

TUTELAS DE URGÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

SÉRGIO DE OLIVEIRA SILVA JÚNIOR¹

Resumo

A superação da morosidade na prestação jurisdicional tem sido um dos maiores desafios dos operadores do Direito. O aperfeiçoamento de instrumentos processuais constitui um dos eficazes mecanismos para o combate do referido mal, notadamente os instrumentos relacionados à tutela dos interesses transindividuais. O denominado Processo Civil Coletivo constitui ramo do direito repleto de peculiaridades, que diante da ausência de codificação específica, exige do operador a interpretação das normas e utilização das chamadas “regras de conexão”. Indiscutível a importância do assunto, proporcional a sua complexidade, razão pela qual no presente serão feitas algumas considerações que por si sós evidenciam que as tutelas de urgência, quando utilizadas de forma técnica e precisa, representam importantes instrumentos colocados à disposição do Estado à consecução da efetividade e eficácia da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: tutelas urgentes e direito coletivo

¹ Mestre. Professor de Processo Civil na Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e no Instituto Superior de Ciências Aplicadas de Limeira (ISCA). Professor de Direito Civil no Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Advogado. E-mail: sergio@pollooliveiraequiles.adv.br

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte reconheceu, definitivamente, a necessidade de se buscar novos meios que pudessem tornar o processo mais ágil e útil à sociedade de massa, como a dos nossos dias, evitando, assim, a prestação jurisdicional intempestiva.

Antes de adentrarmos propriamente na abordagem das tutelas de urgência no Processo Civil, cumpre abordar os aspectos constitucionais que fazem despontar, com maior vigor, a importância do assunto proposto.

Sempre que iniciamos o estudo de um instituto jurídico, imperioso se torna abordar o tema sob o enfoque constitucional, afinal a Carta Magna constitui o cerne do ordenamento jurídico.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu ao art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que apresenta a seguinte redação: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

A redação do referido inciso constitucional atendeu aos anseios da sociedade, que clama por Justiça, não tardia, mas eficaz e célere.

Infelizmente impera no Brasil a ineficácia dos provimentos jurisdicionais, sendo esta o resultado de uma série de fatores, dentre os quais pode-se destacar a carência de estrutura material aliado a um sistema processual anacrônico e individualista, com operadores, na maioria das vezes, preocupados em sacrificar o direito em detrimento da forma.

Uma das maiores mazelas do processo está relacionada justamente aos efeitos deletérios do tempo, despontando daí a necessidade e utilidade das chamadas tutelas de urgência.

O nosso Código de Processo Civil possui mecanismos adequados a afastar os riscos da prestação jurisdicional tardia, ora permitindo ao juiz valer-se de um instrumento protetivo, a pedido da parte ou “ex officio” (tutelas cautelares), ora concedendo antecipada e provisoriamente o que seria concedido ao final (antecipação da tutela), ambos subordinados à presença de requisitos legais, dentre os quais pode-se citar os artigos 798, 273 e 461 do CPC e art. 84 do CDC.

Com as tutelas de urgência, seja cautelar, seja tutela antecipada, nos deparamos com o paradoxo existente entre acúmulo de processos e necessidade de protegê-los dos efeitos deletérios do tempo.

Os integrantes do Poder Judiciário, diante da caótica situação enfrentada, deparam-se com um excessivo número de pedidos de liminares, que pelo excesso de trabalho, não são analisadas com a devida importância e profundidade e muitas vezes concedidas tardiamente, após a ocorrência do dano irreversível.

No Brasil, acredita o legislador que a sua atividade normatizadora seria a maior responsável pelas soluções de problemas relacionados com a morosidade na prestação jurisdicional.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, diante da “milagrosa” consagração da razoável duração do processo, o legislador infraconstitucional passou a produzir leis de constitucionalidade duvidosa, que na maioria das vezes sacrificam direitos para contemplar a celeridade, como se esta e aquela não fossem fatores indispensáveis e exigências cumulativas para a concretização da Justiça. Para exemplificar o alegado basta mencionar as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF), as súmulas impeditivas de recursos (art. 518, §§ 1º e 2º do CPC, introduzidos pelas Lei nº 11.276/2006) e o julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.277/2006).

As tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias, são de extrema relevância para a efetividade do processo, tanto individuais quanto coletivos, por existir uma necessidade lógica de ser aliada a celeridade à efetividade processual.

2 Tutelas de urgência: abordagem conceitual

A tutela de urgência constitui gênero de que são espécies a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Ambas têm por objetivo combater os efeitos deletérios do tempo, visando a antecipação da tutela a satisfação provisória e antecipada da pretensão, quando presentes os seus requisitos autorizadores; ao passo que a tutela cautelar tem por objetivo não a satisfatividade, mas sim proteção, resguardo ou segurança do instrumento (processo).

Podemos afirmar que a tutela antecipada satisfaz provisoriamente a pretensão do requerente, ao passo que a tutela cautelar protege provisoriamente o instrumento que veicula a pretensão. Enquanto a tutela antecipada recai sobre o direito, a tutela cautelar recai sobre o instrumento, protegendo indiretamente o direito nele discutido.

As tutelas de urgência são admitidas em todos os instrumentos hábeis a sofrer os efeitos danosos do tempo, como bem destacado por Montenegro Filho (2006), “várias medidas de urgência se encontram desenhadas não apenas na lei processual, como também em legislações esparsas, bastando citar, neste particular, as liminares em ações civis públicas e em mandados de segurança, dando ao autor resposta jurisdicional (satisfativa ou acautelatória), sem sujeitar o promovente ao aguardo da sentença final”.

Para a efetividade da atuação estatal na solução de controvérsias, imprescindível que o titular da relação substancial carente de proteção possa assegurar não apenas a proteção formal do seu direito, mas proteção real, eficaz, capaz de proporcionar-lhe os mesmos benefícios que o cumprimento espontâneo da obrigação lhe conferiria.

Com bem Bedaque (1998), “a tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade de tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita”.

Sempre que vislumbrado que a demora na prestação jurisdicional poderá causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação, deverá o juiz, se presentes os requisitos legais, conceder a tutela específica para o caso concreto.

Com relação à tutela protetiva, ou seja, acautelatória (ou cautelar), poderá o juiz conceder-la “ex officio”, valendo-se do poder geral de cautela preconizado no art. 798 do Código de Processo Civil, desde que presentes os seus requisitos autorizadores: “fumus boni juris” (fumaça do bom direito) e “periculum in mora” (perigo da demora).

No tocante à antecipação dos efeitos da tutela, observa-se que os seus requisitos autorizadores, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, são mais rígidos, não se contentando o legislador com a fumaça do bom direito ou com o perigo da demora, como nas cautelares, exigindo um “plus”, que consiste na prova inequívoca e verossimilhança do alegado.

Enquanto a tutela cautelar poderá anteceder a um processo (preparatória) ou ser concedida no seu curso (incidental), a tutela antecipada sempre será incidental.

Alguns doutrinadores ainda insistem afirmar que o requerimento da parte também serve como requisito distintivo entre tutela cautelar e tutela antecipada, dentre eles, oportuno citar o entendimento de Destefenni (2006), ao asseverar que “o juiz não pode antecipar a tutela “ex officio”. A concessão da tutela antecipatória depende de pedido da parte. Afinal, o próprio art. 273 é claro: o juiz, a requerimento da parte, poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. A função jurisdicional, em regra, é inerte. Aliás, com base no art. 2. do CPC, podemos dizer nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, antecipatória ou final, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Com a devida vênia, com relação à vedação da tutela antecipada “ex officio” pelo juiz, não verificamos motivos hábeis a impedir a sua concessão em determinados casos concretos.

O processo constitui instrumento público, pertencente ao Estado. O Estado, por intermédio do Poder Judiciário, tem por função garantir a paz social e resolver os conflitos de interesses com eficácia e presteza. A ausência de solução da lide por culpa do Estado

(erro ou lentidão) coloca em questão a sua supremacia enquanto ente soberano. O princípio do acesso à justiça previsto no art. 5., inciso XXXV, da CF exige que a prestação jurisdicional seja eficaz.

A garantia constitucional acima mencionada não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem justa.

