...] I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

À parte disso, é importante mencionar que será realizado um recorte com relação a essa técnica processual; o foco deste trabalho serão as tutelas fundadas na urgência, as quais poderão satisfazer ou acautelar direitos, incidental ou antecedentemente, mediante provimentos provisórios baseados em cognição sumária<sup>181</sup>. Para tanto, é necessário entender a trajetória e funcionamento da técnica.

## 4.2 Tutelas de urgência: breve histórico e atualidade

---

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

<sup>180</sup> Fredie Didier Jr. afirma que, além das hipóteses constantes no art. 311, a tutela da evidência é disposta em outros dispositivos legais no próprio CPC: na tutela antecipada satisfativa da ação possessória (art. 562), nos embargos de terceiro (art. 678) e na ação monitória (art. 700, CPC) DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2016. v.2, p. 619.

Observe-se:

Art. 562, CPC/15: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”.

Art. 678, CPC/15: “A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido”.

Art. 700, CPC/15: “A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

- I - o pagamento de quantia em dinheiro;
- II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
- III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer”.

<sup>181</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 209.

O CPC/73 foi o primeiro código processual civil brasileiro que destinou um livro próprio ao processo cautelar. Nas disposições gerais anteriormente previstas no artigo 798 do CPC/73, constava que o juiz poderia “(...) determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação”.

O dispositivo exaltou o poder cautelar geral do juiz<sup>182</sup>, o qual poderia ser exercido incidentalmente ou em demanda autônoma – revestida do pedido, resposta, fase instrutória e sentença –, tendo como objetivo a preservação da utilidade final do resultado do processo, esteja ele na fase de conhecimento ou de execução<sup>183</sup>.

O CPC/73 também previa a possibilidade de instauração antecedente ou incidental da medida cautelar (artigo 796<sup>184</sup>), de concessão liminar da medida cautelar (artigo 804<sup>185</sup>), de determinação para que a parte autora ajuizasse a ação principal no prazo de 30 dias a partir da efetivação da medida cautelar – quando concedida em procedimento preparatório – (artigo 806<sup>186</sup>) e a viabilidade de o juiz, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida cautelar concedida (artigo 807<sup>187</sup>).

Na redação original do CPC/73, o artigo 928<sup>188</sup> era o único que previa a tutela de urgência satisfativa, regulamentando as ações de natureza possessória e permitindo a concessão liminar da reintegração ou mantimento da posse, desde que preenchidos os correlatos requisitos legais constantes no aludido artigo.

A ausência de previsão legal de antecipação dos efeitos da tutela ao final pretendida em ações de outra natureza levou à utilização das medidas cautelares em situações de urgência com cunho satisfativo e não apenas para assegurar o direito ao final pretendido.

---

<sup>182</sup> O aludido poder permanece no atual CPC, nos moldes do Enunciado n.º. 31 do FPPC: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.

<sup>183</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 110-111.

<sup>184</sup> Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

<sup>185</sup> Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que determinará que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

<sup>186</sup> Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

<sup>187</sup> Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

<sup>188</sup> Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

O contexto deu origem à teoria da ação cautelar satisfativa, bastante rechaçada por Marinoni<sup>189</sup> e João Batista Lopes<sup>190</sup>, os quais afirmam que a prestação jurisdicional satisfativa é missão totalmente distinta da cautelar: quem acautela não satisfaz. Isso, porque a cautelar é uma tutela que assegura o direito pretendido, não podendo ser confundida ou somada à sua satisfação. Além da doutrina, os tribunais também não aceitavam o uso da cautelar com vistas à satisfação do direito, ainda que essa utilização fosse indispensável à realização do direito fundamental de ação<sup>191</sup>.

Diante do “uso indiscriminado de gambiarras processuais”<sup>192</sup> e preocupado em tornar mais célere a prestação jurisdicional, foi na década de 90 que o instituto da tutela antecipada tomou importância no Brasil. Em 1994, o legislador alterou a redação dos artigos 273 e 461 do CPC/73, mediante a Lei 8.952. O art. 273 instituiu o poder geral de antecipação<sup>193</sup>. *In verbis*:

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 execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 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.

A partir do requerimento da parte, tratou-se de “generalização do poder de antecipar, sempre que, sendo provável ou verossímil o direito, haja perigo na demora ou venha o demandado empregando artifícios desleais no processo”<sup>194</sup>. Sobre isso, nos ensina Theodoro Junior:

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere

<sup>189</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992, p. 79.

<sup>190</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 102.

<sup>191</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 65.

<sup>192</sup> SOARES DA COSTA, Adriano. Morte processual da ação cautelar? In: *Grandes temas do Novo CPC*, v.6: tutela provisória / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; coordenadores, Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 25.

<sup>193</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

<sup>194</sup> *Ibid.*

a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou. Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte. Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva. Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida<sup>195</sup>.

Mas isso não quer dizer que o instituto foi ali criado, afinal, como já mencionamos, as tutelas de urgência já eram prevista nas ações possessórias; e mais: na lei do mandado de segurança, revogada pela Lei 12.016/2009, no CDC e na LACP também.

A lei do mandado de segurança (1533/1951), que alterava disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança, não trazia, de forma explícita, a previsão de uma "tutela de urgência", mas a sua redação previa medidas urgentes que poderiam ser concedidas de forma antecipada pelo juiz. O artigo 7º, II<sup>196</sup> da lei estabelecia que o juiz poderia conceder liminar para suspender os efeitos de um ato administrativo que fosse considerado ilegal, sem a necessidade de o impetrante provar a urgência.

Com a Lei nº 12.016/2009, que alterou a lei do mandado de segurança, permitindo que se aplicassem, de forma subsidiária, as disposições do Código de Processo Civil, o conceito de tutela antecipada passou a ser mais diretamente incorporado ao sistema processual, permitindo a concessão de liminares em mandados de segurança com base nos critérios de urgência e plausibilidade do direito, estabelecidos no CPC.

Na mesma linha era o CDC<sup>197</sup>, em que se permitia a adoção de medidas urgentes nas hipóteses de risco de danos irreparáveis ou de difícil reparação ao consumidor bem como a LACP<sup>198</sup>, concedia ao juiz o poder de conceder um mandado liminar, com ou sem justificação

<sup>195</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada e tutela cautelar**. Revista de Processo, vol. 742, p. 40-56. São Paulo: RT, Ago/1997, p. 48.

<sup>196</sup> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...)

II: que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando fôr relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

<sup>197</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...] § 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 após justificação prévia, citado o réu.

<sup>198</sup> Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

prévia, em uma decisão sujeita a agravo.

Feito esse recorte – o qual será aprofundado no subcapítulo que versa sobre as tutelas de urgência no microssistema coletivo -, é perceptível que a inserção expressa da técnica no sistema processual brasileiro foi resultado da necessidade de contar com mecanismos mais eficazes para prestar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos<sup>199</sup>.

Na mesma esteira, o art. 461, também introduzido em 1994 mediante a Lei 8.952, generalizou o provimento mandamental:

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 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-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Percebe-se que o objetivo, de fato, era combater os efeitos nocivos que o tempo viria a causar no processo, para além de tratar adequadamente aquelas situações que exigiam muito mais do que a simples restituição monetária ao final da demanda.

Nos termos do que entende Guilherme Puchalski Teixeira, as principais inovações geradas pelo texto foram:

a) a consagração de modelo sincrético de ação, por dispensar a necessidade de instauração de processo subsequente de execução para a efetivação do comando sentencial;

b) tutela jurisdicional que privilegia a obtenção do resultado específico da obrigação, seja pelo cumprimento específico, seja através do resultado prático equivalente;

(...)

e) imposição de mecanismos executivos de sub-rogação, gerados através da aplicação de medidas capazes de reproduzir o resultado específico da obrigação, independentemente da vontade do réu;

f) antecipação dos efeitos da sentença (tutela antecipada específica), visando a preservar a utilidade da prestação jurisdicional específica (§ 3º, art. 461 c/c art. 273)

(...)

g) subsidiariedade da solução indenizatória (tutela ressarcitória), reservada às

<sup>199</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

hipóteses de simples opção pelo credor e em casos de impossibilidade da reprodução do resultado específico ou prático equivalente da obrigação.<sup>200</sup>

Ainda que no contexto da "ruptura do paradigma conhecimento-execução"<sup>201</sup>, não há como olvidar que, embora a inovação legislativa previsse a possibilidade de generalização do provimento mandamental no procedimento comum, a sua aplicação era acompanhada de diversos óbices, os quais não eram empregados nos procedimentos especiais do Código.

Essa diferença reforça o caráter ideológico, inerente aos procedimentos especiais do CPC/73, conforme analisado no Capítulo 1 deste trabalho, evidenciando que, enquanto nos procedimentos especiais a técnica era utilizada de forma mais livre e efetiva, a sua aplicação no procedimento comum foi marcada por barreiras que restringiam a sua plena operacionalidade.

A despeito disso, Marinoni ensina que a técnica antecipatória é um instrumento que pretende garantir a efetividade do processo e atribuir igualdade de tratamento às partes, porquanto "é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo"<sup>202</sup>. O foco é um processo de resultados, portanto.

A última alteração do CPC/73 ocorreu em 2002, com a Lei 10.444 que, dentre outras inovações, alterou a redação do §3º, §6º e §7º do artigo 273<sup>203</sup>: (i) fazendo referência à efetivação da tutela antecipada nos moldes da execução provisória da sentença (artigos 588<sup>204</sup>,

<sup>200</sup> TEIXEIRA, G. P. O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 25, n. 25, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.73918. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/73918>. Acesso em: 24 nov. 2024.

<sup>201</sup> TEIXEIRA, G. P. O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 25, n. 25, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.73918. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/73918>. Acesso em: 24 nov. 2024.

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29.

<sup>203</sup> § 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.

§ 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." (NR)

<sup>204</sup> Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor;

II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III - fica sem efeito, sobrevivendo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Parágrafo único. No caso do n o III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

461, § 4º e § 5º<sup>205</sup> e 461-A<sup>206</sup>), que, por sua vez, também sofreu inúmeras alterações; (ii) autorizando a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso; e (iii) permitindo a fungibilidade entre o pedido cautelar e antecipatório. Sobre essa alteração, ensina George Marmelstein Lima:

Ou seja, agora não há como negar que a antecipação de tutela não possa ser concedida de ofício. E mais: tendo sido adotado expressamente o princípio da fungibilidade entre cautelar a antecipação de tutela pela mesma Lei 10.444/2002 (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), maior razão ainda para se aceitar a antecipação de ofício dos efeitos da tutela, pois a medida cautelar também pode ser concedida de ofício. Não seria lógico, portanto, que o juiz pudesse conceder, incidentalmente, nos autos principais, uma medida cautelar de ofício e não pudesse conceder a antecipação de tutela. Do contrário, e para satisfazer os que ainda relutam na aceitação da tese ora defendida, basta ressuscitar a vetusta medida cautelar satisfativa, que nada mais é do que a antecipação da própria tutela final definitiva com a forma de uma tutela cautelar. Assim, o juiz, ao invés de antecipar a tutela de ofício (que, para alguns, seria um absurdo), poderia obter o mesmo resultado concedendo, de ofício, nos próprios autos principais, uma medida cautelar satisfativa<sup>207</sup>.

E não foi só: ao já mencionado art. 461, foram acrescentados o §5º<sup>208</sup> e §6º<sup>209</sup>, os quais autorizaram a utilização de mecanismos sancionatórios coercitivos, com vistas a reforçar a executoriedade dos provimentos, como a multa processual coercitiva, alterável em sua

<sup>205</sup> 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.

(...)

§ 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-lhe 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 a 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.

<sup>206</sup> Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada 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 de 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 art. 461.

<sup>207</sup> Lima, George Marmelstein. “Antecipação De Tutela De ofício?”. Revista CEJ 6, no. 19 (dezembro 23, 2002): 90-93. Acessado novembro 24, 2024. //revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/511.

<sup>208</sup> § 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 a 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.

<sup>209</sup> § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

periodicidade e valor, caso venha a revelar-se inadequada ou insuficiente. Nas palavras de Puchalski Teixeira: “Este novo ferramental passou a contemplar técnicas distintas, com o propósito de dobrar a recalcitrância do devedor, ao prever: (i) mecanismos coercitivos ou de pressão psicológica [...]”<sup>210</sup>.

À parte das inúmeras mudanças ocorridas durante a vigência do CPC/73, as quais não serão aqui problematizadas, o CPC de 2015 extinguiu o livro do procedimento cautelar e as demais disposições esparsas correspondentes à tutela antecipada previstas no CPC/73 e trouxe uma nova sistematização à “tutela provisória” – sistemática que não será utilizada aqui, conforme já destacado.

Assim, a tutela fundada na urgência se subdivide em duas espécies: a cautelar e a antecipada. Embora sejam institutos “intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses”<sup>211</sup> – porquanto são espécies do gênero “tutela de urgência” – a natureza de ambas as técnicas é totalmente distinta. Nesse aspecto, afirma Dinamarco:

[...] comparando-os, percebe-se que essa comunhão de objetivos é um elemento muito mais significativo e perceptível que as diferenças entre eles, tanto que em inúmeros casos continua sendo equivocadamente afirmada ou pressuposta a natureza cautelar de certos provimentos que na realidade cautelares não são - é o caso, em primeiro lugar, da sustação de protesto e dos alimentos provisionais. Chega-se ao ponto de, numa postura fútil e pueril, dizer que alguma medida só pode ser considerada se for pedida a título de cautelar mas não, se pedida como antecipação de tutela jurisdicional - como se uma coisa fosse o que se diz que ela é e não o que é realmente, ou se a manipulação do nomen juris fosse suficiente para alterar a natureza das coisas. Assim, sendo tão intimamente ligados esses dois institutos, ao menos por analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar<sup>212</sup>.

Embora não possam ser colocadas lado a lado, ambas são técnicas de prestação da tutela jurisdicional que objetivam evitar os males que o tempo é capaz de causar no processo. Sobre isso, ensina Marinoni: “note-se que os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação são técnicas para a prestação adequada de tutela dos direitos. É nesta linha que é oportuna a distinção entre tutela e técnica para a sua concessão.”<sup>213</sup>.

Enquanto que os provimentos cautelares são medidas instrumentais ao processo que objetivam assegurar o seu resultado útil e possibilitar a entrega de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e justa, a antecipação da tutela influencia diretamente nas partes envolvidas,

<sup>210</sup> TEIXEIRA, G. P. O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 25, n. 25, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.73918. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/73918>. Acesso em: 24 nov. 2024.

<sup>211</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Regime jurídico das medidas urgentes. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 31.

as quais obtém, desde logo, total ou parcialmente, aquilo que pretendem obter como resultado final do processo.

O objetivo da tutela cautelar é proteger um direito cuja tutela está sob risco de perecer. Trata-se de uma “segurança-da-execução”, e não de uma “execução-para-segurança”<sup>214</sup>. Ainda que o conceito não seja definido no CPC, com a leitura do art. 301<sup>215</sup>, pode-se depreender o caráter assecuratório desse instituto. Nesse ponto, nos ensina Ovídio Baptista:

Nosso entendimento do que seja a satisfação de um direito toma este conceito como equivalente à sua realização concreta e objetiva. Satisfazer um direito, para nós, é realizá-lo concretamente no plano das relações humanas. Todo direito, tende, necessariamente, para a realização. O direito, pode-se dizer, é uma ordem normativa carente de realizabilidade prática. Podemos dizer, então, que os direitos tendem a realizar-se no plano social e a tutela cautelar é, precisamente, um instrumento eficaz concebido para assegurar a realização dos direitos. Nossa compreensão do que seja a satisfação de um direito corresponde rigorosamente ao entendimento do senso comum, para o qual satisfazer um direito é realizá-lo no plano social. Todo direito, e, correlativamente, todo dever que grava o sujeito passivo, obrigado a respeitá-lo e cumpri-lo, têm em seu núcleo um determinado verbo especial, através do qual é possível identificar a respectiva ação (de direito material) que o realiza<sup>216</sup>.

