

**FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS**  
**DIREITO PROCESSUAL CIVIL III**  
**Prof. - Fernando Faria Miller**  
**ROTEIRO DE AULA**

**PROCESSO CAUTELAR**

***1ª Parte***

**TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR**

---

**1. CONCEITO E FINALIDADE DO PROCESSO CAUTELAR**

- 1.1. – Visa garantir a efetividade (resultado útil) de outro processo
- 1.2. – Sumarização da cognição.
- 1.3 – Processo cautelar :juízo de probabilidade — Processo principal: juízo de certeza

**2. TUTELA JURISDICIONAL SATISFATIVA E NÃO SATISFATIVA**

O processo cautelar pode ter natureza satisfativa? Matéria divergente na doutrina. Há quem admita que em certas hipóteses a tutela cautelar seja satisfativa. Neste caso, teríamos um “processo cautelar impróprio”. Exemplos a) Tutela cautelar para realização de cirurgia urgente: b) Busca e apreensão de menor.

**2.1. ESPÉCIES DE TUTELAS DE URGÊNCIA:**

- a) medida cautelar;
- b) liminares satisfativas (no MS e nas ações possessórias)
- c) tutela antecipada

**3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRETENSÃO CAUTELAR**

- 3.1.- Existe lide no processo cautelar? Explica Humberto T. Júnior que há uma “lide cautelar”, quando existe conflito de interesses, com uma pretensão a respeito de uma providência preventiva, que encontra resistência por parte do requerido. Ex: arresto.
- 3.2. – Existe mérito no processo cautelar? Sim, existe o chamado “mérito cautelar”, o qual, entretanto, não se confunde com o mérito do processo principal.

**4. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR**

**4.1. *fumus boni iuris*** (fumaça do bom direito)- consiste na "aparência de um direito", ou seja, é a probabilidade da existência do direito invocado pelo autor.

**4.2. *periculum in mora*** (perigo na demora)- é a "aparência de um perigo de dano".

**Obs. Há que ser observado também o “*periculum in mora inverso*”**

**5. OS REQUISITOS DO PROCESSO CAUTELAR (*FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*) DEVEM SER TIDOS COMO CONDIÇÕES DA AÇÃO OU COMO MATÉRIA DE MÉRITO? - Matéria altamente controvertida, havendo 4 correntes doutrinárias sobre o assunto:**

- 1) Tais requisitos são condições específicas da ação. Distingue as condições da ação específicas das genéricas (legitimidade *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido).
- 2) São condições da ação, integrando o interesse processual.
- 3) O *periculum in mora* é condição da ação (faz parte do interesse processual), ao passo que o *fumus boni iuris* é o mérito do processo cautelar.
- 4) O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* constituem o mérito cautelar. – Corrente majoritária (Vicente Greco Filho).

**6. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR:** instrumentalidade, acessoriedade, temporariedade, revogabilidade e modificabilidade.

—“Instrumentalidade ao quadrado” (expressão de Calamandrei)

—“Instrumentalidade hipotética” (a tutela cautelar é concedida para a hipótese de existir o d. material)

— Referibilidade (Marinoni) – a medida cautelar refere-se sempre ao processo principal.

**7. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA NO PROCESSO CAUTELAR** – CPC, art. 805. Pode o juiz substituir a medida cautelar por outra menos gravosa para o requerido.

## 8. MEDIDA CAUTELAR – Distinção entre “ação cautelar” e “medida cautelar”.

- Ação cautelar – é a ação proposta com o propósito de se obter uma medida cautelar.
- Medida cautelar – provimento judicial concedido num processo cautelar, a pedido da parte, ou mesmo *ex officio*. Theodoro Júnior: “é a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo”.

## 9. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES –

I) Classificação de Frederico Marques (baseada no CPC):

1. **medidas cautelares típicas ou nominadas:**

2. **medidas cautelares atípicas ou inominadas**

II) Quanto ao momento em que são requeridas, as medidas cautelares podem ser:

1. **preparatórias** - instaurado antes do processo principal.
2. **incidentais** - instaurado no curso do processo principal

III) Quanto ao tipo de processo cujo resultado útil se pretende garantir:

1. **medidas cautelares de garantia da cognição**
2. **medidas cautelares de garantia da execução**

IV) De acordo com a natureza da medida cautelar (GALENO LACERDA):

1. **medidas cautelares de natureza jurisdicional**
2. **medidas cautelares de natureza administrativa**

## 10. DISTINÇÃO ENTRE A TUTELA CAUTELAR E O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

11. **PODER CAUTELAR GERAL do juiz** (CPC, arts. 798 e 799).

12. **COMPETÊNCIA NO PROCESSO CAUTELAR** (CPC, art. 800) – Competência funcional (portanto, absoluta).

## 13. EFICÁCIA DA DECISÃO E DA SENTENÇA CAUTELAR

— Prazo de eficácia de 30 dias, de acordo com art. 806 do CPC. Prorroga-se a eficácia desde que proposta a ação principal. Outrossim, quando a medida cautelar não causa lesão à parte contrária, não se aplica o art. 806.

— Possibilidade de revogação ou de modificação – (CPC, art. 807).

— Causas de cessação da eficácia da medida cautelar (CPC, art. 808).

14. **A SENTENÇA NO PROCESSO CAUTELAR PRODUZ COISA JULGADA?** Não, visto que a coisa julgada material somente resulta de sentença de mérito proferida no processo principal.

