LEONARDO AUGUSTO DOS SANTOS LUSVARGHI

**TUTELA ANTECIPADA EM PROCESSOS COLETIVOS:
a racionalidade de sua concessão**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP,
na área de concentração de Direito Processual, como
requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Associado Carlos Alberto de Salles.

SÃO PAULO

2012

Aos meus pais, Angela e Sergio, que me ensinaram o significado de perseverar.

AGRADECIMENTOS

Um agradecimento especial ao meu orientador, professor Carlos Alberto de Salles, que me acolheu no programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo nos idos de 2009, me incentivando e me ajudando sempre que possível e necessário.

Aos professores Samuel Issacharoff e Arthur Miller, da New York University School of Law, pelas imprescindível orientação na realização do estudo comparado e da pesquisa independente realizada junto à biblioteca da mencionada universidade.

Aos professores Susana Henriques da Costa e José Reinaldo de Lima Lopes, que fizeram parte da banca de qualificação desta dissertação, agradeço pela leitura e sugestões ao trabalho, quando ele ainda estava se moldando e estruturando.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) pelos subsídios decorrentes da bolsa de mestrado que me foi concedida.

Aos meus grandes amigos que conheci no convívio da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e com quem tive honra de estudar, pesquisar e dar boas risadas: Daniela Monteiro Gabbay, Fernanda Tartuce Silva, Nathalia Mazzonetto, Marco Antonio Sabino, Sarah Merçon-Vargas, Lia Carolina Batista, Marco Antonio Lorencini, Paulo Ostia, Priscila Faricelli de Mendonça e Érica Barbosa e Silva.

A Cansu Kahya e Daniel Ari Baker, meus dois melhores amigos durante minha estada em Nova Iorque, que me auxiliaram a lidar com as saudades de todos aqueles que deixei em terras tupiniquins.

Por fim, e não menos importante, um agradecimento às minhas amigas Débora Gonçalves Tomita e Ana Carolina Miranda Mendes, que estiveram presentes na minha vida desde o início da Faculdade de Direito e continuam até hoje me dando suporte emocional nos momentos de alegria e de tristeza.

RESUMO

O presente trabalho trata das tutelas antecipadas em processos coletivos a partir do tratamento legal diferenciado dado pelo legislador e das considerações jurídicas não-legais próprias do seu objeto. Por meio de estudo comparado, o trabalho pretende enfrentar as dificuldades inerentes à complexidade das relações envolvidas, dando especial atenção à função do desenho da tutela antecipada, ao conceito de irreparabilidade e irreversibilidade, e à aplicação dos requisitos *balance of hardships* e interesse público. A análise passa pelas teorias da decisão judicial a fim de dar perspectiva à necessidade de um procedimento deliberativo mais complexo e minucioso para fins de responsividade das decisões judiciais. Ademais, explora-se a adjudicação pragmática elaborada por Richard Posner e pretende-se sua aplicação aos processos coletivos por meio da introdução da análise de custo-benefício como procedimento decisório *welfarista* moralmente relevante, mas não moralmente decisivo.

Palavras-chave: tutela antecipada, processos coletivos, adjudicação pragmática, custo-benefício.

ABSTRACT

This thesis focuses on the preliminary injunctions in class actions, having as the starting point the different legal treatment given by the legislator and the non-legal juridical considerations that flows from its nature. By means of a comparative study, the work intends to face the inherent difficulties of the complex relationships entailed, paying extra attention to the function of the preliminary injunction structure, to the concept of irreparability and irreversibility, and to the way the requirements of *balance of hardships* and public interest apply. The analysis passes through the theories of the judicial decision-making process in order to give perspective to the need of more complex deliberative proceedings which must be done in full details to reach accountability. Furthermore, the work explores the pragmatic adjudication elaborated by Richard Posner and intends its application to class actions by means of the introduction of cost-benefit analysis as a *welfarist* decision-making procedure that is morally relevant, but not morally decisive.

Keywords: preliminary injunctions, class actions, pragmatic adjudication, cost-benefit analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS DEMANDAS COLETIVAS	10
1.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: o tratamento diferenciado dado pela legislação brasileira	10
1.2 Não somente diferenças legais exigem diferentes considerações jurídicas	22
1.2.1 Direitos fundamentais sociais, custos e sopesamento	22
1.2.1.1 O mínimo existencial	31
1.2.2 Direito ambiental, interesses econômicos e demais interesses	35
1.2.3 O potencial regulatório das ações coletivas	39
2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	45
2.1 Conceito e função	45
2.2 Princípios básicos para a solução de conflitos entre direitos fundamentais	47
2.3 Tutela antecipada: assecuratória e sancionatória	49
2.4 O desenho adotado no Brasil	52
2.4.1 Pressupostos positivos	53
2.4.1.1 Prova inequívoca	53
2.4.1.2 Dano irreparável ou de difícil reparação	57
2.4.2 Pressuposto negativo: reversibilidade	58
2.4.3 Tutela mandamental (art. 461, §3º do CPC e art. 84, §3º do CDC).....	63
2.4.4 Dispositivos específicos relativos aos processos coletivos.....	65
3 DAS <i>PRELIMINARY INJUNCTIONS</i> NO DIREITO NORTE-AMERICANO	70
3.1 Natureza	70
3.2 Função do desenho das <i>preliminar injunctions</i>	74
3.2.1 Posição de John Leubsdorf e Richard A. Posner	75
3.2.2 Preservação do <i>status quo</i>	83
3.2.3 Posição de Brooks e Schwartz.....	87
3.3 Requisitos para a concessão.....	93
3.3.1 Probabilidade de sucesso da demanda (<i>plaintiff's probability of success on the merits</i>).....	95
3.3.2 Dano irreparável ao autor (<i>irreparable injury to the plaintiff</i>)	95
3.4.1.1 Irreparabilidade e irreversibilidade	95
3.4.1.2 Presunções de dano irreparável	99
3.3.3 Comparação de possíveis danos entre as partes (<i>balance of hardships</i>).....	100
3.3.4 Interesse Público (<i>public interest</i>)	103
3.4 Modelos de aplicação	104
3.4.1 <i>The sequential test</i>	105
3.4.2 <i>The alternatives test</i>	106

3.4.2 <i>The balancing test</i>	107
3.5 Análise de caso: <i>Winter v. Natural Resources Defense Council</i>	108
3.5.1 Fatos	109
3.5.2 Histórico da demanda	110
3.5.3 Análise dos requisitos da <i>preliminary injunction</i>	112
3.5.3.1 Probabilidade de sucesso da demanda	112
3.5.3.2 Dano irreparável ou de difícil reparação	112
3.5.3.3 <i>Balance of hardships</i>	113
3.5.3.4 Interesse público	117
4 TENTATIVA DE MODELO PARA TUTELAS ANTECIPADAS EM PROCESSOS COLETIVOS	119
4.1 Teorias da decisão judicial: entre o formalismo e o realismo jurídico	119
4.2 A adjudicação pragmática	128
4.3 A tutela antecipada como jogo de probabilidades	136
4.4 Tutela antecipada nos processos coletivos: reavaliação do modelo	141
4.4.1 A questão da irreversibilidade	141
4.4.2 Custo e benefício	147
4.4.3 Em busca da minimização dos erros e da maximização do bem-estar: a adequada composição dos elementos	155
CONCLUSÃO	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é o estudo da tutela antecipada nos processos coletivos a partir do tratamento legal diferenciado conferido aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como pelas considerações jurídicas não presentes na lei que lhe são inerentes em decorrência da complexidade que envolve esses direitos.

O ponto de partida dessa análise espraia-se na compreensão dos efeitos das tutelas antecipadas quando relativas a demandas coletivas que envolvem interesses plúrimos e soluções que se aproximam mais da política que dos tradicionais padrões da adjudicação, como aquelas que envolvem direitos sociais e econômicos, direitos ambientais ou cujos efeitos regulam determinada área de produção (como a imposição de mecanismos de segurança não exigidos em regulações determinadas pelas agências) ou de serviços (como os reajustes da tarifa do serviço de telefonia fixa comutado).

Cada demanda coletiva encontra seu próprio conjunto de complexidades, ao qual não é possível dar uma solução única. Nem parece correta a proposição de um modelo procedimental que seja ideologicamente fundamentado para a consecução de objetivos de grupos de interesse. Por essa razão, o escopo do desenvolvimento dos capítulos desse trabalho será o de proporcionar racionalidade ao procedimento decisório sem vinculá-lo a um ideal de justiça ou a um motivo econômico.

A questão central deste trabalho, portanto, pode ser assim definida: “qual é a apropriada composição de elementos da tutela antecipada para que os magistrados exerçam sua função política de forma racional em face desses efeitos?”.

Algumas hipóteses são lançadas para responder a essa questão:

1. O magistrado, por ser um ser humano passível de erros, interesses e preferências, pode utilizar do processo coletivo de forma a: a) avançar seus interesses políticos; ou b) inconscientemente analisar os efeitos da tutela antecipada de forma enviesada ao utilizar de suas máximas de experiência; razão pela qual requer-se um procedimento deliberativo que identifique as consequências preferidas em detrimento das consequências preteridas.

2. Para que o procedimento deliberativo não caia em fundamentos deontológicos (os quais proporcionam pouca sustentação para uma racionalidade

deliberativa), requer-se um procedimento decisório que dê guia para a escolha das consequências que tragam melhores proveitos para a sociedade.

3. Para a inserção de um procedimento consciente das consequências de grande porte das demandas coletivas, é necessário que ele seja colocado juntamente com os tradicionais pressupostos estipulados pelo *poder geral de antecipação* do art. 273, do CPC, em vista da deferência dada pelo microssistema de processos coletivos aos dispositivos do Código de Processo Civil “naquilo que não contrarie suas disposições” (art. 19 da Lei n. 7347/85 e art. 90 da Lei n. 8078/90). No entanto, tais requisitos devem ser lidos de forma que atendam aos anseios da tutela coletiva.

A fim de buscar iluminação para a solução da questão principal e dar significado às hipóteses lançadas, empreendeu-se um estudo comparado das *preliminary injunctions* nos Estados Unidos da América em razão da tradição norte-americana de reconhecer em seus juízes o seu papel político, sendo a discussão de *policies* e consequências das decisões uma constante, seja a nível concreto ou a nível de incentivo para a atuação dos indivíduos em sociedade, tanto em processos individuais como nos coletivos.

Essa análise explorou os requisitos para a concessão de *preliminary injunctions* nos Estados Unidos e realizou um breve estudo do caso *Winter v. Natural Resources Defense Council* que foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 2008. Como se verá, a contribuição do direito norte-americano neste estudo é marcante não apenas na área teórica quanto na área prática.

Este trabalho encontra-se dividido em quatro capítulos:

O primeiro capítulo destinar-se-á a demonstrar não apenas que o legislador brasileiro anteviu a necessidade de dar tratamento diferenciado aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos quando os definiu no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, como também razões não legais dão alento à hipótese de que os direitos metaindividuais necessitam de uma atenção própria em sede de tutela antecipada.

O segundo capítulo propor-se-á a definir os contornos propedêuticos e a discussão atual do instituto da tutela antecipada em relação à compreensão de seus requisitos, com especial interesse para a tutela antecipada assecuratória.

O terceiro capítulo realizará o estudo comparado das *preliminary injunctions* no direito norte-americano, tanto em relação aos requisitos necessários para sua concessão como em relação às teorias sobre a função de seu desenho. Em razão de não terem

sido encontrados textos específicos às tutelas coletivas na doutrina americana, o terceiro capítulo contará com uma análise de caso representativo, o qual foi escolhido em razão da sua considerável repercussão nas cortes americanas e pelo grau de complexidade dos interesses levantados.

Por fim, o quarto capítulo contará com o desenvolvimento da teoria da adjudicação pragmática como embasamento do consequencialismo que a estrutura do procedimento decisório requer, assim como propor-se-á a inserção da análise de custo-benefício como procedimento decisório *welfarista* de cunho moral relevante, embora não decisivo juntamente com os tradicionais requisitos do dano irreparável ou de difícil reparação e da probabilidade de sucesso da demanda (ou, seguindo a nomenclatura utilizada pelo art. 273 do CPC, a *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações*). Essa inserção do procedimento decisório do custo-benefício será ainda formulada em combinação com o *interesse público* de forma a conceder a abertura necessária para o atendimento aos demais fatores morais que podem estar envolvidos quando da apreciação da tutela provisória.

Capítulo I

O TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS DEMANDAS COLETIVAS

1.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: o tratamento diferenciado dado pela legislação Brasileira

Não há dúvidas de que o mundo atual transcendeu as barreiras individuais nas relações de massa a partir da globalização e da era da informação, ocorrendo necessárias alterações na visão do Direito Processual.

O processo, cujo conceito era desenhado em bipartida análise, como relação jurídica processual triangular (*actum trium personarum*) acrescida de procedimento em contraditório, veio sendo readequado para enfrentar os desafios da nova adjudicação, mais precisamente para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais homogêneos.

Trespasadas as intrincantes divergências imanentistas e também as discussões da autonomia da ciência processual em relação às outras categorias da ciência jurídica, observa-se, hoje, a fase da instrumentalidade do processo, o qual deve se desvencilhar de formalismos estéreis para reelaborar suas estruturas com o fito de garantir a efetividade dos direitos ou, como pretende José Roberto dos Santos Bedaque, “a técnica processual a serviço de seu resultado”¹.

Nesse trabalho de angariar novas vias que oportunizassem a melhor tutela dos direitos da sociedade, a tutela coletiva se inseriu no contexto processual, primeiramente como meio de assegurar o acesso à justiça de direitos transindividuais por natureza, como hoje se aponta na visão tripartida adotada pela legislação nacional na forma dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, e, posteriormente, viabilizar uma via de acesso à justiça a direitos individuais de origem comum, os quais devem ser tutelados na forma coletiva por força dos interesses políticos da sociedade, denominados direitos individuais homogêneos pelo art. 81, parágrafo único, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor.

Daí percebe-se que a segunda onda renovatória apontada por Cappelletti e Garth em seus estudos² pretendeu não apenas mostrar ao mundo que há direitos

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ed. 2tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p.25.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p.49.

cujos titulares são várias ou todas as pessoas, sem divisibilidade ou disponibilidade pelos indivíduos em sua essência, como também apontar que o Direito Processual não deve estar em choque com a realidade das pessoas, devendo-se habilitar instrumentos para que direitos individuais repetidos em enormes proporções no meio social sejam tutelados adequadamente, ou seja, aplicar aos procedimentos celeridade e unidade de decisões.

Nesse escorço, a legislação brasileira, primeiramente por meio da Lei n. 4717/64 (Lei da Ação Popular) e da Lei n. 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), e posteriormente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, veio tratar diferentemente os direitos transindividuais e individuais homogêneos em relação ao procedimento, como decorrência da descoberta pelo legislador brasileiro de que fenômenos diferenciados e de alta complexidade demandariam adaptações das normas processuais para alcançar-se um processo de resultados que fosse ao mesmo tempo responsável e consciente de seus limites e consequências.

Três classes de direitos defensáveis pela Ação Coletiva/Ação Civil Pública foram identificados e definidos no art. 81, parágrafo único, do CDC: *direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Em que pese vasta doutrina quando da sanção da lei consumerista identificasse os direitos coletivos e os direitos difusos como sinônimos, o tratamento processual individualizado gerou a necessidade de esclarecimento das características definidoras das três classes de direitos. Tal importância é sucintamente compilada por Eduardo Appio:

A distinção entre os interesses difusos e coletivos e os direitos individuais homogêneos se revela de grande importância, na medida em que (1) atribui a legitimidade de acordo com o interesse concreto na causa, (2) delimita o âmbito objetivo e subjetivo da sentença prolatada e (3) define a forma como será processada a execução da sentença de procedência.³

Em sede doutrinária, duas são as principais perspectivas para a apreciação do objeto da Ação Civil Pública, ambas extraídas da doutrina italiana: a objetivista e a subjetivista.

A perspectiva subjetivista apresenta a definição dos direitos coletivos *lato sensu* através da amplitude de satisfação dos interesses envolvidos. Nesse prisma, a

³ APPIO, Eduardo. A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito . 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p.63-64.

melhor conceituação dos direitos considerados metaindividuais surgiria através da apreciação da satisfação dos interesses como expansão da própria proteção à cidadania. Para Appio, defensor desta corrente, “o escopo almejado pela corrente subjetivista é o da efetiva ampliação da cidadania, através das ações coletivas, trazendo para o interior do sistema judiciário, parcelas excluídas da população”⁴. Dessa forma, propõe-se a definição do objeto das ações coletivas através dos indivíduos que serão atingidos pelos efeitos da tutela coletiva ou seja, pela *qualificação normativa de seu portador*⁵.

Por outro lado, a visão objetivista pretende a qualificação do objeto das ações coletivas pela análise do bem da vida a ser tutelado, proclamando suas características a partir desse viés. Dessa monta, o direito pautar-se-á através da indivisibilidade, indisponibilidade ou fruição plúrima do bem da vida.

Em que pese à dualidade de possíveis prismas de definição do objeto, a legislação brasileira utilizou-se de técnica mista, como leciona Pedro Lenza percebendo-se “uma incontestável aproximação dos aludidos modelos, enfatizando-se tanto o aspecto *subjetivo*, como o *objetivo*”. Nesse sentido, a identificação de um interesse-direito difuso, coletivo ou individual homogêneo (metaindividualidade) dependerá tanto da qualificação normativa de seu portador, como também, e na mesma intensidade, da natureza jurídica do bem objeto de interesse e fruição”⁶.

Ainda hoje há certa dificuldade em fazer a ideal delimitação das três espécies que compõem o gênero *direitos coletivos lato sensu*, principalmente no que tange aos chamados interesses ou direitos difusos, que ainda são tratados como um “*personaggio assolutamente misterioso*” dada a maior taticibilidade da jurisprudência com a tutela dos direitos coletivos e individuais, em detrimento desse interesse que se apresenta em estado totalmente fluido na sociedade.

Rodolfo de Camargo Mancuso pugna que os interesses difusos não se confundem com os ditos interesses públicos tanto primários quanto secundários⁷, embora sejam ainda de especial importância para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*:

⁴ APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 40.

⁵ GIANINNI *apud* LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.66.

⁶ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67-68.

⁷ Divisão dicotômica introduzida por Alessi para distinguir os interesses da própria sociedade atinente aos anseios da conjuntura social como um todo em sua perspectiva progressista, transcendentes de toda a sociedade (*interesse público primário*), daqueles interesses próprios da Pessoa Jurídica de Direito Público Interno em sua

Esses interesses apresentariam um grau de coletivização ainda mais abrangente do que o interesse geral ou público, porque, enquanto estes têm a balizá-los os contornos de certos valores pacificamente aceitos (por exemplo: segurança pública), os interesses difusos, ao contrário, permitem toda sorte de posicionamento, de conteúdo fluido (por exemplo, “qualidade de vida”), ensejando o que a doutrina italiana chama de “*intrinseca conflittualità*”. [...] Dir-se-ia que, enquanto o interesse geral ou público concerne primordialmente ao *cidadão, ao Estado, ao direito*, os interesses difusos se reportam ao *homem, à nação, à percepção do justo*.⁸

Esse entendimento é acompanhado por Hugo Nigro Mazzilli, para quem “não são, pois, os interesses difusos mera subespécie de interesse público”; “embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou o interesse da sociedade como um todo (como o interesse ao meio ambiente sadio), a verdade é que nem todos interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado”⁹.

Nesse esteio, pode-se creditar aos interesses difusos qualidade *sui generis* a partir de suas características próprias: *indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade e indisponibilidade do objeto, intensa conflituosidade e duração efêmera e contingencial*.

Primeiramente, os interesses e direitos difusos são aqueles essencialmente metaindividuais, disseminados na sociedade sem qualquer possibilidade de determinação dos titulares. Tal característica advém, precipuamente, do fato de não existir em virtude de um vínculo jurídico coalizador dos sujeitos afetados, mas em decorrência de situações fáticas que os ligam, como a habitação em determinada localidade ou a própria condição humana.

Dessa forma, por vezes, a quantidade de pessoas afetadas poderá evidenciar um direito difuso, assim como a sua qualidade, como aponta José Marcelo Menezes Vigliar:

visão político-administrativa (*interesse público secundário*). Vide ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Traducción dela 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.87.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em Juízo*. 19ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.51.

O fator *quantitativo* também serve para identificar os interesses difusos, diferenciando-os das demais categorias de interesses transindividuais: os difusos podem, [...], dizer respeito “até a toda humanidade”, o que não acontece com os interesses coletivos em sentido estrito e, menos ainda, com os individuais homogêneos. Além disso, o fator *qualitativo* também servirá para identificar os interesses difusos, porque consideram o homem exclusivamente na sua dimensão de *ser humano*.¹⁰

Isso não quer dizer, contudo, que o número de pessoas diretamente afetadas pelo dano ou ameaça de dano ao direito deva ser um número expressivo. O maior exemplo disso é a tutela do meio ambiente. Toda a população tem *interesse* na preservação do meio ambiente, embora o efetivo dano seja restrito a um grupo de pessoas afetadas, como o derramamento de óleo em rios que afeta diretamente os *interesses econômicos* das populações ribeirinhas: embora as populações ribeirinhas sejam as que sofrem os efeitos dos danos ao meio ambiente, o direito ao meio ambiente sadio é de titularidade de todos, mesmo aqueles que nunca um dia cheguem a habitar ou visitar a área atingida¹¹.

Mancuso vai além para apontar que o paradigma individualista de identificação dos *interesses juridicamente protegidos* com a sua *titularidade* mostra-se ultrapassado e dissonante quando interesses difusos são analisados:

Ora, os interesses difusos por isso que são referíveis a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos, contrapõem-se fundamentalmente a esse esquema tradicional, visto que a tutela não pode mais ter por base a *titularidade*, mas a relevância, em si, do interesse, isto é, o fato de sua *relevância social*.¹²

A segunda característica dos interesses difusos que deve ser apontada consiste na indivisibilidade e indisponibilidade de seu objeto. Observe-se que a

¹⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.19

¹¹ As considerações sobre a extensão do dano, no entanto, são importantes para a análise da política que embasa os perfis da legitimidade da ação coletiva, sendo que grupos que sofrem danos diretos tendem a operar como “catalisadores” de interesses ambientais e potencialmente representantes adequados para a sua defesa. Nessa perspectiva, Carlos Alberto de Salles leciona: “é de grande importância a constatação de que impactos sofridos por interesses difusos não são distribuídos de forma regular entre os vários sujeitos ou alguma forma com eles implicados. Por isso, entre a totalidade daqueles que sofreram alguma repercussão no interesse *per capita*, podem existir subgrupos cujo impacto sofrido tenha sido suficientemente alto para incentivá-los a provocar os demais membros da maioria menos interessada. Estes subgrupos, agregando sujeitos que tenham sido mais afetados do que os demais, podem ter a capacidade de ativar a maioria, atuando como ‘catalisadores’, para dar impulso a uma ação coletiva em defesa do interesse majoritário.” (SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.133)

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.93.

indisponibilidade dos interesses difusos decorre diretamente de sua indivisibilidade e de sua indeterminável titularidade. Novamente utilizando-nos do direito ao meio ambiente sadio como exemplo, é possível destacar que uma vez que há impossibilidade de divisão das águas, florestas ou do ar por todos os indivíduos do planeta, obviamente não seria razoável que se permitisse a disposição do direito pelo *ideological plaintiff* ou representante adequado, o que seria totalmente contrário aos princípios do processo coletivo para ceder às tentações egoísticas de “acordos vantajosos” ao arrepio da lei.

O terceiro aspecto que identifica os interesses difusos, provavelmente o mais interessante deles, trata da intensa litigiosidade ou conflituosidade interna ou, como prefere Péricles Prade, *conflituosidade abrangente*¹³. Os interesses e direitos difusos trazem uma conflituosidade ínsita, sendo que, por vezes, em face da não positivação expressa dos lindes de sua tutela, revelam-se necessárias *escolhas políticas* para determinação de sua prevalência. Mancuso observa que tal característica advém do fato de que “nesses casos de interesses difusos não há um *parâmetro jurídico* que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição ‘certa’ e a ‘errada’”¹⁴.

