

FUNDAMENTO E REQUISITOS APLICÁVEIS PARA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Geisekelly Bomfim de Santana¹

RESUMO

Este trabalho tem como escopo a análise das peculiaridades do instituto da antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação civil pública, especialmente no que tange ao seu fundamento normativo autorizador e aos requisitos que podem ser exigidos para a sua implementação. Diante do direito à tutela jurisdicional adequada, tida como substância decorrente do princípio do devido processo legal e da garantia de acesso ao Poder Judiciário, verificou-se que devem prevalecer os requisitos estabelecidos no artigo 84, §3º, da Lei n.º 8.078/90 para a concessão de tutela antecipada em sede de ação civil pública, e não aqueles insertos no artigo 273 do Código de Processo Civil, salvo nas hipóteses de abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.

Palavras-chave: antecipação dos efeitos da tutela, ação civil pública, requisitos, direito à tutela jurisdicional adequada.

INTRODUÇÃO

A antecipação dos efeitos da tutela, instituto cuja origem remonta ao Direito Romano, pode ser inserido no âmbito dos instrumentos processuais mais voltados à salvaguarda efetiva dos direitos lesados ou ameaçados. Por sua natureza, o instituto em tela acautela o resultado útil do processo, ao satisfazer a pretensão material deduzida em juízo.

¹ Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho. Analista processual em exercício no Ministério Público do Trabalho.

Não se aprofundará este trabalho na análise de questões gerais acerca da antecipação dos efeitos da tutela, tais como a sua evolução, a sua natureza jurídica e as suas características básicas. Tratar-se-á – e este é o objetivo deste artigo – de algumas peculiaridades do instituto no que concerne à sua aplicação no âmbito da ação civil pública: o fundamento normativo que autoriza a sua utilização e os requisitos cujo implemento se exige a fim de que haja a sua concessão.

A fim de alcançar a meta a que se propõe este trabalho, serão analisados conceitos preliminares em relação à tutela antecipada, o direito à tutela jurisdicional adequada, bem como algumas notas referentes às particularidades da proteção necessária aos direitos e interesses tutelados por meio da ação civil pública.

1 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

No artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República está consubstanciado o direito fundamental de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, o qual consagra que toda lesão ou ameaça a direito deverá ser apreciada pelo órgão do Poder Judiciário competente.

À primeira vista, poderia parecer que o único destinatário direto da norma, ao qual se opõe a garantia do cidadão, é o legislador. Contudo, o que o Constituinte quis consagrar é que ninguém, nem mesmo a lei poderá cercear o acesso à tutela jurisdicional. E, por óbvio, nem mesmo o próprio órgão investido do Poder Jurisdicional poderá obstar tal acesso.

Como garantia fundamental que é, o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da CRFB/88 veda a imposição de qualquer óbice, por quem quer que seja, de apreciação jurisdicional de uma lesão ou ameaça a direito. Essa é a interpretação que surge da aplicação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Segundo Canotilho (1991, p. 233):

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Assim sendo, não se pode tolerar que uma lesão ou ameaça a direito fique excluída do acesso ao exame jurisdicional. Tal obstáculo não pode ser criado pelo legislador, e nem mesmo pelo próprio juiz. Por isso, defende Câmara que *“além de se ter no legislador um destinatário da norma contida no art. 5º, XXXV, da CR, também o juiz deve ser entendido como destinatário daquele princípio”* (2008, p. 48).

O jurisdicionado, portanto, tem o direito fundamental de que as lesões ou ameaças de lesões sofridas e veiculadas ao Poder Judiciário sejam efetivamente apreciadas e então decididas pelo juiz.

No entanto, o dispositivo em comento não se presta apenas a se fazer observar uma possibilidade formal de acesso ao Poder Judiciário. A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagrou, em verdade, o direito fundamental à tutela efetiva, obrigando o Estado a instituir técnicas e instrumentos processuais aptos à salvaguarda dos direitos.

Em outras palavras, é verdadeira exigência constitucional a existência de um sistema de tutela adequado à proteção dos direitos e bens jurídicos dos indivíduos e da coletividade, consoante as necessidades e as peculiaridades que permeiam o mundo concreto.