Exceção à regra: Num único caso, a sentença no processo cautelar produz coisa julgada material: quando o juiz decreta a prescrição ou a decadência (art. 810 do CPC).

## 15. A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - (CPC, arts. 804 e 805)

A caução pode ser prestada no processo cautelar em duas situações distintas:

1. **em substituição à medida cautelar**, quando a caução se revelar menos gravosa para o requerido, e desde que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (CPC, art. 805).
2. **como contracautela**, quando ocorrer o *periculum in mora inverso*, ou seja, quando a cautela, concedida liminarmente, puder ensejar perigo de dano para o requerido (CPC, art. 804)

16. **CONCESSÃO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE (sem audiência da parte contrária).**- CPC, art. 797 c/c o art. 804.

17. **PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM:** (Obs. O procedimento especial ou específico tem peculiaridades de acordo com a tutela cautelar pretendida)

- Fase postulatória
- Fase instrutória
- Fase decisória

Observações:

- a) Necessidade de obediência ao p. do contraditório.
- b) Prazo da contestação: 5 dias (art. 802)
- c) No processo cautelar, mesmo após a concessão de liminar, o juiz terá que proferir sentença, extinguindo o processo com ou sem resolução do mérito cautelar.
- d) Os recursos são os mesmos cabíveis no processo de conhecimento.

## 18. PARTES NO PROCESSO CAUTELAR

- Denominação utilizada pelo CPC: “requerente” e “requerido”.
- Pode-se também utilizar as denominações de “demandante” e “demandado”.
- Os termos “autor” e “réu” somente devem ser empregados no processo de conhecimento.

**19 . REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL NO PROCESSO CAUTELAR – (CPC, art. 801).** - Observar a necessidade de indicação da ação principal a ser proposta (CPC, art. 801, inciso III)

## 20. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO CAUTELAR:

- Modalidades admitidas: assistência e nomeação à autoria.
- Modalidades não admitidas: oposição, denúncia da lide e chamamento ao processo.
- — Oposição: não se admite porque pressupõe um processo principal onde haja decisão acerca do direito material.
- — Exceção para o cabimento da denúncia da lide e do chamamento ao processo: cautelar de produção antecipada de provas (para que o demandado possa participar da prova, em atenção ao p. do contraditório).

## 21. SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO CAUTELAR

- **Há condenação em honorários no processo cautelar?**
- 1ª corrente – não, por entender que o procedimento cautelar não configura propriamente uma “ação”, mas incidente processual do processo de conhecimento.
- 2ª corrente – a “ação” cautelar é autônoma, embora acessória do processo principal. Portanto aplicam-se os efeitos da sucumbência. (Ver art. 819, I e II, do CPC).
- Embora se adote a 2ª corrente, deve-se distinguir:
- a) se houver “lide cautelar” (procedimento contencioso) deve haver condenação em honorários (ex: arresto).
- b) se o processo cautelar for de natureza administrativa, não há honorários (ex: produção antecipada de provas).

**22. EFEITOS DA REVELIA NO PROCESSO CAUTELAR – CPC, art. 803.**

**23. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO (NÃO SUSPENSIVO) DA APELAÇÃO - CPC, art. 520, IV.**

**24. A MEDIDA CAUTELAR NÃO VINCULA O JUIZ. (CPC, art. 810).** Portanto, não direciona o julgamento da ação principal.

## 25. DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO REQUERIDO (art. 811)

- A responsabilidade procesual civil do requerente é objetiva ou subjetiva? Matéria divergente:
- Galeno Lacerda: objetiva, nos casos de má-fé e subjetiva nos demais casos.
- Frederico Marques, Calmon de Passos e outros: a responsabilidade é objetiva (doutrina majoritária).
- Não, pois resulta da própria lei. Decorre *ex legis*.
- Assim, desde que configurada uma das hipóteses previstas no art. 811 (I a IV), surge, como efeito secundário, a responsabilidade de reparação do dano, tal como ocorre na sentença penal condenatória.
- Portanto, não há necessidade de ser proposta ação indenizatória para este fim, não se cogitando, pois, da necessidade de sentença que condene a parte que propôs a ação cautelar a pagar a indenização. Isto ocorre *ipso jure* (de pleno direito).
- Assim, a própria lei impõe o *an debeatur*, havendo necessidade apenas da liquidação por artigos, para apurar o *quantum debeatur*.

## 26. PECULIARIDADES DO PROCESSO CAUTELAR QUANDO A PARTE REQUERIDA FOR O PODER PÚBLICO.

Para o processo cautelar em que o Poder Público ocupa o polo passivo da relação processual, existe disciplina especial estabelecida pela Lei 8.437, de 30-6-92. A referida lei veda a concessão de liminar quando providência semelhante não puder ser concedida, por força de proibição legal, em processo de mandado de segurança (art. 1º, *caput*), nem liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º).

**FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

***Prof. Fernando F. Miller***

## ROTEIRO PARA AULA

### TUTELA ANTECIPADA

#### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conceituação do Prof. Adroaldo Furtado Fabrício:

É a tutela da evidência, em que diante da alta probabilidade de ter razão o autor, o juiz lhe outorga, provisoriamente, a fruição de um bem ou direito durante o curso do processo, ou subtrai desse desfrute o réu. Antecipa-se os efeitos da sentença que ainda vai ser proferida.