Os interesses difusos são ontologicamente fluídos, desagregados, soltos e existem em decorrência de formações contingenciais na sociedade, as quais, em geral, se contrapõem umas às outras. Um exemplo desta situação ocorre na contraposição entre o direito à sadia qualidade de vida das gerações futuras advinda do direito ao meio ambiente equilibrado e o interesse da sociedade atual na construção de usinas hidrelétricas para movimentação da máquina econômica, bem como para prover serviço público essencial ao povo. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso:

O que se deduz desse trecho de *massas de interesses* é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos tradicionalmente concebidos na fórmula “Tício *versus* Caio”, nem tampouco se reduzem aos conflitos que contrapõem interesses coletivos já organizados e bem delineados, como os dissídios trabalhistas, mas, ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (por exemplo, A se julga credor de B, que resiste à pretensão), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras *escolhas políticas*. Ora, neste campo, as alternativas são

¹³ PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.103.

ilimitadas, porque o favorecimento da posição “A” melindrará os integrantes da posição “B”.¹⁵

Por fim, há que se analisar a duração efêmera e contingencial dos interesses difusos. Por tudo que foi exposto, percebe-se que os direitos ora analisados estão suscetíveis a transições e mutações no tempo e no espaço em virtude de sua derivação de situações contingenciais fáticas.

Dessa característica, duas principais conseqüências advêm: a) a inviabilidade de positivação total dos interesses difusos; e, b) a irreparabilidade da lesão.

A atividade legiferante em sede de direitos difusos se mostra inviável em termos de abrangência total dos interesses não só pelo fator tempo/espaço como também pela fugacidade dos mesmos dentro do espectro social. É nessa que perspectiva que Rodolfo de Camargo Mancuso leciona:

[...] conseqüência desse caráter *fugaz* dos interesses difusos é que não demonstram eles aptidão para serem completamente tutelados em sede legislativa, a qual, a princípio, seria a indicada, visto que esses interesses implicam verdadeiras *escolhas políticas*. É que, de ordinário, não haveria tempo material para que a tutela nesse nível se concretizasse de modo útil e eficaz.¹⁶

Assim, verifica-se que ambas as conseqüências apontadas se interligam em pontos diversos na atuação jurisdicional, o que, via de regra, acaba por inserir um caráter político mais acentuado à jurisdição, o que a doutrina hoje denomina de *ativismo judicial*.

Mancuso apresenta interessante exemplo para o esclarecimento dessa mutabilidade dos interesses difusos e sua conseqüente irreparabilidade:

[...] uma vez construída a hidrelétrica de Itaipu, tornou-se inócua a oposição ofertada sob o ideário de interesses difusos de cunho ecológicos, ligados à preservação das belezas naturais da região, comprometidas com o megaempreendimento; passado o momento, alterou-se a situação fática e alteraram-se os interesses difusos por ela ensejados, ao menos na forma e intensidade como se haviam manifestado originariamente. *Outros* interesses difusos “substituirão” os anteriores, já agora em outras circunstâncias. [...] Não exercitados em tempo e hora,

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.* p.101.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.108-109.

os interesses difusos modificam-se, acompanhando a transformação da situação fática que os ensejou. No caso lembrado, consumados os fatos, os interesses difusos originários, que eram afetados ao ideal de preservação da natureza, sofrem mutação em seu desiderato, passando a referir-se, por exemplo, ao ideal de fomento da piscicultura nas águas represadas, ou à preservação da pureza dessas águas.¹⁷

Já os interesses e direitos coletivos *strictu sensu* são aqueles em que, apesar de essencialmente metaindividuais, indisponíveis e indivisíveis como os interesses e direitos difusos, há determinabilidade de seus titulares, embora, *ab initio*, possam se mostrar indeterminados, e decorrem de uma relação jurídica base entre os titulares ou entre os titulares e a parte contrária. Ou seja, são direitos relacionados à classe, ao grupo ou à categoria de pessoas reunidas em torno de um *ente esponenziale*. Dessa forma, sua principal característica é o que os distingue dos interesses e direitos difusos é a coalizão jurídica que agrega os titulares. Nas palavras de Eduardo Appio:

[...] no caso dos interesses coletivos, estes demandam uma especial condição de seus titulares, uma vez que a lei e a Constituição outorgam prerrogativas jurídicas a determinadas classes de pessoas diante de sua peculiar condição. Os interesses coletivos estão, portanto, adstritos a um interesse de proteção específica de determinada categoria profissional ou classe de cidadãos. Portanto, não é o interesse que tem natureza indisponível, mas sim, o bem ao qual este interesse está afetado.¹⁸

É nessa perspectiva que o direito da classe de advogados de ingressar nas penitenciárias para ter contato com seus clientes é coletivo *strictu sensu* de todos os advogados, não havendo como fracioná-lo entre os titulares, sendo certo que o deferimento em Ação Civil Pública com este objeto beneficiaria toda a classe.

Para além desses horizontes metaindividuais, o direito processual sentiu necessidade de invocar uma via accidental de tutela coletiva para conferir efetividade aos direitos individuais disseminados na sociedade: trata-se da tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos.

Sob forte influência das *class actions for damages* do direito norte-americano, a dita *ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos* possui seu

¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 107.

¹⁸ APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 63.

supedâneo em três fatores: a economia processual, a celeridade e a uniformização das decisões proporcionando segurança jurídica.

Os interesses e direitos individuais homogêneos são aqueles cuja essência foge da metaindividualidade, consistindo em forma accidental de tutela coletiva, a qual abarca hipóteses em que haverá reunião desses direitos individuais, de possível determinação dos titulares no seio social, e de caráter disponível, via de regra, em decorrência de sua origem comum e homogeneidade. Deve-se ressaltar que a origem comum não implica a identidade factual ou temporal, podendo haver origem comum ainda que o evento danoso tenha sido produzido em momento e espaço diversos como no caso da compra, por vários consumidores em todo o país e em momentos diferentes, de determinado produto defeituoso posto à venda. Ada Pellegrini Grinover trouxe para a doutrina jurídica brasileira melhor entendimento dos dois principais fatores para configuração dos interesses e direitos individuais homogêneos, quais sejam, a origem comum e a homogeneidade, relacionando-os com dois outros requisitos advindos das *class actions for damages* do direito norte-americano: a *prevalência das questões comuns sobre as individuais* e a *superioridade ou eficácia da tutela coletiva*.

Apesar de parecer que a homogeneidade dos direitos individuais decorram imediatamente de sua origem comum, tal visão não alcança os conceitos com clareza, devendo-se perscrutar a verdadeira proximidade entre os indivíduos. Desta forma, “é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos”.¹⁹

A bipartição entre origem comum próxima e remota se faz imperiosa para a verificação da homogeneidade dos interesses viabilizadores da tutela coletiva. Seguindo, ainda, o raciocínio de Grinover, vale ressaltar que “inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, [...], os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum. Em tese, pode-se afirmar, até, que essa origem comum (ou causa) será remota e não próxima”²⁰.

Por sua vez, aponta-se, ainda, como fator para a modalidade accidental da tutela coletiva, a *superioridade ou eficácia* desta tutela em relação à individual. Esse

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 1ed. São Paulo: DPJ, 2006.p.194.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op.cit.* p.195.

pressuposto é de ordem lógico-pragmática do desdobramento do conceito atual da busca da efetividade dos direitos e da própria instrumentalidade processual. Vale dizer, não será proveitosa à sociedade uma demanda coletiva de interesses individuais se a fase de liquidação da sentença condenatória genérica (art. 95, do CDC) importar em necessária dilação probatória a título individual muito superior à própria declaração do dever de reparar.

Em linhas gerais e na feliz expressão de Teori Albino Zavaski, na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos há *repartição da atividade cognitiva*²¹, representada por uma fase cognitiva coletiva a qual terá por fíto a declaração do dever de reparar (embora esteja estampada no art. 95 do CDC a expressão *sentença condenatória genérica*), e uma segunda fase liquidatória e executiva exercida individualmente (ressalvada a hipótese inserta no art. 98, *caput*, do CDC), na qual se apurará o nexo de causalidade entre o dever de reparar o dano e o dano realmente existente a fim de constituir o título executivo judicial e passar à execução. Veja-se, por sua vez, que na expressão de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, a sentença prolatada na fase coletiva será também *subjetivamente ilíquida*²², em face da necessidade de serem determinados aqueles que possuem o direito de ter seus danos reparados, o que refoge à clássica concepção das sentenças genéricas da tutela individual.

Em razão disso, verifica-se que a necessidade de dilação probatória superior na seara individual que na seara coletiva em razão de situações casuísticas enveredam à verificação de *origem comum remota*, caracterizadora de inexistência de *prevalência das questões comuns sobre as individuais*, o que, por sua vez, retira a *eficácia* que se pretende extrair da tutela coletiva accidental. Ou, como pretende Grinover, “a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida”²³.

Em defesa, por conseguinte, da máxima efetividade processual, “uma sentença genérica que não seja idônea a pacificar com justiça e um processo coletivo incapaz

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2ed.rev.atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p.167.

²² ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A tutela dos Direitos Individuais Homogêneos*. 1.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.123.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 1ed. São Paulo: DPJ, 2006.p.197.

de solucionar a controvérsia de direito material não podem encontrar guarida num ordenamento processual moderno, como o é o brasileiro. A técnica processual deve ser utilizada, então, para evitar e corrigir eventuais desvios de caminho de um processo que há de ser aderente à realidade social. [...] Nos casos em que a sentença genérica do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor for de utilidade tão diminuta, a ponto de ser inadequada para solucionar a controvérsia com justiça, a aferição do interesse-utilidade e do interesse-adequação transcenderá o âmbito da técnica processual, para se inscrever como exigência da efetividade do processo”²⁴.

Em razão da natureza diferenciada desses direitos, o legislador brasileiro decidiu trata-los de forma diferenciada, sendo regrados procedimentalmente pelo que hoje se considera o microssistema processual coletivo, composto pelas Lei n. 4717/64, Lei n. 7347/85 e Lei n. 8078/90²⁵.

De certa forma, as adaptações encontradas nesse microssistema atenderam à crítica da *transsubstancialidade* do processo, principalmente em relação às previsões acerca da legitimidade ativa e da coisa julgada, as quais foram desenhadas de forma a atender as dificuldades encontradas no tratamento dos direitos metaindividuais pelas cortes. Como bem aponta Carlos Alberto de Salles:

[...] o ordenamento processual é concebido de maneira *transsubstancial*, quer dizer, suas normas são elaboradas para atender indistintamente diferentes situações substanciais, incidindo sobre disputas das mais variegadas espécies e de qualquer área do direito. Essa característica do ordenamento processual da atividade jurisdicional apresenta aspectos problemáticos, porque ‘de maneira alguma é, mesmo intuitivamente, aparente que as necessidades procedimentais de uma complexa ação antitruste, um simples caso de negligência automobilística, uma conflituosa demanda de integração racial escolar e uma ação coletiva para impedir a construção de um oleoduto sejam idênticas para serem utilmente incluídas em um corpo singular de normas, que não faça virtualmente nenhuma distinção entre tais casos em termos do processo disponível’.²⁶

No entanto, o chamado *direito processual coletivo*²⁷ ainda sofre o problema da *transsubstancialidade* em relação aos dispositivos que são a ele integrados por

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 1ed. São Paulo: DPJ, 2006. p.199.

²⁵ Outras leis tratam também de aspectos processuais das tutelas coletivas, como a Lei n. 7853/89 (Lei de Proteção aos Portadores de Deficiência), a Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei n. 8884/94 (Lei Antitruste), a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), dentre outras. No entanto, os principais aspectos processuais se encontram na conjugação da Lei n. 7347/85 e da Lei n. 8078/90.

²⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.303.

²⁷ Sobre a existência de um direito processual coletivo, Ada Pellegrini Grinover leciona que: “A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstra a feição própria e diversa

força da deferência ao Código de Processo Civil (v.g., art. 22 da Lei 4717/64, art. 19 da Lei n. 7347/85 e art. 90 da Lei 8078/90). É o que ocorre com o instituto da *tutela antecipada* que acaba por ser integrada a esse sistema (ao menos em relação aos requisitos a serem considerados para sua concessão), sem qualquer atenção às necessidades especiais da tutela dos direitos metaindividuais.

Não parece correto afirmar que o modelo de tutela antecipada aplicado a casos como de descumprimento de obrigações contratuais ou de sustação de protesto de um título de crédito possa ser uniformemente aplicado aos casos complexos que envolvem tutelas coletivas, como a distribuição de medicamentos à toda a população ou a paralisação da produção de uma linha de produtos em razão dos riscos à saúde ou ao meio ambiente, não somente em razão de peculiaridades próprias dos elementos que devem ser apreciados quando diante da chamada *complex litigation*, mas também em razão da proporção de efeitos que tais decisões operam na sociedade.

Desta forma, embora tenhamos um tratamento legal diferenciado, o qual foi reconhecido pelo legislador, não houve a devida cautela de se lhe buscar um modelo próprio para as tutelas antecipatórias em processos coletivos, a qual foi deixada para posteriores análises, caso a caso.

Por essas razões, o presente trabalho agora passa a expor em maior profundidade, as preocupações que podem defluir da tutela coletiva que não foram trazidas pela lei.

que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual. Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do direito processual, o *direito processual coletivo*, contando com princípios revisitados e institutos processuais próprios e tendo por objeto bem-definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p.15)

1.2 Não somente diferenças legais exigem diferentes considerações jurídicas

O espectro do objeto das demandas coletivas é plúrimo, sendo tarefa árdua e inviável realizar análises de todos os grupos de interesses envolvidos em possíveis processos coletivos. Qualquer pretensão de superar a *transsubstancialidade* própria dos processos coletivos, mesmo após operar-se um modelo que abranja suas complexidades inerentes, será ao menos pretenciosa e incompleta, para não dizer imodesta e impraticável.

Contudo, alguns grupos de interesses que entram em conflito podem ser identificados mais frequentemente (v.g., os constantes enfrentamentos entre os interesses ambientais e os interesses econômicos ou a atualíssima questão da justiciabilidade de direitos sociais em oposição aos interesses da administração e aos lindes orçamentários), assim como alguns efeitos da tutela coletiva na sociedade (v.g., o potencial regulatório das demandas coletivas). As considerações jurídicas²⁸ que seguem, portanto, não possuem a pretensão de ser exaustivas, mas exemplificativas das complexidades associadas ao objeto dos processos coletivos, constituindo a base das críticas e modelos lançados no último capítulo deste trabalho.

1.2.1 Direitos fundamentais sociais, custos e sopesamento

Questão atual e de grande importância nas cortes brasileiras é a justiciabilidade de políticas públicas, principalmente na área da saúde, da educação e sanitária.

Para os fins que este trabalho busca, a preocupação não é fundamentar a judicialização da política pelo aspecto da legitimidade dos provimentos em face à

²⁸ Observe-se que essas considerações jurídicas não se pretendem dogmáticas, posto acreditar-se que “a análise externa e não dogmática do direito pode contribuir decisivamente para a construção de uma dogmática mais efetiva e consentânea aos desafios que se colocam hoje ao plano jurídico, superando, pois, uma tradição de análise dogmática fundada exclusivamente na exegese abstrata dos textos legais, feita a partir de bases principiológicas em geral pouco definidas”. (VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Defesa do Consumidor, processo coletivo e judicialização da regulação tarifária das telecomunicações no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professo Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.848)

Democracia (participativa²⁹ ou deliberativa³⁰), nem quanto aos ataques formulados pelos defensores clássicos da *teoria da separação dos poderes*³¹, mas entender sua estrutura e como os direitos fundamentais sociais estão ligados intrinsecamente por um vínculo de possibilidade que requer, muitas vezes, a necessária apreciação de custo e benefício entre opções apresentadas³², bem como, o papel das tutelas antecipatórias nesse contexto.

Pretende-se, portanto, verificar a estrutura e as consequências da natureza dos direitos sociais quando o autor pretende determinada tutela jurisdicional em face do Estado. A questão principal, portanto, é como tratar os Direitos Sociais? São eles absolutos e conferem ao jurisdicionado, seja ele individual ou autor coletivo, uma pretensão definida a obrigações de fazer por parte do Estado, seja ela qual for, desde que lhe garanta a efetividade? A resposta a essa segunda questão deve ser um retumbante *não*.

Pode-se incluir, conforme Robert Alexy, no conceito de *direitos fundamentais sociais* tanto aqueles direitos previstos expressamente na Constituição Federal como aqueles cuja essência se retira dos desdobramentos da interpretação social dos direitos de liberdade e igualdade. Veja-se que “a diferença entre os direitos a prestações expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação é, sem dúvida,

²⁹ Ferrenho opositor ao ativismo judicial, Jeremy Waldron desconstrói a fundamentação de Ronald Dworkin a partir do que chama de *direito dos direitos: o direito de participação*. Vide WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p.232-254.

³⁰ A fim de melhor entender a questão, embora este trabalho não aplique suas conclusões, vide GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the judiciary and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Org.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006.

³¹ Aliás, interessante a releitura feita por Barber quanto ao aspecto da eficiência, desde os postulados de Locke, o que, para ele, não excluiria a proteção da liberdade e autorizaria a tutela jurisdicional dos direitos sociais. Segundo ele, “according to Locke, it was not sufficient that the state avoided enacting laws that ran contrary to the public good, it must also enact laws that promoted the public interest. Thus, efficiency and liberty are combined; an efficient constitution is one that protects and fosters liberty. Having determined, rightly or wrongly, that the central purpose of civic society was the protection of property, Locke created a constitution that would secure this goal. The specific tasks that needed to be performed were allocated to the state institution that could most efficiently execute them. Locke was advocating a form of separation of power not in order to slow down the running of the state but in order to ensure that it ran well. Powers were divided in order to facilitate the purposes for which the state existed. (BARBER, N. W. Prelude to the separation of powers. In: *The Cambridge Law Journal*, v. 60, 2001.p.64). E prossegue: “Abandoning the tripartite vision of the state strengthens the doctrine of separation of powers. The doctrine is as concerned with the proper allocation of competence between competing legislatures as it is with the balance between a legislature and a court. It need not be confined to states at all; supra-national courts and legislature are also within this scope. It is hard to see why writers on separation of powers are so willing to allow these questions to be pushed into the background; if, for example, it is the purpose of the constitution to protect liberty then the allocation of power to competing legislatures may be of considerable significance. Indeed, ignoring alternative methods of dividing power can create a dangerously misleading picture of the constitution. [...] Separation of powers is a vigorous, contemporary doctrine that recognizes the institutional choice of constitutional writing.” (BARBER, N. W., *op. cit.*, p. 71). E conclui: “To show that one body is not well equipped to perform a task is not a reason to switch that task to another body. Even if, in the abstract, the courts are badly placed to undertake a task it does not follow that the legislature, or the market, will do any better.” (*Id. Ibid.*, p. 74).

³² O que será trabalhado no Capítulo 4 deste trabalho.

importante. Já, no que diz respeito a seu conteúdo, sua estrutura e seus problemas, há uma ampla coincidência entre ambas as categorias”³³. Dessa unificação conceitual para fins pragmáticos, decorre uma outra questão: se os direitos de liberdade (também chamados de direitos civis e políticos) também podem resultar em obrigações de fazer para o Estado, efetivamente existem diferenças entre os então denominados *direitos negativos* (que exigiriam um *non facere* do Estado) e os *direitos positivos*?

Efetivamente, a concepção clássica de *direitos negativos*, em correspondência biunívoca com o que denomina-se, usualmente, de direitos fundamentais de primeira geração, prevê a abstenção do Estado em imiscuir-se nos assuntos particulares e nas liberdades públicas dos indivíduos e seriam, por conseguinte, satisfeitos com a mera inércia do Estado. Contudo, como bem salientam Stephen Holmes e Cass Sunstein, não há proteção contra atos do governo senão por meio de estruturas forjadas pelo governo³⁴. Para o efetivo gozo de direitos de liberdade são necessárias estruturas que viabilizem esses direitos de forma prática. Por exemplo, o direito de propriedade não pode ser efetivamente gozado se não forem mantidos os registros públicos, a própria estrutura da polícia e, inclusive, do Judiciário³⁵.

Virgílio Afonso da Silva também aponta para esse encontro entre os *direitos sociais* e os *direitos fundamentais de liberdade* prevendo “três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os chamados *efeitos horizontais*, que são os efeitos

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p.499-500.

³⁴ “Invariably, rights pit power against power. [...] Under constitutional law, rights bring the power of one branch of government to bear upon wrongdoers from other government agencies. For instance, in the late 1960’s, the Supreme Court protected right of students to wear black armbands to school (in a protest against the Vietnam War) by overruling public high school authorities. Protection “against” government is therefore unthinkable without protection “by” government.” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York-London: Norton, 1999.p.55)

³⁵ “Property owners are far from being self-reliant. They depend on social cooperation orchestrated by government officials. Defense against land-grabbing foreign predators is only one example of the way liberal individualism depends on effective collective action. Recordation is another. American taxpayers expended \$203 million for general property and records management in 1997. Sunk costs in our recordation system are much larger. For real estate markets to operate effectively, a reliable system of titles, deeds, and land surveys must be in place. Land registries and offices of public records require skilled and honest staffs. The ‘free market’ is unlikely to put roofs on public buildings where records are stored or establish criminal penalties to deter bribery of officials in charge of registering titles to real or personal property. Surveyors, too, must be paid and monitored. The bare unobstructed latitude to buy and sell private property will not produce an explosion of mutually beneficial private exchanges unless potential buyers receive some sort of guarantee that the putative owner is selling something he (and he alone) actually owns. Without clearly defined, unambiguously assigned, and legally enforceable property rights, ownership does not encourage stewardship. Title holders will neither cultivate their fields of repair their homes if their rights are not reliably protected by the public power.” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*.p.65)

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; (2) os *direitos de proteção*; e (3) os *direitos a organização e procedimentos*”³⁶.

Vale dizer, portanto, que as obrigações prestacionais do Estado não estão restritas aos direitos sociais, o que, por muito tempo foi um argumento utilizado para sua não justiciabilidade em vista do necessário rearranjo do orçamento público o que, por conseguinte, importaria em invasão de função alheia. No entanto, sob o manto da lacônica denominação *direitos negativos* sempre houve interferência no orçamento, posto que, como bem demonstra Flávio Galdino, todos os direitos fundamentais possuem em sua estrutura um custo necessário, ou seja, *os direitos não nascem em árvores*³⁷.

Disso decorre, pois, que inclusive nos moldes do liberalismo clássico o *Estado Mínimo* não é tão mínimo assim. Aliás, deve ser robusto estruturalmente a fim de assegurar, por meio de serviços públicos de qualidade (prestações), os direitos civis e políticos dos cidadãos³⁸.

E sua justiciabilidade possui, há décadas, lugar nas Cortes Americanas, principalmente quando da época da *Warren Court* nas décadas de 50 e 60, por meio de demandas coletivas que pretendiam a reforma de estruturas burocráticas que não estivessem atendendo adequadamente à proteção dos direitos civis e políticos dos cidadãos (*civil rights*). Essas demandas tinham por foco proporcionar a *reforma estrutural*³⁹, na expressão de Owen Fiss, dos serviços públicos, sendo a principal e mais conhecida decisão representativa dessa época *Brown v. Board of Education of Topeka* que determinou a

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.236.

³⁷ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.215.

³⁸ “If the government wholly disengages from the economy, the economy will not be free in the sense we admire, and it will certainly not produce the historically unprecedented prosperity to which many Americans have grown accustomed. Voluntary exchanges will occur, as they do even in the poorest of countries and we may see inchoate versions of well-functioning markets. But governments inaction creates an economic system vexed by force, monopoly, intimidation, and narrow localisms. The individual’s freedom, his ‘right to be left alone’ by thugs and thieves, cannot be separated from his entitlement to state help – that is, his claim to a range of public services (basic legal provisions and protections) from the government. The effort of social coordination it takes to build even a ‘minimal’ state, capable of repressing force and threats of force, is truly massive and should not be taken for granted.” (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *Op. cit.* p.72)

³⁹ “[...] o foco da reforma estrutural não é direcionado para transações ou incidentes particulares, mas para as condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições. O que é crucial não é o fato da criança negra ser rejeitada em uma escola de brancos ou o ato individual de brutalidade policial. Esses incidentes podem desencadear a ação judicial e, também, ter significado probatório: prova de um ‘padrão ou prática’ de racismo ou ilegalidade. Todavia, a questão principal do processo ou o foco da investigação judicial não são esses incidentes, mas, sobretudo, uma condição social que ameaça importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição.” (FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.p.49-50)

dessegregação das escolas americanas, embora haja diversos outros *cases* importantes nessa linha tendentes à reforma de centros ambulatoriais psiquiátricos (como *Wyatt v. Stickney* e *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*), prisões (como *Sheppard v. Phoenix* e *Plata v. Davis*), estrutura da polícia em face de abusos policiais, dentre outros. São, pois, casos de *destabilization rights*⁴⁰ na conhecida fórmula diagnosticada por Roberto Mangabeira Unger.