O art. 461, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil dispõe que: “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Referido dispositivo trata da medida de urgência específica para as situações que envolvem obrigações de fazer e não fazer. No parágrafo terceiro acima referido, o legislador não condiciona a concessão da medida ao prévio requerimento.

No mesmo sentido, dispõe o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), em seu art. 83, parágrafo primeiro, que: “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil”.

À primeira vista, em decorrência da expressa alusão ao art. 273 do CPC feita pelo Estatuto do idoso, poderá o intérprete ser induzido a defender a impossibilidade da concessão da tutela antecipada “ex officio”, por exigir o Código de Processo Civil o expresse requerimento da parte.

Para a concretização da justiça, deve o intérprete valer-se de todos os instrumentos disponíveis no nosso ordenamento jurídico, tendo-se sempre em mente que a formalidade processual não basta por si só, mas tem por finalidade reestabelecer em cada caso concreto o direito violado ou afastar de forma efetiva a sua iminência de violação.

A questão da antecipação de ofício ganhou novo ingrediente com a regra da fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Afinal, se as medidas são fungíveis e o juiz pode determinar medidas cautelares de ofício, o que é pacífico e está previsto no art. 797 do CPC, não subsistem mais razões para impedir a antecipação da tutela “ex officio”.

O processo não basta por si só, mas constitui instrumento hábil a concretizar a efetividade do direito material.

3. Tutelas de urgência nas ações coletivas

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, em que foi ampliado o rol de legitimados à defesa dos interesses metaindividuais (art. 129, parágrafo primeiro, da CF),

perdeu sentido a discussão a respeito da denominação dada à ação civil pública e à ação coletiva.

Adotando a posição assumida pelo CDC, chamaremos de ação coletiva aquela para defesa de interesses transindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), movida por qualquer um desses co-legitimados (arts. 81 e 82 do CDC).

A partir da década de 80, com a onda de redemocratização do País e coletivização dos direitos, surge o grande problema da instrumentalização do Direito.

A evolução da sociedade aliada à rápida e complexa transformação tecnológica, ocorridas principalmente nos últimos anos, desencadearam o surgimento de novos conflitos de massas, notadamente diante das inovações na área da informática e biotecnologia.

Referidos conflitos de massas passaram a exigir dos juristas e operadores do Direito, posturas e estudos diversos dos adotados nas lides individuais.

Essa nova postura há de ter como pedra angular a efetivação do acesso à justiça.

Até o momento não contamos com um sistema processual coletivo sistematizado, razão pela qual torna-se imperiosa a análise do sistema integrado de tutela coletiva instituído conjuntamente pela LACP (art. 21) e pelo CDC (arts. 83 e 90), suprimindo o CPC as eventuais lacunas existentes.

Antes de ser generalizada a antecipação dos efeitos da tutela, com a sua inserção no Código de Processo Civil no ano de 1994, procedimentos especiais já a previam, podendo-se citar como exemplos o mandado de segurança (1951), a ação de alimentos (1968) e as ações possessórias (1973).

A Lei n. 7.347/85, em seu artigo 12 já previa a possibilidade da concessão da tutela antecipada, embora com uma redação vaga e imprecisa. Atualmente, diante da previsão legal disposta no parágrafo sétimo do art. 273 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente às ações coletivas, indiscutível a possibilidade de concessão da tutela cautelar.

4. Requisitos autorizadores

Como acima mencionado, o art. 12 da LACP autoriza o juiz a conceder “mandado liminar”, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo. Referido dispositivo legal não faz qualquer alusão aos requisitos que possibilitam a concessão do “mandado liminar”, deixando à discricionariedade judicial a apreciação da viabilidade da sua concessão.

Além do art. 12 da LACP, oportuno destacar o disposto em seu art. 4. que dispõe: “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o

dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

O art. 4º da LACP possibilita a concessão de uma medida hábil a impedir a continuidade da prática de um ato ilícito, evitando, como consequência, a ocorrência de um dano.

Após cuidadosa análise do disposto no dispositivo acima disposto, dúvidas não subsistem que se refere à tutela inibitória (e não cautelar conforme expresso no texto legal), diante da sua satisfatividade e por visar exatamente a obtenção de tutela estatal hábil a coibir a prática de ato ilícito e como consequência afastar a ocorrência do dano.