Não se confunde com a tutela cautelar, pois esta apenas tranqüiliza o autor quanto à integridade de um bem ou direito e lhe dá a segurança de poder desfrutar dele no futuro, caso o juiz lhe dê razão no processo principal.

2. A tutela cautelar visa garantir o resultado útil de outro processo e, indiretamente, protege o bem da vida para que dele possa vir a desfrutar o autor se lhe for favorável a sentença no processo principal. Portanto, a proteção cautelar nunca é satisfativa, mas apenas preventiva.

A tutela antecipada tem natureza satisfativa, pois desde logo concede ao autor a fruição do bem jurídico por ele pretendido até que na sentença o juiz confirme ou não o provimento antecipatório.

3. Exemplos de concessão de tutela antecipada:

- para determinar a cobertura de cirurgia por plano de saúde.
- para reintegração de posse (casos de “posse velha”, com mais de um ano).

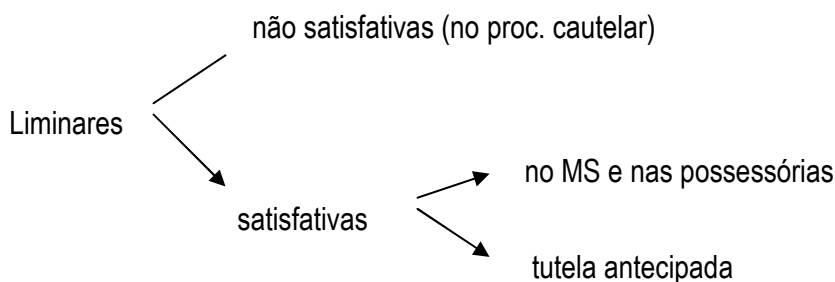
É cabível o adiantamento da tutela p/ concessão de alimentos em investigação de paternidade? Matéria divergente na jurisprudência.

Compensação de crédito tributário– Súmula 212 do STJ:

*“A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.*

#### 4. CONCEITO DE LIMINAR

Consiste num provimento judicial concedido no “limiar”, ou seja, no início do processo. A identificação de uma liminar não se faz pelo conteúdo, mas apenas pelo momento de sua prolação.



Obs. As liminares concedidas no MS e nas ações possessórias têm natureza de tutela antecipada e existem mesmo antes da criação desse instituto em nosso direito.

## 5. REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA

### Art. 273 do CPC:

- forte probabilidade (evidência) da existência do direito, diante de uma “prova inequívoca”, convencendo-se o juiz da “verossimilhança da alegação”.
- fundado receio de dano ao autor; ou
- abuso do direito de defesa ou atos protelatórios do réu.

Tem-se aí também o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (devendo este apresentar-se mais “evidente” do que na tutela cautelar).

Irreversibilidade do provimento – Deve ser vista em termos relativos. O provimento é tido como “reversível” sempre que o direito possa ser convertido em pecúnia.

## 6. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA TUTELA ANTECIPADA

**§ 3º do art. 273 (redação da Lei 10.044, de 07/5/02).** “Execução provisória” da tutela antecipada, nos termos dos arts. 588 (atualmente 475-O) e 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

Art. 475-O (antigo 588) – A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responderá por perdas e danos à parte adversa. Não é mais exigida a caução, a não ser para levantamento de dinheiro e atos de alienação de bens ou em situações que possam causar grave dano ao executado (inc. III do art. 475-0 – redação da Lei 11.232, de 22/12/2005).

Art. 461 e 461-A – aplicáveis às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Imposição de multa (meio de coerção) e busca e apreensão (meio de sub-rogação).

## 7. REVOGABILIDADE E MODIFICABILIDADE

A tutela antecipada não pode ser concedida *ex officio* (regra contida no *caput* do art. 273).

§ 4º do art. 273 – O juiz pode modificar ou revogar a tutela antecipada a qualquer tempo.

Nestas circunstâncias, poderá o juiz atuar *ex officio* ou também dependerá de provocação da parte?

O entendimento dominante é de que para revogar ou modificar a decisão, o juiz não precisa da iniciativa da parte interessada.

## 8. ATIVIDADE COGNITIVA NA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

§ 5º do art. 273 do CPC – “Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Note-se que:

a) tem-se dois momentos: a antecipação da tutela (por decisão interlocutória) e depois a sentença;

b) ao conceder a tutela antecipada, realiza o juiz uma atividade cognitiva sumária, não exauriente.

c) a tutela antecipada, concedida em sede de decisão interlocutória tem sempre caráter provisório;

d) terá caráter definitivo se concedida em sede de sentença (cognição exauriente sobre o mérito, com produção de coisa julgada material).

## 9. TUTELA ANTECIPADA EM CASO DE PEDIDO INCONTROVERSO

**§ 6º do art. 273 do CPC** – Existem duas correntes:

a) decisão interlocutória – sem produzir coisa julgada;

b) Sentença – com produção de coisa julgada.

Se o processo terminar sem resolução do mérito, o autor terá que devolver o que recebeu a título de tutela antecipada?

Ex: Ação para cumprimento de obrigação de entrega de coisa, envolvendo dois objetos (A e B). O réu contesta apenas com relação ao objeto B, obtendo o autor a tutela antecipada com relação ao objeto A. Ao ser proferida a sentença, verifica o juiz que o autor é parte ilegítima e extingue o processo por ilegitimidade ativa *ad causam*.

## 10. FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR

§ 7º do art. 273 – Permite ao juiz conceder a tutela cautelar quando requerida, de forma equivocada, como tutela antecipada nos autos do processo de conhecimento.