Vale trazer, ainda, o conceito trazido por Theodoro Junior:

Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de “assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil<sup>217</sup>”.

À parte disso, sobre a tutela de urgência antecipada, trata-se de uma técnica que atende de forma imediata o direito invocado pela parte que o requereu<sup>218</sup>. A tutela de urgência antecipada exige, além dos outros requisitos a seguir abordados, a reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória para a sua concessão. Isso consta no §3º do art. 300 do CPC: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Dessa forma, segundo o Código, a “reversibilidade dos efeitos da decisão” é um

<sup>214</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999, t. VI, p. 343.

<sup>215</sup> Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

<sup>216</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 6.. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. V.1., p. 38.

<sup>217</sup> Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume II, Editora Forense, 36ª edição, 2004, p. 531

<sup>218</sup> MUNIZ FILHO, José Humberto Pereira; GUIMARÃES, Daniel Miaja Simões. Tutela de urgência antecipada: um ensaio topográfico sobre sua satisfação. In: DIDIER JR., Fredie; **Grandes temas do Novo CPC**, v.6: tutela provisória. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 227.

requisito para a concessão apenas da tutela de urgência antecipada – e não da cautelar. Nesse aspecto, Marinoni defende que a reversibilidade dos efeitos como requisito apenas à tutela de urgência antecipada não possui sentido algum, uma vez que:

[...] a irreversibilidade é resultado logicamente possível de toda e qualquer tutela provável, serve ela para evidenciar que o legislador resolveu prever o óbice da irreversibilidade apenas a uma das formas de tutela de urgência – à tutela antecipada<sup>219</sup>.

Sabe-se que a irreversibilidade da situação tornaria o processo inútil, afinal, a imutabilidade da situação concreta dispensaria qualquer discussão de impossível solução na prática<sup>220</sup>. Trata-se de um meio de frear eventuais abusos do uso da técnica, preservando o adversário contra os excessos da medida.

Em contrapartida, a irreversibilidade dos efeitos da decisão não pode ser vista de forma absoluta: a proporcionalidade dos valores em jogo deve sempre ser uma opção. Acerca disso, nos ensina Fredie Didier Jr.: “Deve-se dar primazia à efetividade da tutela com sua antecipação, em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar sua irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia”<sup>221</sup>.

E é dessa mesma forma que entendem Marinoni, Muniz Filho e Guimarães: o indeferimento da tutela de urgência antecipada sob o fundamento de que a medida seria irreversível é desarrazoado, porquanto resultaria na proteção do direito improvável e, portanto, na possível lesão irreversível do direito que tem a maior probabilidade de ser reconhecido<sup>222</sup>. Aliás, nos ensina criteriosamente, Marinoni:

É inegável que a tutela antecipada que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipada deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar ato contrário ao direito ou dano e, em casos excepcionais, até mesmo produzindo efeitos fáticos irreversíveis, já que o juiz, por lógica, não pode permitir prejuízo irreversível ao direito provável sob a justificativa de que a sua decisão não pode causar prejuízo irreversível ao direito improvável. Isso seria obrigar a jurisdição a tutelar o direito

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 69.

<sup>220</sup> Nesses mesmos termos entendem Teori Albino Zavascki e José Roberto dos Santos Bedaque. *In*: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 97 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 342.

<sup>221</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016. v.2., p. 613-615.

<sup>222</sup> MUNIZ FILHO, José Humberto Pereira; GUIMARÃES, Daniel Miaja Simões. Tutela de urgência antecipada: um ensaio topográfico sobre sua satisfação. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). **Grandes temas do Novo CPC**, v.6: tutela provisória. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 227.  
MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 124.

improvável<sup>223</sup>.

De todo modo, a potencial reparação dos danos causados em razão da efetivação da tutela de urgência – seja ela cautelar ou satisfativa – está disciplinada no art. 302 do CPC<sup>224</sup> bem como a sua prévia assecuração de reparação a ser exigida, ou não, pelo juiz para ressarcir os eventuais danos que o requerido possa vir a sofrer (art. 300, §1º, CPC<sup>225</sup>).

De mais a mais, a junção de objetivos é um elemento muito mais importante que as potenciais diferenças existentes entre essas duas espécies de tutela de urgência. Por isso, é indiscutível que o tratamento a ser dado a ambas as espécies é o mesmo, afinal: “só pela lógica do absurdo se poderia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte que optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória”<sup>226</sup>.

À parte da irreversibilidade, corolário da perceptível fungibilidade entre as técnicas estão os mesmos requisitos para a sua concessão: a “probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, nos termos do art. 300 do CPC<sup>227</sup>.

A probabilidade do direito, antes referida como *fumus boni iuris*, consiste na admissibilidade de existência do direito, diante dos elementos trazidos pelo autor. É a soma da verossimilhança fática à plausibilidade jurídica<sup>228</sup>.

A verossimilhança fática é a constatação de coerência da narrativa dos fatos contados pelo demandante<sup>229</sup>, afinal, “É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova”<sup>230</sup>, sem olvidar que a produção de

<sup>223</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 126.

<sup>224</sup> Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

<sup>225</sup> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

<sup>226</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Regime jurídico das medidas urgentes. *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

<sup>227</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

<sup>228</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016.

<sup>229</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 336.

<sup>230</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016.

provas pré-constituídas é possível para dar mais força a esse requisito.

Já a plausibilidade jurídica é a coerência entre os fatos narrados e a norma invocada, gerando a possibilidade dos efeitos pretendidos<sup>231</sup>. Ou seja: é a verificação de que, na situação concreta, é possível a aplicação da norma que se invoca. Até porque, de nada adiantaria verificar a veracidade dos fatos, se o pedido não é passível de deferimento em razão da inaplicabilidade da norma ao caso.

Nesse aspecto, Didier Jr. ressalta a impossibilidade de mensurar exatamente os elementos caracterizadores da probabilidade do direito, porquanto o magistrado deve realizar uma percepção casuística, se convencendo motivadamente, sob uma análise geral, que são grandes as chances de vitória da parte<sup>232</sup>.

Por outro lado, antes chamado de *periculum in mora*, o comprometimento da efetividade do direito diante do perigo da demora no alcance da prestação jurisdicional, também é um elemento que deve ser evidenciado para a concessão da tutela antecipada de urgência.

Nem sempre é necessário o risco de dano (art. 497, parágrafo único, CPC), mas o que o justifica é a concretude, a atualidade, a gravidade e a chance de irreparabilidade ou de difícil reparação. Nessa esteira, o dano deve ser certo – e não hipotético, decorrente de mero temor da parte –, iminente de ocorrência, média a grandemente grave (a ponto de impedir a efetividade do direito) e, por fim, irreversível ou de difícil reversibilidade<sup>233</sup>.

Embora a probabilidade do direito e o perigo da demora estejam dispostos como cumulativos no Código, Leonardo Feres da Silva Ribeiro entende que os requisitos devem atender proporcionalmente à “regra da gangorra”, isto é, o magistrado deve analisar a intensidade do perigo da demora: quanto maior o perigo, menos importância será dada à probabilidade do direito (que, ainda que mínima, deve estar presente) e maiores serão as chances de deferimento do pedido<sup>234</sup>.

Nessa mesma linha entende Eduardo José da Fonseca Costa, quando afirma que os requisitos podem ser compensados entre si, sendo possível a concessão da tutela diante apenas de uma urgência extrema, mesmo que a probabilidade do direito seja frágil, e vice-versa<sup>235</sup>.

É importante mencionar que o Código traz a possibilidade de caução real ou fidejussória para assegurar que serão ressarcidos os eventuais prejuízos decorrentes da concessão da tutela

---

<sup>231</sup> Ibid, p. 608.

<sup>232</sup> Ibid, p. 609.

<sup>233</sup> Ibid, p. 610.

<sup>234</sup> RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. **Tutela provisória:** tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2015, p. 203-204.

<sup>235</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-175.

antecipada de urgência, com a ressalva, já reconhecida pela doutrina, jurisprudência e pelo art. 300, §1º do CPC<sup>236</sup>, de que ela pode ser dispensada em face da hipossuficiência da parte interessada.

Essa exigência ocorre nos casos em que o juiz, prevendo uma chance de revogação ou modificação da decisão, assegura os meios para a reparação de danos ocasionados pela concessão da tutela de urgência. Segundo o CPC, a caução para a concessão de tutela antecipada de urgência deve ser suficiente e idônea, arbitrada em plano pelo juiz, nos moldes do cumprimento provisório de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Além disso, não só na hipótese de hipossuficiência da parte, mas a caução pode ser dispensada nas hipóteses abarcadas no art. 521 do CPC<sup>237</sup>.

Restando dúvidas a respeito do preenchimento dos requisitos nos casos em que a decisão é dada sem a oitiva do réu, o juiz poderá, excepcionalmente, designar audiência de justificação (art. 300, §2º, CPC<sup>238</sup>), para a produção de prova oral pelo autor, a fim de complementar as provas destinadas a demonstrar as suas alegações. Realizada a justificação prévia e convencendo-se o juiz da presença dos respectivos requisitos, será deferida a tutela antecipada.

Assim, demonstrada a probabilidade do direito e o perigo da demora em concedê-lo ao autor, a qual comprometeria o resultado útil do processo, a tutela antecipada de urgência poderá ser concedida, visando solucionar situações que não podem aguardar a resolução judicial ordinária.

Esses dois requisitos expostos são comuns, independentemente da natureza da tutela de urgência pretendida, seja ela antecipada ou cautelar, sendo que, em ambos os casos, a concessão poderá ter caráter antecedente ou incidental.

### **4.3 Tutelas de urgência e tutela coletiva**

Esmiuçadas as previsões das tutelas de urgência previstas no CPC, se faz necessário

---

<sup>236</sup> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

<sup>237</sup> Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II - o credor demonstrar situação de necessidade;

III - pender o agravo do art. 1.042

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

<sup>238</sup> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

verificar os dispositivos específicos acerca do assunto encontrados na LAP, LACP, na Lei do Mandado de Segurança e no CDC, as quais foram rapidamente pinceladas em subcapítulo anterior.

Será feito um recorte com relação às legislações entendidas como as mais importantes, afinal, tal como explicado no segundo capítulo deste trabalho, são inúmeras as legislações que abarcam a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sua redação original, a Lei 4717/64 – a LAP – não abordava a possibilidade de liminares. Isso veio a acontecer apenas em 1977 – ou seja, antes de qualquer previsão na legislação processual civil brasileira –, quando se adicionou o § 4º ao art. 5º: “Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. A partir disso, a antecipação da tutela inibitória foi prevista na LAP.

Nesse ponto, parte da doutrina entende que o dispositivo se trataria de uma tutela cautelar, sendo que não haveria certeza sobre os requisitos necessários para a sua concessão, porquanto não foram inseridos na LAP<sup>239</sup>. Independentemente disso, se entende que, sendo pleiteada uma tutela de urgência de natureza cautelar, deve haver o cumprimento dos requisitos relacionados para a sua concessão.

Subsequentemente, as mudanças ocorridas em 1994 no CPC quanto ao poder geral de antecipação desaguaram também na LAP, afinal, o CPC era aplicado subsidiariamente “naquilo que não contrari[asse] os dispositivos desta Lei, nem a natureza específica da ação” (art. 22). Ou seja: os mencionados arts. 273 e 461, §3º do CPC de 73 passaram a ser aplicados à LAP à época e, agora, os dispositivos acerca da tutela antecipada previstos no atual CPC também são.

Além disso, o CDC também previu a concessão de liminar no seu art. 84, § 3º:

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

(...)

§ 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 após justificação prévia, citado o réu.

Inclusive, o dispositivo interage com o art. 12 da LACP, o qual também prevê decisão liminar para as ações coletivas:

---

<sup>239</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso entende que: “parece mesmo um tanto supérfluo, já que pretendeu afirmar uma tutela cautelar que já vinha assegurada pelo poder cautelar geral inerente à função judicial (CPC, arts. 798 e 799)”. *In*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 272.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Além do art. 12, a LACP conta com o art. 4º, dispositivo importante acerca da tutela de urgência cautelar:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A redação do art. 4º, acima, se deu pela Lei nº 13.004, de 2014, isto é: em um momento em que já existentes previsões sobre o instituto no CPC. Daí o questionamento acerca da necessidade ou objetivo dessa previsão, que veio a ocorrer em 2014.

E, da mesma forma como ocorre na LAP, não se abordam os requisitos para a concessão de uma tutela antecipada na LACP. De todo modo, a suspensão de segurança – expressa no §1º do art. 12<sup>240</sup> – é um instituto que, inicialmente, foi criado para decisões proferidas em mandado de segurança e, subsequentemente, para as decisões proferidas em ações civis públicas.

No texto legislativo, a suspensão de segurança permite que a eficácia da decisão antecipatória – ou da própria sentença – contra o poder público possa ser suspensa pelo Presidente do Tribunal ao qual o respectivo recurso foi destinado, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às economias públicas. O objetivo, ao que parece, é a proteção do interesse público coletivo, a ser utilizado de forma excepcional<sup>241</sup>.

<sup>240</sup> § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

<sup>241</sup> Não se deve esquecer do contexto histórico de época. Sobre isso, ensina Souza Prudente: “Ampliando o perfil adamantino da suspensão de segurança para incluir, autoritariamente, a execução de liminares nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no amparo do refrão normativo de conceitos difusos, com o suposto propósito de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sob o indistigável e ganancioso ideário capitalista selvagem do bloqueio dos cruzados, no governo Collor, em flagrante assalto aos ativos financeiros das economias populares, foi publicada a Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, dispondo sobre essa anômala figura, nos termos seguintes: “Compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (art. 4º, caput), “aplicando-se o disposto nesse artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado” (art. 4º, § 1º).” Prudente, Antonio Souza. 2015. “O TERROR JURÍDICO-

Por outro lado, a Lei 8.437/1992 – que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências – impossibilita a concessão de mandado liminar antes da oitiva do Poder Público, quando ele figurar como réu na demanda coletiva (art. 2º) e, ainda, exige a presença de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade como requisito ao deferimento da medida.

A natureza cautelar dessa suspensão de segurança em processos coletivos contra o Poder Público se sujeita a requisitos diferentes daqueles necessários para a concessão de uma tutela antecipada. Ao que parece, as consequências da decisão – a situação de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade e o objetivo de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às economias públicas – possuem mais importância que aqueles requisitos exigidos para a concessão de uma tutela antecipada de natureza cautelar.