Em razão da importância assumida pelo processo coletivo, diante da quantidade de pessoas sujeitas aos seus efeitos, os requisitos autorizadores para a concessão das tutelas de urgência devem ser encaradas sob um novo enfoque.

Como bem destacam Fiorillo, Abelha e Nery (2007), “dentro do sistema da jurisdição civil coletiva (LACP + CDC) para as ações coletivas destinadas às defesas de direitos coletivos ‘lato sensu’, é possível a concessão tanto de liminar cautelar quanto antecipatória do mérito. Chegamos a essa inofismática conclusão pelos diversos mecanismos postos à disposição dos jurisdicionados. No art. 12 da LACP temos a regra geral para a concessão da liminar antecipatória do direito, onde se faz *mister* o preenchimento dos requisitos do “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*”. Também se configura como liminar antecipatória do direito aquela prevista no art. 84, parágrafo terceiro, do CDC (ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), possuindo como requisitos os mesmos mencionados no art. 12 da LACP. Também há a possibilidade de concessão de liminar antecipatória do direito no sistema da jurisdição civil coletiva, tendo por base o art. 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, como no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil o grau de cognição para convencimento do juiz (provas inequívocas para que se convença da verossimilhança da alegação) é mais vertical que o previsto na jurisdição civil coletiva, sendo, pois, mais dificultoso para o requerente convencer o magistrado a conceder a medida, temos que somente com base no inciso II deste mesmo artigo (fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu) é que será possível a concessão da liminar antecipatória de mérito”.

Dessa forma, nas ações coletivas “lato sensu”, para a concessão da tutela antecipada, deverão ser verificados os requisitos previstos no art. 84, parágrafo terceiro, do CDC, quais sejam: relevância do fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e justo receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), assumindo os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil importância à aplicação subsidiária.

Consoante pode-se observar, no processo coletivo os requisitos para a concessão da tutela antecipada se confundem com os da tutela cautelar.

Como bem foi destacado por Mauro Cappelletti (1998), “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”.

Para a concessão de uma dada tutela de urgência em sede coletiva, há que ser feita uma análise distinta e peculiar do caso concreto, analisando os requisitos autorizadores de uma forma mais flexível se comparado com os previstos no art. 273 do Código de Processo Civil.

5. Importância prática da liminar em processos coletivos

As liminares concedidas em processos coletivos produzem efeitos “erga omnes” ou “ultra partes”.

Diante de tal fato, nos deparamos com o paradoxo que envolve, de um lado, a segurança jurídica e efeitos coletivos da liminar, de outro, a necessidade de flexibilização dos requisitos autorizadores à concessão das liminares satisfativas.

Em se tratando de ações coletivas, o magistrado tem em suas mãos um poderoso instrumento que pode afetar massa indeterminada de pessoas e até mesmo o Poder Público.

Nas ações coletivas a decisão liminar do juiz de primeira instância tem o condão de expungir do ordenamento jurídico a lei de efeitos concretos, sendo que a eficácia subjetiva do provimento jurisdicional nas ações coletivas, constitui interessante e árduo assunto para pesquisa.

A questão da semelhança entre o controle difuso da constitucionalidade via tutela coletiva e controle concentrado de constitucionalidade não é pacífico na jurisprudência. Alguns autores entendem inviável a ação civil pública veicular controle incidental da constitucionalidade, independentemente da matéria que seja veiculada.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, aliando-se aos juristas que não admitem controle de constitucionalidade via ação coletiva destaca que “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias” (DIDIER, 2007).

O controle de constitucionalidade em sede de ação coletiva mostra-se mais tormentosa do que pode parecer à primeira vista.

Hugo Nigro Mazzilli (2002) entende que “pelo sistema constitucional vigente, somente por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação interventiva é que os tribunais podem retirar a eficácia das leis com imutabilidade ‘erga omnes’; aos juízes singulares só se admite proclamar a inconstitucionalidade com efeitos ‘inter partes’, nunca em processos coletivos com efeitos para toda a sociedade”.