A fungibilidade é facultativa ou vincula o juiz?

Entendimento jurisprudencial dominante – O erro precisa ser escusável. Diante de erro grosseiro, não deve o juiz conceder a tutela cautelar em substituição à tutela antecipada.

## 11. LEGITIMIDADE PARA O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

Quem pode pleitear a tutela antecipada? O autor, bem como o seu assistente (simples ou litisconsorcial).

O réu também pode? Não na peça de contestação, a menos nos casos em que é cabível o pedido contraposto. Pode, em sede de reconvenção.

O MP também tem legitimidade?

- a) se atua como parte, sim;
- b) se atua como *custos legis*, não (embora haja uma minoria divergente, que admite).

## 12. ESPÉCIES DE PROVIMENTOS EM QUE É CABÍVEL A TUTELA ANTECIPADA

1ª corrente – somente as sentenças de natureza condenatória (nestas incluindo-se as mandamentais e executivas *lato sensu*);

2ª corrente – (atualmente dominante) – admite também a tutela antecipada nas sentenças de natureza declaratória e constitutiva.

## 13. MOMENTO DA FORMULAÇÃO DO PEDIDO E DA CONCESSÃO DA MEDIDA

O pedido de tutela antecipada, via de regra, é formulado na petição inicial, mas pode ser apresentado no curso do processo;

A concessão pode ocorrer: 1) por decisão interlocutória: a) liminarmente; b) no curso do processo.; 2) por sentença.

## 14. RECURSOS CABÍVEIS CONTRA A CONCESSÃO E CONTRA O INDEFERIMENTO

Contra a concessão da medida:

a) agravo de instrumento - se a antecipação da tutela for concedida por decisão interlocutória;

b) apelação – se a medida for concedida em sentença.

Contra o indeferimento, cabe agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo.



A apelação, na parte que ataca a concessão da tutela antecipada, não tem efeito suspensivo (posição do STJ – REsp. 648.886, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 25/8/04).

#### 15. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA POR OCASIÃO DA SENTENÇA

Neste caso, a apelação deve ser recebida no duplo efeito (devolutivo e suspensivo).

O recebimento da apelação no efeito suspensivo, faz restabelecer a eficácia da tutela antecipada? Entendimento jurisprudencial (STJ) – O efeito suspensivo da apelação não restabelece a tutela antecipada. [REsp 145.676-SP](#), STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21/6/2005.

#### 16. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Regramento da matéria - Lei nº 9494, de 10-9-97.

Em resumo, não cabe a tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos seguintes casos:

- a) para a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem como p/ concessão de aumento ou de vantagens pecuniárias a servidores públicos;
- b) quando a tutela antecipada esgotar no todo ou em parte o objeto da ação.
- c) para a compensação de créditos tributários (Súmula 212 do STJ).

Fora dessas hipóteses, a jurisprudência tem admitido a tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

#### 17. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA AÇÃO RESCISÓRIA

Terminou a discussão a respeito do cabimento da antecipação de tutela na ação rescisória, tendo em vista a recente alteração do art. 489 do CPC pela Lei nº 11.280, de 16/02/2006, *in verbis*: - Art. 489 – “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

**FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

***Prof. Fernando F. Miller***

## **RESUMO PARA AULA**

### **NOÇÕES SOBRE A TUTELA ESPECÍFICA**

A tutela específica consiste em se conceder ao titular do direito a satisfação de seu interesse não através de reparação do dano em pecúnia, mas com a obtenção do próprio bem jurídico por ele almejado, ou seja, na satisfação realizada de forma direta.

Chiovenda: “O processo deve sempre dar ao titular do direito tudo aquilo, e precisamente aquilo a que ele tem direito”.

Na tutela específica, o autor recebe o “*idem*” (ou seja, o próprio bem jurídico a que tem direito), não o “*equivalente*” em dinheiro.

Para se tornar possível a tutela específica, é preciso que a lei faculte ao juiz a aplicação de meios de *coerção* e de *sub-rogação*.

Observa Marinoni que o dano não é elemento integrante do ilícito. A prática de ato ilícito não pressupõe necessariamente a existência de dano (ex. porte de arma).

### **ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL (de acordo com a forma de satisfação do direito material do autor)**

1. **tutela inibitória**
2. **tutela preventiva executiva**
3. **tutela reintegratória**
4. **tutela ressarcitória**
5. **tutela do adimplemento**

### **AMPLIAÇÃO DO CAMPO DA SENTENÇA MANDAMENTAL**

A sentença mandamental, que se caracteriza pela imposição de meio de coerção (multa) era prevista apenas para as obrigações de fazer e de não fazer (art. 461 do CPC).

Houve ampliação do campo da sentença mandamental, com a inclusão das obrigações de entrega de coisa (nova redação do art. 287 e criação do art. 461-A, do CPC, pela Lei nº 10.444, de 07-05-02) para as quais agora se tornou também possível o uso dos meios de coerção e de sub-rogação. Se aplicado o meio de sub-rogação ( para entrega de coisa), a decisão deixa de ser mandamental e passa a assumir a natureza executiva *lato sensu*.

---

## **TUTELA INIBITÓRIA**

1. **Considerações iniciais**

Conceito – **tutela inibitória** é a que atua sobre o ilícito, inibindo a sua prática ou a sua continuação ou repetição, visando conservar a integridade do direito e evitando a sua conversão em perdas e danos.