Seguindo-se esse raciocínio, é inarredável a conclusão de Câmara (2008, p. 48) no sentido de que a Lei Maior, ao garantir a todos o direito de acesso ao Judiciário, institui um dever jurídico correspondente: o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas.

Prosseguindo o seu pensamento, arremata o processualista, afirmando que *“ao direito que todos têm de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada”* (CAMARA, 2008, p. 48).

Por tutela jurisdicional adequada, pode-se entender aquela apta a proteger o bem da vida ameaçado ou lesado, ou ainda aquela que decorre da observância de todos os postulados vinculados ao princípio do devido processo legal, inclusive no que se refere ao tempo de sua concessão (art. 5º, LIV, CRFB/88).

Neste sentido, Canotilho (2003, p. 499) afirma que “*a proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada*”.

Consoante acrescenta Marinoni, o Estado é, portanto, obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, sendo esta entendida como a tutela apta a tornar efetivo o direito material. Assim, o jurisdicionado não tem apenas direito a acessar o Judiciário e dele obter resposta, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva. Logo, “*as diferentes situações de direito substancial exigem instrumentos processuais diferenciados ou que se diferenciem no caso concreto, como os diversos meios executivos e a técnica antecipatória*” (MARINONI, 2009, p. 132).

As garantias de acesso à justiça e do devido processo legal compreendem o direito do jurisdicionado de dispor de técnicas processuais idôneas à tutela dos direitos, com medidas e instrumentos necessários à realização do seu eventual direito (art. 5º, XXXV, CRFB/88). E, neste sentir, é inquestionável que a complexidade do mundo hodierno, caracterizada pela rapidez e pela amplificação de informações, comunicações e modificações socioeconômicas, fomenta a necessidade de que o mundo do Direito traga, igualmente, soluções rápidas à proteção dos direitos lesados ou ameaçados, cujos efeitos deletérios se produzem também velozmente.

se a realidade da sociedade contemporânea muitas vezes não comporta a espera do tempo despendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao devido processo legal somente poderá se realizar através de uma tutela de cognição sumária” (MARINONI, 2009, p. 135).

Dessarte, no intuito de prestar efetiva proteção a direitos ameaçados ou lesados, incumbiu à ciência jurídica processual a criação e aperfeiçoamento de institutos voltados às situações de urgência, dentre os quais destacamos, para os fins deste trabalho, a antecipação dos efeitos tutela de mérito, ou simplesmente tutela antecipada.

Há, portanto, como corolário do acesso à justiça, do devido processo legal e

do direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada, o direito do jurisdicionado à tutela antecipatória, sempre que preenchidos os requisitos pertinentes.

Sublinhe-se que em se tratando de um direito do jurisdicionado, não há espaço para discricionariedade do magistrado em conceder ou não a antecipação dos efeitos da tutela de mérito; presentes os requisitos legalmente estabelecidos, a concessão da medida se impõe, como direito líquido e certo. É dizer: a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito é atividade vinculada do magistrado, devendo ser realizada quando o requerente satisfaça aos ditames legais exigidos.

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 (THEODORO JÚNIOR, 1998).

Não se deve olvidar que as garantias do acesso à justiça e do devido processo legal pressupõem instrumentos processuais aptos a realizar o direito conforme as suas peculiaridades, inclusive as características de transindividualidade. Pressupõem, ainda, a esmerada aplicação ao caso concreto dos institutos jurídicos, de forma a ensejar a sua integral proteção quando ameaçados ou lesados.

Em outras palavras, o acesso à justiça não se cinge à garantia de que as pretensões cheguem ao Poder Judiciário; o seu sentido é mais abrangente, assegurando que as pretensões cheguem ao Poder Judiciário e dele receba tratamento adequado, mediante a aplicação do devido processo legal, com a utilização correta de cada instituto que lhe é inerente, respeitando-se os seus requisitos e finalidades.

2 FUNDAMENTO NORMATIVO E REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A doutrina pátria ensina que *“a tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente (em certas situações) e fundada em cognição sumária. [...] Prestigia os valores da efetividade e celeridade”* (DIDIER et. al,

2009, p. 479).

Salienta-se que a tutela antecipada tem como objetivo deferir provisoriamente ao requerente, em momento anterior ao do julgamento definitivo da ação, o provimento jurisdicional mediatamente pretendido, ou seus efeitos. Trata-se, portanto, de tutela satisfativa, encerrada em decisão com conteúdo interlocutório e natureza provisória, a qual não possui o condão de dispensar o advento superveniente de sentença.