Entendemos que a ação civil pública não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, caso em que teríamos caracterizada a usurpação de competência da Corte Suprema, mas pode perfeitamente suscitar controle difuso da constitucionalidade, como fundamento jurídico do pedido.

A ação civil pública tem por objeto uma pretensão; quando há formulação de pedido de declaração de inconstitucionalidade “incidenter tantum”, constitui este fundamento jurídico do pedido, ou seja, a sua “causa petendi”.

Em outras palavras, se o objeto da ação civil pública não for, unicamente, a declaração de inconstitucionalidade, impossível será cogitar em usurpação de competência.

Nesse diapasão, perfeitamente possível, *v.g.*, a propositura de uma ação civil pública que busca a declaração da nulidade de atos administrativos praticados por autoridade pública, que tenha lastreado a sua decisão em lei inconstitucional. Nesse caso, a inconstitucionalidade da lei constituirá fundamento jurídico do pedido, ou seja, a “causa petendi”. A declaração de inconstitucionalidade será decidida incidentalmente, constituindo, pois, questão prejudicial.

No caso em que a inconstitucionalidade da lei constitui a causa de pedir em sede de ação coletiva, a liminar nela concedida possui a eficácia de suspender os efeitos da lei atacada enquanto perdurar a sua eficácia.

Para melhor elucidar o nosso entendimento, oportuno destacar o exemplo citado por Mazzilli (2002):“(…) em face de aumento indevido de mensalidades escolares, fundado em lei inconstitucional, nada impede que o Ministério Público ou quaisquer co-legitimados peçam a tutela coletiva para buscar a repetição do indébito, em benefício do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas”.

Ora, no exemplo acima citado nada impediria (e seria até dever) a formulação de pedido liminar para obstar a cobrança do aumento fundado em lei inconstitucional, fato que comprova a possibilidade da concessão da tutela de urgência em sede de ação coletiva que tenha como causa de pedir a declaração da inconstitucionalidade “incidenter tantum”.

Caso a constitucionalidade de uma dada lei venha a ser questionada tanto como causa de pedir na ação coletiva, quanto pedido em ação direta de inconstitucionalidade, tem se pacificado na jurisprudência o entendimento de que a liminar naquela concedida continua produzindo os seus regulares efeitos, mesmo nos casos em que há suspensão do processo por determinação da Corte Suprema.

Na reclamação n. 2.460-1, julgada em 10 de março de 2004, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com um caso de extema complexidade, em que o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal ajuizaram ações civis públicas em diversas Varas Federais e Estaduais do Estado do Rio de Janeiro, tanto na capital, quanto nos municípios interioranos. As ações tinham como objeto a proteção dos consumidores e como causa de pedir a declaração de inconstitucionalidade de normas locais que disciplinavam funcionamento dos bingos.

Nas ações coletivas ajuizadas foram concedidas liminares determinando o fechamento dos bingos.

Ocorre que, os bingos na época funcionavam sob o amparo do Decreto 25.723/99, ato normativo que estava sendo objeto da ação direta de inconstitucionalidade n. 2.950, ajuizada pela Procuradoria Geral da República.

Portanto, as ações civis públicas tinham como causa de pedir a inconstitucionalidade do referido decreto e nelas haviam sido concedidas tutelas antecipadas determinando o fechamento dos bingos.

O referido decreto constituía objeto da ação direta de inconstitucionalidade, não tendo nela sido concedida liminar.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs reclamação, requerendo a revogação da liminar e a suspensão das ações civis públicas.

O pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

“O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão concessiva de liminar e determinou a suspensão, com eficácia *ex nunc*, das ações civis públicas ora em curso na 6. Vara Federal do Rio de Janeiro, de n. 2003.510.1011662-9; na 4. Vara Federal de Niterói, de n. 2003.510.2001865-3; na Vara Federal de Resende, de n. 2002.510.9000475-4; na 1. Vara Federal de Petrópolis, de n. 2003.510.6000234-6; e na 7. Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado do Rio de Janeiro, de n. 2003.001.106509-0, mantida a tutela antecipada nelas deferida, tendo em vista a existência de tramitação de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte, cujo objeto discute a validade constitucional de norma impugnada nas respectivas ações, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que confirmava o referendo à referida cautelar. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 10.03.2004”.