A tutela inibitória instrumentaliza-se através de uma ordem que impõe um não-fazer ou um fazer, ou a entrega de coisa, mediante uma decisão de caráter mandamental ou executiva *lato sensu*, com o uso de meios de coerção (multa) ou de sub-rogação.

### **Distinção entre a tutela inibitória e a reintegratória**

Enquanto a tutela inibitória visa impedir o ilícito, a tutela reintegratória tem por escopo remover o ilícito, fazendo com as coisas retornem ao *statu quo ante*.

### **Distinção entre a tutela inibitória e a ressarcitória.**

A tutela ressarcitória confere ao autor um direito de crédito equivalente ao valor do dano sofrido, admitindo a substituição do direito originário por uma soma em dinheiro, ao passo que a inibitória tem por escopo garantir a integridade do direito em si.

## **2. Modalidades de tutela inibitória**

- a) **tutela inibitória para impedir a prática do ilícito** – comerciante que pretende expor à venda produtos nocivos à saúde.
- b) **tutela inibitória para impedir a continuação do ilícito** – fábrica que deixa de instalar equipamento para evitar a poluição ambiental. Neste caso, ocorre a prática de ato ilícito de eficácia continuada.
- c) **tutela inibitória para impedir a repetição do ilícito** – difusão de notícias lesivas à honra de uma pessoa; venda de produtos nocivos à saúde; reiteração de publicidades enganosas.

## **3. A prova na ação inibitória**

Observa MARINONI que na ação inibitória a atividade cognitiva do juiz deve consistir na análise de dois pontos:

- a) a probabilidade da prática do ato;
- b) se tal ato configura ato ilícito.

Dificuldade maior existe para a produção da prova no caso da ação inibitória que visa impedir a prática do ato ilícito, não para a sua continuação ou repetição.

A doutrina admite que esta é a questão de fundo da ação inibitória. A prova do perigo da prática do ilícito é mais difícil, daí porque deve o juiz se contentar com a prova indiciária a respeito dos atos preparatórios.

Inversão do ônus da prova – neste caso, terá o réu que provar que não pretende praticar o ilícito, ou sua continuação, ou repetição.

#### 4. Tutela inibitória pura

Aldo Frignani chama de “tutela inibitória pura” aquela que visa impedir a prática do ilícito, diversamente do que ocorre nas situações que o ato já foi praticado, havendo receio de que ele venha a repetir-se. Portanto, na inibitória pura, a interferência judicial acontece antes da prática do ilícito.

#### 5. Pressupostos da tutela inibitória

A tutela inibitória não visa impedir o dano, mas sim evitar a prática do ato ilícito. Portanto, para o seu cabimento não se cogita da existência de dano.

Outrossim, considerando que a culpa e o dolo são elementos para a definição da responsabilidade pelo dano, não devem ser objeto de cognição do juiz para a tutela inibitória, cujo escopo é a prevenção do ilícito.

#### 6. Tutela inibitória negativa e tutela inibitória positiva

A tutela inibitória negativa é a que visa impedir a prática de um ato ilícito, ou sua continuação ou repetição. São os casos até aqui vistos.

A tutela inibitória positiva tem aplicação nos casos em se teme uma omissão, ou mesmo que a omissão seja continuada ou reiterada, cabendo ao autor da ação demonstrar fatos que conduzam à probabilidade do ato omissivo.

Exemplos:

a) diante do fundado receio de que um fabricante não irá inserir na propaganda do produto um necessário aviso aos consumidores, cabe a ação inibitória positiva, para obriga-lo a inserir tal aviso na publicidade.

b) tendo ocorrido a omissão do fabricante na veiculação das primeiras publicidades, é cabível a ação inibitória para impedir a repetição de outros ilícitos. Busca-se assim evitar que novas publicidades irregulares sejam veiculadas.

c) hipótese de omissão continuada – quando o Poder Público tem o dever de agir e deixa de praticar o ato que lhe competia (ex: deixa de exigir a instalação de equipamento para despoluir a água fornecida por uma empresa concessionária) prolongando-se essa omissão no tempo. Neste caso, a ação inibitória visa compelir a autoridade pública a um “fazer”, mediante multa.

#### 7. Tutela antecipatória inibitória

É cabível a concessão de tutela antecipada nas ações inibitórias, caso em que o juiz, liminarmente ou mediante justificação prévia, determinará ao réu a prática de um ato (fazer ou entregar coisa), a abstenção de um ato (não-fazer).

Cumprido frisar que a tutela inibitória antecipada também será concedida mediante a presença dos pressupostos previstos no art. 273 do CPC, apenas observando-se que, no caso, não se irá perquirir sobre “o fundado receio de dano”, mas sobre o receio da prática de um ato ilícito, ou de sua continuação ou repetição.

#### **8. Tutela inibitória individual e coletiva**

A tutela inibitória tem cabimento tanto para a defesa de direitos individuais como para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não obstante, os casos mais comuns de tutela inibitória situam-se no campo dos direitos difusos e coletivos, mormente em se tratando de medidas tendentes à proteção do meio ambiente e relacionadas à defesa do consumidor.