Quanto à exigência do art. 2º da Lei 8.347/1992 – a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas –, percebe-se que ela impossibilita a concessão de uma tutela antecipada sem a oitiva da parte contrária. Isso, para Leonel, trata-se de visível inconstitucionalidade:

(...) as prescrições legais são inoportunas, contrariam a técnica processual e demonstram retrocesso, apresentando desequilíbrio com o restante do ordenamento processual (...) essas restrições são inconstitucionais por vários motivos, como, v.g., a violação dos princípios da igualdade e da inafastabilidade da jurisdição. Há ofensa ao princípio da igualdade, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, pois a discriminação só se justifica como afirmação do princípio, não como negação. O tratamento legislativo diferenciado apenas se legitima onde haja um fator de discriminação que apresente fundamento plausível. A diversidade de situações concretas inexistente na hipótese em exame, não se justificando o regime jurídico diferenciado para concessão de liminares quando o demandado, autor da lesão, é o poder público. [...] Configura-se, também, violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consistente na impossibilidade de subtração da apreciação judicial sobre toda e qualquer ameaça ou lesão ao direito. A previsão do direito constitucional de ação é o mais ampla possível. Não só a apreciação de lesão ao direito, mas também as ameaças a ele não podem ser afastadas da cognição jurisdicional e da concessão de tutela processual adequada. [...] Na prática, impedir a concessão da medida em caráter liminar é violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, impedindo o autor de postular e o Judiciário de conceder, a tutela adequada à situação concreta<sup>242</sup>.

Olvidando as alegadas inconstitucionalidades, em 2009, entrou em vigor a Lei 12.016, disciplinando o mandado de segurança individual e coletivo e prevendo em seu art. 22, § 2º que: “No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no

---

DITATORIAL DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”. *Direito Em Ação - Revista Do Curso De Direito Da UCB* 11 (2). <https://doi.org/10.18837/rda.v11i2.5857>.

<sup>242</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 300/301.

prazo de 72 (setenta e duas) horas”. Nesse aspecto, entendem José Miguel Garcia Medina e de Fábio Caldas de Araújo:

A norma estabelece uma fase de cognição prévia como meio de permitir a defesa antecipada da pessoa jurídica interessada. Os reflexos gerados pela concessão de liminar coletiva justificariam a criação desta audiência de justificação inversa. Note-se que a regra é a concessão de audiência prévia para o autor demonstrar a reunião dos requisitos legais para o juiz conceder a liminar. Aqui a hipótese é inversa, porque o texto legal presume o *periculum in mora in rem verso*. Esta presunção, no entanto, pode ser afastada, se evidenciadas circunstâncias em que a não concessão imediata da liminar permita a extinção do direito demonstrado pelo autor. Tal requisito, assim, não pode ser tido por absolutamente intransponível. Notando o órgão jurisdicional que a não concessão da liminar pode acarretar, de modo irreversível, o perecimento de direito demonstrado pelo autor da ação, deverá conceder a medida, a despeito do que dispõe o §2º do art. 22 da Lei 12.016/2009, sob pena de fazer letra morta os incs. LXIX e LXX do art. 5º da Constituição (bem como o art. 5º, XXXV, da mesma Carta)<sup>243</sup>.

Estudados, portanto, os principais dispositivos relativos à concessão das tutelas de urgência nas leis que circundam a tutela coletiva, necessário entender o motivo pelo qual a aplicação do instituto em uma ação coletiva se torna a concretização de um dos mais importantes princípios constitucionais: o princípio do amplo acesso à justiça.

#### 4.4 A concessão de tutelas de urgência em ações coletivas e o acesso à justiça

O princípio do amplo acesso à justiça é também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio da proteção judiciária ou princípio do direito de ação. Logicamente é um princípio constitucional (artigo 5º, inciso XXXV<sup>244</sup>) que deve ser pensado pelo CPC no atual modelo constitucional de processo, além de configurar a razão de ser da tutela coletiva. E mais: é um princípio que versa sobre a apreciação de lesão a direito sob a via repressiva – quando já constatada a violação – e preventiva – diante de qualquer ameaça. Ou seja, o cenário de concessão de uma tutela de urgência também é a concretização do princípio ao acesso à justiça, seja para prevenir, seja para estancar a violação de um direito.

Logo, é necessário esmiuçar cada um desses pontos enumerados.

Quanto ao modelo constitucional de processo, sabemos que ele impõe a interpretação e aplicação do processo civil de forma alinhada ao modelo constitucional, conformando-se aos princípios e garantias previstos na Carta Magna. Se o acesso à justiça é um princípio constitucional, então, o processo – e tudo o que dele deriva – deve ser interpretado com vistas a

<sup>243</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. São Paulo: RT, 2009. p. 224.

<sup>244</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

dar cumprimento a esse princípio.

Frise-se que o direito ao acesso à justiça é diferente do direito de ação processual, subordinado ao preenchimento das condições da ação, e o direito de petição, previsto no inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal<sup>245</sup>.

O acesso à justiça vai além do simples acesso a um tribunal. Trata-se da concreta obtenção da tutela efetiva de direitos lesados ou ameaçados de lesão<sup>246</sup>. Ou seja: o acesso à justiça, a ser pensado pelo processo civil, não se esgota com o ajuizamento da ação perante o Poder Judiciário. É necessário que existam meios de assegurar o cumprimento das decisões de modo que o direito seja, de fato, atendido; de modo seja obtido um resultado adequado da prestação jurisdicional<sup>247</sup>.

Um dos meios, por sua vez, é o instituto das tutelas de urgência, previsto no CPC. Mediante o artigo 5º, inciso XXXV da CF, além do princípio do acesso à justiça, percebe-se que há uma obrigação de que essa prestação jurisdicional seja entregue de maneira efetiva, incidindo o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

É necessário que a tutela jurisdicional seja prestada em tempo hábil à manutenção de sua pretensão. A partir disso, percebemos a importância do princípio da celeridade processual a ser respeitado pelo magistrado quando concede – ou não – tutelas de urgência como meio de permitir o amplo acesso à justiça.

O cenário envolvendo o CPC – e os demais dispositivos esparsos abordados no subcapítulo anterior – e a técnica da tutela de urgência, quando aplicado em uma demanda coletiva, apenas reforça o cumprimento ao amplo acesso à justiça, afinal, a tutela coletiva é um relevante instrumento para tanto.

Isso vai além do privilégio à economia e à celeridade processual, porquanto a ação coletiva também assegura a igualdade, a partir do momento em que possibilita a prevenção de contradições nas decisões.

Contudo, o que se olvida é que é os processos coletivos, em razão de sua importância social e da potencial diminuição do número de processos individuais que pode proporcionar, não deve ser tratado como um processo individual. E isso deve refletir também na postura do

---

<sup>245</sup> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)

<sup>246</sup> BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo; LTr, 2008, p. 152. No mesmo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela coletiva**: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 303.

<sup>247</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual teoria geral do processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça como tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. 2ª série. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 301.

jugador, sobretudo quando se depara com um pedido de tutela de urgência, seja ela antecipada ou cautelar.

Justamente em razão da natureza social das ações coletivas, é importante que o juiz, ao analisar o pedido, busque facilitar o acesso à justiça dos envolvidos, inclusive utilizando mecanismos para superar o excessivo formalismo processual e, assim, atingir a realização da justiça material – e não para, por meio do formalismo, obstar a finalidade essencial do processo coletivo e da técnica antecipatória, que é entregar a tutela jurisdicional de forma efetiva. Mas não só: entregá-la tempestivamente – afinal, se não é tempestiva, não é efetiva.

Entender de maneira contrária é desprestigiar o modelo constitucional de processo e o próprio objetivo principal de uma ação coletiva: ser um instrumento de garantia ao acesso à justiça. Entretanto, na atual conjuntura, o poder de flexibilização do respectivo formalismo está tão somente nas mãos do julgador. É desse ponto que se iniciará o próximo capítulo.

## 5 O PAPEL DA JURISDIÇÃO

Com o fim da Idade Média, em 1789, a Revolução Francesa oportunizou a assunção do poder pela burguesia. Tal poder, de forma geral, vê-se, inclusive, dentro do Legislativo, do Executivo e – o que mais nos interessa aqui – do Judiciário, “ao projetar um Estado cujas decisões políticas têm como desiderato o capital, porquanto submetidas a regras econômicas, condicionantes e sobrepostas aos interesses jurígenos”<sup>248</sup>.

O Direito Moderno era vinculado “a um legalismo cuja burocracia estatal favorec[ia]”<sup>249</sup>, ora com extrema demora, ora com rapidez invejável, a classe dominante”<sup>250</sup>. Inclusive, foi exatamente isso que percebemos na trajetória de ideologias do processo civil brasileiro, abordada no primeiro capítulo. Com os Poderes não foi diferente.

Com relação especificadamente à figura do juiz, ele seria, nesse contexto, “um inimigo considerável”<sup>251</sup>, porquanto antes era apenas um magistrado do Rei e passou então a ser um potencial controlador dos outros Poderes obedientes à burguesia.

Sobre isso, nos ensina Cerezzo Pereira Filho:

De tão bem engendrada, a magistratura aceitou seu papel: "poder" invisível, nulo, mero aplicador da lei, la bouche de loi. Converteu-se, assim, num funcionário obediente da burguesia, pois que aplicaria a lei ao caso concreto, ao servir-se, tão e somente, do princípio da subsunção. O que era para ser proscrito foi conduzido habilmente pela burguesia em forte aliado<sup>252</sup>.

A autonomia era da lei – e não do magistrado – e, como o Legislativo e o Executivo possuíam a direta influência da burguesia, a decisão estava a ela aliada. Partindo disso, iniciou-se o famigerado conceito de juiz neutro que restringia, por meio dele, a intervenção estatal:

A par dessa (des)função desenhada para a magistratura, [a burguesia] elaborou uma legislação condizente com as decisões que dela esperaria. Bem assim, arquitetou um sistema legal liberal que, ao permitir a auto-regulamentação da sociedade, proibia o juiz de emitir ordens às partes<sup>253</sup>.

É fato que isenção e anulabilidade não são sinônimos de poder. E se a obediência é à lei que beneficiava apenas uma parcela da sociedade, é evidente que a decisão do magistrado seria

<sup>248</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, ano XXXIII, n. 104. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2006, p. 21.

<sup>249</sup> Ainda existe dúvida se o verbo “favorecer” deveria ser conjugado no pretérito imperfeito do indicativo ou no presente do indicativo.

<sup>250</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, ano XXXIII, n. 104. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2006, p. 21.

<sup>251</sup> Ibid, p. 22

<sup>252</sup> Ibid, p. 22-23.

<sup>253</sup> Ibid, p. 23.

nesse mesmo sentido.

Esse cenário permaneceu até a promulgação da Constituição de 1988:

O certo é que o poder do juiz ficou sufocado por uma ideologia liberal burguesa até o advento da atual Constituição. Esta, por sua vez, com a invejável índole social, obriga-nos a (re)pensar a atuação do juiz. Os objetivos traçados pelo constituinte, principalmente aqueles elencados no art. 3º da CF, são imperativos a exigirem uma postura intervencionista do poder judiciário<sup>254</sup>.

Não somente a lesão, mas também a ameaça a direitos se tornou de obrigatória apreciação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Ou seja: objetivando proteger o ameaçado, o juiz poderia intervir na autonomia das partes e, com a sua ordem, impedir que uma delas cumpra com a ameaçada destinada a outra.

Os mitos empregados ao juiz (neutralidade/imparcialidade, certeza/segurança jurídica, cognição plenária/exauriente) são, paulatinamente, desmistificados em prol de uma racionalidade cultural capaz de aplicar ao direito uma função social e, como tal, mutável a cada caso concreto e de acordo com a exigência do bem comum dentro do que for proporcional e razoável. Aquela imparcialidade do juiz, confundida com neutralidade, deve ser afastada, pois, o juiz tem o dever de decidir e, ao agir assim, terá de escolher uma ou outra parte. Em verdade, portanto, o juiz precisa ser parcial. Contudo, sua escolha deverá mirar o débil, o necessitado de proteção jurídica eficaz<sup>255</sup>.

A Constituição de 1988 trouxe um cenário de aproximação do magistrado da realidade social – e não de uma parcela da realidade. O papel do julgador não estava mais adstrito ao texto legislativo, mas àqueles que tiveram/teriam os seus direitos lesados e aos princípios que regem o texto constitucional.

No mesmo art. 5º, XXXV do texto constitucional, por sua vez, é possível perceber a garantia ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional, sendo que isso também se concretiza mediante a atividade do julgador, a qual se pauta, então, pela diretriz dada pelo art. 3º da CF<sup>256</sup>, afinal:

O Poder Judiciário, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, não é eleito pelo povo. Por essa razão, só garantirá sua legitimidade quando atuar de forma integrada com as partes na realização dos direitos delas, por meio da tutela jurisdicional, considerada direito fundamental. Conquanto, o exercício da prestação da tutela jurisdicional deve consistir num instrumento de proteção dos direitos e de equilíbrio entre a lei e os reclamos sociais. O papel do magistrado se baseia em dizer o direito ao caso concreto como prática de superação das desigualdades sociais e

<sup>254</sup> Ibid, p. 29.

<sup>255</sup> Ibid, p. 30.

<sup>256</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

realização dos interesses dos jurisdicionados<sup>257</sup>.

E, nesse contexto, nos ensinam Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes, que a circunstância crucial do que seria o acesso à justiça, a tutela dos direitos e o direito de ação no contexto da jurisdição é justamente o “o poder de dizer o direito ao caso concreto” mediante a descoberta do que e como ocorreram os fatos<sup>258</sup>. Mas não é só.

O acesso à justiça está também vinculado ao entendimento de que “ação” é um direito fundamental que merece a mais ampla e totalitária proteção estatal mediante a tutela dos direitos, sendo que, quem, se valendo do poder estatal, entrega ao jurisdicionado a tutela adequada, tempestiva e efetiva é o julgador<sup>259</sup>. É ele quem tem esse poder.

### 5.1 O papel do julgador no CPC

Além de todo o contexto do processo civil brasileiro, é importante fazer um recorte com relação ao papel do juiz demonstrado no CPC de 73 e no atual CPC.

Como já mencionado, após a primeira revolução burguesa, ao Estado coube um modelo menos intervencionista que reservou ao magistrado o papel de mero coadjuvante. É “o juiz sem poder, mero aplicador dos textos legislativos sabiamente elaborados pelo poder competente e que, pela sua excelência, bastaria ser aplicado à situação pretérita para ordenar a sociedade”<sup>260</sup>.

Isso, influenciou também no processo civil, mais especificadamente no CPC de 73, o qual destinou ao juiz um papel de neutralidade, imparcialidade e equidistância das partes para dizer ao caso concreto com “absoluta” certeza – apenas após a cognição ampla, plena e exauriente – e proferir uma decisão com um viés focado na dupla: dano e indenização<sup>261</sup>. Esse cenário do processo civil era fruto indissociável da época.

Considerando o âmago ideológico do Código e que o juiz possuía um papel de mero executor da legislação, é evidente que as decisões continuariam a seguir os interesses daquilo que constava na legislação.

O CPC de 73, em si, possuía “dois procedimentos: comum para pessoas comuns e especial

<sup>257</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **PENSAR Revista de Ciências Jurídicas**. v. 17. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza, jan./jun. 2012. p. 33-56. p. 34-35.

<sup>258</sup> Ibid, p. 37. Sobre isso, também destaca Bedaque: “E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material.” In.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, cit., p. 94.

<sup>259</sup> Ibid, p. 36.

<sup>260</sup> Ibid, p. 47.

<sup>261</sup> Ibid, p. 47.

para pessoas especiais!”<sup>262</sup>. Então, as decisões seguiam esse mesmo fluxo: o julgador, enquanto reprodutor da vontade do CPC de 73, aplicava o procedimento comum às pessoas comuns e o procedimento especial às pessoas especiais.