Poucos serão, no entanto, os casos de *direitos fundamentais sociais* decorrentes da interpretação social dos direitos de liberdade e igualdade que necessitarão de tais ilações ante a Constituição Federal de 1988, a qual, ao contrário da Constituições Alemãs de 1949 (Constituição de Bonn) e 1990 (quando da unificação das duas Alemanhas) que não previram direitos sociais constitucionais expressos⁴¹, abre catálogo extenso de direitos sociais expressos aos quais, invariavelmente, será mais simples remeter judicialmente que corporificar argumentos interpretativos reflexos fundantes de direitos prestacionais. Por exemplo, ao invés de pleitear a reforma estrutural da polícia sob a construção argumentativa de deixar de proteger o direito de propriedade ou a liberdade dos cidadãos, torna-se mais prático recorrer diretamente ao direito social à segurança pública (art. 6º, da Constituição Federal de 1988).

Pois bem. Vista a extensão que os *direitos fundamentais sociais* podem alcançar, retornemos à sua estrutura.

⁴⁰ “A public law destabilization right is a right to disentrench or unsettle a public institution when, first, it is failing to satisfy minimum Standards of adequate performance and, second, it is substantially immune from conventional political mechanisms of correction. In the typical pattern of the new public law suit, a finding or concession of liability triggers a process of supervised negotiation and deliberation among the parties and other stakeholders. The characteristic result of this process is a regime of rolling or provisional rules that are periodically revised in light of transparent evaluations of their implementation.” (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. In: *Harvard Law Review*, v. 117, 2004. p.1062)

⁴¹ Conforme salienta Andréas J. Krell, “Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram ‘ridicularizados’ por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como ‘promessas vazias do Estado burguês’ e ‘contos de lenda’. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora.

Por outro lado, quase todas as constituições dos dezesseis estados federados alemães (*Länder*) contêm direitos sociais. Houve uma discussão acirrada sobre a necessidade da inclusão desses direitos da ‘segunda geração’ (especialmente ao trabalho e à moradia) no texto da Carta Federal na oportunidade da unificação das duas Alemanhas em 1990, prevalecendo a linha que não quis ‘mexer’ nas bases estruturais de uma constituição que, durante quarenta anos, garantiu estabilidade, bem-estar e liberdade.” (KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.p.46)

Segundo Alexy, “a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”⁴² Nessa perspectiva, a previsão dos direitos fundamentais sociais caracteriza-se apenas *prima facie*, vale dizer, criam obrigações em potencial que dependem de uma série de fatores a ser considerados, os quais, segundo David Bilchitz, seriam a escassez de recursos, a urgência, o sacrifício e a efetividade⁴³.

Aqui a ideia de sopesamento não atua no âmbito da crise existente entre dois princípios que pretendem reger uma mesma situação jurídica, mas o sopesamento entre opções mais efetivas em um ambiente de escassez de recursos em que nem todos os direitos fundamentais sociais poderão ser atendidos. Apenas em um mundo heurístico há recursos orçamentários à satisfação de todos os direitos fundamentais sociais em sua integridade, o que leva à necessidade de fazer escolhas trágicas (*inescapable trade-offs*, segundo Holmes e Sustain⁴⁴), que não de afastar determinadas prestações no momento analisado. Vale ressaltar, nada que custa dinheiro pode ser absoluto⁴⁵, a não ser por aformoseamento retórico.

David Bilchitz, no entanto, não consegue enxergar o caráter de *direito subjetivo* nos chamados direitos *prima facie* uma vez que se um dos “direitos *prima facie*” tiver de ser descartado, deixará a qualidade de direito para não se tornar nada. O autor questiona a razão de se olhar os direitos *prima facie* como tendo alguma força moral e o motivo de tal força desaparecer completamente após considerações adversas. Como solução,

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p.512.

⁴³ BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: Oxford University Press, p.84-91.

⁴⁴ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *Op. cit.* p.118.

⁴⁵ “Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.” (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *Op. cit.* p.97). Também atestando o caráter não absoluto de direitos sociais, vide BILCHITZ, David. *Op.cit.* p.82.

propõe que os chamados direitos *prima facie* sejam considerados reivindicações morais legítimas, embora condicionais⁴⁶.

Por outro lado, Flávio Galdino, apoiado nos postulados de Holmes e Sunstein, defende uma nova visão do *direito subjetivo*: a teoria pragmática do Direito. Segundo ele:

[...] promessas irrealizáveis no contexto de um Estado (dito de bem-estar social) ineficiente, embora tenham a função ideológica de promover a confiança nas instituições – a chamada “lealdade das massas” –, acabam convertendo-se em fator de descrédito com evidente desgaste do próprio discurso dos direitos fundamentais e indefectível instabilidade das instituições democráticas. É importante levar os direitos a sério.

Assim, no sentido subjetivo, especificamente de direito subjetivo, não se admite mais a afirmação de um direito fundamental sem a necessária inclusão e séria consideração acerca dos seus custos. Neste sentido, incluindo os custos no conceito de direito fundamental, podemos falar em um **conceito pragmático de direito fundamental**.⁴⁷

Inserindo, dessa forma, o conceito de *custo dos direitos* na própria concepção de direito fundamental (lembrando que, na linha do que escreveram Holmes e Sunstein, todos levam a prestações positivas do Estado), evitar-se-ia a “ruptura do sistema toda vez que alguém supostamente tivesse direito *in abstracto*, mas que, *in concreto*, não fosse possível torná-lo efetivo por força de limitações orçamentárias, algo aliás, muito comum entre nós. Na expressão de autoridade, evita-se a capitulação da validade das normas constitucionais ante à facticidade econômico social”⁴⁸. Trata-se de interiorizar externalidades⁴⁹ na tarefa de conceber os chamados *direitos definitivos*, na dicção de Alexy, como crises econômicas, catástrofes, situações de perigo dentre outras.⁵⁰

⁴⁶ BILCHITZ, David. *Op.cit.* p.82.

⁴⁷ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.339.

⁴⁸ GALDINO, Flávio. *Op. cit* p.342.

⁴⁹ Nas lições de Holmes e Sunstein: “To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce/collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems.” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.* p.123). E ainda Galdino: “[...] em vez de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, é melhor considerá-los como poderes de invocar os seletivos investimentos dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade. O tempo e o lugar – e por que não dizê-lo, as condições econômicas e financeiras – definem as prioridades dos indivíduos e das comunidades, definindo o que seja *direito*.” (GALDINO, Flávio. *Op. cit* p.211).

⁵⁰ “A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em

O modelo apresentado por Alexy, no entanto, não chega a tal ponto de incluir os custos na própria concepção de direitos subjetivos, mas aceita a *reserva do possível* como cláusula de restrição desse direito:

O tribunal parte de um direito subjetivo *prima facie* e vinculante, de todo cidadão que tenha concluído o ensino médio a ser admitido no curso universitário de sua escolha. O caráter *prima facie* desse direito é expressado de forma precisa quando o tribunal afirma que o direito é conferido ao seu titular como um direito “em si” e que ele é restringível. Fica claro que o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, “em sua validade normativa não [pode] depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização. Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a “reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito. [...]

Os deveres estatais *prima facie* têm, em face dos deveres estatais definitivos, um conteúdo claramente excedente. Isso não significa, contudo, que eles não sejam vinculantes. Seria um equívoco considerar os deveres *prima facie*, na parte em que a eles não correspondam deveres definitivos, ou seja, no âmbito excedente, como juridicamente não-vinculantes ou meros enunciados programáticos. A existência de uma diferença fundamental entre deveres *prima facie* e deveres jurídicos não-vinculantes é perceptível no fato de que deveres *prima facie* têm que ser considerados no sopesamento, enquanto isso não ocorre no caso dos deveres jurídicos não-vinculantes. Para a não-satisfação de um dever *prima facie* é necessário que haja, do ponto de vista jurídico, razões aceitáveis; para a não-satisfação de um dever jurídico não vinculante, não. Caso não existam razões aceitáveis para sua não-satisfação, um dever *prima facie* pode levar a um dever definitivo; um dever não-vinculante nunca poderia fazê-lo.⁵¹

Nessa construção, por conseguinte, continuam as externalidades sendo internalizadas no processo de sopesamento dos direitos *prima facie* para direitos definitivos, sem que com isso integre seu núcleo conceitual. As razões pelas quais uma determinada prestação deve ser feita preterindo outra não permanecem no seu conteúdo conceitual; apenas em seu conteúdo fundante.

De qualquer modo, o importante é perceber que a questão dos custos, bem como o sopesamento entre as opções são fatores importantes para a determinação dos *direitos definitivos*, os quais não estão totalmente delineados nos dispositivos constitucionais

tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.” (ALEXY, Robert. *Op.cit.* p.513)

⁵¹ ALEXY, Robert. *Op.cit.* p.515-518.

e requerem aprofundamento cognitivo. Certamente haverá prestações mais custosas e menos custosas; mais adequadas e menos adequadas; mas tudo deve ser verificado nos limites da tríade valoração, considerando ser, os princípios, *mandamentos de otimização*: a) adequação (adequação da opção para efetivar o direito fundamental); b) necessidade (mandamento do meio menos gravoso); c) proporcionalidade *stricto sensu* (a proporcionalidade propriamente dita).⁵²

Nesse processo de sopesamento, no entanto, é importante esclarecer que a Reserva do Possível⁵³ (tanto fática como jurídica) deve considerar o princípio da igualdade como marco para definição dos *direitos definitivos*, vale dizer, os custos dos direitos fundamentais sociais não podem ser avaliados de forma individual, posto que, via de regra, sempre será diminuta a quantia necessária a sua efetivação em comparação com o orçamento; sua valoração, portanto, deve se dar sempre em escala macroscópica, englobando todos os cidadãos na mesma situação e que deverão ter os mesmos direitos.⁵⁴

A consequência dessa leitura pode ser melhor compreendida por meio de um exemplo: são comuns as demandas coletivas interpostas pelo Ministério Público para concessão de remédios e tratamentos não aprovados pela Anvisa para pessoas que possuem doença rara com base no direito à saúde e no direito à vida garantido constitucionalmente com

⁵² “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídica*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.[...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.” (ALEXY, Robert. *Op.cit.* p.117-118). Ada Pellegrini Grinover também se apegue a esse processo valorativo o qual determina a *razoabilidade* de determinadas obrigações estatais: “A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. [...] o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*), importando na justa medida entre os meios e os fins. [...] Não se trata aqui de outra coisa senão da ideia de justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professo Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.118-119).

⁵³ Importante salientar a posição de Andréas J. Krell, com a qual discordamos, que defende a impossibilidade de utilização da Reserva do Possível como limite ao controle judicial de políticas públicas em países que não conseguem assegurar o mínimo arcabouço de direitos fundamentais para a população, sob pena de não ser possível a realização de qualquer direito. Vide KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.51-57.

⁵⁴ A mesma posição é sustentada por SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.571-572.

evidências relativas a uma só pessoa; em sede de tutela antecipada, o juiz jamais poderia, ao fazer o balanceamento dos custos para a administração pública, incluir apenas o valor que a administração teria que pagar para aquela pessoa, devendo-se utilizar do número de potenciais beneficiados, abrangendo todas as pessoas na mesma situação (e em não sabendo quantas pessoas estão na mesma situação, utilizar-se de prova estatística para realizar tal sopesamento), além de contrastar esse valor final com as demais políticas públicas que o orçamento já está comprometido para verificar da suportabilidade da nova despesa. Por certo, o modelo a ser utilizado não poderá ser tão mecânico a ponto de inviabilizar a inserção de outros elementos morais relevantes não contidos na pura verificação econômica (principalmente em relação ao mínimo existencial), mas esta deve ser um fator crucial na análise do magistrado.

1.2.1.1 O mínimo existencial

Sobre o conceito de *mínimo existencial* nascido no Tribunal Administrativo alemão em decisão proferida em 1953, o qual se incorporou na jurisprudência da Corte Constitucional a partir da conjugação da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Constituição Alemã, paira, ainda, certa dúvida no que concerne aos seus limites e fundamentações.

Podemos visualizar o *mínimo existencial* de duas formas: a) pelo argumento instrumentalista o *mínimo existencial* seria o atendimento de certas condições materiais básicas a fim de efetivar outros direitos como a própria liberdade ou a vida digna que, segundo Andréas Krell “é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional”⁵⁵; ou, b) pelo argumento não-instrumentalista que, segundo Daniel Sarmento, seria o atendimento das necessidades humanas mais básicas em razão de “uma exigência autônoma da justiça, que se impõe independentemente das suas conseqüências para a promoção de outros objetivos, como a garantia da liberdade ou promoção da democracia”⁵⁶.

⁵⁵ KRELL, Andréas J. *Op. cit.* p.60.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*p.575

Partindo para a fundamentação de viés *instrumentalista*, Ricardo Lobo Torres observa que, embora não possua dicção constitucional própria, “deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.”⁵⁷

Daniel Sarmiento, por sua vez, apóia-se na fundamentação *não-instrumentalista*, embora veja a possibilidade de fundar o *mínimo existencial* no princípio da dignidade da pessoa humana:

Veja-se o exemplo de um indivíduo que padeça de deficiência mental severa e incurável e que esteja em situação de absoluta penúria material. Poucos discutirão que ele também faz jus à proteção do mínimo existencial, em que pese não fazer muito sentido falar desta garantia como um pressuposto para o exercício de sua liberdade material ou do seu direito à participação política. Por isso penso que é a urgência e gravidade de uma necessidade material, e não a sua importância para a realização de outros objetivos, por mais nobres que sejam, que deve ser o critério central para definir o mínimo existencial. Sem embargo, do ponto de vista jurídico, uma solução neutra para esta controvérsia é localizar o fundamento normativo do mínimo existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao atendimento de necessidades básicas das pessoas.⁵⁸

Nessa perspectiva, Alexy parte novamente da proposição de sopesamento para a identificação dos limites do *mínimo existencial* sem, no entanto, inculcar-lhe a obrigatoriedade de atender à reserva do possível, tendo de ser verificadas as condições reais no caso concreto:

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.⁵⁹

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.314.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.* p.576.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op.cit.* p.512-513.

Flávio Galdino, defensor do que chamou de *conceito pragmático do direito* como já exposto, observa que as suas proposições não podem ser tidas como *extremismo utilitarista*⁶⁰ e os aspectos éticos devem ser considerados no cálculo final. No entanto, não estabelece restrições à valoração dos custos, considerando-os implícitos na facticidade final da obrigação do Estado. Vale dizer, não havendo possibilidade real de o Estado arcar com a despesa não há como considerar determinado direito, mesmo que para muitos lhes pareça *mínimo*, como *definitivo*.

É também a posição de Daniel Sarmiento que lucidamente apregoa:

Sem embargo, discordo daqueles que afirmam que o direito ao mínimo existencial é absoluto, não se sujeitando à reserva do possível. Infelizmente, em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. [...]

Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido. Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível.⁶¹

Dessa forma, o *mínimo existencial* alcança uma força moral importante para a fundamentação do controle judicial de políticas públicas, devendo, contudo, alguma deferência às possibilidades econômicas do Estado. Vale dizer, também não consiste em um *direito absoluto*, não podendo haver obrigação prestacional do Estado ao *mínimo*

⁶⁰ “Todavia, também não se pode conceber a expressão ‘pragmático’ em sentido pejorativo ou restritivo, muito menos no sentido de excluir qualquer apreciação ética ou de imaginar uma concepção farisaica da moral ou alguma espécie de extremismo utilitarista.

Como já se disse, a concepção pragmática sustentada neste estudo não pode abrir mão de parâmetros éticos. Talvez esse estudo seja próximo, para utilizar a expressão importada, do pragmatismo do dia-a-dia (*everyday pragmatism*).

Ocorre que, ao lado das considerações éticas, importa ter em conta as suas respectivas aplicações práticas (consequenciais, inclusive, adotando-se aqui a premissa de que não só o Direito mas também a Ética deve ser pensada de molde a resolver os problemas concretos das pessoas.[...]

Deste modo, antes de se afirmar que uma pessoa determinada possui um direito fundamental determinado, há que se analisar os custos desse direito e, somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento ao ainda então invocado direito, reconhecer-se tal posição como direito fundamental.” (GALDINO, Flávio. *Op. cit* p.340-342)

⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Op.cit*.p.578-579..

existencial ideal onde as escolhas trágicas tenham de ser feitas inclusive em sede de *mínimos*, optando-se por realizar um dentre tantos aspectos da dignidade da pessoa humana já que *os direitos não nascem em árvores*.

Por sua vez, o *mínimo existencial*, embora condicionado à reserva do possível, possui um núcleo que, apenas excepcionalmente, o Estado poderá deixar de conceder. Vale dizer, “segundo esse modelo, somente deixa-se de se reconhecer direitos fundamentais sociais cuja realização possa ser qualificada como grave-grave, como é o caso do mínimo existencial, em casos excepcionais, por exemplo, quando possa ser gerada uma crise econômica que também possa qualificar de grave-grave a afetação dos princípios que ela atinge”⁶². Isso porque a realidade mostra que os recursos do Estado Brasileiro fundados no chamado *orçamento autorizativo*⁶³ muitas vezes resta paralisado pela inércia do Poder Executivo em empregar os recursos. E o mais absurdo: a *faculdade de não gastar* pode ser empregada imotivadamente⁶⁴.

Essas observações são de grande importância para o instituto da tutela antecipatória em sede de políticas públicas uma vez que o *mínimo existencial* irá representar,

⁶² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao Mínimo Existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.298.

⁶³ “[...] orçamento autorizativo, no Brasil, significa o poder de não gastar. Com efeito, a Constituição não autoriza o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento e, como se sabe, não autoriza a realização de despesas sem previsão orçamentária. A conclusão é, portanto, inevitável: um orçamento autorizativo não permite que a Administração empregue recursos por decisão autônoma. Autoriza apenas que as previsões de gasto deixem de ser realizadas. Não é verdade, porém, que as verbas fiquem automaticamente liberadas para outras finalidades. Ao contrário, nenhuma atividade estatal poderá ser desenvolvida regularmente sem que haja uma decisão orçamentária formal.

Não se está dizendo que os recursos entram no caixa público com destinação específica. No entanto, caso a arrecadação prevista se confirme ou seja superada – o que tem ocorrido nos últimos anos – os recursos cogitados quando da elaboração do orçamento ganham concreção e somente podem ser utilizados para a execução de dotações orçamentárias existentes. Não é preciso afirmar que cada centavo ingressa para uma atividade determinada para concluir que o conjunto de todos os centavos ingressa para cobrir as atividades previstas. Quando uma dotação é simplesmente ignorada, aquela fatia da arrecadação estimada fica necessariamente paralisada. Em outras palavras, quando a arrecadação se concretiza, mas o Presidente não libera as verbas referentes a determinada dotação orçamentária e nem se produz um remanejamento, a consequência é deixar no limbo uma parcela da receita pública. Essa é a prerrogativa que se reconhece hoje ao Poder Executivo: a faculdade de não fazer nada. A conclusão é impactante, mas verdadeira.” (MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.234-235)

⁶⁴ “[...] não se está dizendo que gastar menos nessa ou naquela previsão foi ruim por conta de sua importância intrínseca. Na verdade, inúmeras razões podem, de fato, justificar ou até exigir investimentos menores do que os previstos no orçamento: dificuldades permanentes ou momentâneas de caixa, obtenção de economias imprevistas no custeio e manutenção de materiais e serviços, surgimento de outras necessidades mais urgentes, apenas para citar alguns exemplos. O mesmo raciocínio valeria para as hipóteses, menos frequentes, de gasto superior à previsão inicial. A crítica não se dirige, portanto, aos cortes e aumentos em si, mas sim ao sistema, que confere ao Poder Executivo a faculdade de ignorar as previsões orçamentárias sem nem mesmo indicar os motivos que justificariam essa conduta.” (MENDONÇA, Eduardo. *Op. cit.* p.241)

portanto, elemento essencial na dinâmica do desenho da tutela antecipada nestas demandas: não como presunção a favor da concessão, mas como elemento moral relevante que, conjuntamente com a análise de custo-benefício das alternativas, determinará a necessidade ou não de concessão da medida.

Veja-se que a mecânica do desenho da tutela antecipada nos processos coletivos, exigirá elaborações mais complexas que aquelas apontadas nos processos individuais (de proporção social pequena em relação aos seus efeitos), sendo necessário pensar um modelo de tutela antecipatória que reconheça tais dificuldades e consiga tratá-los de forma adequada.

1.2.2 Direito ambiental, interesses econômicos e demais interesses

Questão necessariamente decorrente da tutela de direitos difusos é a *dose certa* de sua proteção, seja ela acerca de direitos sociais como já apontado no item anterior deste trabalho, seja em relação ao bem difuso por excelência: o meio-ambiente. Absolutismos conceituais como “*o meio ambiente deve sempre ser preservado*” esconde uma realidade: o desenvolvimento econômico-social se utiliza dos bens naturais; consequentemente, as externalidades das atividades do mercado são uma decorrência natural e necessária. Eis aí o grande embate entre interesses opostos: de um lado a preservação do meio-ambiente, do outro o crescimento econômico.

Carlos Alberto de Salles observa que, “o direito ambiental, como área específica de estudos jurídicos, cobre uma vasta área de interesses, públicos e privados, individuais e coletivos, abrangendo diversas áreas de atenções e outros ramos do direito, bem como de outras disciplinas acadêmicas”⁶⁵, sendo que “embora a tutela jurídica do meio ambiente seja eminentemente coletiva, dirigida à proteção de bens de interesse comum, ela regula também condutas privadas e individuais, relativas à relação do homem e das atividades produtivas por ele desenvolvidas com relação ao meio, abrangendo as mais diversas áreas, com implicações de direito público, relativas ao poder regulamentar e de polícia do Estado, e de direito privado, no que toca a restrições ao direito de propriedade, ao uso de recursos naturais e à definição de responsabilidades por danos sofridos por terceiros”⁶⁶.

⁶⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.88.

⁶⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Op.cit.* p.88-89.

Essas ilações geralmente levam à atualíssima questão do desenvolvimento e suas consequências para o aumento de *bem-estar social* a partir da definição de *desenvolvimento como liberdade* cunhada por Amartya Sen ao utilizar o conceito de *capabilities* desenvolvido por Martha Nussbaum para defender um conceito de desenvolvimento que perpassa, tanto nos *meios* como nos *fins*, pela liberdade de cada pessoa poder fazer escolhas determinantes sobre suas vidas.

Nessa perspectiva, Amartya Sen afirma que o conceito de eficiência econômica gestado no seio da filosofia utilitarista não é capaz de alcançar a desejada melhoria na vida das pessoas para que alcancem o auto-regramento de suas próprias vidas, seja em razão de sua indiferença quanto aos aspectos distributivos, por negligenciar direitos, liberdades e outras preocupações não-utilitárias ou pela exclusão informacional⁶⁷; bem como a filosofia libertária não é suficiente uma vez que, a partir de conceitos deontológicos, deixa de observar as consequências das políticas públicas no desenvolvimento individual⁶⁸. No entanto, Sen observa que há uma função especial dos mercados nesse cenário e as políticas públicas associadas a essa atuação podem levar ao efetivo desenvolvimento redistributivo que se pretende. Desenvolvimento não quer dizer crescimento econômico, mas o crescimento econômico carrega com si um amplo potencial para mudanças sociais, seja para investir em pesquisa, na área da saúde, no combate à fome, na autossuficiência econômica dos cidadãos e seu afastamento oportuno de programas assistenciais, na educação, dentre outros. E uma coisa leva à outra: onde há mais educação, há menos doenças em decorrência de medidas profiláticas e maior interesse de inserção dos indivíduos no mercado para poder gerenciar suas próprias vidas e conduzirem seus destinos.

Se por um lado deseja-se que o nível de autonomia individual seja aumentado, caminhando-se para uma sociedade consentânea com o ideário da dignidade humana (o que pode ser conquistado pelo aumento do setor produtivo pela exploração de novos mercados e criação de novos empregos), por outro lado não se deseja que as empresas tratem o meio ambiente como *externalidades negativas* não refletidas nos preços para o ressarcimento dos danos por elas causados. Como bem salienta Carlos Alberto de Salles, “essa visão do problema ambiental, a partir de uma ótica econômica, não é a única possível,

⁶⁷ Vide SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York, NY: Anchor Books, 1999. p.62. Também SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

⁶⁸ SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York, NY: Anchor Books, 1999. p.66.

mas é a que melhor atende ao objetivo de evidenciar a necessidade de um remédio judicial que, sob esse ponto de vista, tem o objetivo de impor a internalização de custos”⁶⁹.

Esse enfrentamento entre interesses ambientais e demais interesses (sejam eles econômicos ou não, mas de fundo desenvolvimentista e libertário) acena para o fato de que “a abrangência do direito ambiental manifesta-se, também, em sua multidisciplinaridade, tendo em vista a necessidade de recorrer a outros ramos do conhecimento para avaliar e compreender sua repercussão sobre uma realidade fática de enorme complexidade, envolvendo um grande número de fatores interrelacionados e de sujeitos interessados”⁷⁰.