---

## **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**Prof. Fernando F. Miller**

### **RESUMO PARA AULA**

#### **TUTELA COLETIVA. TEORIA GERAL DO PROCESSO COLETIVO**

#### 1. DEFINIÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Os interesses supraindividuais podem ser assim classificados:

- **Interesses difusos**
- **Interesses coletivos em sentido lato**
  - ↳ **interesses coletivos (*stricto sensu*)**
  - ↳ **interesses individuais homogêneos**

**Interesses difusos** - Não há, neste caso, vinculação entre as pessoas, ou seja, não há entre elas uma “relação jurídica base”. (CDC, art. 81, inc.I).

**Interesses coletivos *stricto sensu*** são os que dizem respeito às pessoas que integram um determinado grupo social e que estejam ligadas por um vínculo associativo. - CDC (art. 81, inciso II).

Característica essencial dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é que tais direitos são indivisíveis, ao passo que os direitos individuais homogêneos são divisíveis, ou seja, podem ser examinados do ponto de vista de cada indivíduo.

**Interesses individuais homogêneos**, segundo a definição legal, contida no inciso III do art. 82 do CDC, são “os decorrentes de origem comum”. Tais interesses caracterizam-se por serem divisíveis, daí porque se pode identificar o interesse de cada uma das pessoas do grupo, as quais, em razão disso, têm legitimidade para propor ações individuais, a par da ação coletiva que possa ser ajuizada.

O titular de um interesse individual homogêneo tem uma opção: a) defesa do interesse individual pela via coletiva: b) defesa por ação individual.

Segundo ensina o ilustre Ministro do STJ TEORI ALBINO ZAVASCKI, **existem dois domínios no processo coletivo:**

**a) direitos ou interesses transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*)**

São indivisíveis, não tendo um titular certo. São interesses defendidos por via da ação civil pública, observando-se que também a execução se faz pelo regime da substituição processual.

**b) direitos ou interesses individuais homogêneos**

Também tutelados pelo regime da substituição processual mas os próprios interessados podem ajuizar ações individuais.

Segundo o referido jurista, os direitos individuais homogêneos possuem quatro características:

- *substituição processual*, por opção legislativa;
- *corte na cognição*, visto que no nível horizontal examina-se apenas o núcleo da homogeneidade, pois as situações individuais (heterogêneas) serão analisadas posteriormente, por ocasião da liquidação.
- *sentença genérica* – proferida na 1ª fase do processo, em que se examina apenas o *an debeatur*, apurando-se o *quantum debeatur* na 2ª fase.

## 2. PSEUDO-AÇÕES INDIVIDUAIS

Segundo observa o Prof. KAZUO WATANABE, há interesses que vão além dos direitos individuais e que muitas vezes constituem objeto de ações individuais, quando, a rigor, deveriam ser tutelados pela via da ação coletiva.

Cita-se como exemplo o direito ao sossego, que está inserido no contexto do direito de vizinhança.

## 3. DISTINÇÃO ENTRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A AÇÃO CIVIL COLETIVA

Os direitos difusos e coletivos são defendidos através da ação civil pública, com base na Lei 7.347/85. Já a ação civil coletiva é aquela utilizada para a defesa dos direitos individuais homogêneos, com amparo no Código de Defesa do Consumidor, estando expressamente prevista no art. 91 do CDC (Lei 8.078, de 11.9.90).

## 4. OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRÍTICA À RESTRIÇÃO CRIADA PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI 7.347/85

O parágrafo único (introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001) dispõe que “*não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.*”

Afirma ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES que não se justifica a exclusão contida no parágrafo único. E acrescenta que com isso o legislador induz o ajuizamento de inúmeras ações individuais referentes a questões que têm nítido caráter coletivo.

## 5. LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A DEMANDA COLETIVA

a) concepção publicista – considera os interesses difusos e coletivos como sendo interesses públicos, e assim a legitimação para a propositura da ação coletiva é exclusivamente atribuída aos órgãos públicos.

b) concepção privatista – trata tais interesses como privados, o que faz com com a legitimação seja entregue às entidades particulares.

No direito brasileiro, adotou-se um sistema misto, com o reconhecimento da legitimidade tanto de órgãos e entidades públicas como privadas, e ainda, excepcionalmente do cidadão, este último apenas para a ação popular.

Outrossim, o regime adotado foi de legitimação concorrente e disjuntiva. É concorrente porque os diversos legitimados podem atuar sem que um exclua o outro, e disjuntiva porque qualquer legitimado pode ajuizar a ação isoladamente, sem necessidade de contar com a participação do outro.

## 6. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Significa que o órgão ou entidade que propõe a ação tem efetivamente poderes para agir em nome dos interessados.

A idéia da “representatividade adequada” originou-se no direito norte-americano, no sistema das *class actions*, sendo que a forma utilizada nesse regime (bem como em outros filiados ao *common law*) para se aferir se há adequação da representatividade é diversa do sistema brasileiro porque lá cabe ao magistrado, no início da demanda e caso por caso, verificar se aquele que propõe a ação ostenta ou não condições para tanto.

## 7. LEGITIMIDADE DO MP PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA, VISANDO A TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Diante da legislação atualmente em vigor já não cabe mais dúvida acerca da legitimação do Ministério Público para propor essa espécie de ação coletiva, o que se depreende dos seguintes textos normativos:

- CF, art. 129, IX.
- Lei nº 7078/90 (CDC), art. 81, III, c/c art. 82, I, e art. 91.
- Lei nº 7.913, de 07/12/89 (que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários);
- Lei Complementar nº 75, de 20/5/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), art. 6º, inc. VII, alínea “d”;
- Lei nº 8.625, de 12/02/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), art. 25, inc. IV, alínea “a”.
- Lei Complementar nº 106 (RJ), de 03/01/2003, art. 34, VI, alínea “a”.