Como é cediço, a tutela antecipada pode ser considerada espécie do gênero “tutelas de urgência”, mas não se confunde com outra espécie, qual seja, a “tutela cautelar”.

Um dos principais traços distintivos entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar reside exatamente nos objetivos para os quais foram traçadas. Ao passo em que a tutela cautelar se presta a “assegurar o resultado útil do processo”, a tutela antecipada visa à própria realização do direito – por isso se enuncia a sua natureza satisfativa. Como explica Kazuo Watanabe (*apud* MARINONI, 2009, p. 123):

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da 'ação principal'.

No Processo Civil individual, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela encontra previsão nos arts. 273 e 461, §3º, da Lei n.º 5.869/73 (CPC). Por sua vez, no microsistema de processo coletivo, a referida tutela de urgência antecipatória está prevista nos arts. 11 e 12 da Lei n.º 7.347/85 (LACP), bem como no art. 84, §3º da Lei n.º 8.078/90 (CDC).

Frise-se que a Lei n.º 7.347/85 praticamente limitou-se a prever a possibilidade desta tutela de urgência, liminarmente ou no curso da ação civil pública.

Dessa forma, aplicando-se os arts. 19 e 21 da própria LACP, para aclarar os requisitos e as características da tutela antecipada em ação civil pública, incumbe ao

intérprete recorrer em primeiro lugar às disposições acerca do instituto no Código de Defesa do Consumidor, que é destinado à tutela coletiva, e, subsidiariamente, ao Código de Processo Civil, com as adequações necessárias, preservando-se as peculiaridades essenciais dos direitos e interesses metaindividuais.

Neste sentido, os requisitos para a concessão da tutela antecipatória, na ação civil pública, são aqueles insertos no art. 84, §3º do CDC: relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final.

Art. 84, § 3º CDC - 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.

Pela leitura do dispositivo, é possível fazer algumas ilações:

a) em primeiro lugar, verifica-se que a tutela de urgência mencionada pode ser conferida liminarmente (in limine, no início da lide, antes da angularização da relação processual) ou no curso do processo, após a citação do réu;

b) trata-se, em qualquer caso, de medida de urgência de natureza satisfativa;

c) os requisitos da antecipação de tutela no processo coletivo (art. 84, §3º do CDC) são distintos dos requisitos exigidos para a concessão da tutela no plano individual (art. 273 do CPC).

Confirmando a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede de ação civil pública, bem como seus fundamentos legais, Jorge Luiz Souto Maior (2000) leciona:

Cabe indagar nesse estudo é se há a possibilidade de concessão de tutela antecipada na ação civil pública. Não resta dúvida de que a resposta é afirmativa. Tal possibilidade, aliás, está prevista expressamente no art. 12 da LACP e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que se aplica, subsidiariamente, à ACP.

Ademais, quanto à distinção dos requisitos da concessão da medida, os tribunais já decidiram:

A natureza jurídica da liminar proferida em Ação Civil Pública é diversa da tutela antecipada regulamentada no art. 273 do CPC, razão pela qual não podem ser invocados, “in casu”, os requisitos estabelecidos no referido preceito legal” RSTJ 147/169).

Por sua vez, para que seja concedida a antecipação da tutela nas demandas individuais, os requisitos são mais rígidos, como insertos no art. 273 do CPC. Cumulativamente, devem se fazer presentes os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança da alegação, acrescidos de um dos requisitos alternativos: I - fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou II - abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A antecipação dos efeitos da tutela, em se tratando da proteção de interesses transindividuais, tutelados pela ação civil pública, está adstrita ao implemento apenas dos requisitos no art. 84, §3º do CDC (relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final), não se podendo exigir o cumprimento de todos os requisitos do art. 273 do CPC, como a prova inequívoca.

Os requisitos para a concessão da tutela antecipada nas ações coletivas lato sensu são, portanto, os constantes do art. 84, §3º, do CDC, ou seja: a) relevância do fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e b) justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). Em outros termos, em sede de demanda coletiva, não é permitido ao juiz, para antecipar a tutela de mérito, exigir o cumprimento dos seguintes requisitos insertos no art. 273 do CPC [...] (LEITE, 2006, p. 249).