Mas isso não é suficiente para a resolução dos problemas sociais, afinal, “Se o processo ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida”<sup>263</sup>.

Nesse contexto, vimos que a Constituição de 1988 também ensejou uma mudança no processo civil e a necessidade de se executar um processo civil constitucional. O cenário era esse no momento da edição do CPC de 2015, o qual teve como objetivo implementar no processo civil os preceitos fundamentais previstos na Constituição. Isso, influenciou diretamente também no papel do juiz, porquanto o que se espera dele é “uma racionalização do seu poder ante a necessidade de prestar uma tutela em nível constitucional”<sup>264</sup>.

E repetimos aquilo que foi colocado no primeiro capítulo: o objetivo final do CPC de 2015 é que todo o processo deve ser pensado a partir da teoria da tutela dos direitos: enquanto finalidade e centro por meio do qual o Código deve ser estudado, interpretado e aplicado<sup>265</sup>. Nesse ponto, nos ensina Cerezzo:

O direito fundamental à adequada tutela jurisdicional exige do juiz uma postura capaz de dar proteção condizente com os preceitos normativos previstos na norma de direito material. Ainda que o processo se ressinta de técnica processual para tal mister, caberá ao juiz empregar esforços para, em respeito ao direito fundamental de proteção, atender efetivamente o que lhe é pleiteado<sup>266</sup>.

É perceptível que, para atingir essa finalidade, é necessário um juiz atuante. Mas, para isso, é imprescindível que o Poder Judiciário tenha, de fato, poder – afinal, a figura do magistrado coadjuvante apenas serve como ratificação do que consta na literalidade da legislação.

Nesse ponto:

---

<sup>262</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade!** In: Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 8.

<sup>263</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

<sup>264</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A atuação do juiz no Código de Processo Civil. **Conjur**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-30/benedito-cerezzo-atuacao-juiz-codigo-processo-civil/>. Acesso em: 12 set. 2024.

<sup>265</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 59.

<sup>266</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A atuação do juiz no Código de Processo Civil. **Conjur**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-30/benedito-cerezzo-atuacao-juiz-codigo-processo-civil/>. Acesso em: 12 set. 2024.

Para tanto, o entendimento de acesso à justiça e, sobretudo, do papel do juiz, são remodelados para se vislumbrar um juiz atuante, inclusive, para decidir e determinar políticas públicas, já que o mito da neutralidade foi sepultado, de uma vez por todas, quando a Constituição albergou a necessidade de se prestar tutela não somente à lesão, mas, principalmente, à ameaça (artigo 5º, inciso XXXV)<sup>267</sup>.

A restrição dos poderes do juiz é diretamente proporcional à dificuldade de se fazer cumprir com as ordens judiciais e proporcional, também, à dificuldade da entrega da tutela jurisdicional. Isso não quer dizer que os poderes devem ser discricionários e independentes da participação e influência das partes na condução processual – afinal, o contraditório e a ampla defesa são princípios que também fazem parte do processo civil. Nesse sentido, ensina Bedaque:

De qualquer modo, esse poder mais amplo do juiz, essa maior liberdade na determinação do sentido da norma, não significa discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial<sup>268</sup>.

Com relação aos poderes, deveres e responsabilidades do juiz dispostos no novo CPC, especificadamente, percebemos que existe um capítulo específico que enumera os padrões de comportamento que deverão ser observados pelo julgador na condução do processo, tais como: a promoção dos métodos de solução consensual de conflitos, a boa-fé objetiva, a cooperação, o zelo pelo efetivo contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

É indiscutível que o CPC de 2015 deu maior importância à matéria, afinal, a colocou no capítulo primeiro do Título IV, Livro III. Mas, para além disso, a matéria é também tratada no art. 139 e subsequentes do Código. E mais: no próprio Livro III, o CPC trata especificamente dos sujeitos do processo, sendo que, no Capítulo II, abre duas linhas específicas: uma, tratando dos deveres das partes e de seus procuradores; outra, tratando da responsabilidade das partes por dano processual. Houve, portanto, a disciplina dos poderes do juiz x a contraparte desses poderes.

Não devemos esquecer, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro preza pelo estabelecimento da igualdade entre todos os atores processuais: advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e magistrados. Mas, antes, os poderes, de fato, conferidos ao julgador não eram tão esclarecidos na legislação processual civil.

---

<sup>267</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. A atuação do juiz no Código de Processo Civil. **Conjur**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-30/benedito-cerezo-atuacao-juiz-codigo-processo-civil/>. Acesso em: 12 set. 2024.

<sup>268</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do juiz, cit., p. 150.

No atual CPC, em seu art. 2º, se estabelece que o processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. A partir disso, é destacado o papel do juiz na condução do processo, além daquilo que consta no seu art. 139. Mas essa discussão existe muito antes da edição do CPC de 2015. Bedaque fomentava a “ativização da conduta do magistrado” muito antes da vigência do atual Código:

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois, somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los quando entender necessário [...] Em síntese, não se deve restringir a atividade instrutória oficial em função da natureza da relação jurídica controvertida. Além de não haver qualquer dispositivo legal que autorize tal conclusão, o objetivo buscado pela função jurisdicional justifica plenamente a “ativização da conduta do magistrado”<sup>269</sup>.

No art. 139, especificadamente, são estabelecidos alguns poderes-deveres do julgador, sendo que os deveres são instrumentos que colocam o magistrado em um papel de condutor processual:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela duração razoável do processo;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;
- IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
- V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
- VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;
- VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;
- VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;
- IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;
- X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

<sup>269</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13-14; 137-138.

Eventualmente o magistrado pode exercer mais que uma condução. É a possibilidade de ser autônomo, independente e focado no resultado e nos fins sociais do processo. Nesse contexto, Bedaque ensina:

A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista do direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, pela investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do juiz quanto das partes. Apenas não se pode negar que, dos sujeitos do processo, apenas o magistrado procura uma solução justa, visto que as partes visam a um resultado favorável aos seus interesses, não se importando com a adequação destes à ordem jurídica estabelecida. Não se pode negar que às partes incumbe, predominantemente, a iniciativa probatória. Mas isso somente ocorre por questões de ordem prática, não pela natureza do direito. Verificase porque ninguém conhece os fatos melhor do que elas. Além disso, o juiz não pode utilizar-se de seus conhecimentos particulares. Cabe lembrar, ainda, que o legislador processual não estabeleceu qualquer diferença de tratamento quanto aos poderes do juiz, em função da matéria discutida no processo. A amplitude desses poderes é a mesma, qualquer que seja a natureza da relação jurídica objeto do processo, seja ela disponível ou não. Em todas as hipóteses, incide o artigo 130 do Código de Processo Civil<sup>270</sup>.

À parte disso, as novidades que apareceram no CPC atual, quando comparado com o de 73, estão presentes nos incisos IV, V, VI e X, do art. 139. O inciso IV estabelece que o juiz poderá, mesmo de ofício, determinar todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito. Percebe-se, com isso, a relevância dada à decisão judicial em prol da efetividade da jurisdição. No CPC/73, era admitida a adoção de medidas coercitivas, como as astreintes, para dar cumprimento às ordens judiciais. Por isso se torna relevante a permissão do atual CPC de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

O CPC de 73 estabelecia, em seu art. 125, IV, a competência do julgador para, a qualquer tempo, conciliar as partes. A inovação do CPC de 2015, presente no inciso V do art. 139, está na possibilidade de o magistrado contar com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais para isso: os instrumentos de autocomposição foram ampliados e profissionalizados.

Depreende-se do inciso VI que, objetivando dar maior efetividade à tutela do direito, o julgador poderá alterar os prazos processuais – desde que "antes de encerrado o prazo regular"

---

<sup>270</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Poderes instrutórios do juiz**, cit., p. 133-134.

(Parágrafo único do art. 139) – e a ordem de produção de provas.

E, com relação ao inciso X, é perceptível o zelo do legislador correspondente à priorização das demandas coletivas como meio de solução de conflitos, o qual é disseminado por todo o Código.

Além do art. 139, houve uma ampliação nos poderes do juiz – em conjunto com as partes –, com relação à possibilidade de, antes ou durante o processo que verse sobre direitos que admitem a autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa – inclusive no que tange aos ônus processuais: ônus da prova, faculdade e deveres processuais (art. 190<sup>271</sup>).

É importante destacar que o julgador validará todas as convenções combinadas entre as partes, podendo as recusar nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando, ainda que inserido em contrato que não seja de adesão, alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade (Parágrafo único).

E não é só. O art. 191<sup>272</sup> prevê que as partes e o juiz, em conjunto, podem convencionar acerca dos prazos processuais, estabelecendo um calendário para a prática dos atos – os quais serão praticados em datas previamente definidas, independente de intimação e poderão ser modificadas apenas em casos excepcionais e justificados.

No CPC de 2015, o papel do juiz na delimitação da lide e na condução da produção de provas não foi tão inovador, afinal, o CPC antecedente já atribuía ao juiz a tarefa de fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas. A diferença é que, agora, expressamente se aborda a delimitação das questões de direitos relevantes para a decisão do mérito, da definição da distribuição do ônus probatório<sup>273</sup> e, também, as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, ou seja, a definição

---

<sup>271</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

<sup>272</sup> Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

<sup>273</sup> Existem dois fatores importantes com relação à distribuição do ônus da prova: (i) o juiz está obrigado a decidir sobre a distribuição do ônus da prova antes do início da instrução processual; e (ii) o juiz deve dar à parte a quem o ônus probatório foi atribuído a oportunidade de dele se desincumbir. A distribuição do ônus da prova, mesmo nos casos previstos em lei, não mais poderá ser presumida e o juiz não poderá abordar o tema somente na sentença, sem dar à parte sobre a qual recaiu o ônus a chance de dele se desincumbir.

dos pontos controvertidos – os quais, inclusive, podem ser delimitados pelas próprias partes (art. 357, § 1º, 2º e 3º<sup>274</sup>).

E não é só: ao juiz, exclusivamente, cabe determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, devendo indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, Parágrafo único<sup>275</sup>). Ainda que sob influência das partes, a produção probatória está totalmente vinculada aos poderes do julgador.

Podemos concluir que, no CPC de 2015, houve uma ampliação dos poderes de condução e direcionamento do julgador, sobretudo na delimitação da lide, distribuição do ônus da prova e produção probatória bem como no controle dos atos processuais e das atividades praticadas pelas partes e atores do processo. Não há, entretanto, “a possibilidade de repressão dos atos processuais ilícitos”<sup>276</sup> que resultam em “manobras processuais que podem acabar por dificultar a elucidação da verdade e a prestação da tutela jurisdicional”<sup>277</sup>.

De todo modo, a ampliação está consubstanciada na “participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes”<sup>278</sup>, na possibilidade de adoção de medidas coercitivas para o cumprimento das ordens judiciais, além de, sem esquecer a importante participação das partes, ser o julgador o último destinatário da atividade probatória que, em última instância, decide sobre os meios de prova, a necessidade de sua produção e a distribuição do ônus probatório.

## 5.2 O papel do julgador nas demandas coletivas

Diante desse cenário, qual seria, então, o papel do julgador – porta-voz da legislação atrelada à entrega efetiva da prestação jurisdicional – diante de uma demanda coletiva? E mais:

---

<sup>274</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

<sup>275</sup> Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>276</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Os Poderes do Juiz na Condução do Processo no Novo CPC**. Parahyba Judiciária, v. X, p. 305, 2016.

<sup>277</sup> Ibid.

<sup>278</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Poderes instrutórios do juiz**, cit., p. 110-111.

quais poderes são a ele atribuídos, além daqueles previstos no CPC, em uma ação que envolve direitos coletivos?

O princípio do Juiz Natural está presente nos incisos XXXVIII<sup>279</sup> e LIII<sup>280</sup> do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas isso não quer dizer que a sua caracterização esteja restrita àquilo que consta no texto constitucional.

De forma tradicional, o princípio do Juiz Natural se estabelecia no direito brasileiro de forma dual: por um lado, pela vedação de tribunais *ex post facto*; por outro, pela proibição de transferência (evocação) de uma causa para outro tribunal. Em contrapartida, atualmente, esse princípio possui três vertentes: (i) cabe apenas à Constituição instituir órgãos jurisdicionais; (ii) o julgamento da causa não pode ocorrer por tribunais constituídos após ocorrência do fato discutido; e (iii) a distribuição das competências é estabelecida de forma taxativa<sup>281</sup>.

Nesse ponto, Nelson Nery Jr. entende que o princípio do Juiz Natural:

[...] se traduz no seguinte conteúdo: a) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, a pré-constituição do direito italiano (art. 25, CF. italiana); b) garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); c) fixação da competência, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna, tal como ocorre com o *Geschäftsverteilungsplan* do direito alemão<sup>282</sup>.

A partir disso, é possível vislumbrar a garantia de que o pedido da parte será julgado por uma figura pré-estabelecida por norma geral, além de imparcial, independente e com competências totalmente delimitadas pelas normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Percebe-se, ainda, que o conceito envolve dois aspectos: o formal e o material, nos termos daquilo que pacificamente entende a doutrina. O aspecto formal corresponde à vedação da existência de um juízo *post factum ou ad personam*. Portanto, o juízo deve ter se estabelecido mediante critérios impessoais e objetivos antes mesmo da ocorrência do(s) fato(s) discutido(s) na demanda. Já o aspecto material está vinculado à indispensável imparcialidade e independência do julgador.

Além das garantias formais e materiais, é perceptível, a partir disso, que há uma nítida repartição de funções jurisdicionais – consubstanciadas na competência – e processuais – as

<sup>279</sup> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

<sup>280</sup> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

<sup>281</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n° 29, 1983, p. 11-29.

<sup>282</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: RT, 2004, p. 65.

quais se atrelam aos sujeitos envolvidos na respectiva relação processual.

Nesse ponto, com relação ao conceito do juiz natural, das funções processuais e eventuais posturas parciais do julgador, é pertinente a diferença colocada por Antônio do Passo Cabral entre imparcialidade (critério subjetivo) e imparcialidade (critério objetivo)<sup>283</sup>.

Imparcialidade, por um lado, seria a ausência do elemento anímico na conduta do juiz. Para tanto, exige-se “uma ausência de comprometimento senão por razões estritamente decorrentes das previsões do ordenamento”<sup>284</sup>. Em contrapartida, a imparcialidade estaria diretamente relacionada com a repartição funcional no processo, sem estar adstrita à respectiva competência fixada.

A imparcialidade é um critério objetivo e, por isso, está atrelado àquelas funções procedimentais disseminadas pela própria legislação. Nesse ponto, nos ensina Cabral:

[...] a imparcialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo<sup>285</sup>.

Diante desse cenário, percebemos que o formalismo possui muita relevância para a restrição do juiz natural, afinal, trata-se de uma forma pré-estabelecida, com o condão de evitar excessos, seja de uma parte com relação a outra; seja com relação às potenciais arbitrariedades do julgador.

Ao formalismo também comporta o controle do equilíbrio entre as partes, o qual é concretizado em dois planos: o normativo e o fático. O primeiro, mediante a distribuição de poderes entre os litigantes. O segundo, por meio do desenvolvimento do procedimento na prática<sup>286</sup>.

Não olvidamos, aqui, que o formalismo está estritamente vinculado à efetividade e à segurança do processo. Contudo, o seu excesso se mostra contrário à aplicação do próprio direito, o qual demanda uma necessária percepção às peculiaridades do caso concreto para que a norma a ser aplicada seja adaptada a ele.