Pode-se afirmar que a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil coletiva, objetivando a defesa de interesses individuais homogêneos ocorre nas seguintes situações:

- a) quando os direitos individuais homogêneos possuem indiscutível repercussão social;
- b) quando tais direitos resultam de relação de consumo, estando protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

## 8. LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS



A legitimação das associações encontra dupla previsão: constitucional e legal. A CF dispõe no art. 5º, inc. XXI, que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

As associações possuem legitimidade concorrente para o ajuizamento das ações coletivas, mas sua “representatividade adequada” depende do preenchimento dos requisitos exigidos em lei, exigindo-se a pré-constituição há pelo menos 1 ano, e que inclua em suas finalidades institucionais a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

### **9. AS ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS ATUAM POR REPRESENTAÇÃO OU SE TRATA DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL?**

Duas correntes:

a) representação - torna-se necessário que a associação ou sindicato tenha procurações ou autorizações de seus membros para representá-los na ação coletiva.

b) substituição processual, as entidades ficam legitimadas a atuar em nome de seus membros, independentemente de mandatos dos mesmos. (posição majoritária, adotada no STF).

### **10. LEGITIMAÇÃO PASSIVA**

Deve figurar como réu na ação coletiva todo aquele, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado mas dotado da capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido para a lesão ao interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, e que em função disso deva ser responsabilizado.

### **11. COMPETÊNCIA PARA AS DEMANDAS COLETIVAS**

A lei utiliza-se do critério territorial (local do fato) para a fixação da competência no processo coletivo, mas, diversamente do que ocorre nas outras espécies de processo, tal competência não é relativa, mas absoluta, de caráter funcional.

Tratamento da matéria no CDC: - ressalvando-se os casos de competência da justiça federal, deve-se observar o seguinte: a competência será do foro onde ocorreu o dano quando este seja de âmbito local, mas será do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal para os casos de danos de âmbito regional ou nacional (art. 93 da Lei 8.078/90).

Outrossim, para se saber se a competência é da justiça estadual ou federal, a regra é que a justiça federal somente será competente para os feitos em que haja interesse da União.

### **12. A COMPETÊNCIA EM CASO DE PLURALIDADE DE AÇÕES COLETIVAS**

A questão da competência em caso de repetição de ações coletivas deve ser resolvida pelos institutos da conexão e da litispendência, aplicando-se a regra da prevenção.

Sugere o Prof. ALUISIO GONÇALVES MENDES que se adote a competência concorrente entre todas as capitais dos Estados e que, em caso de conflito, apliquem-se os institutos acima aludidos.

### **13. CONVIVÊNCIA ENTRE A AÇÃO COLETIVA E AÇÕES INDIVIDUAIS**

Pode ainda ocorrer que, paralelamente à ação civil coletiva, sejam propostas ações individuais autônomas. Discute-se, neste caso, se configura-se ou não a conexão (e até

mesmo a litispendência) entre as ações individuais propostas e ação coletiva que verse sobre a mesma matéria. A recente posição adotada pelo STJ é no sentido contrário, ou seja, firmou-se o entendimento de que não se configura a conexão e que deve ser reconhecida a autonomia de tais ações, daí porque não cabe a reunião dos processos, nem a suspensão do curso das ações individuais. (acórdão em que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki).

#### **14. PROCEDIMENTO NAS AÇÕES COLETIVAS**

A legislação não faz referência ao procedimento a ser adotado nas ações coletivas de procedimento. Em vista disso, há quem entenda que deva ser seguido o rito ordinário ou o sumário, com base no CPC, considerando-se como fator determinante apenas o valor da causa.

Todavia, outra parte da doutrina entende que deve sempre ser adotado o rito ordinário, em razão da complexidade das demandas coletivas.

#### **15. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO COLETIVO**

Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente dominante, deve-se considerar que:

- a) não cabem: oposição, da nomeação à autoria e da denúncia da lide;
- b) são admitidas as seguintes modalidades de intervenção de terceiro: assistência e chamamento ao processo.

Outrossim, a lei admite o *litisconsórcio*, que sempre será facultativo unitário, nunca necessário.

#### **16. CUSTAS E HONORÁRIOS**

As associações estão imunes, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (art. 87 do CDC)

#### **17. O INQUÉRITO CIVIL**

Sua instauração é da exclusiva competência do Ministério Público, conforme previsão constitucional (art. 129, III, da CF) e da legislação ordinária que regula a ação civil pública (§ 1º do art. 8º da Lei 7.347/85).

A natureza jurídica do inquérito civil é de procedimento administrativo investigatório, destinado à colheita de elementos de informação para eventual propositura da ação civil pública.

#### **18. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Com base no CDC, pode o juiz inverter o ônus da prova nas ações coletivas, inclusive quando propostas para a defesa de interesses individuais homogêneos.

#### **19. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA**

Apenas alguns casos são previstos na lei, como por exemplo os contemplados no CDC (arts. 26 e 27). Outrossim, não havendo previsão legal e considerando a natureza dos bens jurídicos tutelados nas ações coletivas, conclui-se que não ocorrem a prescrição e a decadência.

## 20. SENTENÇA NAS AÇÕES COLETIVAS

Nas ações para tutela de interesses difusos e coletivos, a sentença segue o mesmo sistema das ações individuais.