Esses bens naturais são escassos e sua perda em geral se mostra incomensurável. A dose certa de utilização dos bens ambientais, portanto, passa a ser uma questão político-econômica baseada na ideologia que se utiliza sobre o ponto ótimo, o qual varia em tempo e espaço assim como variou o conceito de *desenvolvimento sustentável* nascido entre as décadas de 60 e 70⁷¹.

Por sua vez, não é apenas no setor privado que a tutela jurisdicional do meio ambiente irá enfrentar embates de interesses. É também no setor público que reside sua outra função: a de corrigir imperfeições do processo político. Carlos Alberto de Salles observa que o mesmo fenômeno da externalização de problemas ambientais encontrado na formação de preços quando políticas públicas ambientais não são adequadamente impostas ao setor privado podem ocorrer no processo político, embora tal externalidade se reflita em

⁶⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.92

⁷⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Op.cit.* p.89

⁷¹ Como aponta Marcos Nobre, “o surgimento da problemática ambiental na década de 1960 tem a sua especificidade: a ideia de que, no caso da utilização dos recursos naturais, perseguir egoisticamente os próprios interesses não conduz à utopia liberal do crescimento incessante da riqueza nacional, mas sim à catástrofe sem volta da destruição do planeta”. Através das décadas, surgiram ideologias extremistas como de “crescimento zero” e do tratamento do dano ambiental como mera externalidade aos moldes do teorema de Ronald Coase (associada aos padrões da economia clássica), bem como ideologias intermediárias como as pautadas em oposições ecodesenvolvimentistas de contraposição entre as nações já desenvolvidas e as subdesenvolvidas, o seu afastamento posterior desse cotejamento internacional e ideologias lacônicas que confundem crescimento econômico e otimização do bem-estar social.

Em decorrência desses embates, surgiram ao menos dois conceitos basilares que se digladiam nas discussões: um conceito “forte” de desenvolvimento sustentável que pretende a preservação total do meio ambiente em seu estado presente (o que é faticamente impossível); e uma concepção “fraca” de sustentabilidade que permite que alguns recursos não renováveis possam ser adequadamente compensados com o crescimento de outros recursos. Vide NOBRE, Marcos. Desenvolvimento sustentável: origens e significado atual. In: NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício C. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições IBAMA, 2002. p.27

relação ao poder político em determinada região (o qual é inexistente em outra)⁷², ou em relação a um grupo minoritário de pessoas de pouca representação eleitoral⁷³.

Outros interesses também podem entrar em choque com os interesses ambientais que não estão inseridos no seu usual embate com os interesses econômicos como, por exemplo, os interesses da marinha em realizar exercícios de guerra em áreas costeiras⁷⁴; o interesse de produção de energia para não apenas fornecer o necessário para o crescimento da economia como também para fornecer serviço público essencial à população exigindo-se a construção de hidroelétricas, termoeletricas ou usinas nucleares; o direito à alimentação em um planeta superpopuloso que demanda novas técnicas na agricultura, sejam a partir de alimentos transgênicos ou inserção de novas práticas de colheita; dentre outros.

Vê-se que a proteção do meio ambiente mostra-se área fértil de concentração de interesses opostos, sejam eles econômicos, desenvolvimentistas, políticos ou independentes, os quais devem ser considerados pelo magistrado quando da apreciação de um pleito de antecipação dos efeitos da tutela.

Exemplo clássico é a paralisação de obras públicas de alto impacto, como a construção de usinas hidroelétricas. Os efeitos de uma paralisação judiciais em projetos como esse podem trazer consequências desastrosas para a sociedade, seja pela alta do preço da energia elétrica, seja pelos impactos na indústria que se verá impossibilitada de expandir e criar empregos, seja pelos impactos adversos das alternativas, como de usinas termoeletricas e nucleares. Por outro lado, o ecossistema será devastado pelas águas

⁷² “O exemplo mais característico dessa constatação é a deterioração da qualidade ambiental de um curso d’água pelo lançamento de esgotos sem tratamento. Admita-se, nessa hipótese, um rio utilizado por diversas cidades para a captação de água para consumo humano. Para cada município individualmente considerado, o lançamento de cargas poluentes no manancial não traz qualquer prejuízo, porque, logicamente, a água será captada a montante do ponto de liberação do esgoto *in natura*. Com isso, os prejuízos se verificarão sempre a jusante, não afetando diretamente o município responsável pela poluição. Trata-se de uma *externalidade negativa*, produzida pelo município poluidor não afetando aquelas pessoas que nele têm seu domicílio eleitoral e podem ter alguma influência sobre o processo político local, mas os eleitores do próximo município no curso do rio.” (SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.96)

⁷³ Tal ocorre, por exemplo, na discussão sobre a localização de áreas de deposição de resíduos sólidos, como o lixo urbano: “Embora os benefícios de um aterro sanitário se estendam à todo município ou região metropolitana, é certo que os seus custos ambientais, tais como o cheiro, proliferação de animais daninhos, barulho de maquinário, tráfego de caminhões e contaminação de águas superficiais, estarão geograficamente restritos, afetando os moradores de uma região limitada. Nessas circunstâncias, um universo populacional limitado, consistente das pessoas que moram na vizinhança do local de deposição do lixo, será negativamente afetado. Mesmo deixando de lado questões ideológicas, normalmente implicadas na escolha da localização de instalações públicas produtoras de gravames ambientais, o fato é que os ônus e benefícios ambientais produzidos por esse tipo de atividade serão sentidos de maneira diversa nos vários espectros sociais envolvidos. Como esse tipo de obra costuma ser situada em regiões periféricas, o custo ambiental será suportado por comunidades de baixa renda e, possivelmente, reduzida influência política.” (SALLES, Carlos Alberto de. *Op.cit.* p.97)

⁷⁴ Vide a análise do caso *Winter v. Natural Resources Defense Council* realizada no Capítulo III deste trabalho.

represadas, bem como populações ribeirinhas e tribos indígenas terão de ser deslocadas, fazendo com que percam não somente sua moradia como possivelmente sua fonte de subsistência (em se considerando as alterações da piscosidade das águas) e de sua cultura.

A análise das consequências e das alternativas na tutela jurisdicional do meio ambiente se mostra relevantíssima para que o judiciário consiga corretamente desempenhar sua função política, devendo-se ser aberto campo adequado para tanto na tutela antecipatória.

1.2.3 O potencial regulatório das ações coletivas

Outra fértil região de assunção de complexidade das ações coletivas é o seu potencial regulatório. Esse potencial pode ser cindido em três frentes de análise: a) primeiro, a ação coletiva oferece um potencial para o fenômeno que Andrew Morris, Bruce Yandle e Andrew Dorchak identificaram como *regulation by litigation*⁷⁵; b) segundo, a ação coletiva oferece a oportunidade de uma regulação mais simplificada em micro-setores do mercado em casos de *mass tort* por meio de um nível ótimo de efeito dissuasório e redução dos custos envolvidos com acidentes de consumo⁷⁶; c) terceiro, a ação coletiva pode veicular pretensões de grupos de interesse para avançar suas expectativas sobre segmentos produtivos ainda não regulamentados ou áreas reguladas que possam conter pontos imprecisos, descabidos ou não fundamentados.

O fenômeno da *regulation by litigation*, que foi identificado por Morris, Yandle e Dorchak no sistema americano a partir de casos em que os advogados dos autores organizaram ações coletivas contra membros de uma indústria para que o resultado fosse a regulação total de um setor⁷⁷, “ocorre quando o autor persuade (ou coage, dependendo do ponto de vista) a entidade regulada a concordar com a imposição de diretrizes regulatórias que servem como restrições substantivas no comportamento futuro do réu, não apenas o

⁷⁵ Vide MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. *Regulation by Litigation*. New Haven, CT: Yale University Press, 2009.

⁷⁶ Vide ROSEMBERG, David. The regulatory advantage of class actions. In: VISCUSI, W. Kipp (ed.) *Regulation Through Litigation*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

⁷⁷ Como analisam a partir de três estudos de caso: no setor de maquinário a diesel, *sílica* e indústria do tabaco. Vide MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. *Regulation by Litigation*. New Haven, CT: Yale University Press, 2009. p. 55-159.

pagamento de multas pela conduta passada”⁷⁸. Não se pode, no entanto confundir o fenômeno com as demandas para o cumprimento das determinações regulatórias. Estas demandas apenas trazem uma entidade regulada a cumprir com regulações existentes. A *regulation by litigation* se opera a partir de demandas conglobantes de setores inteiros (como determinada operação bancária ou produto no mercado) a fim de impor novas determinações para a atividade, evitando-se assim o processo das agências regulatórias e do legislativo, assim como fenômenos políticos indesejáveis como os identificados pelas conhecidas teoria da captura de Marver Bernstein e Gabriel Kolko, teoria econômica da regulação de George Stigler e teoria política da extração de riqueza de Fred McChesney, que podem aumentar demasiadamente o necessário investimento para que a regulação ocorra⁷⁹.

Certamente esse fenômeno encontra-se limitado no sistema brasileiro de processos coletivos uma vez que seu ponto chave se encontra no potencial dos acordos (*settlement*), embora grandes investimentos em demandas coletivas possam operar mudanças no comportamento do mercado por meio do desenho da tutela mandamental pleiteada (para além da recomposição patrimonial típica dos direitos individuais homogêneos). Ademais, fica claro que para obter-se o resultado pretendido, a demanda coletiva necessitaria abarcar todas as empresas que produzam um determinado produto ou forneçam um determinado serviço, o que atualmente torna-se complexo em vista de a legitimação da ação coletiva estar principalmente nas mãos de órgãos estatais, os quais não demonstram essa amplitude de interesse e são desprovidos de incentivos para realizar tal estratégia processual (a participação dos grupos organizados permanece pífia). Por essas razões, a maior preocupação procedimental deve dar-se em relação às outras duas frentes de análise.

O segundo potencial regulatório da ação coletiva está em seu efeito dissuasório e conseqüente aplicação ótima de recursos para reduzir os riscos da produção em massa. Segundo David Rosenberg, ao ser possível agregar todas as demandas individuais em uma única demanda coletiva, o dano causado à sociedade será reparado em sua integridade o que levaria à decisão racional das empresas em alocar otimamente seus recursos para que os eventos lesivos não ocorram. Dessa forma, o potencial regulatório se traduz nas áreas não reguladas dos produtos e serviços colocados no mercado ao evitar-se o cálculo relativo à parcela da sociedade que, considerando os custos de informação para demandar, deixariam de propor demanda, seja o dano de pequena monta ou de média monta, levando, então, o

⁷⁸ MORRIS, Andrew *et al.* *Op. Cit.* p. 47-48.

⁷⁹ Estudo bastante interessante pode ser encontrado em MERRILL, Thomas W. Does public choice theory justify judicial activism after all? 21 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1997.

mercado a utilizar todo o seu potencial para prevenir riscos e desconsiderar riscos irrazoáveis. A ação coletiva, nessa perspectiva, se eficientemente proposta e utilizada reiteradamente, possuiria o potencial de internalizar nos custos comportamentais das entidades na sociedade a totalidade do prejuízo de determinados danos, iluminando a ampliação de decisões consequencialistas e, portanto, baseadas na minimização de custos de acidentes de forma *ex ante* e não apenas *ex post* como em geral ocorre com a proposta corriqueira de dano/reparação, a qual nunca alcança o bem-estar social ótimo.

Não se trata, dessa forma, de uma regulação direta pela adjudicação, mas um efeito consequencial do bom uso do mecanismo de tutela coletiva de direitos. Na lógica da análise econômica proposta por Rosemberg:

Essa preferência de reduzir o montante dos custos de acidente para prevenir riscos irrazoáveis por meio de uma dissuasão ótima toma por base o objetivo regulatório da responsabilização civil por danos da produção de massa assim como o caso básico de risco recíproco. Indivíduos *ex ante* preferem racionalmente investir os recursos sociais para reduzir o risco de acidentes até o ponto em que os custos marginais do investimento em precauções for maior que o custo do risco que mais investimento poderia evitar. Precauções ótimas, em outras palavras, previnem riscos irrazoáveis – riscos que custam mais à sociedade incorrer que evitar – e, todo o resto sendo igual, minimize a soma dos custos de acidente e portanto maximize a rede de bem-estar individual esperada. A aversão ao risco aumenta, mas não motiva esse resultado; mesmo considerando a neutralidade ao risco, indivíduos *ex ante* são colocados em posição melhor ao eliminar o peso morto dos custos de acidentes.⁸⁰

Neste escorço, Rosemberg acredita que em razão da paridade real de armas em que o autor se encontra em uma demanda coletiva⁸¹ e a redução de demandas duplicativas, é possível criar um ambiente de maior probabilidade de o autor coletivo vencer a disputa, ao contrário do que ocorre em demandas individuais na maior parte dos casos, e dessa forma, impor às entidades sociais a totalidade dos danos que efetivamente causariam de forma antecipada, computando essa perda em sua análise de riscos e, por conseguinte, aumentando o nível de segurança de seus produtos por meio de testes, qualidade de material, acessórios, dentre outros. Para Rosemberg, deveríamos ampliar o âmbito do que Samuel Issacharoff e David Schapiro chamam de Teoria da Entidade (*Entity Theory*) pela qual haveria a “fusão de causas de agir em uma causa de agir coesa do grupo, destruindo, por

⁸⁰ ROSEMBERG, David. The regulatory advantage of class actions. In: VISCUSI, W. Kipp (ed.) *Regulation Through Litigation*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p.254. Tradução nossa.

⁸¹ Superando o desnível de investimentos que há entre *repeat-players* e *one-shotters*, assim como em relação à ideia de *haves* e *have nots*. Para compreender os conceitos, vide GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. 9 *Law & Society Review* 95, 1974.

consequente, o status da escolha como um direito de propriedade de titularidade individual”⁸². Ou seja, “em situações em que o tratamento coletivo for garantido, o indivíduo que for membro da classe, por qualquer motivo, será e deverá permanecer como membro da classe, e como resultado deverá vincular sua sorte à daqueles do grupo com respeito à demanda, seu progresso e seu resultado”⁸³. A Teoria da Entidade, portanto, pretende demonstrar que para *mandatory class actions* e para aquelas consideradas *non-mandatory*, mas de quantias economicamente inviáveis (*small claims class actions*) o devido processo legal não requer maiores procedimentos para assegurar a extensão do efeito subjetivo da coisa julgada para todos os membros da classe, e, além disso, uma vez que a nova entidade é formada, as causas de agir individuais se perdem nos limites da adjudicação coletiva. Vale dizer, Rosemberg pretende que a expansão do conceito de *mandatory class actions* para todas as demandas cujo objeto seja relativo a direitos individuais homogêneos potencializaria o potencial regulatório descrito.

Por fim, a terceira frente de análise é direcionada à atividade decisória do juiz em demandas coletivas de potencial regulatório de micro-setores. Na verdade, é a revisitação do fenômeno da *regulation by litigation* sem a pretensão de regular todo um setor produtivo, mas com foco no potencial das demandas coletivas de impor medidas não previstas por regulação para obstar riscos para a sociedade (como procedimentos preventivos em relação a alimentos transgênicos, níveis mínimos de substâncias consideradas potencialmente lesivas em líquidos ou a colocação no mercado de determinados medicamentos) ou atacar regulações em casos específicos por imprecisas, infundadas ou descabidas por fugir à seara regulatória e estar afetas ao legislativo.

A decisão de regular determinado setor produtivo ou de serviços é o principal dilema das agências governamentais. Como apontam Morris, Yandle e Dorchak, “externalidades podem parecer ser ubíquas, no entanto, os recursos regulatórios não são infinitos, o que significa que órgãos reguladores devem escolher quando agir. Quais externalidades requerem regulação? Ou em outras palavras, quando os benefícios da regulação superam seus custos?”⁸⁴. No mundo real, “os problemas são inúmeros. Há locais de

⁸² REDISH, Martin H. *Wholesale justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. 1ed. Stanford: Stanford University Press, 2009. p.150. *Tradução nossa*. Martin Redish, no entanto, não concorda com essa teoria por ser contrária ao *autonomy model of procedural due process*.

⁸³ SHAPIRO, David L. *Class Actions: the class as party and client*. 73 *Notre Dame Law Review* 913, 1998. p.919. *Tradução nossa*. Vide também ISSACHAROFF, Samuel. *Preclusion, due process and the right to opt out of class actions*. 77 *Notre Dame Law Review* 1057, 2002.

⁸⁴ MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. *Regulation by Litigation*. New Haven, CT: Yale University Press, 2009. p.16. *Tradução nossa*.

trabalho onde pessoas comuns são lesionadas, fábricas que emitem poluentes no céu, cortadores de grama que podem lesionar pessoas, utensílios mais baratos que usam energia em maior quantidade que os mais caros, veículos de grande porte que utilizam mais gasolina que os menores, comidas pré-adoçadas que engordam crianças, e armas que podem matar. Se a informação fosse perfeita, alguns diriam, essas atividades e produtos não existiriam. Uma vez que elas existem, o mercado falhou. Quando os mercados falham, a lógica segue, o governo deve agir”⁸⁵. Seguindo ainda essa lógica, em casos em que o governo falha, o judiciário deve agir, havendo deslocamento da questão por meio do processo; e nos casos de consumo de massa, tal dar-se-á, principalmente, por via dos processos coletivos. Mas nesse caso não como forma de regular setores inteiros como pretende a teoria de Yandle, Morris e Dorchak, mas como resposta a determinados produtores e fornecedores de produtos e serviços, alterando parcialmente o comportamento exigido do mercado.

Essa forma semi-regulatória não surge sem problemas, mas em sendo trazida a questão ao judiciário, ele deverá lidar com a questão da forma mais aproximada do processo empreendido pelas agências regulatórias, trazendo para o processo importantes questões de cálculo de custo e benefício das provisões e das conseqüências das decisões judiciais.

Nessa perspectiva, David Rosemberg ensina que:

A escala econômica das ações coletivas é essencial para motivar a corte a fazer o investimento adjudicatório ótimo, que maximize a perspectiva de atingir os objetivos sociais de dissuasão a partir da responsabilização por *mass tort*. Uma vez que as *mass torts* frequentemente infligem danos a terceiros, as cortes não podem confiar simplesmente no estreito e em geral não inclusivo interesse “privado” das partes para gerar uma base informacional adequada para decidir o “interesse público”. As partes não internalizam completamente os benefícios e os custos das atividades de produção em massa e as conseqüências do litígio. Além disso, as partes amoldam suas posições respectivas estrategicamente e oportunisticamente a fim de ganhar vantagens não apenas sobre a outra parte, mas também sobre a corte. [...] Decisões equivocadas pelas cortes em casos de *mass tort* acarretam em potenciais altos custos sociais – de larga-escala, danos sérios; lacunas substanciais em seguros necessários contra o risco; e distorção de incentivo ameaçando os benefícios e até mesmo a disponibilidade de bens de produção em massa e processos dos quais as vidas e sustento de muitas pessoas dependem. Esses custos de erro justificam o desenvolvimento de informações pela própria corte e suplemento e verificação dos registros das partes a fim de estabelecer uma base compreensiva e confiável para realizar julgamentos regulatórios.⁸⁶

⁸⁵ MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. *Op.cit.* p.18. Tradução nossa.

⁸⁶ ROSEMBERG, David. The regulatory advantage of class actions. In: VISCUSI, W. Kipp (ed.) *Regulation Through Litigation*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p.280. Tradução nossa.

O fenômeno da *judicialização da ação regulatória* não passou despercebido no Brasil, tendo sido identificado por Marcos Paulo Veríssimo, para quem “a abertura maior das normas que fundamentam a ação regulatória do Estado (e o desenvolvimento, por exemplo, de um sistema de proteção do consumidor baseado em normas igualmente abertas, aplicável às relações entre empresas reguladas e usuários do serviço, como ocorre no Brasil, por força de determinação legal expressa) forneceu os *instrumentos* para uma maior atuação do Judiciário frente aos demais órgãos e Poderes do Estado”⁸⁷.

Tanto pôde ser observado na Ação Civil Pública⁸⁸ ajuizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) em face da Telesp e da CTBC, em 1999, que atacou a política de reajuste das tarifas das concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado (STFC) após a privatização da telefonia no país, acabando por invalidar as regras próprias à regulação da Anatel. O reajuste das tarifas deveria ocorrer no mês de junho de 1999, conforme previsto em contrato, independentemente da realização do plano de metas que teria sido instituído pela regulação setorial e que seria exigível a partir de 31 de dezembro do mesmo ano. O IDEC, no entanto, postulou pela exigibilidade do plano de metas 6 meses antes do prazo legalmente estabelecido com base em princípios extraídos do Código de Defesa do Consumidor, não obstante a inexistência de legislação não haver estabelecido qualquer tipo de conexão entre o reajuste de tarifas e o atendimento dessas metas de qualidade. Tanto a liminar quanto a decisão final foram favoráveis ao pleito, sendo imposta nova regulação para o setor.

Essa expansão do objeto da adjudicação traz, pois, complexidades que merecem tratamento diferenciado por meio do procedimento, e guarda também dificuldades a ser enfrentadas em sede provisória, como o efeito da regulação provisória de um setor, o que pode levar a consequências desastrosas se não as consequências não forem suficientemente elaboradas, discutidas, compreendidas e deliberadas.

⁸⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Defesa do Consumidor, processo coletivo e judicialização da regulação tarifária das telecomunicações no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professo Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.861

⁸⁸ Ação Civil Pública n. 1999.00064602, 11ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo.

Capítulo II

Antecipação de tutela

2.1 Conceito e função

A década de 90 foi especialmente importante para o instituto da antecipação de tutela no Brasil, principalmente em razão da Lei n. 8.952/94, a qual instituiu, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o *poder geral de antecipação* ao inserir o art. 273 no Código de Processo Civil, que, embora não dispense o requerimento da parte, consistiu na “generalização do poder de antecipar, sempre que, sendo provável ou verossímil o direito, haja perigo na demora ou venha o demandado empregando artifícios desleais no processo”⁸⁹. Não tratou-se, contudo, da criação do instituto da antecipação de tutela uma vez que já existente no sistema processual em sua forma típica, ou seja, prevista em determinados procedimentos especiais como na lei do mandado de segurança, na lei da ação civil pública, no Código de Defesa do Consumidor e nas ações possessórias.

A técnica de antecipação⁹⁰ dos efeitos da tutela consiste na “realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente”⁹¹, produzindo o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Dessa forma, a tutela antecipada permite que os chamados *efeitos externos* da sentença que possivelmente serão favoráveis ao requerente sejam gozados desde logo a fim de obstar dano irreparável ou de difícil reparação (tutela antecipada assecuratória) ou de punir a parte que atuou com má-fé processual (tutela antecipada sancionatória).

Por certo que não antecipa-se a tutela em si (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas “aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material”⁹². Antecipam-se, portanto, os *efeitos negativos* da sentença, não os seus *efeitos positivos*, razão pela qual a tutela pode ser conferida em qualquer caso, destituindo de

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.81.

⁹⁰ E aqui não se confunda a técnica sumária de antecipação dos efeitos da tutela com a classificação das tutelas seja ela ternária ou quinária. Como ensina Marinoni, “note-se que os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação são técnicas para a prestação adequada de tutela dos direitos. É nesta linha que é oportuna a distinção entre tutela e técnica para a sua concessão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.31)

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* p.44

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* p.44

importância o antigo debate da possibilidade da utilização do instituto nas ações declaratórias e constitutivas⁹³.

A inserção de sua forma atípica no sistema processual brasileiro decorreu da necessidade de admissão de provimentos mais eficazes a fim de oportunizar uma *tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos*⁹⁴, tendo sido acompanhada pela introdução do art. 461 do CPC que veio generalizar também o provimento mandamental.

Tratou-se, pois, de, a uma só vez, combater os efeitos nocivos do tempo do processo e tratar de forma adequada situações que exigiam mais que a recomposição monetária ao final da demanda. Conforme bem aponta Luiz Guilherme Marinoni, a técnica antecipatória “é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”⁹⁵, tratando-se de instrumento destinado a garantir a efetividade do processo (entendido este como o *processo de resultados*) e, mais que isso, conferir igualdade de tratamento às partes.

Tanto não poderia ser alcançado sem dificuldades. Se por um lado o instituto da antecipação da tutela redistribui o ônus do tempo do processo entre as partes conferindo celeridade e inviabilizando que o provimento final favorável ao autor perca sua utilidade trazendo celeridade ao sistema processual⁹⁶, por outro lado entra em confronto com a segurança jurídica e, mais especificamente nas palavras de Botelho de Mesquita, com o *direito à liberdade jurídica*, “que se funda num pressuposto que, para nós processualistas, é de extrema relevância: o de que, havendo litígio sobre a existência ou inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre esse direito mediante a observância de um processo que garanta a descoberta dessa verdade”⁹⁷. A técnica de cognição sumária utilizada em juízo de antecipação de tutela não é suficiente para alcançar a certeza necessária para obrigar o réu, em caráter definitivo, a suportar os efeitos da tutela final, uma vez que é “direito fundamental do litigante demandado (como o é, também, do litigante demandante) o

⁹³ Vide THEODORO JR., Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista de Processo*, v. 94, 1999. Também MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009.