Isso porque “para afastar as consequências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso

<sup>283</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 103.

<sup>284</sup> Ibid, p. 101.

<sup>285</sup> Ibid, p. 101.

<sup>286</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 127.

ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeça tal desvio de perspectiva”<sup>287</sup>.

É partindo disso que se percebe que o juiz natural, compreendido diante do princípio do devido processo legal, é obrigado a respeitar as normas pré-estabelecidas, mas não é obrigado a restringir-se ao formalismo excessivo vinculado a elas, porquanto para entender se existe arbitrariedade é necessário focar no caso concreto aliado à atuação do magistrado.

Humberto Theodoro Junior ensina que no sistema brasileiro foi adotado um modelo híbrido que abrange a característica inquisitiva e, também, a dispositiva. A característica inquisitiva é atrelada à concessão de poderes ao magistrado, enquanto que a dispositiva restringe a liberdade do próprio órgão público mediante a iniciativa das partes<sup>288</sup>.

Se faz necessário trazer a noção do princípio dispositivo, ensinada por Sergio Seji Shimura:

O princípio da demanda é entendido por alguns como o princípio dispositivo. E, de todo modo, tem-se o seguinte: a) o autor é que fixa a lide e o réu, por sua vez, levanta as questões controvertidas; b) a este delineamento bilateral fica o juiz vinculado (*ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libelo*), pois deverá conceder ou não ao autor o que solicitou, como ainda solucionar as questões trazidas pelo réu ao processo, em função do bem jurídico pedido pelo autor, o que, todavia, não o inibe de formular, ele próprio, as suas questões – dentro do âmbito estrito da lide; c) o juiz, ademais, deverá julgar, com apoio não só nas alegações das partes, como também na prova trazida aos autos (*secundum allegata et probata actore non probate reus absolvitur*)<sup>289</sup>.

Assim, o princípio dispositivo, no processo individual, restringe-se à instauração e delimitação da lide, mas não significa a vinculação cega do juiz à vontade das partes. Inclusive, o próprio CPC prevê a atuação de ofício do magistrado em várias situações, conforme já abordamos em subcapítulo anterior.

Agora, se esse panorama já se apresenta no processo individual, por maior razão deve se reproduzir, de forma ainda mais ampla, nas ações de massa. Mauro Cappelletti indica a:

[...] extensão dos poderes do juiz, não mais limitado a determinar o ressarcimento do dano sofrido pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitadas as partes presentes em juízo. Ao contrário, o juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às *absent parties* ou precisamente *erga omnes*. É a revolução do conceito tradicionais de responsabilidade civil e de

<sup>287</sup> Ibid, p. 137.

<sup>288</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 29.

<sup>289</sup> SHIMURA, Sérgio Seji. Princípio da Demanda e Poder Geral de Cautela – Medida Cautelar concedida somente nos casos expressamente autorizados por lei - descabe reconvenção no processo cautelar. **Justitia**. São Paulo, v.150, abr./jun., 1990, p. 36.

ressarcimento de dano, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório<sup>290</sup>.

Nesse contexto, Pedro Lenza entende que a inércia do magistrado em vez de caracterizar uma garantia à imparcialidade, configura, diante da democracia social, uma verdadeira violação ao interesse público; esse é o motivo pelo qual deve ser superada, afinal, “a condução ativa do processo, em realidade, coaduna-se com a nova postura esperada do magistrado do novo século, na busca incessante do justo e da prestação de uma atividade jurisdicional efetiva e dentro de um prazo razoável”<sup>291</sup>. Sob esse mesmo viés, nos ensina Cappelletti:

Para que o Poder Judiciário se justifique, diante da necessidade social da Justiça célere e eficaz, é imprescindível que os próprios juízes sejam capazes de ‘crescer’, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos ‘difusos’, ‘coletivos’ e ‘fragmentados’, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais<sup>292</sup>.

É, portanto, a partir das noções expostas, que a atuação do julgador será legítima nos casos concretos, sem que, para tanto, seja a ele imputada parcialidade. Assim, para além do formalismo, que exige a rígida aplicação do texto legislativo, em se tratando de uma demanda coletiva, ao magistrado deve ser atribuída possibilidade de maior atuação e diligência, afinal, o grande porte das decisões proferidas em ações coletivas torna complexo o deslinde processual porque o interesse de um grande número de indivíduos está em jogo.

### 5.3 Ponderação x Adequação: Alexy x Günther

Conforme amplamente abordado ao longo deste trabalho, o núcleo do Código de Processo Civil (CPC) e das ações coletivas, bem como o objetivo primordial do julgador, é assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e, conseqüentemente, tempestiva. O foco recai sobre a obtenção de um resultado prático em tempo hábil. No entanto, surge um questionamento relevante: diante da tensão entre o cumprimento estrito do devido processo legal e a garantia ao acesso à justiça, qual direito fundamental deve prevalecer? Essa questão ganha ainda mais complexidade no contexto da concessão de uma tutela de urgência em demandas coletivas, especialmente quando um dos requisitos essenciais — seja a probabilidade do direito ou o risco

<sup>290</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de Processo** n. 5, São Paulo: RT, p. 141.

<sup>291</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 304.

<sup>292</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

de dano ou risco ao resultado útil do processo — não está plenamente atendido.

Considerando que objetiva-se a solução de conflitos originados pela colisão de direitos fundamentais, os quais têm natureza de princípio, é importante confrontar as teorias de Robert Alexy<sup>293</sup> (teoria da ponderação) e Klaus Günther<sup>294</sup> (teoria da separação entre juízos de adequação) de maneira aplicada à situação aqui estudada: no momento da concessão de tutelas de urgência em ações coletivas quando um dos requisitos essenciais do instituto não está preenchido.

À parte do conflito de regras, para Alexy, os princípios, quando conflitantes, permitem o chamado sopesamento, no qual a restrição de um princípio será proporcional ao destaque e importância do princípio contraditório<sup>295</sup>. Sobre isso, Canotilho sistematiza:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço 3 Alexy (2008, p. 509-511) cita o direito ao trabalho, que, garantido pelo Estado, pode conflitar tanto com a liberdade do particular, detentor dos meios de produção, de dispor de sua propriedade e organizar a sua produção da forma que melhor lhe aprouver, quanto com a própria liberdade do indivíduo, que tem o trabalho assegurado, de não querer trabalhar. Todas as três posições são posições *prima facie*, mas a norma definitiva que vai reger o caso apenas será extraída da ponderação. para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).<sup>296</sup>

Essa tese é, em especial, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal que, por diversas e sabidas vezes, se valeu da aplicação de ponderação/sopesamento para decidir situações em

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público)

<sup>294</sup> GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law*. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

<sup>295</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público), p. 93.

<sup>296</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-1162

que havia conflito entre princípios.

Alexy parece admitir critérios de preferência que não aparentam ser controláveis democraticamente, tampouco respeitam a irrepetibilidade das situações existenciais. Nesse sentido, Benvindo alerta:

Como fatos e normas são confundidos uns com os outros por meio da ponderação – afinal, pelo pensamento integrativo de Alexy, não há necessidade prática de distinção entre fundamentação e justificação de normas – o juiz, em última instância, pode apoiar-se apenas em sua própria capacidade para integrar diferentes razões práticas para estabelecer relações preferenciais entre elas. Fundamentalmente, o muro entre criação e aplicação do direito que Günther, Dworkin e Habermas tão ferozmente tentam preservar em suas teorias no que se refere ao problema da indeterminação do direito em sociedades pós-convencionais, torna-se uma referência meramente abstrata<sup>297</sup>.

Mas, para Günther, esse não é o caminho. O autor atribui ao aplicador a tarefa de encontrar a norma adequada ao caso, o que faz por aquilo que chama de discurso de aplicação de normas. Essa aplicação se origina de uma justificação já elaborada anteriormente pelas autoridades responsáveis que a confeccionaram (legislador), as quais estavam amparadas pelos critérios mais diversos e heterogêneos possíveis<sup>298</sup>. É justamente aí que está o problema: o legislador pondera os critérios para a construção do direito; mas o aplicador do direito, seguindo as orientações de Alexy, não realizaria a ponderação nos mesmos termos, porquanto utilizaria critérios de preferência sem qualquer controle democrático.

É claro que foi apresentada, acima, uma completa simplificação dos argumentos trazidos por Alexy em sua teoria axiológica. Isso, porque o objetivo deste trabalho é trazer uma alternativa à teoria da ponderação como ferramenta técnica e teórica para solucionar casos controversos de aplicação de normas jurídicas contraditórias incidentes em casos concretos – e não aprofundar os estudos sobre a teoria de Alexy.

A partir disso, entende-se que a teoria da argumentação de Günther<sup>299</sup> melhor se aplica nessas situações e, por isso, será melhor aprofundada. Essa teoria situa a distinção entre regras e princípios – tal qual Alexy -, mas, em condições discursivas de aplicação – e não mediante um sistema que será obrigado a seguir um racionalismo metodológico.

É justamente assim que Günther foge das amarras da teoria axiológica: a partir da

<sup>297</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer, 2010, p. 305-306.

<sup>298</sup> GÜNTHER, Klaus. The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

<sup>299</sup> GÜNTHER, Klaus. The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993

distinção entre os juízos (discursos) de justificação e de aplicação de normas, distingue regras e princípios na esfera argumentativa e enfatiza a necessidade de identificar a norma definitiva do caso, submetendo os princípios e regras correlatos à avaliação discursiva.

É possível realizar esse exercício distinguindo os juízos (discursos) de justificação e de aplicação de normas - incluindo, portanto, os princípios. Os discursos de justificação são aqueles elaborados para identificar a validade de uma norma, seja essa validade moral ou jurídica.

Nesse aspecto, Soriano explica que, para Günther, a validade de uma norma moral se consubstancia na aceitação racional dos resultados dos indivíduos que serão afetados por sua incidência<sup>300</sup>. A validade, portanto, é uma expressão de um interesse geral de seguir a norma, decorrente do próprio interesse dos afetados.<sup>301</sup>

Quanto à validade jurídica, ela se dá nos limites do ordenamento jurídico. Günther explica que, diferente da validação moral, a validação jurídica é decorrente de sua estipulação em respeito aos limites e requisitos do ordenamento jurídico<sup>302</sup>. Nesse aspecto, explica o autor:

A teoria do discurso do direito procura expressar de modo preciso duas intuições acerca da legitimidade do direito: que são os próprios cidadãos que decidem sobre o direito posto e que o procedimento jurídico de decisão é racional, ou seja, permite o exame de propostas de normas por meio de crítica argumentativa. Com essas características, a teoria do discurso do direito distingue-se tanto das teorias que buscam um princípio absoluto de moral ou de ética política como fundamento material de legitimação do direito quanto das teorias formais que se contentam com qualquer procedimento de criação de direito, simplesmente previsto por normas secundárias. Ela se diferencia também das teorias que, no lugar de princípios materiais ou procedimentos formais, baseiam-se na pessoa e suas aptidões e características, especialmente na razão, em que todas as pessoas se igualam.<sup>303</sup>

É a conformidade com o ordenamento somada à aceitação pelos interessados. Em uma determinada situação concreta, quando duas normas podem se mostrar válidas

<sup>300</sup> SORIANO, Leonor. M. Moral. ¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. DOXA [Publicaciones Periódicas]. Alicante, Espanha, n. 21, v. I, p. 193-208, 1998. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_11.pdf)>. Acesso em 26 nov. 2024, p. 193.

<sup>301</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. Acesso em 13 out. 2024, p. 278.

<sup>302</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. Acesso em 13 out. 2024, p. 298.

<sup>303</sup> GÜNTHER, Klaus. Qual o Conceito de Pessoa de que Necessita a Teoria do Discurso do Direito? Revista Direito GV 3. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-240, jan./jun. 2006, p. 223.

concomitantemente, Günther apresenta um exemplo prático: numa hipótese em que há uma norma que prescreve que as promessas são feitas para serem cumpridas; de outro lado, há outra norma determinando que se deve prestar auxílio a quem necessita. As duas são válidas em termos morais, porquanto configuram interesses gerais, mas, quando aplicadas em um mesmo caso, podem ser conflitantes entre si. Günther chama essa situação de colisão de normas válidas ou colisão externa: não se questiona a validade das normas conflituosas, mas a sua adequação à situação referida.<sup>304</sup>

O exemplo prático dado pelo autor é: eu prometo ao meu amigo A que vou na festa por ele organizada. No caminho para a festa, encontro o meu amigo B, que necessita de ajuda imediata – o que me impedirá de ir à festa. As duas normas são aplicáveis ao caso, mas ambas têm comandos contraditórios: para cumprir com uma delas, a outra será desrespeitada.<sup>305</sup>

E, depois de realizado o discurso de justificação, é o discurso de aplicação que lida com a colisão externa.

Nesse aspecto, Soriano explica a superficialidade na resolução de conflitos decorrente tão somente das condições inalteradas de aplicação de uma norma – *unchanging circumstances*<sup>306</sup>: toda norma, sendo moral ou jurídica, possui uma referência, ainda que abstrata, de aplicação, isto é, os casos aos quais ela se aplica. Mas é impossível prever todas as diversas situações concretas de aplicação de determinada norma.<sup>307</sup>

Assim, a norma que estabelece o dever de manutenção das promessas jamais preverá todos os casos em que essa obrigação será invocada, incluindo o exemplo mencionado, no qual é necessário decidir entre manter uma promessa e ajudar um amigo. E é partindo disso que se conclui: a validade de uma norma não significa que ela será sempre aplicada. Günther ensina:

<sup>304</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. Acesso em 13 out. 2024, p. 279-282.

<sup>305</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. Acesso em 13 out. 2024, p. 292.

<sup>306</sup> GÜNTHER, Klaus. The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 236.

<sup>307</sup> SORIANO, Leonor. M. Moral. ¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. DOXA [Publicaciones Periódicas]. Alicante, Espanha, n. 21, v. I, p. 193-208, 1998. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOXA21\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOXA21_11.pdf)>. Acesso em 26 nov. 2024, p. 196.

Essa validade não mais determina a maneira por meio da qual uma norma é aplicada, ou seja, a relação com outras normas válidas numa situação. Essa é a razão pela qual a coerência de normas válidas que pertençam a uma determinada forma de vida não pode ser determinada independentemente de uma situação concreta.<sup>308</sup>

Partindo disso, se percebe a necessidade de um discurso – leia-se, argumentação – que trate da aplicabilidade das respectivas normas abstratas nas situações concretas em que há colisões externas entre normas válidas.

Günther defende que essa argumentação deve prezar pela imparcialidade, que será garantida quando, no momento de aplicação, o julgador considerar todos os aspectos da situação concreta a ser decidida: *complete description of the situation*.<sup>309</sup> É com isso que o aplicador complementar a descrição abstrata do contexto prático previsto na norma com os aspectos concretos do momento de aplicação, no qual será demonstrada a aplicação da norma mais adequada e coerente para incidir na situação. A norma mais adequada é um argumento avaliado nos mesmos termos dos argumentos (normas) em sentido contrário.<sup>310</sup>

Sobre isso, ensinam Carvalho Netto e Scotti:

Contudo, ainda que uma norma passe por esse crivo, isso não mais significa que ela deva ser aplicada a todos os casos em que aparentemente poderia se aplicar segundo a alegação dos próprios envolvidos. Ao contrário, como veremos, a legitimidade ou a constitucionalidade de uma norma não significa, por si só, que pretensões abusivas não possam ser levantadas em relação à sua aplicação aos casos concretos. [...] É que, na modernidade, a edição de normas gerais, hoje sabemos bem, não elimina o problema do Direito, tal como ansiado nos dois paradigmas anteriores e neles vivencialmente negado, mas, pelo contrário, o inaugura. O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepitível, por definição. [...] É apenas no campo dos discursos de aplicação, ao se levar a sério as pretensões a direito nele levantadas, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, que essas pretensões poderão ser qualificadas como legítimas ou abusivas, inclusive aquelas calcadas em previsões legais literais.<sup>311</sup>

<sup>308</sup> GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law*. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 244. Tradução nossa.