Nas ações coletivas, portanto, as tutelas de urgência deverão ser concedidas sempre no interesse da sociedade, exigindo do julgador o chamado juízo de ponderação, podendo este valer-se do poder geral de cautela que está condicionado tão somente ao seu juízo discricionário na análise dos requisitos legais, quais sejam, “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*”.

CONCLUSÃO

O art. 5., inciso XXXV, da CF assegura a todos que “nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário”.

Ocorre que, o elevado número de processos aliado à carência estrutural e financeira do Estado, impossibilitam a concretização da prestação jurisdicional adequada.

Intérpretes despreparados, que em muitos casos sacrificam o direito em detrimento da forma, também tem sido um sério fator para o agravamento da situação.

Para contribuir com a mitigação dos problemas acima referidos, podemos contar atualmente com as ações coletivas, que viabilizam a proteção de direitos de titulares indeterminados ou determináveis, mediante a utilização de um único instrumento.

O Código de Processo Civil vigente preocupa-se, em princípio, com as relações jurídicas individuais, sendo aplicado às tutelas coletivas de forma subsidiária.

Por não existir uma sistematização processual para as tutelas coletivas, suas peculiaridades exigem variadas adaptações, notadamente nos institutos da coisa julgada, litispendência, litisconsórcio e liminares.

Sejam nas ações individuais, sejam nas ações coletivas, sempre será imperativa a efetividade da prestação jurisdicional.

Há casos, porém, em que a prestação jurisdicional tardia compromete a sua eficácia, situações em que as circunstâncias que norteiam os fatos colocam em risco o direito ou o seu titular.

O Código de Processo Civil e leis extravagantes, tendo por escopo proteger o direito violado ou o seu titular, prevêm as chamadas tutelas de urgência.

As tutelas de urgência são efetivadas por intermédio de liminares, que podem viabilizar a proteção direta do instrumento (e reflexamente o direito nele discutido) ou satisfazer de imediato e provisoriamente algo que seria concedido ao final, quando da prolatação da sentença. Na primeira situação estaremos diante das medidas cautelares, na segunda diante das tutelas antecipadas.

Os requisitos para a concessão de tutelas antecipadas são mais rígidos se comparados aos requisitos para a concessão da tutela cautelar, contentando-se esta com a fumaça do bom direito (“fumus boni juris”) e perigo da demora (“periculum in mora”), ao passo que a primeira exige a prova inequívoca da verossimilhança do alegado e a não irreversibilidade do provimento.

Com a introdução do parágrafo sétimo ao art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei n. 10.444/02, permitiu-se ao juiz converter a tutela requerida em outra, se presentes os seus requisitos autorizadores (fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar).

As ações coletivas têm por objeto direito de pessoas indeterminadas ou determináveis, fato que deverá ser levado em consideração na aferição dos requisitos autorizadores para a concessão de liminares.

Nas ações coletivas – em que se discutem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – poderão ser concedidas liminares (antecipatórias ou cautelares) inclusive “ex officio”.

Quanto aos efeitos das liminares concedidas nas tutelas coletivas, pese embora entendimentos contrários, entendemos que em regra são “erga omnes” ou “ultra partes”.

O controle difuso de constitucionalidade poderá ser feito nas ações coletivas, situação em que a liminar nela concedida afastará a eficácia da norma de forma provisória, enquanto não houver o julgamento do mérito.

Finalizando, invocamos os lúcidos ensinamentos de Capelletti (1998): “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”.

O operador do Direito não pode mais valer-se de estudos comparativos com institutos até então vigentes, inadmissível a adaptação dos tradicionais institutos processuais para o direito coletivo.

Imprescindível se torna, notadamente no que se refere às tutelas de urgência, que as “novas problemáticas coletivas”, frutos dos direitos de terceira geração, sejam encaradas como institutos que não admitem adaptação, carentes, ainda, de instrumentos e institutos solidificados hábeis a uniformizar o tratamento do tema.

Bibliografia

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil.** v. 1 São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. Tutela de urgência nos processos coletivos: notas e particularidades. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, jan. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Coord). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: RT, 2007.

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.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil.** 2. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.