⁹⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.21.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.29.

⁹⁶ Atendendo, portanto, não apenas ao direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF), mas também ao direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

⁹⁷ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v.56, 1987. p.45

direito à chamada *cognição completa, exauriente*, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos”⁹⁸.

Preocupado com essas questões de colisão de princípios constitucionais, o legislador brasileiro, e com mais força ainda a doutrina, estruturou um desenho das tutelas antecipadas de forma que fosse possível atender a todos os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, definir padrões de suportabilidade de concessões mútuas entre esses princípios definindo os requisitos necessários para o seu deferimento. Como observar-se-á neste trabalho, entretanto, deu-se pouca (para não dizer nenhuma) importância para a racionalidade de seu desenho de forma institucional, sendo que o impacto das decisões equivocadas do judiciário em escala global não figurou como valor a ser colocado na dinâmica dos requisitos, com olhar apenas para os direitos fundamentais individuais dos litigantes e dando as costas para o impacto social e econômico que a busca de um processo de resultados em sede antecipatória pode gerar em escala macroscópica ou, como prefere Roberto Ferraz, sem observar a *macrológica* que deve abranger as relações econômicas⁹⁹.

Não sendo, contudo, o interesse neste momento em avançar às conclusões finais deste estudo, tentemos entender primeiro como o instituto foi desenhado para atender à necessária harmonização dos princípios colidentes.

2.2 Princípios básicos para a solução de conflitos de direitos fundamentais

A fim de solucionar a tensão entre segurança e efetividade criada pela antecipação de tutela, a doutrina brasileira, com base nos estudos de J. J. Gomes Canotilho e de Robert Alexy, tem proposto três princípios básicos para que, sem que sejam excluídos quaisquer dos direitos fundamentais envolvidos, o instituto da antecipação de tutela possa integrar o sistema de forma harmoniosa¹⁰⁰. São eles: a) *princípio da necessidade*; b) *princípio*

⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.148

⁹⁹ FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico e o processo civil: a lógica diferenciada das ações civis públicas. *Revista de Processo*. v.156, 2008. p.357

¹⁰⁰ Como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni, “os direitos fundamentais contêm uma espécie de reserva geral de compatibilização com outros direitos fundamentais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11 ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.203), razão pela qual seu desenho legal deve levar em consideração uma ampla margem decisória para amenizar os atritos constitucionais.

da menor restrição possível (também chamado de *princípio da proibição dos excessos*); e, c) *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*.

Todos os três princípios apontados apresentam-se suficientemente sedimentados na doutrina brasileira, não havendo maiores questionamentos sobre a sua racionalidade, devendo ser aplicados tanto na formulação do desenho procedimental das tutelas antecipadas quanto na ponderação das irreversibilidades no caso concreto em casos de dupla irreversibilidade (tema que será tratado com maiores detalhes no capítulo 4 deste trabalho).

O *princípio da necessidade*, como aponta Teori Albino Zavascki, aduz que “a regra de solução (que é limitadora do direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão”¹⁰¹. Nada mais é que dizer que o entrelhecho não deve ser apenas aparente, o que geraria nenhum campo para criação judicial. No caso do instituto da tutela antecipatória, como já exposto, esse conflito é real uma vez que todo indivíduo tem direito à tutela jurisdicional completa como parte do *procedural due process* (art.5º, LIV, da CF) para que tenha sua liberdade ou propriedade legitimamente executada ou limitada por meio do processo.

Em segundo lugar, o *princípio da menor restrição possível*, o qual apresenta estreitos vínculos com o *princípio da proporcionalidade*, postula que “a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida”¹⁰². Talvez essa regra, em conjunto com o *princípio da proporcionalidade*, seja a mais “borrada” dentre as regras de harmonização uma vez que ela não apresenta padrões, testes ou regras tangíveis. Como leciona Karl Larenz, “ponderar” e “sopesar” são apenas imagens; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso¹⁰³, o que gera certa instabilidade no sistema por si só. Um dos fins de haver um ordenamento jurídico é a previsibilidade de condutas e decisões a fim de padronizar as ações dos indivíduos em sociedade. No entanto, algumas cláusulas abertas são inerentes ao sistema jurídico, sob pena de criar-se um sistema hermético e dissociado da realidade. No que concerne à antecipação de tutela, o campo para a tomada de decisões a fim

¹⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.65

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* p.65

¹⁰³ Karl Larenz *apud* Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.204

de preservar os direitos fundamentais dos indivíduos é amplo por estar vinculado a expressões vagas e imprecisas como “prova inequívoca” e “dano irreparável ou de difícil reparação”, e até mesmo à condição negativa de “reversibilidade do provimento”. Tais requisitos sem conteúdos aprioristicamente definidos oportunizam ao juiz a criação da *regra de solução conformadora* em cada caso concreto¹⁰⁴. Em uma perspectiva mais concreta, o princípio da necessidade influenciará também a decisão do juiz em conceder antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela final.

Por fim, o terceiro princípio apontado por Zavascki é o da *salvaguarda do núcleo essencial* que, basicamente, declara que, diferentemente do que ocorre com antinomias jurídicas, os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal não podem ser excluídos integralmente quando da estruturação e aplicação de institutos jurídicos infraconstitucionais. Logo, “não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar”¹⁰⁵.

Não obstante a produção científica na área da principiologia seja densa e fértil, não há razão para levantar tais aspectos se não os vincularmos ao desenho trazido na legislação brasileira. Desta forma, mostra-se necessária a análise do desenho do instituto da tutela antecipatória assecuratória no Brasil que, ao menos teoricamente, foi entendida como suficiente para conferir racionalidade ao sistema e harmonizar as áreas de atrito produzidas pela cognição sumária a ela inerente.

2.3 Tutela Antecipada: Assecuratória e Sancionatória

Antes de prosseguir na análise dos requisitos que compõem o desenho da tutela antecipatória no Brasil, parece necessário colocar o leitor a par da classificação clássica das tutelas antecipatórias a fim de que possa compreender os motivos de este trabalho focar-se apenas na tutela antecipatória assecuratória.

¹⁰⁴ Embora, como ver-se-á oportunamente, esses elementos devam ser lidos em consonância com os efeitos futuros da decisão, não apenas com base em valores morais cujo conteúdo pode se apresentar totalmente misterioso aos jurisdicionados, o que implicaria em haver um instituto jurídico contrário à aferição de *accountability* (responsividade) das decisões judiciais.

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.65

O art. 273 do CPC consagra três hipóteses diferenciadas, embora apenas duas tratem efetivamente de tutela antecipada: a) *tutela antecipada assecuratória* (inciso I); b) *tutela antecipada sancionatória* (inciso II); e, c) *resolução antecipada de mérito* (§6º).

Designa-se *tutela antecipada assecuratória* o instituto destinado a combater os efeitos nefastos do tempo do processo sobre os direitos das partes de forma a *assegurar* que determinados efeitos a que o requerente provavelmente fará jus ao final da demanda não pereçam de forma irreparável ou cuja reparação seja tão difícil que se torne proibitiva. É, pois, utilizando a expressão cunhada por Andrea Proto Pisani, uma *tutela diferenciada* tanto em seu sentido estrito como em seu sentido amplo posto tratar-se de técnica de sumarização da cognição a fim de conferir efetividade ao processo (sentido estrito) em que requisitos específicos formatam a especialidade de sua concessão (sentido amplo)¹⁰⁶. É, outrossim, *tutela de urgência* por ser destinada a evitar risco de dano ao direito caracterizando-se não só pela sumariedade da cognição, mas pelo *periculum in mora*. Como aponta José Roberto dos Santos Bedaque, “analisa-se a situação substancial e verifica-se a necessidade de proteção imediata, em sede cautelar, ante a impossibilidade de se aguardar o tempo necessário para entrega da tutela final”¹⁰⁷.

A segunda espécie de tutela antecipada trazida pelo art. 273 é a *tutela antecipada sancionatória*. Contrariamente à *assecuratória*, esta espécie tem por fito punir¹⁰⁸ a parte contrária por deslealdade processual decorrente de “abuso de direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu” e, conseqüentemente, quando a matéria for transacionável, incentivar a conciliação entre as partes, quando a existência do direito do autor for altamente provável. Conforme leciona Zavascki, as expressões utilizadas pelo art. 273, II, do CPC, “são fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em conseqüência, a preenchimento valorativo, caso a caso”, embora restrinjam-se apenas a “atos ou fatos que,

¹⁰⁶ Como ensina Donald Armelin: “Dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’: Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular.” (ARMELIN, Donald. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo*, v. 65, p.46)

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p.164

¹⁰⁸ Como leciona José Roberto dos Santos Bedaque, “utilizou-se o legislador da técnica da antecipação provisória mediante cognição sumária para punir ilícito processual”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op.cit.* p.357)

efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo”¹⁰⁹. Nesse escorço, podemos caracterizar o abuso de direito de defesa como *atos processuais* do réu que retardem os atos processuais subseqüentes e que não estejam inseridos no direito de ampla defesa (como renovação de defesas indiretas já decididas, tumulto processual, defesa despida de seriedade,...)¹¹⁰ enquanto que a expressão “manifesto propósito protelatório do réu” terá por fito coibir atos e omissões *fora do processo* que a ele estejam relacionados como ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.

Trata-se, portanto, de hipótese de *tutela de evidência*¹¹¹ uma vez que depende apenas da plausibilidade do direito do autor conjuntamente com atos processuais ou extraprocessuais relacionados ao réu que denotem abusividade do direito de defesa ou seu manifesto propósito protelatório, sendo totalmente alheia à questão do tempo do processo. Dessa forma, “a intenção do legislador é proteger o autor do dano marginal do processo, ou seja, daquele prejuízo inerente ao tempo normal e necessário a toda solução judicial. Não se cogita, aqui, de risco de dano excepcional, causado por outro fator e que esteja a ameaçar a efetividade da tutela definitiva”¹¹².

Por fim, há a previsão do §6º do art. 273 o qual estabelece o regime da *resolução parcial de mérito* por reconhecimento jurídico parcial do pedido, seja ele expresso, seja ele decorrente do não atendimento ao princípio da impugnação especificada dos pedidos do autor (art. 302, do CPC), seja ele decorrente da produção probatória. Conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni, o §6º parte da premissa “*de que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que se tornou incontroverso no curso do processo. Pouco importa que tal direito tenha sido contestado, uma vez que é inegável que um direito, apesar de contestado, pode se tornar incontroverso no curso do processo*”¹¹³. Não se trata, pois, de verdadeira tutela antecipada uma vez que, embora configure uma cisão e conseqüente deslocamento temporal decisório dos pedidos, o fator *provisoriedade* não está presente, sendo

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.81

¹¹⁰ Interessante observar a esse respeito a posição restritiva de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “não basta que o comportamento do réu configure hipótese descrita no inciso IV ou no inciso VI do art. 17 do Código de Processo Civil. Não é a indevida retenção dos autos, por exemplo, que autoriza a antecipação. A indevida retenção dos autos, se configura ilícito processual, pode abrir oportunidade para a penalização daquele que procede mal, mas jamais para a antecipação, que somente pode ter relação com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da resistência do réu.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* p.275). Tal posição parece estar em dissonância com a tendência moderna de incentivar a lealdade processual, razão pela qual entendemos que a leitura realizada pelo digno professor paranaense não deve prosperar.

¹¹¹ Sobre *tutelas de evidência* vide FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.305 e ss.

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p.359

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.285

verdadeira tutela definitiva, irrevogável e imodificável, “de modo que a tutela antecipatória da parte incontroversa está longe de significar a *antecipação da tutela final*, representando, na verdade, a antecipação do momento da concessão da tutela final”¹¹⁴.

Pois bem. Realizadas as necessárias distinções, se os motivos do afunilamento deste estudo apenas em relação à tutela antecipatória assecuratória não restaram suficientemente claros, é chegado o momento de aclará-los. Primeiramente, a grande maioria dos casos de tutela antecipatória nos tribunais, tanto em processos coletivos quanto em individuais, tem por objeto situações de urgência, sendo que alto número de casos de processos coletivos enfrentam diuturnamente situações de dupla irreversibilidade, que vem sendo tratada de forma demasiadamente simplista pela doutrina; por outro lado, o número de casos envolvendo pedidos de tutela antecipatória sancionatória é diminuto e inexpressivo de forma geral. Em segundo lugar, por este trabalho pretender analisar as consequências das decisões no tempo e no espaço em face da urgência, mostra-se desnecessário o aprofundamento das especificidades relacionadas à tutela de evidência. Por fim, deixamos de analisar o §6º do art. 273 por entendermos que sua natureza sequer tangencia a antecipação dos efeitos da tutela, sendo apenas um deslize legislativo ele estar inserido no dispositivo que criou o *poder geral de antecipação*.

O campo agora parece estar limpo para adentrar no desenho da tutela antecipada em maiores detalhes. É o que segue.

2.4 O desenho adotado no Brasil

Diversos dispositivos trazem elementos para a tutela antecipatória, dentre eles o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 12 da Lei de Ação Civil Pública e o art. 7º, III, da Lei do Mandado de Segurança (que repetiu os requisitos do art. 7º, II, Lei n. 1533/51). Neste momento, contudo, analisaremos os requisitos gerais apresentados no art. 273, do Código de Processo Civil, o qual confere base para o mencionado *poder geral de antecipação*, sendo oportunamente tratados os demais dispositivos, em especial o art. 461, §3º do mesmo *Codex*.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.291

O sistema processual brasileiro arranhou o instituto da antecipação de tutela sobre dois pilares de sustentação: a) prova inequívoca da verossimilhança das alegações; e, b) dano irreparável ou de difícil reparação. Ademais, adotou como condição para deferimento a *reversibilidade dos efeitos da tutela* caso, em sede de cognição exauriente, decida-se de forma contrária à tutela antecipada deferida.

2.4.1 Pressupostos positivos

2.4.1.1 Prova inequívoca

A redação do artigo 273, *caput*, do CPC, trouxe inicialmente certa consternação quando inseridas as alterações nos idos de 1994. Mencionado dispositivo afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”. No entanto, o que essas expressões efetivamente significam?

Como aponta Luiz Guilherme Marinoni, “a grande dificuldade da doutrina e dos tribunais, [...], decorre da relação, feita pelo art. 273, *entre prova inequívoca e verossimilhança*. Melhor explicando: *há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança*”¹¹⁵.

Ao menos quatro acepções da conjugação desses elementos podem ser encontrados na doutrina brasileira: a) *prova inequívoca* para os fins do art. 273 só será aquela que seria bastante para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor¹¹⁶; b) aqueles que procuram a resposta na comparação com o *fumus boni iuris*, tradicionalmente apontado como um dos pressupostos da tutela cautelar, afirmando-se que “diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausibilidade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos”¹¹⁷; c)

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.167.

¹¹⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.13

¹¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.79. Zavascki conclui que “o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta – que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, - mas uma prova robusta, que embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* p.80). Também Candido Rangel Dinamarco: “O grau de probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e

a terceira acepção é a que busca dar sentido à expressão *prova inequívoca* por meio da dissociação entre *convicção de verdade* e *convicção de verossimilhança* – nesta linha, Luiz Guilherme Marinoni leciona, com base na teoria da *verossimilhança preponderante*¹¹⁸, a qual o professor paranaense julga inadequada para a prolação da decisão final (uma vez que apenas *excepcionalmente* deve o juiz conceder tutela para a parte que se mostrou apenas mais verossímil, embora não o tenha convencido), mas adequada para compreensão da tutela antecipada, que “quando o art. 273 do Código de Processo Civil faz referência à *convicção de verossimilhança* obviamente não pretende indicar a verossimilhança própria à filosofia ou a *convicção de verossimilhança* suficiente para o julgamento de procedência quando presentes determinadas situações de direito material – como lesões pré-natais; relações de consumo etc. - , mas sim a *convicção de verossimilhança característica às decisões que postecipam a participação em contraditório ou são fundadas em cognição sumária*”¹¹⁹. Dessa forma, prova inequívoca seria aquela bastante a criar *convicção de verossimilhança preponderante* na mente do juiz, o qual tem o dever de justificar o porquê as provas analisadas favorecem o autor ou o réu na *régua probatória* de comparação da situação fático-jurídico das partes¹²⁰.

que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.143). E Nelson Nery Jr.: “Para conciliar as expressões ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte do que verossimilhança mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que *fumus boni iuris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro.” (NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995. p.53).

¹¹⁸ Teoria de origem sueca que objetiva destituir de relevância a regra do ônus da prova por entendê-la não justa. Segundo Marinoni, “a regra do ônus da prova, na perspectiva dessa teoria, não tem qualquer importância como mecanismo de distribuição do ônus probatório e, muito menos, como regra de juízo, mas como uma espécie de *régua* que indicaria a parte vencedora. O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim *não pesaria sobre nenhuma das partes*; a parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um *mínimo de prova*, deveria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da ‘verossimilhança preponderante’. A doutrina sueca concluiu que o julgamento dependeria apenas da existência de um mínimo de preponderância da prova, ou seja, de um grau de 51%. Ou seja, se a posição de uma das partes é mais verossímil que a outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nesse sentido, ainda que a prova do ator demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria *um julgamento mais racional e melhor motivado que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.169).

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.170.

¹²⁰ Parece-nos, salvo melhor juízo, que Ernane Fidélis dos Santos e Ivana Fidélis Silveira adotam posição intermediária entre a segunda e a terceira correntes quando lecionam que “particularmente, sempre conclui que, para a tutela antecipatória, diz-se que convencimento de verossimilhança nada mais é do que um juízo de certeza de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão de inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente indene de dúvida. Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos de crença, a verossimilhança anão deixa de existir, mas, neste caso, o juízo de máxima probabilidade (nome que Micheli Spinelí dá à certeza absoluta) cede lugar à simples probabilidade, mera aparência que pode revelar o *fumus boni iuris*, informador da tutela cautelar.” (FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; SILVEIRA, Ivana Fidélis. *A*

Por fim, d) a quarta acepção de prova inequívoca pode ser encontrada na interpretação gramatical oferecida por Barbosa Moreira, para quem *equivoca* é a prova a qual se pode conferir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente [...] de sua maior ou menor força persuasiva”¹²¹. Logo, para Barbosa Moreira, o magistrado estará diante de um teste de duas etapas: 1) É, a prova, “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento?; e, 2) Sendo a prova inequívoca, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Se houver resposta negativa a qualquer das duas etapas, o pedido de antecipação de tutela deve ser negado.

Não resta clara, contudo, uma racionalidade que sustente as posições a), b) e d) *per se*.

A primeira acepção enunciada, embora gere maior segurança quanto às decisões judiciais, aniquilaria a utilidade e efetividade do instituto da antecipação de tutela. Se a prova inequívoca deve ser aquela suficiente para conferir decisão definitiva, seria irracional e economicamente ineficiente prolongar a vida do processo, devendo ser decidida a questão desde pronto.

A segunda linha de entendimento, por sua vez, requer também um alto grau de confiabilidade da prova e consequente alta probabilidade de sucesso da demanda para que seja possível o deferimento da tutela antecipatória. Fala-se em prova robusta, mas não se esclarece o que seria uma prova *não robusta* ou qual seria a linha limítrofe entre o deferimento e o indeferimento. Não nos parece que a *verossimilhança* buscada no artigo 273, *caput*, do CPC, seja tão limitadora da a ponto de coibir a concessão da antecipação de tutela mesmo em não sendo (relativamente) *certa* a verdade dos fatos, principalmente nos processos coletivos, em que a certeza quanto aos fatos pode depender de produção de laudos de *experts* e prognósticos baseados em probabilidades da extensão do dano.

antecipação de tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência. In: *Revista de Processo*, n.166, dez., 2008. p.302)

¹²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Revista de Processo*, n. 104, out-dez, 2001. p.104. Para chegar a essa conclusão, Barbosa Moreira segue a seguinte linha de raciocínio: “Gostaríamos de propor uma alternativa, com apoio em premissa diversa. Se a força persuasiva da prova está suficientemente indicada no trecho ‘desde que (...) se convença’, e não se presume na lei a existência de palavras inúteis, outro deve ser o significado do adjetivo na locução ‘prova inequívoca’. Consoante ensinam os dicionários, ‘equivoco’ significa aquilo ‘que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação. Um sinônimo de ‘equivoco’ seria ‘ambíguo’, e o antônimo perfeito, ‘unívoco’, definido como ‘palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica’. Nesta óptica, será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva”. (*Op. Cit.* p.104)

Ainda menos óbvia é a lógica por trás do raciocínio empregado por Barbosa Moreira para realizar uma análise literal do texto da lei a fim de solucionar o paradoxo encontrado. A partir do teste que o insigne professor criou, apenas provas que apontam para uma única direção passariam a primeira etapa, sendo descartadas todas as demais provas – consideradas equívocas -, “que não poderiam sequer fazer parte do conjunto de provas objeto da valoração”¹²². Como bem aponta Luiz Guilherme Marinoni:

Acontece que o juiz pode extrair convicção de qualquer prova, mesmo daquela que aponta em dois sentidos. Melhor explicando: *se o juiz, antes de valorar a prova, tem que aferir a sua credibilidade, não há como confundir prova que aponta em dois sentidos om falta de credibilidade*. É evidente que essa prova pode merecer credibilidade e, por consequência, ser valorada. Ou seja, *é inegável a sua potencialidade para a formação de convicção*. Assim, *não há como aceitar a tese de que não é possível chegar à fase em que se verifica a força persuasiva da prova ‘para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente*.¹²³

Melhor parece ser a solução encontrada por Luiz Guilherme Marinoni, para quem a racionalidade da decisão fundada em convicção de verossimilhança encontra-se no próprio dever de fundamentação, devendo o juiz promover uma explicação acurada das provas que levaram-no a entender por preponderante a verossimilhança em direção a uma das partes, não relegando o requisito ao preciosismo hermético da terminologia utilizada (qual seja, “prova inequívoca”) para alcançar a flexibilidade necessária para a efetividade da tutela antecipada. Nesse escorço, “o juiz não pode deixar de justificar: i) as razões que o levaram a acreditar, ou não, na prova; ii) a ligação que realizou entre as provas e os fatos; iii) os motivos que o levaram a estabelecer, ou não uma presunção; e iv) de referir e fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio”¹²⁴.

É relevante notar que esse posicionamento diante da *prova* inequívoca vai de encontro com o entendimento esposado no quarto capítulo deste trabalho em relação à teoria da adjudicação pragmática que deve guiar o desenho da tutela antecipada nos processos coletivos a fim de que se confira racionalidade e responsividade (*accountability*) à decisão em relação aos interesses que estão em jogo. Vale dizer, o magistrado “deve explicar o

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.173

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p.173

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p.178.

desenvolvimento do raciocínio que conduziu à decisão, e não apenas *enunciar o seu resultado*”¹²⁵.

2.4.1.2 Dano irreparável ou de difícil reparação

O art. 273, I, do CPC, está diretamente relacionado à função de assegurar o resultado útil do processo, sendo a urgência a justificativa para a antecipação do provimento final. Desta monta, o dispositivo atua de forma preventiva, a fim de evitar o risco de dano.

Conforme aponta José Roberto dos Santos Bedaque, “não se trata, pois, de modalidade de tutela de urgência com caráter puramente aceleratório, cuja adoção leva em conta a natureza da relação material litigiosa”. Por isso, “a antecipação deve limitar-se ao estritamente necessário para evitar esse dano”¹²⁶. Mas, o que se deve considerar por *dano irreparável*?

De forma objetiva, *dano irreparável* é aquele cujos efeitos não são reversíveis. Tradicionalmente, entram nesse conceito os casos de direito não patrimonial e de direito patrimonial com função não patrimonial (p.ex., soma em dinheiro para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito).

Contudo, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, “há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser *efetivamente tutelado* através da reparação em pecúnia”¹²⁷; ou seja, quando o direito não pode ser restaurado na forma específica.

Por sua vez, há dano de *difícil reparação* “se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado” ou “se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão”¹²⁸ (v.g., casos de desvio de clientela e concorrência desleal em que não se consegue aferir ao certo a extensão do dano uma vez que, com o passar do tempo, haverá o progressivo afastamento de seus clientes).