<sup>309</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. Acesso em 13 out. 2024, p. 283.

<sup>310</sup> GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law*. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 236. Tradução nossa.

<sup>311</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 125; 127; 133.

Embora exista o entendimento de que “não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar”<sup>312</sup>, a norma adequada, segundo o modelo de Günther, realizará o ideal de “norma perfeita”, que é um juízo decisório que abarca todos as facetas e características de um caso concreto e aplica a norma adequada para a boa regulamentação do caso<sup>313</sup>.

Isso não quer dizer que a dimensão de peso para a avaliação dos princípios não será utilizada, mas, contrariamente a Alexy<sup>314</sup>, não haverá a “ponderação” entre duas normas contraditórias entre si em uma mesma situação concreta. A ferramenta do peso servirá para identificar aquela norma que prevalece na situação e que, por isso, será a adequada para o caso.

É importante destacar que Günther não olvida a extrema dificuldade decorrente de, a cada situação de colisão externa, os aplicadores serem obrigados a percorrer todo o caminho da aplicação normativa, porquanto a aplicação, quando real, precisa ser rápida. Por essa razão, o autor entende que, durante os processos de aplicação, surgem paradigmas de pré-compreensão que ajudam na interpretação das situações e no entendimento das normas jurídicas – as quais devem ser constantemente analisadas de forma crítica e reavaliadas.<sup>315</sup> Trata-se de uma ferramenta de grande utilidade para a efetiva aplicação das normas.

Portanto, para aplicar a teoria de Günther, é necessário a realização de dois discursos de forma subsequente: (i) o discurso de justificação, que identifica se as normas são válidas e, portanto, aplicáveis; e (ii) o discurso de aplicação que, na situação de colisão externa, executa o juízo de adequação e aplica a norma mais adequada para a regulamentação do caso. O aplicador do direito – julgador – realiza o juízo de adequação mediante o exame dos fatos que envolvem a situação. Para tanto, sintetiza-se o entendimento do autor:

---

<sup>312</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

<sup>313</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf)>. Acesso em 13 out. 2024, p. 283-284.

<sup>314</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público)

<sup>315</sup> GÜNTHER, Klaus. The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 245.

Figura 4 – Discurso de justificação e de aplicação<sup>316</sup>

Dessa forma, cumprindo com a teoria de Günther e com o entendimento de Luhmann quanto à obediência dos princípios, assim como todas as normas jurídicas, ao código binário “direito/não-direito”<sup>317</sup>, são afastadas quaisquer concepções que aplicam os princípios de maneira parcial ou defendem que princípios podem ser submetidos a distintos graus de cumprimento.

Apesar de a doutrina relacionada à principiologia ser densa e fértil, além de o processo viver na “era da efetividade”<sup>318</sup>, em um cenário abarcado pela não concessão de tutelas de urgência em demandas coletivas em razão do não preenchimento de um dos requisitos processuais, é possível existir uma colisão entre direitos fundamentais naturalmente antagônicos.

De um lado, decorrente do formalismo processual, o devido processo legal atrelado à

<sup>316</sup> Elaborada pela autora (2024).

<sup>317</sup> LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi, Raffaele de Giorgi e Paulo Sávio Peixoto Maia. [S.l.: s.n], 1996. [Tradução para uso acadêmico não revisada]

<sup>318</sup> FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 321.

segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa (artigos 5º<sup>319</sup>, LIV<sup>320</sup> e LV<sup>321</sup> da Constituição Federal). De outro, inerente aos fins do CPC, da tutela coletiva e do próprio objetivo do julgador, a entrega do acesso à justiça mediante a prestação de uma tutela jurisdicional de direitos adequada, efetiva e tempestiva (artigos 5º<sup>322</sup>, XXXV<sup>323</sup> e LXXVIII<sup>324</sup> da Constituição Federal). E mais: por tratar-se de uma demanda coletiva, deve ainda ser considerado o ônus do tempo no processo, que também é coletivo.

Partindo do reconhecimento da complexidade do ordenamento e da equiprimordialidade dos princípios contraditórios, para aplicar a teoria de Günther e oferecer um modelo procedimental nessa situação de colisão externa é necessário: (i) aprofundar o conceito dos direitos fundamentais colidentes, o qual poderá desaguar na execução do discurso de justificação e validação das normas; para que, ao final, seja realizado (iii) o discurso de aplicação; e, assim, a norma adequada seja identificada e aplicada ao caso concreto.

### 5.3.1 Devido processo legal x Acesso à justiça

A expressão “devido processo legal” é advinda do direito inglês e, na origem, é referido como *due process of law*. Gradativamente, esse princípio inspirou outras legislações de países ocidentais, os quais a incorporaram também em suas constituições, como por exemplo os Estados Unidos da América no Século XVIII e o próprio Brasil (art. 5º, LIV<sup>325</sup>).

O devido processo legal pode ser analisado tanto sob o ponto de vista material como sob o ponto de vista processual. Materialmente, o princípio resguarda o cidadão contra o exercício abusivo do poder de legislar, impondo limites à substância das normas jurídicas editadas pelo legislativo; processualmente, o princípio assegura ao indivíduo o trâmite regular do processo<sup>326</sup>.

Nelson Nery Júnior afirma que a garantia constitucional do devido processo legal é o

<sup>319</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>320</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>321</sup> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>322</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>323</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>324</sup> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>325</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 88.

<sup>326</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo: regramento e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18.

princípio síntese do processo civil, porquanto funciona como gênero do qual seriam espécies os demais princípios tutelados constitucionalmente. Seria, nesse aspecto, o “princípio constitucional fundamental do processo civil”, base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam<sup>327</sup>.

O devido processo legal garante, portanto, a plena observância a um procedimento previamente disciplinado pelo legislador, porquanto impera a percepção da técnica processual, representada pela disciplina dos institutos, dos atos processuais e da sua sequência, estabelecida previamente pela lei.

Sob essa perspectiva, o procedimento e a técnica processual não poderiam ser alterados pelo juiz ou pelas partes, os quais estariam condicionados ao procedimento previamente estipulado, enquanto que violá-lo configuraria afronta ao devido processo legal e consequente incerteza ao ambiente processual<sup>328</sup>.

Embora parte da doutrina afirme que não existe relação necessária entre procedimento e interesse público – e reforce a imprescindibilidade da obediência estrita do rito sob pena de invalidade do processo –, não se deve olvidar que, conforme já mencionado, o processo civil tem como diretriz a tutela dos direitos. Para tanto, é também imprescindível garantir que os interessados possam se utilizar de instrumento adequado e seguro para obter a tutela jurisdicional. Por isso, em determinadas situações a flexibilização da forma é admitida, sem que isso configure ameaça ao devido processo legal e implique qualquer nulidade do processo<sup>329</sup>.

Atento a isso, o próprio CPC permitiu aos juízes e às partes a possibilidade de flexibilizar o modelo legal restrito do processo civil, tal qual ocorre com as técnicas do julgamento antecipado (art. 355<sup>330</sup>) e do negócio jurídico processual (art. 190<sup>331</sup>).

Além disso, é possibilitada a promoção da simplificação do procedimento quando a norma jurídica legal é de conteúdo aberto ou, ainda, quando o julgador, no exercício dos seus

<sup>327</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

<sup>328</sup> BALEOTTI, Francisco Emilio. **Poderes do juiz na adaptação do procedimento**. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 389-408, nov. 2012.

<sup>329</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62-72.

<sup>330</sup> Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:  
I - não houver necessidade de produção de outras provas;  
II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

<sup>331</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

poderes de condução e direção do processo, assim considerar pertinente.

Nesse aspecto, Flávio Luiz Yarshell afirma: “Contudo, não se pode descartar, por completo, que o juiz venha a estabelecer alguma alteração no modelo procedimental traçado pelo legislador”, desde que de forma excepcional e observando os parâmetros estabelecidos pela lei para manter a regra de tipicidade bem como preservar o contraditório e assegurar o caráter racional do procedimento, atendendo aos escopos da jurisdição<sup>332</sup>.

Portanto, há uma corrente doutrinária entendendo que a autonomia dada ao magistrado, possibilitando-o de flexibilizar o rígido modelo legal atinente ao processo civil, não significa a violação do devido processo legal, desde que o contraditório e a ampla defesa sejam, por óbvio, respeitados.

Em contrapartida, como já abordado, em seu art. 5º, XXXV, a Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito, reforçando, assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Dessa forma, o detentor de um direito lesado ou na iminência de lesão poderá ingressar em juízo para requerer a sua proteção jurisdicional em face do ofensor.

Mais do que isso: é uma vinculação aos princípios do direito ao acesso à justiça, do direito de ação do processo justo e, sobretudo, ao direito à obtenção da tutela jurisdicional adequada, cujo sentido descreve Nelson Nery Júnior:

Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente<sup>333</sup>.

Mas não é só, afinal, “Não é novidade afirmar que a temática do acesso à justiça não se esgota na mera faculdade de se ajuizar e/ou contestar uma ação”<sup>334</sup>. Contudo, isso não é tão simples. Mesmo que o acesso aos órgãos do Poder Judiciário – leia-se, agora, justiça – seja amplamente assegurado no plano constitucional, ainda é necessário obedecer às regras infraconstitucionais para que a tutela jurisdicional pretendida seja entregue: as condições e pressupostos de existência e validade da ação, por exemplo.

Além do ingresso formal de uma demanda – o que, se analisado de forma restrita, seria

<sup>332</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 185-187.

<sup>333</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

<sup>334</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **PENSAR Revista de Ciências Jurídicas**. v. 17. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza, jan./jun. 2012. p. 33-56, p. 35.

uma visão individualista do processo – o acesso à justiça também se consubstancia na paridade de armas entre os litigantes e na adequação do instrumento processual e das técnicas processuais para alcançar a tutela do direito material então pretendido<sup>335</sup>.

Inclusive, foi diante da perceptível negligência do sistema judiciário no que tange à realidade social – sobretudo aquela relacionada aos indivíduos mais pobres e a diferença entre os menos favorecidos e os litigantes habituais – que se instauraram as ondas renovatórias do processo civil, cuja ideologia rechaçou o individualismo do processo, destacou a função processual e o impacto na sociedade em que atua bem como buscou eliminar - ou ao menos mitigar - os entraves do acesso à justiça.

Nesse contexto, Cappelletti e Garth discorrem sobre o movimento reformista ocorrido nas sociedades modernas dos países ocidentais. Esse movimento, segundo eles, pode ser dividido em três fases subsequentes, denominadas como as três ondas renovatórias do processo civil para o acesso à justiça<sup>336</sup>:

- (i) Primeira fase: criação de institutos jurídicos destinados a proporcionar assistência judiciária e serviços jurídicos para a população pobre pretendendo conscientizá-los sobre os seus direitos individuais e fornecer meios para reivindicá-los. Nessa época, esses mesmos sujeitos foram isentos do pagamento das despesas e custas judiciais e/ou assegurados de terem o patrocínio de suas causas por advogados remunerados pelo Estado. Isso perdura até hoje, como a Lei Federal 1.060/1950, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, recentemente derogada, a CF (arts. 5º, LXXIV<sup>337</sup>, e 134<sup>338</sup>) e o CPC (arts. 98 a 102<sup>339</sup>).

<sup>335</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris. 1988, p. 9.

<sup>336</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris. 1988.

<sup>337</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>338</sup> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

<sup>339</sup> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 1º A gratuidade da justiça compreende:

---

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.

Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de

- (ii) Segunda fase: foi enfrentada a questão da representação dos interesses difusos e coletivos – que não significam o direito da população pobre, na medida em que possuem um alcance muito mais amplo, atingindo outras categorias, como a dos consumidores, dos detentores do interesse ao ambiente saudável, dos pertencentes a determinadas classes profissionais, etc. O sistema norte-americano foi um dos pioneiros na regulamentação da matéria. As reformas nesse sentido provocaram verdadeiras reflexões sobre conceitos básicos do processo civil (legitimidade, normas procedimentais, coisa julgada) e o papel dos tribunais na solução dos conflitos coletivos. Como exemplo concreto, foi a pioneira Lei da Ação Popular – de 1965 – e a expansão da tutela jurisdicional coletiva por meio de várias outras legislações que já foram mencionadas no segundo capítulo deste trabalho.
- (iii) Terceira fase: criação de novos mecanismos processuais com foco no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos, a fim de adequar o sistema da proteção judicial às necessidades das sociedades modernas.

Na 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> gerações, foram introduzidos os procedimentos e técnicas direcionados aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, característicos das sociedades de massas. Consequentemente, com as novas leis direcionadas ao direito material coletivo, surgiram novos desafios na perspectiva processual para que fosse possível atender o direito material.

À parte das ondas renovatórias elencadas por Cappelletti e Garth, em 2019, Bryant Garth idealizou o *Global Access to Justice Project*, projeto ainda em desenvolvimento, que tratou de mais quatro novas ondas renovatórias à luz dos paradigmas do novo século:

[...] 4. A “quarta onda” (dimensão): ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça;

---

instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

§ 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

§ 2º Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.

5. A “quinta onda” (dimensão): o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos;
6. A “sexta onda” (dimensão): iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça;
7. A “sétima onda” (dimensão): desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça.<sup>340</sup>

Não se problematizará o cumprimento de todas as ondas renovatórias de acesso à justiça, mas é importante destacar que, focando no conteúdo apresentado por Cappelletti e Garth, a técnica processual, se mal compreendida e aplicada em contrariedade com a sua própria finalidade e do processo, pode representar séria ameaça à promessa constitucional de tutela jurisdicional segura, célere e efetiva. Nesse sentido, explica Bedaque:

Propõe-se ampliar essa visão dos óbices processuais, para incluir a questão da técnica processual, cuja complexidade, incorreta compreensão e má aplicação têm contribuído decisivamente para o insucesso do instrumento. Por isso, a maior colaboração do processualista para eliminar ou pelo menos abrandar o problema é buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual<sup>341</sup>.

Cabe ressaltar novamente que simplificar o processo e eliminar os óbices que desaguam no entrave do desenvolvimento processual também faz parte do acesso à justiça, além do afastamento das restrições de acesso ao Poder Judiciário. É isso o que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também defende:

[...] não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus<sup>342</sup>.

Até porque a inafastabilidade da jurisdição compreende também a prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e prestada em tempo razoável, ou seja, tempestivamente e antes do perecimento ou deterioração dos direitos pleiteados<sup>343</sup>. O arcabouço de técnicas processuais e a trajetória até a declaração e entrega do direito material exercem papel primordial na garantia do acesso à justiça. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

<sup>340</sup> GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Panorama Estrutural do Livro. 2021. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 22 nov. 2024.

<sup>341</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

<sup>342</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 137/2006. p. 7-31. jul.2006, item 3.

<sup>343</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 364.

A efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles<sup>344</sup>.