Tratando-se de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, via de regra de cunho indenizatório, deve-se observar o seguinte:

- a) a sentença é genérica, fixando apenas o dever de indenizar (*an debeat*);
- b) após o trânsito em julgado, cada interessado poderá, individualmente, promover a liquidação por artigos para apurar o *quantum debeat*;
- c) segue-se, por fim, a execução.

Mesmo aqueles interessados que não participaram do processo, serão beneficiados pela coisa julgada.

## 21. OS EFEITOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

**O art. 103 do CDC estabelece que nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada:**

I- *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, com relação aos direitos difusos;

II- *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas com relação aos direitos coletivos;

III- *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para os direitos individuais homogêneos.

Adota-se o sistema da ***coisa julgada secundum eventum litis*** a coisa julgada cujos efeitos dependem do resultado da demanda. Sendo improcedente o pedido, os interessados que não participaram do processo não são atingidos.

Crítica a tal posicionamento. O anteprojeto do CODIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS modifica o sistema, distinguindo a improcedência por insuficiência de provas da improcedência baseada em provas.

**CRÍTICA ao art. 16 da lei que regula a ação civil pública**, que estabelece ***limites territoriais*** para a coisa julgada nas ações coletivas.

## 22. EXECUÇÃO NAS DEMANDAS COLETIVAS

### 22.1. EXECUÇÃO NOS CASOS DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

A lei que regula a ação civil pública prevê o prazo de 60 dias para a adoção das providências executórias, contados do trânsito em julgado da sentença. Decorrido esse prazo sem que a associação autora promova a execução, deverá fazê-lo o MP, facultada igual iniciativa aos demais legitimados (art. 15 da Lei 7.347/85).

### 22.2. EXECUÇÃO PARA OS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Depois do trânsito em julgado, cada qual irá promover, individualmente, a *liquidação por artigos*, cabendo a cada lesado provar:

- a) a ocorrência do dano individual;
- b) o nexo causal com a situação ou conduta reconhecida na sentença;
- c) o montante do respectivo prejuízo.

Após a liquidação, cada credor promoverá individualmente a execução, podendo também ser feita a execução de forma coletiva, de iniciativa da associação (art. 98 do CDC).

## **23. ALGUNS DISPOSITIVOS DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS**

### **23.1. AS ESPÉCIES DE AÇÕES COLETIVAS (art. 1º)**

- a) ação coletiva ativa;
- b) ação coletiva passiva;
- c) mandado de segurança coletivo;
- d) ação popular.

A ação coletiva ativa é exercida para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 18), dispondo a lei quem são os legitimados para a sua propositura, de acordo com o direito material para o qual se pede proteção (art. 19).

A ação coletiva passiva é a ação proposta contra uma coletividade organizada (grupo, categoria ou classe), mesmo sem personalidade jurídica, desde que se trate de interesses ou direitos difusos e coletivos e a tutela se revista de interesse social (art. 36).

### **23.2 – PRIORIDADE DE PROCESSAMENTO**

O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva (art. 9º).

### **23.3. EFEITO DA APELAÇÃO**

A apelação terá apenas efeito devolutivo, podendo ser recebida com efeito suspensivo em situações especiais quando possa haver lesão grave e de difícil reparação (art. 13)

### **23.4. ALTERAÇÃO DO PEDIDO E CAUSA DE PEDIR**

A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido e da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé, não traga prejuízo injustificado para a parte contrária e seja obedecido o contraditório (p. único do art. 4º)

### **23.5. RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS**

Quando forem propostas duas ou mais ações coletivas, havendo entre elas conexão ou continência, poderá haver a reunião dos processos, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar. (art. 5º)

### **23.6. RELAÇÃO ENTRE DEMANDA COLETIVA E AÇÕES INDIVIDUAIS**

A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das demandas individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência da demanda coletiva, efetivamente comprovada nos autos da ação individual. (art. 6º)

### 23.7. AÇÃO INDENIZATÓRIA

Quando a ação coletiva ativa tiver por objeto a indenização de danos, em caso de interesses difusos e coletivos, a reparação consistirá na reparação de obrigações específicas ou em quantia em dinheiro que reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. (art. 24)

Em se tratando de ação indenizatória que verse sobre direitos individuais homogêneos, o juiz, sempre que possível, fixará na sentença o valor de indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe. (art. 30).

### 23.8. REGRAMENTO DA COISA JULGADA NAS DEMANDAS COLETIVAS

- No caso de procedência, haverá coisa julgada erga omnes;
  - No caso de improcedência por falta de provas, as pessoas que não participaram do processo não serão atingidas pela coisa julgada e qualquer legitimado poderá intentar outra ação;
    - Se a improcedência for fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá propor nova ação, mas são estabelecidas as seguintes restrições”:
      - se basear-se em nova prova que não pode ser produzida no processo e que seja capaz, por si so, de mudar o resultado da demanda;
      - prazo decadencial de 2 anos para o ajuizamento da nova ação.
    - Tratando-se de interesses individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido (seja ou não por insuficiência de provas), os interesses poderão propor ações individuais, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.
      - A improcedência de uma ação coletiva que vise a defesa de interesses difusos ou coletivos, não prejudicará as ações indenizatórias individuais. Se for procedente o pedido na demanda coletiva, a coisa julgada favorecerá as vítimas e seus sucessores, bastando que estes promovam a liquidação e a execução.
-