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.178

¹²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p.353

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p.156

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p.156

2.4.2 Pressuposto negativo: *reversibilidade*

O §2º do art. 273 do CPC dispõe que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Aqui, mais uma vez, o legislador pecou na utilização do vernáculo criando dificuldade para a aplicação do dispositivo.

Ora, a condição específica para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela é a reversibilidade do *provimento antecipado* ou dos *efeitos do provimento antecipado*? Novamente a doutrina diverge quanto a resposta a essa questão.

Por um lado há aqueles que entendem que o legislador efetivamente quis fazer menção aos *efeitos fáticos* decorrentes da decisão antecipatória, de modo que, caso os efeitos no mundo real sejam considerados irreversíveis ao final da demanda e seja necessário retornar ao *status quo ante*, a antecipação dos efeitos da tutela deve ser denegada. Segundo essa corrente:

A adequada exegese a ser dada a este dispositivo indica que irreversíveis devem ser os efeitos do provimento, e não a medida deferitória da tutela antecipada. O conceito de irreversibilidade é informado pela real possibilidade de retorno à situação fática anterior ao momento que ao provimento é concedido, parecendo a Sérgio Bermudes e Araken de Assis que se esta recomposição for somente possível mediante reparação pecuniária haverá irreversibilidade dos efeitos satisfativos deferidos.¹²⁹

Nessa linha, J. E. Carreira Alvim leciona que “no fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário - , mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ela beneficiada não teria condições de suportar”¹³⁰.

¹²⁹ PENNA, Newton; OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos; ANCIÃES, Marta Cristina Pires. O perigo da irreversibilidade na antecipação de tutela. In: *Revista de Processo*, n. 106, Abr.-Jun, 2001. p.94.

¹³⁰ CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.107. No mesmo sentido vide: MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. In: *Revista de Processo*, n.86, abril-junho, 1997. p.28; THEODORO JR., Humberto. Tutela de segurança. In: *Revista de Processo*, n.88, outubro-dezembro, 1997. p.25; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p.373-377.

Barbosa Moreira explica que “literalmente, para excluir a possibilidade da antecipação, o perigo deveria consistir na irreversibilidade do *provimento mesmo* [...]. Mas a exegese não parece sustentável. O provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível, conforme ressalta do disposto no §4º, que autoriza o juiz a revogar ou modificar a medida a qualquer tempo”¹³¹.

Nenhum dos defensores dessa exegese do pressuposto negativo de reversibilidade defende-a a todo custo, sendo pacífica uma “forte propensão a abrandar o aparente rigor da norma”¹³². Como ensina Barbosa Moreira,

em alguns casos, realmente, a antecipação afigura-se imprescindível para salvaguardar o direito em jogo, e não deve bastar para excluir-lhe a possibilidade a circunstância de serem irreversíveis os respectivos efeitos. Vejamos dois exemplos. Há necessidade urgente de submeter menor a uma transfusão de sangue, para salvá-lo a vida, mas um dos pais opõe-se ao ato, por motivo religioso, e faz-se necessário requerer ao juiz o suprimento da autorização: se não for obtido incontinenti, o provimento já não será útil. O ofendido em sua honra requer a apreensão do jornal que contém a matéria injuriosa: a não ser que se antecipe a tutela, os exemplares já terão circulado e causado no seio da comunidade a repercussão noiva à reputação do lesado. Nessas hipóteses, e em várias outras, a antecipação produzirá efeitos irreversíveis: não se poderá restituir à fonte o sangue transfundido; o jornal apreendido não mais circulará utilmente.¹³³

É o fenômeno da *dupla irreversibilidade*.

A utilização do instituto da tutela antecipatória não pode ser hermeticamente restrita a situações em que o pressuposto negativo de reversibilidade dos efeitos do provimento é encontrado uma vez que haverá situações em que o deferimento ou o indeferimento da tutela antecipada poderão desencadear efeitos irreversíveis. É o que ocorre, por exemplo, nas ações civis públicas cujo objeto é a prestação de serviço estatal para entrega de medicamentos à população ou conferir tratamento médico. Se a tutela antecipada não for deferida, determinado grupo de pessoas da população poderá ter sequelas irreversíveis, viver em condições não dignas ou até morrer; por outro lado, se os medicamentos forem disponibilizados à população não será possível deles retomar os remédios utilizados ou o valor desembolsado do orçamento estatal para tanto. Nas palavras de Barbosa Moreira, “é mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consiste em proceder a

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Revista de Processo*, n. 104, out-dez, 2001. p.105

¹³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op.cit.* p.106

¹³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op.cit.* p.106

uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor”¹³⁴.

Ainda assim, os doutrinadores filiados a esta primeira inteligência do §2º do art. 273, do CPC, creem na *excepcionalidade* dessas situações, sendo de rigor que o juiz não tenha usualmente flexibilidade para conferir tutelas antecipadas em sendo os efeitos irreversíveis¹³⁵.

A segunda corrente trata o §2º em seu sentido literal, de forma que quando o legislador explicitamente redigiu “irreversibilidade do provimento”, estava, de fato, tratando de *irreversibilidade jurídica*, “referindo-se à impossibilidade de o juiz constituir ou declarar situações ou relações jurídicas de maneira provisória, pois as relações jurídicas porventura constituídas ou declaradas produziriam efeitos *jurídicos* irreversíveis, não se confundindo, assim com os efeitos fáticos decorrentes da concessão da tutela, que poderão ser irreversíveis”¹³⁶.

Essa tese é defendida pelo professor Luiz Guilherme Marinoni, para quem:

O que o art. 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado” – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias. [...] Quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a *antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento*.¹³⁷

Essa posição recebeu várias críticas, sendo a reversibilidade técnico-processual das tutelas antecipadas em decorrência do §4º a principal delas. Marinoni, contudo, observa que “embora a antecipação da declaração e da constituição seja possível em uma perspectiva técnico-processual, é *inegável* que ela seja inviável diante de certas situações

¹³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Revista de Processo*, n. 104, out-dez, 2001. p.106

¹³⁵ Nas palavras de Humberto Theodoro Jr.: “O que, a nosso ver, não pode deixar de ser levado em conta é a *irreversibilidade* como regra da antecipação de tutela, regra que somente casos extremos, excepcionalíssimos, justificam sua inobservância.” (THEODORO JR., Humberto. Tutela de segurança. In: *Revista de Processo*, n.88, outubro-dezembro, 1997. p.26)

¹³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. In: *Revista de Processo*, n.86, abril-junho, 1997. p.28

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11 ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.193-194

de *direito substancial*”, sendo que a impossibilidade da constituição provisória nada teria a ver com a técnica processual ou com o fato de a tutela poder ser revogada.

Nesse escorço, a função do §2º no art. 273 seria apenas a de deixar claro que a antecipação de declaração e constituição estaria proibida em certas hipóteses (não em todos os casos) em que o direito substancial exigiria, para sua efetividade, a inviabilidade de decisões provisórias¹³⁸, como ocorre nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas.

A consequência dessa interpretação do §2º mostra-se evidente: *o juiz não deve condicionar o deferimento da tutela antecipada à reversibilidade dos efeitos fáticos do provimento*. Segundo Marinoni, “não há razão para não admitirmos a possibilidade de uma tutela antecipatória que possa gerar efeitos fáticos irreversíveis, pois a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos”¹³⁹. Vale dizer:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. Ora, se o autor, além de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o *periculum in mora*, não há como deixar de tutelar o direito mais provável. É nesse sentido que se afirma que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional, podem exigir a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado. Como corretamente adverte Tommaseo, sacrificar o improvável pelo provável, nisso consiste a ética da jurisdição de urgência.¹⁴⁰

Embora a maior parte da doutrina brasileira se oponha a essa conclusão, parece-nos uma linha de raciocínio bastante convincente. O valor atribuído à irreversibilidade fática deve ser fator na equação geral de apreciação do pedido

¹³⁸ Marinoni explica que “como a tutela jurisdicional – e, especialmente, a tutela antecipada – , somente adquire relevância quando compreendida como tutela dos direitos, *não há a mínima possibilidade de interpretar a norma processual que consagra a tutela antecipatória sem visualizar as várias situações de direito substancial a que deve servir*. Melhor explicando: o fato de o art. 273 do Código de Processo Civil não ter aludido aos casos em que a constituição não pode ser antecipada não permite concluir que ela jamais poderá ser antecipada nem que ela *sempre* poderá ser antecipada. É por essa razão, absolutamente lógica, que afirmamos que a antecipação não pode ocorrer nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas. Ora, é pouco mais que absurdo imaginar que alguém pode ser provisoriamente filho ou provisoriamente solteiro.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.195)

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* p.197

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* p.198

antecipatório¹⁴¹, mas não deve *per se* condicionar a sua concessão, não só em razão do fenômeno da *dupla irreversibilidade*, mas em razão da efetividade das decisões judiciais. Como bem aponta Marinoni, a tradicional posição de que o juiz não deve decidir em sede provisória sobre efeitos irreversíveis demonstra um preconceito em relação aos juízes brasileiros, os quais, teoricamente, não estariam preparados para exercer a sua função judicante em sede sumária; tal concepção é inaceitável. Segundo leciona o professor paranaense:

Ninguém está dando nada ao juiz, já que o poder para a prestação de tutela jurisdicional adequada é inerente à sua função. O que acontece, na realidade, é que alguns querem um juiz que não é “juiz”, *mas sim um simples burocrata*. [...] Um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada. O novo juiz, portanto, pode tomar consciência da sua maior responsabilidade perante a sociedade porque, a partir de agora, tem mais poder. **É claro que, nestas circunstâncias, também cresce a responsabilidade dos cursos preparatórios para o ingresso na Magistratura, que devem ser capazes de dotar os magistrados de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre o significado político da Magistratura e sobre a necessidade de uma postura crítica diante de uma sociedade que a cada dia se torna mais complexa e rica em diversidades.**¹⁴²

Observe-se que, embora a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não esteja contida no §2º do art. 273, “é inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo”¹⁴³. A racionalidade própria das tutelas antecipatórias requer flexibilidade para uma adequada valoração dos elementos envolvidos na demanda.

Aqui parece-nos importante fazer uma distinção que será retomada ao final deste trabalho no capítulo 4. A tutela antecipatória em processos individuais, via de regra, não produzirá efeitos sobre terceiros não presentes na relação jurídica processual, nem criará aquelas repercussões apontadas no capítulo 1 deste trabalho, razão pela qual requer-se do juiz maior cautela quando da avaliação da irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento. Nesses casos a *função política do juiz* mostra-se bastante reduzida, devendo analisar as provas introduzidas nos autos e sopesar as consequências para as partes de forma a reduzir o potencial de erros das decisões judiciais sobre as partes.

¹⁴¹ Vide item 4.4.3 deste trabalho.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed.rev.atual. São Paulo: RT, 2009. p.200-201. (*grifo nosso*)

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* p.201

No entanto, a apreciação de demandas coletivas requer matiz diferenciado. A responsabilidade social do juiz é ampliada em razão não só do objeto como da extensão dos efeitos da decisão, sendo de rigor que ele tanto aprecie a prova como utilize de intuições e máximas de experiência relativas às questões não-meritórias ligadas aos efeitos de *policy* que tal decisão pode produzir (*policy considerations*). Dessa forma, a análise da irreversibilidade como elemento no equacionamento da tutela antecipatória encontrará uma complexidade inerente, redirecionando as preocupações para uma variedade de efeitos na sociedade, como os incentivos econômicos de um setor do mercado, a modificação de políticas públicas pré-estabelecidas pelo poder executivo ou a extinção de empregos em uma determinada região pela paralisação de uma atividade econômica ou da construção de obras em razão de interesses ambientais. A visão macroscópica que se deve dar à tutela coletiva mostra-se obrigatória, sendo que os pressupostos positivos e negativos devem ser flexibilizados de forma a conferir ao juiz a possibilidade de avaliar as repercussões da iminentes e a longo prazo das decisões e gerenciar esses efeitos da maneira adequada.

2.4.3 Tutela mandamental (art. 461, §3º do CPC e art. 84, §3º, do CDC)

Tanto o art. 84, §3º do Código de Defesa do Consumidor quanto o art. 461, §3º, do CPC, preveem a possibilidade de tutela antecipatória relativa às obrigações de fazer e não-fazer, possuindo exatamente a mesma redação em relação aos requisitos necessários para sua concessão¹⁴⁴:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º (Omissis)

§ 2º (Omissis)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁴⁴ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Essa redação nasceu da inspiração trazida pelo *Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil* elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça em 1985, que acabou por introduzir a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer “no sentido de voltar-se à produção de resultados práticos, em postura perfeitamente coadunada ao direcionamento finalístico do processo”¹⁴⁵. Primeiramente na lei consumerista e posteriormente quando da criação do já mencionado *poder geral de antecipação*, o legislador pretendeu deixar clara a possibilidade de serem determinadas medidas executivas destinadas a produzir efeitos de fato mesmo em sede antecipatória.

Como leciona Carlos Alberto de Salles:

A afirmação da tutela mandamental em nosso direito é fator essencial para a efetividade da prestação jurisdicional, considerando que determinadas situações jurídicas somente encontram remédio, capaz de atendê-las plenamente, em provimentos caracterizados pela mandamentalidade, ou seja, podem ser atendidas somente pela imposição judicial de uma determinada conduta omissiva ou comissiva. Sem essa possibilidade, criada pelos mecanismos processuais capazes de levar a termo esse tipo de medida, remanesceria o direcionamento estrutural do processo às medidas de simples compensação.¹⁴⁶

Nesse escorço, o legislador, quando dos idos da década de 90, procurou “deixar explícito que *novos tipos de provimento jurisdicionais estão sendo adotados*, além do *provimento condenatório* com feição e o alcance admitidos pela concepção tradicional, e que para sua atuação o juiz fica com poderes ampliados a serem exercidos com equilíbrio, ponderação e perfeita adequação ao caso concreto”¹⁴⁷.

Os requisitos para sua concessão, no entanto, não se distanciam daqueles apresentados pelo art. 273, I, do CPC, embora se utilize nomenclatura diferenciada. Os dois requisitos a serem verificados são *a relevância do “fundamento da demanda”* e o *receio de ineficácia do provimento final*, os quais representam, respectivamente, a *prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação* e o *dano irreparável ou de difícil reparação*, razão pela qual não nos alongaremos na análise desses requisitos.

Interessante, contudo, são as observações de Eduardo Talamini sobre as três principais espécies de aspectos contidos nas regras do art. 461:

¹⁴⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.296.

¹⁴⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Op.cit.* p.256.

¹⁴⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.21.

a) veiculação de “conceitos indeterminados”, para estabelecer hipóteses em que o juiz atuará e os limites em que se dará tal atuação. Assim, no §3º, a antecipação de tutela é subordinada ao “fundamento relevante da demanda” e ao “receio de ineficácia do provimento final; [...] b) estabelecimento de aparente facultatividade de atuação, mediante alusão a atividades que o juiz “poderá” desenvolver (no §3º: “é lícito ao juiz conceder a tutela” antecipada); [...] c) colocação à disposição do juiz, ao menos em tese, de uma *pluralidade* de medidas destinadas ao desenvolvimento de uma mesma atividade ou à consecução de um mesmo fim.¹⁴⁸

Tais aspectos, embora não apontem para a *discrecionariedade*¹⁴⁹ judicial em proferir a decisão antecipatória, abrem-lhe a oportunidade de adequar sua decisão à situação fática que se lhe apresenta, sendo de extrema importância a possibilidade do pensamento de alternativas menos onerosas. Como bem aponta Carlos Alberto de Salles, “havendo em muitos casos uma pluralidade de alternativas para alcançar resultados semelhantes, cada qual levando a significativo número de diferentes repercussões, o cumprimento mesmo da obrigação, seja ele forçado ou voluntário, pode apresentar uma diversificada variedade de *questões controvertidas*”¹⁵⁰. Essa premissa é válida para a leitura do art. 461 em sua integralidade, seja em sede de tutela definitiva, seja em sede de tutela provisória.

2.4.4 Dispositivos específicos relativos aos processos coletivos

Embora já tenhamos-nos alongado suficientemente nos requisitos estipulados pelos artigos 273, I e 461, §3º do CPC, os quais estabelecem o *poder geral de antecipação*, em especial quanto à tutela antecipada assecuratória, os quais são aplicáveis à tutela coletiva¹⁵¹, urge agora verificar os dispositivos especificamente relativos a ela, os quais

¹⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p.382.

¹⁴⁹ Eduardo Talamini faz questão de deixar claro que a presença de “conceitos vagos” não conduz à existência de discrecionariedade no art. 461, sendo, na verdade, caso de *definição judicial concreta de “conceitos indeterminados”*. Quanto às espécies b) e c), Talamini aduz que aquela não trata efetivamente de *discrecionariedade* uma vez que, ao exercer sua função jurisdicional, o juiz não possui jamais simples “faculdade” (sendo que, “a lei só lhe confere um poder porque lhe impôs, num momento lógico anterior, um dever, que é o de propiciar a adequada proteção às situações carentes de tutela jurisdicional”) e esta apenas lhe confere a possibilidade de, dentro de certos limites, adotar as providências mais aptas à adequada e integral efetivação da tutela deferida. Vide TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p.384-388.

¹⁵⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p.297.

¹⁵¹ Nas devidas proporções que analisaremos no Capítulo IV deste trabalho.

são encontrados nas leis n. 4717/64 (lei da Ação Popular), n. 7347/85 (lei da Ação Civil Pública) e n. 12016/09 (lei do Mandado de Segurança).

Originalmente, a Lei n. 4717/64 não previa a possibilidade de liminares. No entanto, com a introdução do §4º ao artigo 5º da Lei de Ação Popular pela Lei n. 6513/77, a antecipação de tutela inibitória mostrou-se possível (“*Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado*”), bem como, posteriormente, em razão das alterações do CPC realizadas em 1994, o *poder geral de antecipação* em vista da autorização de aplicação subsidiária das regras do CPC, “naquilo que não contrariem os dispositivos desta Lei, nem a natureza específica da ação” (art. 22, Lei n. 4717/64). Desta forma, resta clara a possibilidade de aplicação dos artigos 273 e 461, §3º, do CPC.

Há certa dúvida sobre os requisitos para aplicação do art. 5, §4º, uma vez que ele apenas consagra a possibilidade da suspensão liminar do ato lesivo impugnado¹⁵². E respeitados autores tomam tal dispositivo como *tutela cautelar*, cujo apêndice “parece mesmo um tanto supérfluo, já que pretendeu afirmar uma tutela cautelar que já vinha assegurada pelo poder *cautelar geral* inerente à função judicial (CPC, arts. 798 e 799)”¹⁵³. Por essas razões, o estudo e aplicação do *poder geral de antecipação* presentes no CPC restam mais atraentes e de maior relevância.

Já na Lei n. 7347/85, podemos encontrar dois dispositivos relevantes referentes às tutelas de urgência, quais sejam, o art. 4º que estabelece a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar “*para evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*” e o art. 12 que estabelece a possibilidade de concessão de “*mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo*”. Para os fins deste estudo, no entanto, apenas nos interessam as prescrições do art. 12.

Assim como o dispositivo supra mencionado da Lei da Ação Popular, o art. 12 em nada adiciona ao estudo do desenho da antecipação de tutela nas ações coletivas. Seu *caput* é vazio em relação aos requisitos, razão pela qual os vasos comunicantes entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor operam a integração a partir

¹⁵² Já lamentava Hely Lopes Meirelles que “não podemos aplaudir o enxerto do parágrafo em exame, porque feito sem exigência de requisitos mínimos para a concessão da liminar, nem fixação do prazo para sua vigência, nem indicação do recurso cabível desse despacho”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.139)

¹⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6ed. São Paulo: RT, 2008. p.272.

dos elementos contidos no art. 84, 3º da legislação consumerista¹⁵⁴. Tal também é possível em razão da deferência aos demais dispositivos do CPC oportunizada pelo art. 19 da Lei n. 7347/85.

Dois aspectos, contudo, merecem atenção: a) o instituto da *suspensão de segurança* que veio expresso no §1º do art. 12; e, b) a impossibilidade de concessão de mandado liminar antes da oitiva do poder público quando este aparecer na posição de réu na demanda coletiva (art. 2º, da Lei n. 8437/92).

A suspensão de segurança é providência que veio originalmente prevista para decisões proferidas em mandado de segurança, tendo sido disciplinada posteriormente para as decisões da ação civil pública. Segundo Consuelo Yoshida:

O pedido de suspensão de execução de decisão judicial é figura própria, sendo típico incidente processual voluntário, não suspensivo do processo principal. Pelo fato de ser acessório e secundário, depende da existência do processo principal e possui inegável finalidade preventiva.

Não se trata de recurso, mas de medida de natureza cautelar, de competência originária do presidente do tribunal, visando a suspensão provisória dos efeitos de decisão judicial, uma vez verificadas as circunstâncias previstas na legislação respectiva.¹⁵⁵

Por meio do pedido de *suspensão de segurança*, a eficácia da decisão antecipatória (ou da sentença) contra o poder público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal (a quem competir o conhecimento do respectivo recurso) *para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*. Para seu deferimento, no entanto, a lei n. 8437/92 exige em seu art. 4º a presença de *manifesto interesse público* ou *flagrante ilegitimidade*, a qual foi interpretada por Cássio Scarpinella Bueno como *situação antijurídica e ilegítima*¹⁵⁶.

Observe-se que, por ter natureza cautelar, a suspensão da eficácia de uma tutela antecipatória em processos coletivos contra o Poder Público está sujeita a requisitos diferentes daqueles analisados para a concessão da tutela antecipatória; tal, no entanto, não reduz o dever do Presidente do Tribunal de procurar entender as consequências de sua decisão, devendo os requisitos “manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade”

¹⁵⁴ Leitura conjugada entre o art. 90 do CDC e o art. 21 da LACP.

¹⁵⁵ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos Recursos. Suspensão de liminar e de sentença. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.384-385.

¹⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança – um tema com variações*. São Paulo: RT, 1997. p.199

e “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” representar um standard *prima facie* mais elevado que o das tutelas antecipatórias (situação um tanto paradoxal em relação ao conceito clássico de *fumus boni iuris* exigido na tutela cautelar).

O segundo ponto de interesse em relação às tutelas antecipatórias nas ações civis públicas contra o Poder Público está na exigência do art. 2º da Lei n. 8347/92 que, antes de ser concedida a liminar, seja ouvido o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Essa exigência inviabiliza de plano a possibilidade de tutela antecipatória *in limine litis*, ou seja, sem oitiva da parte contrária.

Para Ricardo de Barros Leonel, esse dispositivo padece de má técnica legislativa e ostenta visível inconstitucionalidade. Segundo o professor, “as prescrições legais são inoportunas, contrariam a técnica processual e demonstram retrocesso, apresentando desequilíbrio com o restante do ordenamento processual”¹⁵⁷. Ademais, “essas restrições são inconstitucionais por vários motivos, como, v.g., a violação dos princípios da igualdade e da inafastabilidade da jurisdição”¹⁵⁸.

Tais preocupações de índole constitucional, apesar de bem fundamentadas, parecem não ter modificado de qualquer forma a posição do legislador brasileiro, que estipulou no art. 22, §2º, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, semelhante proibição ao prever que: “No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”. Acerca do dispositivo interessantes são as reflexões de José Miguel Garcia Medina e de Fábio Caldas de Araújo:

¹⁵⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p.300.

¹⁵⁸ Ricardo de Barros Leonel prossegue: “Há ofensa ao princípio da igualdade, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, pois a discriminação só se justifica como afirmação do princípio, não como negação. O tratamento legislativo diferenciado apenas se legitima onde haja um fator de *discrimen* que apresente fundamento plausível. A diversidade de situações concretas inexistente na hipótese em exame, não se justificando o regime jurídico diferenciado para concessão de liminares quando o demandado, autor da lesão, é o poder público. [...] Configura-se, também, violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consistente na impossibilidade de subtração da apreciação judicial sobre toda e qualquer ameaça ou lesão ao direito. A previsão do direito constitucional de ação é o mais ampla possível. Não só a apreciação de lesão ao direito, mas também a ameaça a ele não podem ser afastadas da cognição jurisdicional e da concessão de tutela processual adequada. [...] Na prática, impedir a concessão da medida em caráter liminar é violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, impedindo o autor de postular e o Judiciário de conceder, a tutela adequada à situação concreta.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p.300-301)

A norma estabelece uma fase de cognição prévia como meio de permitir a defesa antecipada da pessoa jurídica interessada. Os reflexos gerados pela concessão de liminar coletiva justificariam a criação desta audiência de justificação inversa.