Observa-se que nem sempre a legislação possui um modelo suficiente que atenda ao direito material e supere a colisão externa entre o devido processo legal e o acesso à justiça – normas indiscutivelmente válidas no aspecto moral e jurídico se interpretadas de forma isolada, porquanto constitucionais.

Em contrapartida, existente a colisão externa nos casos de concessão (ou não) de tutelas de urgência em ações coletivas, quando algum dos requisitos processuais não é atendido, conforme a teoria de Günther, é imprescindível proceder com as seguintes etapas: (i) o discurso de justificação, que verifica se as normas em questão são válidas e, conseqüentemente, aplicáveis; e (ii) o discurso de aplicação, que, com base em uma descrição detalhada da situação concreta e na análise do conjunto de normas jurídicas pertinentes, realiza o juízo de adequação, que permite identificar e escolher a norma mais adequada para a aplicação no caso específico: se o devido processo legal ou o acesso à justiça.

### 5.3.2 O ônus coletivo do tempo no processo

Partindo do pressuposto que “o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça”<sup>345</sup>, sabe-se que a mora processual pode ser responsável pela inefetividade da prestação jurisdicional devida no processo individual e, mais ainda, no coletivo, em razão da grandiosa natureza dos interesses a serem tutelados.

Além disso, o fator temporal é consubstanciado no direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e, também, consequência do devido processo legal e do acesso à justiça<sup>346</sup>.

No cenário aqui discutido, não é possível ignorar a figura do ônus do tempo do processo, a qual é destinada a todos aqueles que sofrem as consequências das decisões proferidas na respectiva demanda coletiva.

Sabe-se que o CPC, “como objetivo primordial, elegeu a diminuição do tempo no

---

<sup>344</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 346.

<sup>345</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p.146.

<sup>346</sup> DUARTE, Ricardo Quass. **O Tempo Inimigo no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

processo”<sup>347</sup> e, enquanto obediente ao já abordado modelo constitucional de processo, “É uma norma vocacionada à garantia de um direito fundamental: a duração razoável do processo”<sup>348</sup>. Para tanto, além de o Capítulo II, Seção I do CPC versar inteiramente sobre o “Tempo”, enquanto que o Capítulo III se destina aos “Prazos”, Daniel Amorim Assumpção Neves elenca vários outros procedimentos que foram criados objetivando a celeridade na tramitação processual:

- a) julgamento antecipado do mérito (Art. 355 do CPC);
- b) procedimento sumaríssimo (Lei 9.099/95);
- c) procedimento monitório (arts. 700 a 702 do CPC);
- d) julgamento de improcedência liminar (art. 332 do CPC);
- e) julgamento monocrático do relator (art. 932 do CPC);
- f) prova emprestada (art. 372 do CPC);
- g) processo sincrético;
- h) incentivo à prática de atos processuais por meio eletrônico (arts. 170; 171; 183,
- i) §1º; 194; 205, § 3º; 228 § 2º; 232; 235, § 1º; 246, V; 263; 270; 334, § 7º; 513 § 2º, III, 837; 854, §§ 6º e 9º; 876, § 1º, III; 879, II; 880, § 3º; 892; 915, § 4º; 945; 979; 1.019, III; 1.038, § 1º, todos do CPC).
- j) repressão à chacina processual (art. 77 § 2º do CPC);
- k) julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC).
- l) incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987 do CPC);
- m) previsão expressa da tutela da evidência (art. 311 do CPC);
- n) aumento da eficácia vinculante de precedentes e súmulas (art. 927 do CPC)<sup>349</sup>.

Além disso, no CPC, o art. 4º<sup>350</sup> versa sobre o direito de a parte obter em tempo razoável a solução integral do mérito; dentre outros, o art. 80, VII<sup>351</sup>, prevê punições para aqueles que protelam indevidamente o andamento do processo; e o próprio art. 139, II<sup>352</sup> coloca a duração razoável do processo como obrigação aos juízes.

Todos os que necessitam acionar o poder judiciário para a resolução de um conflito têm o direito à prestação da tutela jurisdicional efetiva em um tempo razoável, todavia, ainda que diante da inegável demora na tramitação processual, é impossível olvidar que, ao tratar da

<sup>347</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; DE MORAES, Daniela Marques. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 76, p. 135-154, 2020. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2062/1926>. Acesso em: 2 fev. 2023, p. 136.

<sup>348</sup> Ibid.

<sup>349</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 204.

<sup>350</sup> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

<sup>351</sup> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

[...]

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

<sup>352</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

II - velar pela duração razoável do processo;

efetividade, nos deparamos com o binômio celeridade x segurança jurídica<sup>353</sup>.

Embora Marinoni nos ensine que não se pode permitir "que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito"<sup>354</sup>, existe uma controvérsia na doutrina acerca do predomínio do direito a um procedimento com cognição exauriente em detrimento das técnicas de cognição sumária.

Sabe-se que o tempo do processo se pauta pelo procedimento ordinário que conta com instrução probatória, título executivo e coisa julgada; tudo para que a nominada “verdade” seja maior que a probabilidade<sup>355</sup>. O tempo no processo é, portanto, umbilicalmente ligado à busca pela verdade daquilo que é nele discutido<sup>356</sup>. Nesse ponto, ensinam Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes:

Fosse dado conceituar processo civil de forma sucinta e livre, mas, suficiente para retratar o que ele representa para as partes, poder-se-ia dizer que processo é prazo e prova. A parte tem o ônus da prova das suas alegações e os atos processuais, por sua vez, são praticados nos prazos devidamente determinados. No caso, interessa o prazo em que as partes são obrigadas a suportar a espera da tutela do direito invocado e as consequências desse tempo na vida dos jurisdicionados, levando-se em consideração o direito fundamental a um processo de razoável duração. O tempo é o único bem irrecuperável. Não é passível de ser adquirido. Uma vez ‘perdido’, os efeitos são irreversíveis. No processo, contudo, ele pode, ao mesmo tempo, ser prejudicial a uma parte e extremamente benéfico à outra. É mais do que evidente, no entanto, que a prestação da tutela jurisdicional demanda tempo para ser processada. O tempo é um ônus no e do processo contra o qual o Estado/juiz precisa lutar para amenizar, ao máximo, seus deletérios efeitos<sup>357</sup>.

Além disso, é impossível mensurar o tempo do processo, afinal, “o processo em si, compreendido desde a petição inicial até a decisão final, por circunstâncias várias, requer um tempo de durabilidade que, em regra, não consegue atender o comando constitucional da duração razoável do processo”<sup>358</sup>.

Mas, a quem se destina o ônus do tempo no processo? Sob o procedimento ordinário, a praxe é que o autor arque com o ônus temporal desde a propositura da demanda até o proferimento de uma decisão passível de execução. “Passível de execução” porque a permanência da regra do efeito suspensivo atribuído à sentença quando interposto o recurso de apelação – salvo as poucas exceções previstas no Código – , desaguou no cenário de

<sup>353</sup> PEREIRA, José Luiz Parra. **A duração razoável do processo na era digital**. São Paulo: Appris, 2019. p. 32.

<sup>354</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 107; *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

<sup>355</sup> BECKER, L.A. **O que é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 235.

<sup>356</sup> *Ibid*, p. 290.

<sup>357</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; DE MORAES, Daniela Marques. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Minas Gerais, n. 76, p. 135-154, 2020. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2062/1926>. Acesso em: 2 fev. 2023, p. 139.

<sup>358</sup> *Ibid*, p. 141.

impossibilidade de execução imediata da sentença até que o tribunal local se manifeste sobre ela. Nesse aspecto, “Como o cidadão obterá a tutela do direito em tempo razoável se para isso terá de se submeter a um obrigatório duplo grau?”<sup>359</sup>.

Inclusive, a preocupação em afastar o chamado perigo da prestação jurisdicional é transgeracional<sup>360</sup>. Isso ocasionou a criação de medidas aptas a proteger direitos e garantir a eficácia da decisão final, já que a celeridade processual é determinante para alcançar a justiça pontual, qualificada e manifesta<sup>361</sup>.

Uma das técnicas que objetiva tornar mais justa a distribuição do ônus do tempo é o instituto da antecipação da tutela de urgência, o qual é subordinado, para aplicação, aos requisitos já elencados no capítulo anterior.

Considerando que “A técnica antecipatória não pode sacrificar direitos inerentes à garantia de um procedimento que deve ser realizado em contraditório efetivo. Não se pode perder de vista que, se o direito de ação é fundamental, também o é o direito de defesa”<sup>362</sup>. Então, por um lado, percebe-se que é irracional “manter medida judicial cuja permanência torna a situação da parte adversa, insuportável, ao passo que beneficia de forma injusta a outra”<sup>363</sup>; por outro:

O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional<sup>364</sup>.

À parte disso, as técnicas de sumarização foram criadas justamente para que “o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento ser merecedor da tutela da justiça”<sup>365</sup>.

Mediante as tutelas de urgência, uma vez deferidas pelo magistrado quando

<sup>359</sup> Ibid, p. 152.

<sup>360</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual**. 12. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017, p. 638.

<sup>361</sup> Orando aos moços da sua turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Rui Barbosa aclamava que a “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. BARBOSA, Rui. **Oração aos moços** / Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

<sup>362</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; DE MORAES, Daniela Marques. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Minas Gerais, n. 76, p. 135-154, 2020. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2062/1926>. Acesso em: 2 fev. 2023, p. 145.

<sup>363</sup> Ibid, p. 144.

<sup>364</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 610.

<sup>365</sup> Ibid.

demonstrados os requisitos necessários para a sua concessão, o autor deixa de arcar exclusivamente com o ônus do tempo, evitando, assim, defesas infundadas e protelatórias do réu, o qual passa, também, a concorrer para uma solução do processo de forma célere e efetiva. Inclusive, o fardo autoral de arcar sozinho com o ônus do tempo no processo acaba por ferir o princípio da igualdade<sup>366</sup> – o que apenas chancela a necessidade de sua distribuição entre os litigantes, de acordo com a probabilidade do direito.

Ocorre que, no caso de uma ação coletiva, o ônus do tempo não recai restritamente sobre o autor, mas sobre todos aqueles que se beneficiariam com a procedência dos pedidos iniciais. Ou seja: o ônus do tempo do processo também é coletivo.

Assim, a pretensão deste subcapítulo é demonstrar que o ônus coletivo do tempo no processo somado ao objetivo do CPC, das tutelas coletivas e do próprio julgador, deve ser considerado pelo magistrado ao realizar o juízo de adequação (a partir de uma descrição completa da situação de aplicação) e escolher a norma (devido processo legal ou acesso à justiça) que incidirá sobre a situação de concessão - ou não - de tutelas de urgência em uma demanda de natureza coletiva.

#### **5.4 Juízo de adequação na concessão de tutelas antecipadas em ações coletivas**

Ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o processo é uma autêntica "ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social", não mais como uma "mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais", devendo ser considerado como verdadeiro "Direito Constitucional aplicado"<sup>367</sup>.

Nesse contexto, como já exposto em subcapítulo anterior, segundo a teoria de Günther, para oferecer um modelo procedimental em situações que se deparam com princípios contraditórios é necessário realizar dois discursos de forma subsequente: (i) o discurso de justificação, que identifica se as normas são válidas e, portanto, aplicáveis; e (ii) o discurso de aplicação que, na situação de colisão externa, aplica a norma mais adequada (juízo de adequação) para a regulamentação do caso.

Concluiu-se, no deslinde desse trabalho, que em um cenário envolvendo a concessão de

---

<sup>366</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 208.

<sup>367</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 261.

tutelas de urgência em demandas coletivas, quando algum dos requisitos necessários para a aplicação desse instituto não é atendido, existe uma colisão entre direitos fundamentais naturalmente antagônicos: o devido processo legal e o acesso à justiça, importantes princípios previstos na Constituição de 1988 e em todas as legislações que nela se inspiraram – incluindo o CPC.

Poder-se-ia partir do pressuposto que o devido processo legal e o acesso à justiça seriam normas válidas tanto sob o ponto de vista moral quanto jurídico, afinal, se direitos fundamentais previstos na Constituição não são válidos, o que mais seria?

Contudo, nesta pesquisa e neste caso em específico, entende-se que o acesso à justiça apenas será considerada uma norma válida sob o ponto de vista moral e jurídico, se um dos pressupostos para a concessão de uma tutela de urgência foi cumprido: a probabilidade do direito.

Conforme já explicado em capítulo anterior, a probabilidade do direito consiste na admissibilidade de existência do direito, diante dos elementos trazidos pelo autor, sendo a soma da verossimilhança fática à plausibilidade jurídica.<sup>368</sup> Por isso, entende-se que apenas no caso de cumprimento do requisito à probabilidade do direito é que haverá a colisão externa, caso contrário, sequer válida moral e juridicamente será considerada a norma, tampouco será essa norma submetida ao juízo de adequação.

Uma, porque, conforme já exposto, a validade de uma norma moral se consubstancia na aceitação racional dos resultados dos indivíduos que serão afetados por sua incidência<sup>369</sup>. Nesse aspecto, não se vislumbra nenhuma aceitação racional de resultados decorrentes de uma determinação judicial que não possui admissibilidade de existência do direito. Duas, porque a validação jurídica se dá nos limites do ordenamento jurídico e, se não há admissibilidade de existência do direito na tutela de urgência pretendida, os limites do ordenamento jurídico não seriam respeitados com a sua concessão. Ilustra-se:

---

<sup>368</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016.

<sup>369</sup> SORIANO, Leonor. M. Moral. ¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. DOXA [Publicaciones Periódicas]. Alicante, Espanha, n. 21, v. I, p. 193-208, 1998. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_11.pdf)>. Acesso em 26 nov. 2024, p. 193.

Figura 5 – Ausência da probabilidade do direito no discurso de justificação<sup>370</sup>



Em contrapartida, em caso de constatação da probabilidade do direito, superado está o (i) o discurso de justificação, que identifica se as normas são válidas, leia-se, aplicáveis. Sendo as normas aplicáveis, cabe a realização (ii) do discurso de aplicação que, na situação de colisão externa (devido processo legal x acesso à justiça) aplica a norma mais adequada para a regulamentação do caso, a partir da consideração de todos os aspectos da situação concreta a ser decidida.