Neste sentido, Raimundo Simão de Melo (2012, p. 187) afirma:

como regra geral não cabe a aplicação do art. 273 do CPC na jurisdição coletiva, [...] porque o seu rigor é incompatível com a tutela coletiva”. E prossegue: “assim, é incabível exigir requerimento do autor, prova inequívoca, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Corroborando com a mesma ideia, traz-se à baila o pensamento de Fiorillo, Rodrigues e Nery (1996, p. 134-135):

Dentro do sistema da Jurisdição Civil Coletiva (LACP + CDC) para as ações coletivas destinadas à defesa de direitos coletivos *lato sensu*, é possível a concessão tanto de liminar cautelar quanto antecipatório do mérito. Chegamos a essa insofismática 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 *periculum in mora* e *fumus boni juris*. Também se configura como liminar antecipatória do direito aquela prevista no art. 84, §3º, do CDC (ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações 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 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 no sistema da 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 do mérito

Em resumo, atento às necessidades especiais dos direitos transindividuais, o legislador instituiu requisitos mais brandos para a antecipação da tutela em ação civil pública, compelindo o magistrado a concedê-la, mediante uma cognição mais precária do que a necessária para a aplicação do mesmo instituto em uma demanda individual.

Isso se justifica pela própria natureza dos interesses coletivos *lato sensu*, os quais reclamam proteção privilegiada, em virtude de as lesões contra eles perpetradas atingirem muito ampla e violentamente o tecido social, com consequências danosas inestimáveis e quase sempre de impossível ou difícil reparação.

Especialmente no processo do trabalho, a antecipação dos efeitos da tutela é de “*superlativa importância*”, haja vista estarem em jogo direitos sociais, voltados a concretizar a dignidade da pessoa humana. A aplicação do instituto ganha ainda maior relevância quando estes direitos – já fundamentais por essência – se apresentam nas perspectivas de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, “*uma vez que os danos que podem sofrer consomem-se quase sempre de forma irreparável*” (VON ADAMOVICH, 2005. p. 357).

Frise-se que, em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, ainda que

se refira ao âmbito do processo civil individual, a antecipação dos efeitos da tutela deve seguir os requisitos insertos no art. 461, §3º do CPC (relevante fundamento da demanda e receio justificado de ineficácia do provimento final), e não aqueles constantes do art. 273 do mesmo diploma legal.

Apenas no que concernir às hipóteses de abuso do direito de defesa ou de manifesto intuito protelatório do réu é que se deve aplicar o artigo 273, II, CPC, haja vista esta hipótese fático-jurídica não estar albergada no âmbito específico do microsistema processual coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se frisar que, como visto, traduz-se em direito de toda a sociedade obter a proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada aos seus interesses, valores e bens jurídicos, mediante a aplicação de institutos cujos requisitos sejam compatíveis com a sua natureza metaindividual e em tempo hábil à sua efetiva salvaguarda, o que contraria o art. 5º, incisos XXXV e LIV da CRFB/88.

Neste sentido, torna-se necessário a verificação de que a tutela processual molecularizada, própria de uma sociedade submersa em conflitos massificados, tais como aqueles que ensejam o manejo de ação civil pública, deve contar com instrumentos processuais adequados com os bens e interesses objeto de tutela.

Assim sendo, percebe-se que o rigor dos requisitos insertos no artigo 273 Código de Processo Civil não se prestam a tutelar adequadamente os interesses transindividuais. Assim, a fim de que se possam evitar macrolesões a bens jurídicos tão caros, conclui-se indispensável a utilização do fundamento e dos requisitos inseridos no art. 84, §3º da Lei n.º 7.347/85 quando da concessão da antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação civil pública.

REFERÊNCIAS

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Liv. Almedina, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco et al. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tutelas de urgência em Ação Civil Pública no Direito Processual do Trabalho. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio [et al.] (org.). *Ação Coletiva na Visão de Juízes e Procuradores do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELO, Raimundo Simão. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Tutela antecipada na ação civil pública.. *Revista Anamatra*, v. 12, n. 29, p. 25-34, 2000

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência – Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição n.º 01 de 1998. Ano XVI.

VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005.