Note-se que a regra é a concessão de audiência prévia para o autor demonstrar a reunião dos requisitos legais para o juiz conceder a liminar. Aqui a hipótese é inversa, porque o texto legal presume o *periculum in mora in rem verso*. Esta presunção, no entanto, pode ser afastada, se evidenciadas circunstâncias em que a não concessão imediata da liminar permita a extinção do direito demonstrado pelo autor. Tal requisito, assim, não pode ser tido por absolutamente intransponível.

Notando o órgão jurisdicional que a não concessão da liminar pode acarretar, de modo irreversível, o perecimento de direito demonstrado pelo autor da ação, deverá conceder a medida, a despeito do que dispõe o §2º do art. 22 da Lei 12.016/2009, sob pena de fazer letra morta os incs. LXIX e LXX do art. 5º da Constituição (bem como o art. 5º, XXXV, da mesma Carta).¹⁵⁹

Estudados, portanto, os principais dispositivos relativos à concessão da tutela antecipada para os fins deste trabalho¹⁶⁰, passa-se ao estudo comparado para verificar como o instituto é tratado nos Estados Unidos e quais requisitos/fatores são particularmente relevantes para o tratamento da problemática trazida no capítulo anterior.

¹⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: RT, 2009. p.224.

¹⁶⁰ Outros pontos sobre a tutela antecipatória poderiam ser estudados como a questão da fungibilidade entre a tutela antecipatória e a cautelar (art. 273, §6º do CPC) e a execução provisória decorrente de sua concessão (art. 475-O, do CPC), mas tais pontos fugiriam aos propósitos deste trabalho, razão pela qual entendeu-se por bem não explorá-los.

Capítulo III

Das *preliminary injunctions* no direito norte-americano

3.1 Natureza

Segundo Friedenthal, Kane e Miller, *preliminary injunctions* “são ordens judiciais anteriores ao julgamento final da demanda com o propósito de proteger os direitos do autor de danos irreparáveis durante a pendência do processo”¹⁶¹. São provimentos extremamente flexíveis e podem ser moldados para responder às exigências de cada caso.

Para compreender sua inserção no direito processual norte-americano é necessário um mínimo entendimento da tradição anglo-saxônica de dualidade de cortes (*courts at law* e *courts of equity or chancery*). Embora o sistema americano nunca tenha se apegado totalmente à rigidez do sistema bipartido¹⁶², muitas repercussões hoje são verificáveis como reminiscências da separação, como se percebe pela divisão entre *legal* e *equitable remedies* e o direito a um julgamento pelo júri popular ou diretamente pelo juiz em demandas cíveis.

No direito inglês, as *courts of law* (*King’s Bench*, *Court of Common Pleas* e *Exchequer*), cuja competência era originalmente atrelada a fórmulas procedimentais (*writs*) e destinada à contenção da violência entre os jurisdicionados¹⁶³, aplicavam a chamada *common law*, ou seja, o direito criado pelos precedentes judiciais em consonância com o que hoje é conhecido como *doctrine of stare decisis*¹⁶⁴. Dessa forma, sua função era principalmente a de verificação de violência real ou nominal a qual era realizada por um júri popular para a definição do valor indenizatório a ser pago para a vítima (*damages*).

Essa corte, no entanto, mostrou-se demasiadamente rigorosa quanto as suas fórmulas desde o século XIII, o que levou à criação da *court of equity* (*Chancery*) a qual

¹⁶¹ FRIEDENTHAL, Jack H. *et al. Civil procedure*. 4ed. Hornbooks series. U.S.A.: Thomson West, 2005. p.739. tradução nossa.

¹⁶² Alguns Estados como Pennsylvania e Massachusetts repudiaram o sistema da *equity* desde o século XVII (em objeção às prerrogativas da realeza que fundamentavam esse sistema); outros, como Connecticut e New Hampshire adotaram em um primeiro momento o sistema dual, mas administrado por uma corte única, enquanto outros (como Delaware, New Jersey e New York) tinham um sistema de cortes separadas como na Inglaterra. Com a criação do sistema de cortes federais em 1789, preservou-se a separação entre *law* e *equity*, mas seguindo o modelo de Connecticut e New Hampshire, as demandas eram destinadas à mesma corte. Para compreender melhor, vide JAMES JR., Fleming *et al. Civil Procedure*. 5ed. New York, NY: Foundation Press, 2001. p. 21 e ss. e HAZARD JR., Geoffrey C. *et al. American Civil Procedure: an introduction*. New Haven, CT: Yale University Press, 1993. p.22-28.

¹⁶³ HAZARD JR. Geoffrey C. *et al. Op. cit.* p.10.

¹⁶⁴ Geralmente traduzida para o inglês como *let the decision stand*, que significa “que permaneça a decisão”.

era presidida por um chanceler (o secretário geral do rei) e cuja intervenção se deveu à limitação da competência das *courts of law*, que uma vez chamadas a fornecer um remédio a disputas não delineadas nos *writs* recusavam-se a fazê-lo, como era o caso das fraudes e quebras contratuais, disputas de classe ou que envolvessem litisconsórcio ativo (*multi-party litigation*) e tutela mandamental. A estrutura dessa corte, no entanto, era bastante diferente das *courts of law*, sendo que as demandas eram julgadas unicamente pelo chanceler (sem júri popular), as tutelas possíveis eram principalmente mandamentais (*in personam*) e não eram seguidos os precedentes da *common law* o que levou à difusão da ideia de discricionariedade judicial¹⁶⁵. Em razão de a tutela ser mandamental e ser um desdobramento do poder real, as decisões da *equity* eram passíveis de *contempt of court*, ou seja, eram coercíveis, incluindo a possibilidade de prisão civil do executado reticente.

Com a unificação do sistema adjudicatório em 1938 decorrente da adoção das *Federal Rules of Civil Procedure*, muitas das dificuldades do manejo do sistema dual foram superadas, mas restaram distinções importantes. Neste momento, não nos interessam aqui os desdobramentos históricos que levaram à unificação do sistema nos Estados Unidos¹⁶⁶, mas as consequências para a adjudicação atual no sistema americano.

A principal repercussão da divisão histórica dos procedimentos para o nosso estudo é a distinção entre *legal* e *equitable remedies*, muitas vezes impropriamente associada aos conceitos de *in rem* e *in personam relieves*¹⁶⁷. Segundo Dan Dobbs, essa

¹⁶⁵ Nas palavras de Hazard Jr. e Taruffo, “the Court of Chancery as a court of equity had three important legal characteristics. First, it did not employ a jury to determine facts. In most instances the court’s discovery procedure, by which witness and documents were exposed, would yield sufficient evidence to permit a decision. Only in unusual circumstances was it necessary to determine a matter of witness credibility, and in such situations the court could use a jury for the purpose, but only indirectly. Second, the chancellor as judge of the court of equity exercised special discretionary authority to ameliorate the limitations of common law. This concept, that the judge of a court of equity has unique powers beyond the strict letter of existing law, is another source of independent judicial authority. Third, the chancellor asserted authority to decide legal controversies according to his conceptions of justice without strict regard to the common law or its procedures.” (*American civil procedure: an introduction*. New Haven, CT: Yale University Press, 1993. p.13-14)

¹⁶⁶ Principalmente relacionados ao objetivo de simplificação do sistema e ao viés utilitarista do pensamento filosófico americano nos séculos XVIII e XIX, além das confusões e áreas de intersecção de competência das duas cortes que surgiram com o passar do tempo. A unificação se realizou efetivamente no século XX com a adoção das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938 (viabilizada pelo *Enabling Act* de 1934), embora o processo de unificação tenha se iniciado primeiramente no Estado de Nova Iorque com o *Field Code* de 1848 e seguido com a adoção do *code-pleading system* pelas justiças estaduais.

¹⁶⁷ Os conceitos de provimentos *in rem* e *in personam* vêm perdendo importância para o conceito de *legal* e *equitable remedies* uma vez que a evolução dos procedimentos *in law* e *in equity* antes da unificação do sistema judiciário americano levou à criação de institutos de ambas as espécies em ambos os sistemas. Dessa forma, como aponta Douglas Laycock, *declaratory judgments*, que são uma criação legal muitas vezes são considerados *legal*, *equitable* ou ambos ao mesmo tempo. Ordens para o pagamento de dinheiro são algumas vezes possíveis na *equity* através de *injunctions*, embora sejam provimentos *in rem*. Outro caso interessante trazido pelo professor da universidade do Texas é o caso do *mandamus*, o qual é considerado *legal remedy*, embora veicule um comando *in personam* e possa ser objeto de *contempt power*. (vide LAYCOCK, Douglas. *The death of the*

distinção é de especial relevância por dois fatores: “primeiro, o julgamento pelo júri é ainda, em muitas cortes, deferido ou indeferido de acordo com a natureza da tutela que é pretendida se *legal* ou *equitable*. O julgamento pelo júri é tradicionalmente concedido como um direito em casos de direito (*law cases*), o que geralmente significa que o *remedy* perseguido é puramente *legal*. O julgamento pelo júri não é concedido em casos de equidade (*equity cases*), o que geralmente significa que o *remedy* buscado é *equitable*. Uma segunda razão para a classificação do *remedy* como *legal* ou *equitable* resta na tradição de que os provimentos de equidade são discricionários”¹⁶⁸. No entanto, como ver-se-á adiante, embora haja tradição de que os provimentos de equidade sejam considerados discricionários¹⁶⁹, as cortes vêm perseguindo a padronização do procedimento para decisões antecipatórias com nítida tendência de estabelecer critérios aferíveis em relação à discricionariedade empregada pelo juiz.

Pois bem. Considerando as características dos provimentos concedidos pelas *courts of law* e pela *chancery*, os *legal remedies* são geralmente associados ao pagamento de indenizações (*damages*) enquanto que os *equitable remedies* são geralmente associados a tutelas mandamentais coercíveis (*injunctions*). Essa é a principal forma distinguir as figuras, embora, como apontado por Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf¹⁷⁰, o teste não seja sempre simples de ser utilizado uma vez que as *courts of equity* podiam, por exemplo, conceder valores ao autor na forma de restituição (*restitution*) por enriquecimento injusto e *courts of law* às vezes concediam tutela específica, como a figura do *replevin* (figura análoga à decisão liminar em ação de reintegração de posse, mas que exige a prestação de caução).

Tratando da questão da classificação da demanda como *equitable* ou *legal*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em *Tull v. United States*¹⁷¹ e

irreparable injury rule. New York e Oxford: Oxford University Press, 1991. p.12-16). Dessa forma, hoje a diferença entre *in rem* e *in personam* tem maior utilidade para a definição da competência (*personal jurisdiction*) para o processamento da demanda em vista da doutrina dos contatos mínimos (*minimum contacts doctrine*) criada em *International Shoe Co. v. Washington* (326 U.S. 310 (1945)). Vide JAMES JR., Fleming *et al.* *Civil Procedure*. 5ed. New York, NY: Foundation Press, 2001. p. 28-30.

¹⁶⁸ DOBBS, Dan B. *Law of remedies. Damages – Equity – Restitution*. 2ed. Hornbooks series. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993. p.09-10. *Tradução nossa*.

¹⁶⁹ Como apontado por Kristin Stoll-DeBell, Nancy L. Dempsey e Bradford E. Dempsey, as tutelas de equidade tipicamente são reformadas em segunda instância apenas em caso de abuso de discricionariedade. No entanto, “today, instead of appealing to so amorphous and subjective a standard as a conscience, judges balance established factors in deciding whether injunctive relief will be granted”. Vide STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Injunctive relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009. p.03.

¹⁷⁰ Vide *Civil Procedure*. p.511-512.

¹⁷¹ 481 U.S. 412 (1987).

*Granfinanciera, S.A v. Nordberg*¹⁷² que para a definição da natureza do provimento perseguido devem ser considerados tanto analogias históricas (*substantive test*) quanto os *remedies* envolvidos (*remedial test*), o que, na verdade, representou o parcelamento de uma única questão: a natureza do *remedy* de acordo como era empregado antigamente. Dessa forma, se a *court of equity* tradicionalmente julgava demandas análogas ao tempo da promulgação da Sétima Emenda da Constituição Americana, então a analogia substantiva (*substantive test*) sugere que a demanda será considerada de equidade e que o julgamento pelo tribunal do júri é desnecessário. No entanto, se o provimento perseguido envolve meramente uma questão indenizatória, o *remedial test* sugere que a demanda é de *common law*, devendo ser julgada pelo tribunal do júri. Segundo Dobbs, “a Suprema Corte não sugeriu como valorar esses dois testes envolvidos quando eles entrarem em conflito, mas disse que o provimento perseguido [*remedy*] é o elemento que deve ter mais peso”¹⁷³.

Dificuldades a parte, o que se pretende extrair dessa paisagem é a natureza do objeto desse estudo comparado: a *preliminary injunction*. Sendo ela uma figura correlata à figura da antecipação de tutela do Direito Brasileiro, em geral ela não se destina ao pagamento de valores¹⁷⁴, mas à tutela mandamental específica de fazer ou de não-fazer. Está inserida, juntamente com as *temporary restraining orders* (TRO)¹⁷⁵, na classificação de *provisional injunctions*, o que denota seu caráter provisório, podendo ser confirmada ou revertida pela sentença em primeiro grau (bem como é possível imediata *interlocutory appeal* para a respectiva *appellate court* a fim de sua suspensão e modificação).

Trata-se, portanto, de um *equitable remedy* que é concedido exclusivamente pelo juiz da causa em momento anterior ao final do de sua função jurisdicional. Dessa forma, infere-se que o instituto é apto a ser objeto de estudo comparado sem prejuízo da função cognitiva do juiz para sua determinação, sendo de especial relevância e interesse a dosimetria da *discrecionariade* judicial. Nesse escorço, o item 3.2 pretende analisar as funções que as *preliminary injunctions* assumem no sistema processual norte-

¹⁷² 492 U.S. 33 (1989).

¹⁷³ DOBBS, Dan B. *Op. Cit.* p.105-106.

¹⁷⁴ Vide WASSERMAN, Rhonda. Equity transformed: preliminary injunctions to require payment of money. *Boston University Law Review*, Boston, n.70, 1990..

¹⁷⁵ Cujas principais diferenças são a possibilidade de sua concessão independentemente da citação da parte contrária, sua destinação exclusiva a um *non facere* e seu caráter temporário (máximo de 10 dias, sendo, após esse período, necessária a oportunização de resposta pela outra parte para decisão sobre sua possível conversão em *preliminary injunction*), bem como a impossibilidade de recurso da decisão (vide *Geneva Assurance v. Medical Emergency Servs.*, 964 F.2d 599 (1992)). Para melhor compreensão das diferenças vide SHOBEN, Elaine W. *et al. Remedies: cases and problems*. 4ed. U.S.A.: Foundation Press, 2007. p.202 e, DOBBS, Dan B. *Op.cit.* p.184.

americano e o item 3.3 aprofundar-se-á no conteúdo dos requisitos geralmente observados, enquanto o item 3.4 destinar-se-á ao estudo dos modelos de aplicação, para só então realizar o estudo do caso *Winter v. Natural Resources Defense Council*.

3.2 O desenho adotado nos Estados Unidos

É sabido que as *preliminary injunctions* possuem basicamente o mesmo fim que a tutela antecipatória assecuratória no Brasil: evitar o perecimento de direitos de forma irreversível¹⁷⁶ pelo decurso do tempo. No entanto, não se pode confundir o objetivo geral da existência desse provimento extraordinário com os objetivos específicos criados pelo desenho que se dá ao modelo decisório desse substrato. Aquele muito mais amplo e distorcido acobertaria quaisquer destes, embora a racionalidade do instituto indique que uns são mais bem direcionados que outros.

O *standard* decisório das *preliminary injunctions* modificou-se muito com o passar dos séculos (mais precisamente da metade do século XIX para frente), tendo o desenho do instituto assumido focos diferenciados como a manutenção do *status quo* (dando-se preferência para a tutela inibitória), a minimização de riscos inerentes a uma decisão célere e a proteção da escolha alocativa mais eficiente (visão econômica). A definição dessa função será refletida, posteriormente, na compreensão e apreciação dos fatores a serem considerados, bem como no modelo de aplicação (aqui trazido na forma de *testes* no item 3.4), deixando-se claro, desde já, que há variações entre os circuitos de justiça federal e as justiças estaduais em razão da inexistência de posição da Suprema Corte sobre os requisitos (fator que vincularia as decisões em todo o país por força da *stare decisis* como precedente obrigatório e não apenas persuasivo¹⁷⁷, salvo em relação aos procedimentos nas cortes estaduais), embora o caso

¹⁷⁶ Embora o próprio conceito de irreversibilidade seja algo bastante discutível como aponta Cass Sunstein *Irreversibility*. *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Paper No.08-25*, 2008). Esse ponto será abordado em maior profundidade no item 3.3.2 deste trabalho.

¹⁷⁷ Existem, no sistema da *common law*, duas espécies de precedentes: os obrigatórios (*mandatory* ou *binding*), cuja observância é obrigatória; e os persuasivos (*persuasive*), que são utilizados de acordo com vontade da corte, mas que não criam direitos. Para diferenciar as duas figuras basta entender a estrutura de justiça americana. Primeiramente, há a divisão entre sistema estadual e federal de justiça. Com exceção das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, nenhum dos precedentes criados por cortes estaduais serão de observância obrigatória pelas cortes federais e vice-versa. Dessa forma, o precedente só será obrigatório dentro de um mesmo sistema de justiça (e.g., um precedente da Suprema Corte do Estado da Califórnia nunca será obrigatório para qualquer *District Court* do sistema federal, embora aquela seja a corte de maior hierarquia dentro do sistema estadual daquele Estado-membro; contudo, aquele precedente poderá ser utilizado como *precedente persuasivo*). O segundo passo para definir a qualidade do precedente é a comparação das estruturas de justiça dentro de um

Winter v. Natural Resources Defense Council tenha explicitado a interação dos fatores para casos que envolvam alta complexidade como o enfrentamento entre interesses ambientais e segurança nacional.

3.2.1 Posição de John Leubsdorf e de Richard A. Posner

Nos anos 70, o artigo *The standard of Preliminary Injunctions* de John Leubsdorf¹⁷⁸ ficou famoso por ser o primeiro trabalho acadêmico a lançar premissas para uma unificação procedimental das *preliminary injunctions*, que, por serem filhas da *equity*, eram pensadas em um padrão tradicionalmente discricionário, deixando-se ao juiz a definição dos requisitos a ser considerados, o modelo de aplicação e inclusive os objetivos de seu formato.

Considerando as bases históricas do instituto e sua evolução, Leubsdorf chegou à conclusão de que o objetivo do desenho procedimental deve ser a *minimização das prováveis perdas de direito irreparáveis*. Para ele, em vista da cognição sumária que é inerente ao instituto, o procedimento deve focar-se, portanto, em dois fatores principais: a probabilidade de sucesso da demanda e a irreparabilidade do dano causado, embora este último fator venha a ser integrado por fatores como custo e benefício da *injunction* entre as partes e o interesse público. Dessa forma, “o perigo de uma valoração preliminar incorreta é a chave para a análise da *preliminary injunction*. Isso requer a investigação do dano que a decisão interina pode causar e tentar minimizar esse dano”¹⁷⁹.

mesmo sistema. Dessa forma, um precedente do 2º Circuito de Justiça Federal não será de observância obrigatória para o 7º Circuito, pois não são integrantes da mesma estrutura de justiça. O mesmo ocorrerá entre as estruturas de justiça dos Estados: uma decisão da corte estadual do Estado de Nevada não será obrigatória para as cortes do Estado da Pennsylvania ou qualquer outro Estado-membro, mas, poderá representar um precedente persuasivo. Por fim, dentro de uma mesma estrutura de justiça (digamos, a justiça estadual do Estado de Nova Iorque), a qualidade de precedente obrigatório existirá em função da hierarquia da corte. Por exemplo, a justiça estadual de Nova Iorque é dividida (para efeitos de simplificação uma vez que há também as varas especializadas), em *Supreme Court* (que, contra-intuitivamente, representa a primeira instância), *Appellate Court* (a corte de apelação, destinada principalmente ao julgamento obrigatório dos recursos contra decisões das *Supreme Courts*) e a *Court of Appeals* (que é o tribunal de maior hierarquia no Estado de Nova Iorque, cuja recepção de recursos é feita discricionariamente pelos integrantes da corte); nesse cenário, uma decisão da *Appellate Court* criará precedente obrigatório para todas as *Supreme Courts* (também chamadas de *Trial Courts*), embora seja apenas persuasiva para a *Court of Appeals*. Essa distinção é importante para a compreensão da força vinculante dos precedentes nos Estados Unidos e qual a repercussão da origem das decisões apontadas neste trabalho. Para maior esclarecimentos vide COLE, Charles D. *A stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In: *Revista dos Tribunais*, v.752, 1998.

¹⁷⁸ LEUBSDORF, John. The standard of preliminary injunctions. 91 *Harvard Law Review* 525, 1978.

¹⁷⁹ LEUBSDORF, John. *Op. Cit.* p.541.

Até aí, nada de novo. O aspecto realmente interessante da posição de Leubsdorf se refere à relação entre a perda de direitos irreparáveis e a probabilidade de êxito da demanda. Segundo o professor da Rutgers Law School, “a corte, teoricamente, deveria valorar a provável perda irreparável de direitos que uma *injunction* causaria multiplicando a probabilidade que o réu tem de sair vitorioso pela quantidade de perdas irreparáveis que ele sofreria pela proibição de exercer o que lhe seria de direito. Deveria, então, fazer um cálculo similar para a parte contrária no caso de a *injunction* ser negada. Aquele curso que prometer a probabilidade de perdas menores deve ser o adotado”¹⁸⁰.

Seguindo esse raciocínio, Richard A. Posner, então juiz da *Court of Appeals* do 7º Circuito de Justiça Federal acabou por construir uma fórmula para a concessão de *preliminary injunctions* em *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products, Ltd.*¹⁸¹. Segundo o magistrado, o deferimento de uma *preliminary injunction* é devido somente se:

$$P \times H_{\pi} > (1 - P) \times H_{\Delta}$$

onde P é a probabilidade que o autor tem de sair vitorioso na decisão final, H_{π} é o conjunto de danos irreparáveis ao autor caso a *injunction* não seja conferida e H_{Δ} ¹⁸² é o conjunto de danos irreparáveis ao réu caso a *injunction* seja deferida. Considerando que a probabilidade de sucesso da demanda nunca poderá ser integral (ou seja, na razão de 1) nem igual a zero, o que levaria ao julgamento antecipado da lide (*summary judgment*), quanto maior a probabilidade de sucesso da demanda menor precisam ser os danos irreparáveis cotejados entre autor e réu para o deferimento da *preliminary injunction*. Novamente, o que se pretende com a fórmula é a diminuição dos riscos de dano em função de decisões equivocadas.

O interessante é que a aplicação dessa fórmula pode levar a situações de deferimento da tutela antecipatória bem diferentes do padrão utilizado no Brasil. Em nosso sistema, também utilizamos os dois fatores elencados, quais sejam, a prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações e a ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação,

¹⁸⁰ LEUBSDORF, John. *Op. Cit.* p. 542.

¹⁸¹ 780 F.2d 589 (7th Cir. 1986).

¹⁸² Seguindo-se a simbologia tradicionalmente ensinada nas faculdades de direito americanas, toda vez que a letra grega π for empregada estaremos nos referindo ao autor da demanda enquanto que Δ representará sempre o réu.

mas não utilizamos de uma análise cruzada desses elementos. Utilizando a fórmula, por exemplo, em uma demanda com baixíssima probabilidade de sucesso a *preliminary injunction* poderá ser concedida desde que o conjunto de danos irreparáveis para o autor seja bastante alto.

Para Linz Audain, a fórmula de Posner sugere que o modelo analítico para o entendimento das *preliminary injunctions* é, ultimamente, um modelo econômico e estatístico¹⁸³. Esse modelo, também chamado de *sliding scale*, permitiria que os elementos de fato importantes para o objetivo de minimizar a perda irreparável de direitos fossem sopesados racionalmente e não de forma desregrada, deixando claro que há uma troca entre o relativo prejuízo entre as partes e a relativa probabilidade de sucesso no mérito da demanda¹⁸⁴.