E quais são “todos os aspectos da situação concreta a ser decidida”? Não há uma situação concreta sob análise, por isso é impossível enumerar todos os aspectos, contudo, em se tratando de um pedido de concessão de tutela de urgência em uma demanda coletiva, na qual é constatada a probabilidade do direito, existem aspectos que, inevitavelmente, estarão presentes:

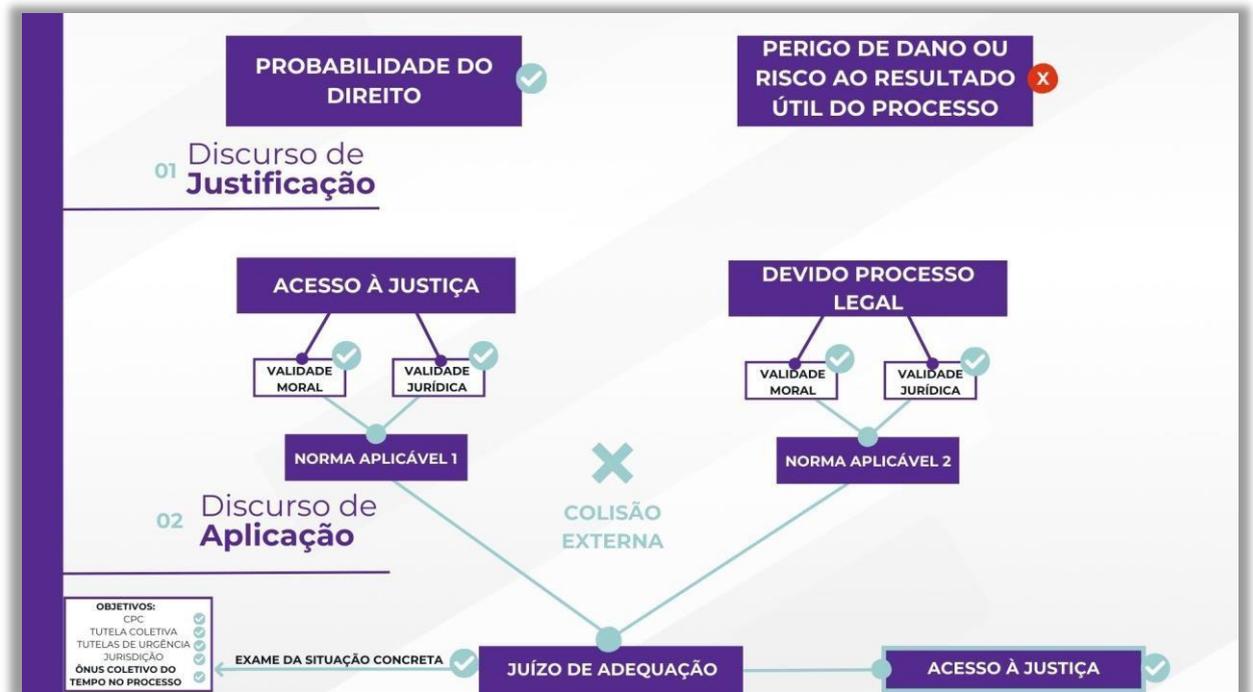
- (i) O atual processo civil tem como diretriz o modelo constitucional de processo e a entrega efetiva da prestação jurisdicional.
- (ii) O objetivo do processo coletivo é tutelar os direitos e interesses da sociedade, ou

<sup>370</sup> Elaborada pela autora (2024).

parte dela, e não de um único indivíduo.

- (iii) Há inúmeras lacunas no procedimento aplicável às demandas coletivas, mas não é razoável que processos coletivos tenham a mesma condução que processos individuais.
- (iv) Dentro do sistema de Justiça, o julgador é o responsável pela condução processual que entregará – ou não - ao jurisdicionado a tutela adequada, tempestiva e efetiva.
- (v) Sem deixar de observar o princípio do Juiz Natural, a Constituição, o atual CPC e o cerne das demandas coletivas permitem a ampliação da participação e condução do juiz nos processos para que seja apreciada toda a lesão e ameaça a direitos, a fim de proteger e entregar a tutela aos jurisdicionados envolvidos.
- (vi) De acordo com o CPC, a concessão de tutelas de urgência exige o preenchimento de requisitos estritamente formais. No entanto, em demandas coletivas, o julgador não deve se limitar rigidamente à literalidade da lei, especialmente quando isso comprometer a garantia essencial ao acesso à justiça.
- (vii) O ônus coletivo do tempo no processo, natural das demandas coletivas, deve ser sopesado pelo julgador no momento em que ele (não) concede uma tutela de urgência em um processo coletivo em razão da ausência de constatação de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, técnica que justamente busca redistribuir de forma justa esse ônus temporal.

Diante de todos os aspectos acima elencados, ao realizar o discurso de aplicação na situação de colisão externa entre o devido processo legal e o acesso à justiça, entende-se como razoável que o julgador, salvo em situações de clara inexistência de probabilidade do direito quanto aos fatos que envolvem a situação, entenda que a norma mais adequada para a regulamentação do caso é o direito fundamental ao acesso a justiça e, partindo disso, (in)defira o pedido de tutela de urgência requerido em uma ação coletiva:

Figura – Juízo de adequação<sup>371</sup>

Se “a justiça tardia já é uma injustiça”<sup>372</sup> quando se trata de um processo individual, muito maior é quando ocorre em um processo coletivo, no qual diversos são os envolvidos afetados pelas consequências da mora processual e muito mais desproporcional é a distribuição do ônus do tempo do processo.

<sup>371</sup> Elaborada pela autora (2024).

<sup>372</sup> ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela Provisória**. Brasília: Gazeta Jurídica., 2018. p. 49.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo deste trabalho destaca a importância da interação entre o direito processual civil e o direito constitucional, evidenciando, em primeiro lugar, a evolução do processo civil brasileiro de um paradigma individualista para um modelo constitucional de processo. Essa transformação está alinhada aos princípios da efetividade e da celeridade, consagrados na Constituição de 1988, visando assegurar a entrega adequada e eficiente da tutela dos direitos.

Nesse mesmo contexto, a tutela coletiva se consolida como um instrumento essencial para a proteção de direitos que transcendem o âmbito individual, oferecendo uma resposta efetiva às demandas de grupos vulneráveis ou de uma parcela da sociedade. Ela não apenas amplia o acesso à justiça, mas também assegura que os interesses coletivos sejam tratados de forma adequada e proporcional à sua natureza. Contudo, é fundamental reconhecer que o processo coletivo não pode ser conduzido de maneira idêntica ao processo individual, devido às suas especificidades e à complexidade dos direitos envolvidos.

O microsistema de tutela coletiva enfrenta desafios estruturais significativos, agravados pela inexistência de um Código de Processo Coletivo. Essa lacuna legislativa resulta em uma fragmentação normativa, dificultando a construção de um arcabouço jurídico uniforme e eficiente para lidar com as peculiaridades das ações coletivas – o que limita a efetividade do modelo, compromete a proteção tempestiva de direitos transindividuais e gera obstáculos ao acesso à justiça.

As tutelas de urgência desempenham um papel crucial no sistema processual, permitindo intervenções imediatas que asseguram a proteção ou satisfação do direito almejado, prevenindo danos irreparáveis ou de difícil reparação e garantindo a efetividade do provimento final. Reguladas pelo Código de Processo Civil, essas medidas exigem o cumprimento de requisitos específicos: a probabilidade do direito, que requer elementos que demonstrem a plausibilidade da tese apresentada, e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que justifica a urgência de uma decisão antecipada.

Em ações coletivas, a concessão de uma tutela de urgência vai além de uma medida processual; ela se configura como um verdadeiro combo de acesso à justiça, permitindo a proteção imediata de direitos que impactam não apenas indivíduos isolados, mas grupos inteiros. Nessas ações, a demora na resposta judicial pode acarretar prejuízos amplos e profundos, reforçando a importância de mecanismos que mitiguem os efeitos do tempo no processo. Assim, as tutelas de urgência tornam-se essenciais para assegurar a efetividade da justiça em demandas coletivas, promovendo uma resposta célere e proporcional à complexidade

e ao alcance dos direitos envolvidos.

Nesse contexto, o papel do juiz é essencial, pois cabe a ele avaliar a adequação da medida considerando não apenas os requisitos formais, mas também os objetivos maiores do respectivo processo, como a garantia do acesso à justiça, especialmente em ações coletivas. O juiz não pode se limitar às formalidades processuais, pois sua função transcende a aplicação rígida do Código de Processo Civil. Nas demandas coletivas, a postura do julgador se torna ainda mais relevante, já que o objetivo da tutela coletiva é assegurar o acesso à justiça em um âmbito ampliado, o do Código de Processo Civil é viabilizar a entrega efetiva da tutela dos direitos, e o da tutela provisória é mitigar o ônus do tempo no processo. Assim, o juiz deve interpretar e aplicar as normas com flexibilidade e sensibilidade, garantindo uma justiça tempestiva e eficaz, sem sacrificar os direitos em razão de exigências puramente formais.

À parte disso, a análise revelou que tanto o microsistema de tutela coletiva quanto o sistema processual destinado às ações coletivas apresentam diversas lacunas. Essas fragilidades, que vão desde questões de harmonização normativa até a operacionalização prática, limitam a efetividade do modelo, comprometendo a proteção tempestiva de direitos transindividuais e gerando obstáculos ao acesso amplo à justiça. Soma-se a isso a aplicação rigorosa dos requisitos tradicionais para a concessão de tutelas de urgência, que pode, paradoxalmente, inviabilizar o objetivo maior do CPC, das ações coletivas e da jurisdição: promover o acesso à justiça mediante a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e, conseqüentemente, tempestiva.

Nesse sentido, o exercício do juízo de adequação, proposto por Klaus Günther, apresenta-se como uma alternativa metodológica robusta e coerente ao problema apresentado. Embora a teoria da ponderação de Robert Alexy seja amplamente estudada de forma tradicional e até aplicada pelas Cortes Superiores, na prática, ela pode se revelar insuficiente para resolver problemas específicos como o enfrentado neste estudo.

A teoria da adequação, em contraste, oferece uma abordagem que vai além da ponderação de princípios, propondo uma escolha clara e fundamentada da norma mais apropriada ao caso concreto. Essa metodologia permite uma análise mais precisa das circunstâncias concretas, potencialmente conduzindo a decisões mais eficazes e alinhadas com os objetivos do CPC, das ações coletivas, o instituto das tutelas de urgência e da jurisdição.

A adoção dessa teoria possibilita ao julgador identificar e aplicar a norma mais adequada ao caso concreto, mesmo na ausência de todos os requisitos formais exigidos pelo Código de Processo Civil. Desde que a probabilidade do direito esteja devidamente demonstrada, o magistrado pode fundamentar sua decisão na norma que melhor promova a concretização dos direitos fundamentais em questão. Dessa forma, assegura-se uma solução justa, proporcional e

alinhada aos princípios constitucionais, bem como à finalidade última do processo e da tutela de urgência: a entrega efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional pretendida por um grupo numeroso de indivíduos.

A aplicação prática dessa teoria no momento de avaliar a concessão de tutelas de urgência em ações coletivas, conforme defendido neste trabalho, reforça o papel do magistrado como agente de inclusão e efetividade no sistema de justiça, alinhando suas decisões aos valores e objetivos consagrados na Constituição. Essa abordagem também consolida a compreensão de que o devido processo legal deve ser interpretado à luz de sua função primordial: garantir a justiça material, transcendendo a mera observância formal de regras processuais.

Por fim, este estudo contribui para o desenvolvimento do Direito Processual ao propor uma abordagem que integra teoria e prática, oferecendo reflexões e caminhos para superar lacunas do sistema atual. Acredita-se que a adoção do juízo de adequação pode se traduzir em avanços significativos na entrega da tempestiva tutela jurisdicional coletiva, reafirmando o compromisso do processo civil contemporâneo com a promoção de uma justiça efetiva, célere e acessível.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público).

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense**. São Paulo: Siqueira, Nagel & Cia., 1915.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: um novo ramo do Direito Processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile - Storia, fonti, interpretazione**. vol. I. Milano: Giuffrè, 2000.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; GAMBARO, Antonio. Aspetti privatistici della tutela dello ambiente: L'esperanza americana e francese. *In*: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA, Alvim Netto. A evolução do direito e a tutela de urgência. *In*: ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela Provisória**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 389-408, nov. 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **RDC**, [s. l.], v. 102, n. 6, 2001. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_06\\_36.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_36.pdf). Acesso em: 17 out. 2024.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECKER, L.A. **O que é o jogo do processo?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 305-306.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 17 out. 2024.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 72, n. 1, p. 131–152, 1977. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795>. Acesso em: 17 set. 2024.

BUZUID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de processo civil**. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. *In*: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistematico del Provvedimenti Cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice Vol. I: A world survey**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi o difussi**. Padova: Cedam, 1976.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile: 1900 – 1930**. Roma: Foro Italiano, 1930-1931.

COSTA, Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura.** São Paulo: Ed. RT-Edusp, 1970.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **O processo para solução de conflitos de interesse público.** Salvador: Juspodivm, 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. (Coord.). **A nova execução de títulos extrajudiciais.** São Paulo: Forense, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. Ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Formação do Moderno Processo Civil Brasileiro (Uma homenagem a Enrico Tullio Liebman). *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** Tomo I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** Tomo. I. 4. ed. São Paulo, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Regime jurídico das medidas urgentes. *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

DUARTE, Ricardo Quass. **O Tempo Inimigo no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: LTr, 2009.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. **O direito vivo das liminares.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental.** São Paulo: Atlas, 2008.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIUSEPPE, Franceso. **Ordinanza della procedura civile: 1895.** Milano: Giuffrè, 2004.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual teoria geral do processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça como tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JR., Fredie; (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. 2. série. Salvador: JusPodivm, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. In: BENJAMIN, Antonio Herman; *et al.* (coord.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law**. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

GÜNTHER, Klaus. Qual o Conceito de Pessoa de que Necessita a Teoria do Discurso do Direito? **Revista Direito GV** 3. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-240, jan./jun. 2006, p. 223.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. **DOXA** [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014 183 n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em:  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf). Acesso em 13 out. 2024, p. 278.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tuillio. **Embargos do Executado: Oposições de Mérito ao Processo de Execução**. Campinas: Imprensa, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tuillio. **Il nuovo codice di processo civile brasiliano**. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tuillio. **Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano: 1948**. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi, Raffaele de Giorgi e Paulo Sávio Peixoto Maia. [S.l.: s.n], 1996. [Tradução para uso acadêmico não revisada].

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** 11. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum.** 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado.** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

MILARÉ, Édís. (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, Alberto Camiña; *et al.* (coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *In:* MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. *In:* TARZIA, Giuseppe. **Studi in onore di Vittorio Denti.** Padova: CEDAM, 1994.

MUNIZ FILHO, José Humberto Pereira; GUIMARÃES, Daniel Miaja Simões. Tutela de urgência antecipada: um ensaio topográfico sobre sua satisfação. *In:* Didier Jr., Fredie (coord.). **Grandes temas do Novo CPC**, v.6: tutela provisória. Salvador: Ed Jus Podivm, 2016, p. 227.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a velha opção pelo efeito "suspensivo" no recurso de apelação. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 17-36, 2015.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade!** In: Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, ano XXXIII, n. 104. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2006.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; DE MORAES, Daniela Marques. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 76, p. 135-154, 2020. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2062/1926>. Acesso em: 2 fev. 2023.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **Fato e direito no recurso especial: o mito da distinção**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 100-110, 2011.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei d. Filipe, o primeiro**. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957.

REIS, José Alberto dos. O novo Código de Processo Civil. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 72, n. 2640, 1939.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54, n. 2, separata, 1959.

SCHOLZ, Johannes-Michael. Gesetzgebung in Portugal. In: COING, Helmut. **Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte**. München: Beck, 1976.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. V.1.

SORIANO, Leonor. M. Moral. ¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. **DOXA** [Publicaciones Periódicas]. Alicante, Espanha, n. 21, v. I, p. 193-208, 1998. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_11.pdf). Acesso em: 26 nov. 2024, p. 196.

STJ - AgInt no AREsp: 2175102 MT 2022/0227905-2, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 20/03/2023, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 22/03/2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1922823777>. Acesso em: 25 out. 2024.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada e tutela cautelar**. São Paulo: RT, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de Independência**. Migalhas de Peso. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365117/evolucao-do-processo-civil-brasileiro-nos-200-anos-de-independencia>. Acesso em: 30 ago. 2024.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. Coimbra-São Paulo, Coimbra Ed.-Ed. RT, 2009.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz e SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Reposicionamento da ação de improbidade administrativa**. ConJur. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/yarshell-sica-reposicionamento-acao-improbidade>. Acesso em: 23 nov. 2024.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.