A fim de explicar essa lógica, Linz Audain propõe uma matriz 4x4 entre os requisitos, reformulando a desigualdade inicial da fórmula de Posner através da seguinte desigualdade:

$$P/(P-1)[H_{\pi}/H_{\Delta}] > U$$

Se considerarmos $P_m = P/(P-1)$, ou seja, qual a razão entre as probabilidades de ganhar e perder e $H_n = H_{\pi}/H_{\Delta}$, ou seja, qual a razão entre os danos irreparáveis para o autor e para o réu, chegaremos a uma fórmula simplificada de $P_m H_n > U$, sendo U uma variável de magnitude desconhecida posto que, de acordo com o resultado, a matriz final mostrará se a decisão da *preliminary injunction* será fácil ou difícil e se para deferir ou para não deferir. Sendo o conjunto de $P_m = \{0,1,2,3\}$ e $H_n = \{i,j,k,l\}$, temos em P_0 a situação em que o autor tem virtualmente quase nenhuma possibilidade de sucesso da demanda (*little chance*), em P_1 a situação em que a probabilidade do autor de vencer ao final é menor que a do réu (*no likelihood*), em P_2 a situação em que o autor tem igual ou maior probabilidade de vencer no mérito que o réu (*as much chance as* ou *likelihood*) e em P_3 a situação em que o autor tem uma probabilidade significativamente superior de vencer que o

¹⁸³ AUDAIN, Linz. Of Posner, and Newton, and twenty-first century law: an economic and statistical analysis of the Posner rule for granting preliminary injunctions. 23 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1215, 1990. Essa visão econômica e estatística não se confunde, no entanto, com a visão econômica que será vista no item 3.2.3 uma vez que lá são interiorizados os próprios objetivos alocativos em prol da eficiência material.

¹⁸⁴ AUDAIN, Linz. *Op. Cit.* p. 1248.

réu (*substantial likelihood*), e temos em H_i a situação em que os danos para o autor são bem mais significativos que para o réu (*much greater harm*), em H_j a situação em que os danos para o autor são simplesmente maiores que os do réu (*greater harm*), em H_k a situação em que os danos são praticamente iguais entre autor e réu (*as much harm as*) e H_l a situação em que os danos para o réu são superiores que para o autor (*less harm than*).

ILLUSTRATION 1 The Posner Rule Probability Harm Matrix (PRPHM)				
	"Much Greater Harm" H_i	"Greater Harm" H_j	"As Much Harm As" H_k	"Less Harm Than" H_l
"Little Chance" P_0	Category 1 P_0H_i Hard	Category 2 P_0H_j Hard	Category 3 P_0H_k Deny (Easy)	Category 4 P_0H_l Deny (Easy)
"No Likelihood" P_1	Category 5 P_1H_i Hard	Category 6 P_1H_j Hardest	Category 7 P_1H_k Deny (Easy)	Category 8 P_1H_l Deny (Easy)
"As much Chance As" or "Likelihood" P_2	Category 9 P_2H_i Grant (Easy)	Category 10 P_2H_j Grant (Easy)	Category 11 P_2H_k Hardest	Category 12 P_2H_l Deny (Hard)
"Substantial Likelihood" P_3	Category 13 P_3H_i Grant (Easy)	Category 14 P_3H_j Grant (Easy)	Category 15 P_3H_k Grant (Easy)	Category 16 P_3H_l Hard

Where: P_0 implies that $P << (1-P)$
 P_1 implies that $P < (1-P)$
 P_2 implies that $P > (1-P)$
 P_3 implies that $P >> (1-P)$
 H_i implies that $H_p >> H_d$
 H_j implies that $H_p > H_d$
 H_k implies that $H_p << H_d$
 H_l implies that $H_p < H_d$

NOTE: The symbol $\approx$ means "approximately equal to"
The symbol $>>$ means "much greater than"
The symbol $<<$ means "much less than"
The symbol P_m ($m = 0, 1, 2, 3$) is equal to $P/(1-P)$
The symbol H_n ($n = i, j, k, l$) is equal to H_p/H_d
 P = Probability that plaintiff will win the suit
 $(1-P)$ = Probability that defendant will win the suit
 H_p = Harm to plaintiff if she doesn't get injunction
 H_d = Harm to defendant if injunction is granted

185

Cruzando os dados (P_m e H_n), a matriz que Linz Audain chama de *Posner Rule Probability Harm Matrix*, identifica na linha pontilhada os casos de mais fácil solução (tanto para deferimento quanto para indeferimento) enquanto que a linha contínua

¹⁸⁵ Posner Rule Probability Harm Matrix retirada de AUDAIN, Linz. *Op. cit.* p. 1247.

identifica os casos em que a decisão da *preliminary injunction* se mostrará mais difícil em razão de as proporções se aproximarem de uma igualdade entre autor e réu.

Nessa perspectiva, a beleza da fórmula de Posner é que ela embute tanto um viés positivo quanto normativo¹⁸⁶. Positivo porque representa um sistema de categorização de várias *preliminary injunctions* que chegaram às cortes. Normativo porque dita como as *preliminary injunctions* deveriam ser decididas e permite uma inferência para verificar se as *injunctions* dentro de cada uma das categorias foram corretamente decididas¹⁸⁷.

Posner ao criar a fórmula deixou expresso que ela “não é oferecida como um novo padrão legal¹⁸⁸; ela é destinada não a forçar uma análise quantitativa restritiva mas a assistir a análise apresentando sucintamente os fatores que a corte deve considerar ao fazer sua decisão e articulando a relação entre os fatores. É uma destilação do teste dos quatro fatores que as cortes usam para decidir se concedem uma *preliminary injunction*”¹⁸⁹.

Dessa forma, o modelo apresentado pela fórmula de Posner, na verdade, deve ser tido como um modelo de análise do que já efetivamente ocorre no processo de avaliação de valores e elementos para concessão da *preliminary injunction*, recolocando-os de forma lógica para atingir o objetivo de sua estrutura e oportunizando a revisão de sua razoabilidade por um mecanismo que compute de forma racional a dosimetria e relações entre os fatores tradicionais.

No entanto, o modelo não passou sem críticas pela doutrina, ao menos nos primeiros anos de sua existência.

¹⁸⁶ Utilizando aqui as expressões sacralizadas de análise econômica, quais sejam, *positive economics* e *normative economics*. Segundo Milton Friedman, o objetivo da *positive economics* é o desenvolvimento de uma teoria ou hipótese que contenha válidas e significativas (i.e., não advindas de truísmos) predições sobre um fenômeno ainda não observado. [...] Em parte é um conjunto de hipóteses substantivas construídas para abstrair características essenciais de uma realidade complexa” (FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: KATZ, Avery Wiener (Ed.). *Foundations of the economics approach to law*. New York, NY: Foundation Press, 1998. p.31. *tradução nossa*). Por sua vez, *normative* ou *welfare economics* está relacionada com a capacidade de formulação de um desenho institucional normativo que esteja apto, para os padrões de eficiência, a solucionar falhas de mercado; em outros termos, rearranjar recursos de forma que o Direito contribua em sua função de proporcionar desenvolvimento à sociedade. Parte-se, portanto, da análise do que efetivamente é para prescrever o que deveria ser e, dessa monta, corrigir as imperfeições encontradas. Para maiores esclarecimentos vide FRIEDMAN, Milton. *Op. Cit.* p. 30; BLAUG, Marc. The distinction between positive and normative economics. In: KATZ, Avery Wiener (Ed.). *Foundations of the economics approach to law*. New York, NY: Foundation Press, 1998. p.26-29; BURROWS, Paul; VELJANOVSKI, Cento G. Introduction: the economic approach to law. In: BURROWS, Paul; VELJANOVSKI, Cento G.(edited by). *The economic approach to Law*. London, Boston and Sidney: Butterworths, 1981. p.05-06.

¹⁸⁷ Vide AUDAIN, Linz. *Op. cit.* p. 1250.

¹⁸⁸ Aqui se referindo à decisão em *Roland Machinery v. Dresser Industries* (749 F.2d 340) que representaria a contraparte verbalizada da fórmula.

¹⁸⁹ *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products, Ltd.*, 780 F.2d 589, 593 (1986).

As principais críticas vieram das professoras Linda Silberman e Linda Mullenix, embora aquela, ao final, aceite a necessidade de um modelo que expresse a relação entre os fatores tradicionais¹⁹⁰. As críticas de Silberman se resumem principalmente a duas: a) super-simplificação dos fatores a serem analisados; e, b) a hiper-abertura revisional que decorrerá do modelo às cortes de apelação. Segundo Silberman, a fórmula não internaliza fatores importantes como *balance of hardships* e *public interest* e pretende transformar em números algo que não é quantificável numericamente. Dessa forma, sendo necessário explicar mais profundamente os elementos sopesados, a fórmula seria inútil ao fim que se destina. Por outro lado, a fórmula ainda passaria a impressão de que os elementos afastariam a discricionariedade própria dos remédios injuncionais e caberia às cortes de apelação reavaliar a decisão de concessão ou de denegação de forma simples e objetiva¹⁹¹.

Linda Mullenix, por sua vez, tece críticas de três ordens ao modelo de Leubsdorf-Posner: críticas quanto à quantificação, críticas quanto à confiabilidade estatística e a crítica da objetividade ilusória.

Segundo Mullenix a quantificação dos danos e da probabilidade de sucesso da demanda é um critério facilmente manipulável pelos advogados, sendo que o advogado que conseguir lançar as melhores quantificações numéricas estará em posição de vantagem, além de haver danos inquantificáveis que não estariam bem atendidos pelo modelo¹⁹². Esses problemas de quantificação, no entanto, são comumente enfrentados na prática forense pelos advogados, como aponta Dobbs, principalmente quando se trata de previsões sobre a viabilidade da demanda ou de um acordo e na avaliação pelo júri (no sistema americano) de culpa concorrente e a atribuição de responsabilidade. De qualquer forma, ainda, Dobbs aponta que “a fórmula não depende do uso de números reais. Ela é um mapa para fazer julgamentos mentais, muitos dos quais serão qualitativos ao invés de

¹⁹⁰ Nas palavras de Silberman, “the best that can be said about the *American Hospital* formula is that it helps to conceptualize the notion of relativity between harm to the parties and likelihood of success once initial requirements are met.” (SILBERMAN, Linda. *Injunctions by the numbers: less than the sum of its parts*. 63 *Chicago-Kent Law Review* 279, 1987. p. 306).

¹⁹¹ Novamente, segundo Silberman: “Like the circle that cannot be squared, the discretion and factspecific analysis for the issuance of preliminary injunctions cannot be quantified. The magnitude of harms, the balance of harms, and the likelihood of success do not readily translate into numbers. For that reason, the introduction of this formula into the law of preliminary injunctions is misleading. The symbols themselves, such as H_p and H_d , need additional explanation. The formula creates the illusion of a rule where none exists and conveys a false impression of precision. The false sense of precision also gives rise to the misguided claim for broader appellate review by implying that assessments of harm and success are quantifiable and are subject to review like other rule-based measures. The value of a formula is either to assist in making a prediction or to help in explaining a result. In this instance, the formula does neither.” (SILBERMAN, *Injunctions by the numbers...*, p.306)

¹⁹² Vide MULLENIX, Linda. *Burying (with kindness) the felicific calculus of civil procedure*. 40 *Vanderbilt Law Review* 541, 1987, p.265.

quantitativos e precisos”¹⁹³. Por exemplo, a perda de um direito constitucional é um dano irreparável que certamente é inquantificável, mas que o juiz pode classificar como *muito substancial* para fins de análise.

Nesse sentido, Douglas Laycock aponta que “o que os juízes podem fazer é o que fazem em qualquer técnica de sopesamento: eles sopesam os fatores relevantes em termos qualitativos. Isso ajuda a identificar mais claramente os fatores relevantes e a especificar a relação entre os fatores e o critério de sopesamento. Juízes podem pensar em termos de *strong case*, *weak case*, *wholly uncertain case*; dano severo, algum dano, nenhum dano; dano que pode ser reparado em espécie após o julgamento e dano que nunca poderá ser reparado em espécie; dano para o qual um remédio substitutivo é imperfeito, seriamente inadequado, ou grosseiramente inadequado; e assim por diante”¹⁹⁴. Isso não quer dizer que Laycock seja um “partidário sem ressalvas” do modelo de Leubsdorf e Posner, mas atesta seu valor para a análise de *preliminary injunctions*, mesmo considerando a fórmula de Posner super-simplificadora do grau de julgamento que é requisitado do juiz¹⁹⁵.

A segunda ordem de críticas de Mullenix ataca a confiabilidade de um modelo estatístico de processo civil a partir do que chama de “fé religiosa” em modelos matemáticos, especialmente na teoria da probabilidade, no processo decisório. Para ela, “aplicações estatísticas em contextos processuais são indevidos. Probabilidades estatísticas funcionam bem na mesa de jogos, onde seis faces do dado ou cinquenta e duas cartas de um baralho admitem eventos recorrentes, mas é impossível conceber um contexto processual para tais generalizações repetitivas, certamente não em noventa por cento”¹⁹⁶. Todo litígio é *sui generis*”¹⁹⁷. E completa que “explicar noventa por cento dos casos pode ter alguma valor ou

¹⁹³ DOBBS, Dan B. *Op. Cit.* p.191. *tradução nossa*.

¹⁹⁴ LAYCOCK, Douglas. *The death of the irreparable injury rule*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p.123. *tradução nossa*.

¹⁹⁵ Aqui a crítica de Laycock não se coloca ao lado daquela apresentada por Linda Silberman. Sua crítica está na presunção implícita na fórmula de Posner de que qualquer dano possa ser classificado como reparável ou irreparável e que apenas os irreparáveis são importantes. Segundo Laycock, não é possível construir uma lista de danos que devem ser tidos como irreparáveis para fins de *preliminary injunction*. Como será detalhado no item 3.3.2, os danos variam em uma escala de irreparabilidade e essa escala é parcialmente independente de sua variação na linha de severidade e de probabilidades. Dessa forma, Laycock prefere reformular a equação: “My reformulation dispels any illusions of simplicity. I assume that my reformulation could still be modeled in an equation, but it could not be done in the simple arithmetic of Posner’s opinion. The probability, severity, and degree of irreparability of harm are continuous variables, partly interdependent. An equation to model them would require at least calculus, and so would be of little help to most judges even as an analytic framework or a guide to intuitive balancing.” (LAYCOCK, Douglas. *Op. cit.* p.123).

¹⁹⁶ Aqui fazendo referência à proposição de Richard Posner de que uma análise econômica que preveja 90% dos resultados de uma determinada norma legal deve ser considerada enfaticamente bem sucedida para os padrões da ciência social. (POSNER, Richard. Some Uses and Abuses of Economics in Law, 46 *University of Chicago Law Review*. 281, 1979. p.302)

¹⁹⁷ MULLENIX, Linda. *Op. Cit.* p.568.

interesse científico, mas *decidir* noventa por cento dos casos corretamente é, de fato, diferente”¹⁹⁸.

No entanto, como bem aponta Linz Audain, a suposição de que cada litígio é único e que sua comparação a outros seria indevida é falaciosa e bastante oitocentista. Considerar que cada caso é único em padrões epistemológicos é um truísmo¹⁹⁹ que foi há muito tempo superado em razão da própria necessidade de padronização de condutas e previsibilidade jurisdicional, além de ser da própria natureza do sistema da *common law* pela doutrina da *stare decisis* a equiparação de situações semelhantes cujos fatos distintivos não tragam maiores repercussões para a questão de fundo.

Por fim, Mullenix ainda ataca o modelo de Leubsdorf-Posner em razão da objetividade ilusória que ele cria. Com o fito de conferir ao sistema uma racionalidade maior para a concessão de *preliminary injunctions*, retirando do caminho raciocínios confusos e relações indevidas entre os quatro fatores tradicionais, a fórmula de Posner aumentaria a subjetividade e a manipulação dos fatores uma vez que a subjetividade de análise de probabilidades e valoração de danos sempre conterà um aspecto subjetivo inerente. Dessa forma, Mullenix conclui que “a objeção final ao cálculo do processo civil é simplesmente que ele é fraudulento. Fórmulas e cálculos trazem a aparência de precisão da medida, mas, na verdade, tal objetividade é uma mera quimera. Juízes não deveriam travestir suas decisões em uma aura de objetividade quando o verdadeiro objetivo é inalcançável”²⁰⁰.

Veja-se, no entanto, que a fórmula proposta por Posner não propõe a objetividade que Mullenix atacou. A fórmula é um mecanismo de análise de *preliminary injunctions* não uma lâmpada mágica de soluções perfeitas. Nunca se pretendeu uma objetividade tal que tornasse o juiz uma mera máquina de subsunção, ainda mais no sistema americano onde a posição dos juízes já foi tão estudada com a passagem do formalismo para o realismo jurídico e hoje a uma nova geração de pesquisas que lhe foram decorrentes. Como aponta Dobbs, “a mudança significativa é que [a fórmula] nos dá os elementos básicos para adjudicação: uma regra que mostra aos advogados quais argumentos e provas são relevantes, uma regra que ajuda os juízes a decidir lembrando-os do objetivo último; uma regra que permite a avaliação das escolhas do juiz porque ela pode avaliar as razões do mesmo. O papel

¹⁹⁸ MULLENIX, Linda. *Op. Cit.* p.569.

¹⁹⁹ Vide AUDAIN, Linz. *Op. Cit.* p. 1264.

²⁰⁰ MULLENIX, Linda. *Op. Cit.* p.572. tradução nossa.

do juiz em fazer escolhas e estimativas não é alterado, mas lhe é conferido um propósito racional”²⁰¹.

Apesar das críticas lançadas em um primeiro momento, pode-se ver o crescimento da relevância da fórmula nos tribunais e na doutrina americana, sendo considerado por Thomas Lee um modelo *triunfante*²⁰² por duas razões: primeiro porque ele trouxe ao sistema a racionalidade esperada entre os fatores tradicionais (inclusive quanto à relação de desconto²⁰³ entre os fatores) não havendo nenhum outro modelo que o tenha superado; e, segundo, porque trouxe certa unificação ao tratamento da questão nas cortes federais, sendo adotado expressa ou implicitamente, havendo poucos circuitos dissidentes²⁰⁴.

3.2.2 A preservação do *status quo*

A discussão sobre a preservação do *status quo* através de remédios provisórios ganhou relevância nas últimas décadas nas cortes federais americanas em vista de uma divisão de posições que antigamente não existia (desdobramento que, aliás, não possui raízes históricas).

Conforme aponta Thomas Lee, a concepção original de *status quo* no seio das *preliminary injunctions* se pautava apenas pela finalidade de dar propósito ao remédio de equidade, qual seja, a *prevenção de danos irreparáveis*²⁰⁵, se aproximando em

²⁰¹ DOBBS, Dan B. *Op. Cit.* p. 193. *tradução nossa*.

²⁰² Vide LEE, Thomas R. Preliminary injunctions and the *status quo*. 58 *Washington & Lee Law Review* 109, 2001. p.153-157.

²⁰³ Como bem explica Dobbs, “one effect of the Leubsdorf approach is that it makes it clear why the plaintiff’s probability of success is important: because that probability is part of estimating the net amount of irreparable harm resulting from error. It is the factor by which the plaintiff’s irreparable harm is discounted. In the same way it makes it clear that the plaintiff with a less than 50% chance of success could still justly receive the chancellor’s pre-trial assistance if it will prevent an enormous irreparable loss compared to a minimal loss for the defendant” (DOBBS, Dan B. *Op. cit.* p. 193).

²⁰⁴ Nas palavras de Thomas Lee, “the most important triumph of the economic model has been its apparent ability to unify the courts’ treatment of this issue. Only few courts explicitly have adverted to the economic framework, but many others implicitly have adopted its fundamental premise in announcing the overarching goal of minimizing the irreparable harms that might ensue in the event that the preliminary decision turns out to be erroneous. And whereas the courts previously were in substantial disarray as to the propriety of a ‘sliding scale’ under which a stronger showing of irreparable harm could compensate for a lesser likelihood of success, the courts today overwhelmingly (if not unanimously) have adopted such an approach”. (LEE, Thomas R. *Op. cit.* p.156-157)

²⁰⁵ Conforme aponta Thomas Lee, “initially, American courts’ treatment of the *status quo* followed the path established by the Lord Chancellor. The *status quo* was put forward not as an element of a doctrinal test, but as description of the usual effect or purpose of a preliminary injunction. The United States Supreme Court’s early invocations of the *status quo* follow this pattern. In *Parker v. Winnepiseogee Lake Cotton and Wollen Co.*, for example, the court did not speak explicitly in terms of the ‘*status quo*’, but clearly invoked its essence,

muito da tradicional *irreparable injury rule*²⁰⁶ que habilitava (e para alguns ainda habilita) a aplicação subsidiária desses remédios nascidos na *Court of Chancery*. Dessa monta, o *status quo* recebia um tratamento fundante, sem qualquer consequência como objetivo específico para o desenho do modelo decisório, posto que não alçado a tal posto.

No entanto, o conceito de *status quo* tomou novas proporções com a dissidência criada por decisões do segundo, nono e décimo circuitos de justiça federal, criando um sistema bifurcado de *preliminary injunctions*, que privilegia tutelas inibitórias (*prohibitory injunctions*) e cria um padrão mais exigente para tutelas mandamentais de *facere* (*mandatory injunctions*). Segundo esse novo conceito, a função das *preliminary injunctions* é a de preservar o *status quo*, devendo-se proibir a modificação da realidade que se encontra no momento da propositura da demanda. Essa nova leitura, aliás, atingiu inclusive a doutrina americana como é possível notar nas palavras de Friedenthal, Kane e Miller: “embora atos afirmativos possam ser exigidos do réu, a principal característica da *preliminary injunction* e da *temporary-restraining order* é que elas se destinam primeiramente à preservação do *status quo*”²⁰⁷.

Segundo Stoll-DeBell *et al*, inclusive entre as cortes dissidentes há diferença na concepção do objetivo de *preservação do status quo*. Para o décimo circuito, por exemplo, “o *status quo* é definido como o ‘último *status* entre as partes’ e tal definição considera a relação existente entre as partes assim como seus direitos” enquanto que para o

explaining that ‘[w]here an injunction is granted without a trial at law, it is usually upon the *principle of preserving the property*, until a trial at law can be had’. The Court’s seminal use of the phrase ‘status quo’ apparently came several decades later in *Houghton v. Meyer*. In that case, the court explained that the Federal Court’s statutory authority to issue an *ex parte* temporary restraining order was intended ‘to give power to preserve the status quo when there is danger of irreparable injury from delay in giving the notice required’ in a standard preliminary injunction proceeding. None of these early decisions spoke of the status quo as a doctrinal standard; it was always offered as a description of purpose – and in the overarching goal of preventing irreparable injury”. (LEE, Thomas. *Op. Cit.* p. 138)

²⁰⁶ Tradicionalmente, a *irreparable injury rule* era a regra pela qual os remédios da *equity* não poderiam ser aplicados em casos em que os remédios *in law* fossem apropriados, demonstrando uma nítida preferência por indenizações a tutelas mandamentais. No entanto, Douglas Laycock apregoa a morte da *irreparable injury rule*, que hoje é apenas usada retoricamente como um rótulo a ser afixado às decisões após a corte ter escolhido o *remedy* em outras bases. Segundo Laycock, “I conclude that the irreparable injury rule is dead. It does not describe what the cases do, and it cannot account for the results. Equally abandoned are such corollary expressions as ‘injunctions are an extraordinary remedy’. Injunctions are routine, and damages are never adequate unless the court wants them to be. Courts can freely turn to either line of precedents, depending on whether they want to hold the legal remedy adequate or inadequate. Whether they want to hold the legal remedy adequate depends on whether they have some other reason to deny the equitable remedy, and it is these other reasons that drive the decisions. Courts may balance the costs of the equitable remedy against plaintiff’s need for it, and in that sense the degree or inadequacy may matter. But this balancing process is triggered by variations in the cost of the equitable remedy, not by variations in the adequacy of the legal remedy.” (LAYCOCK, Douglas. *Op. cit.* p. 05-06)

²⁰⁷ FRIEDENTHAL, Jack H. *et al. Civil procedure*. 4ed. Hornbooks series. U.S.A.: Thomson West, 2005. p.739-740. tradução nossa

segundo circuito “*injunctions* que alterarão o *status quo* são frequentemente referidas como ‘*mandatory injunctions*’ e aquelas que preservam o *status quo* são geralmente referidas como ‘*prohibitory injunctions*’”²⁰⁸. A tênue diferença entre as duas posições está na presunção criada pela segunda de que todas as *mandatory injunctions* necessariamente alterarão o *status quo* enquanto que a primeira viabiliza uma análise menos elevada dos requisitos desde que a decisão pretenda promover a manutenção das partes em sua posição inicial ao processo, independentemente de ser uma tutela de *facere* ou de *non facere*.

No entanto, aplicar o conceito de preservação do *status quo* em qualquer das duas concepções a fatos específicos pode se mostrar problemático uma vez que o que constitui *status quo* pode ser uma questão ambígua. Como mostra Stoll-DeBell *et al.*, “as partes contrárias frequentemente têm visões diferentes sobre uma mesma questão”²⁰⁹. Por exemplo, em *Abdul Wali v. Coughlin*, “o Segundo Circuito reconheceu tanto no caso de recusa dos oficiais penitenciários do réu [prisão] em permitir a entrega de cópias do relatório de condições da prisão aos autores/presidiários. A corte concluiu que a *injunction* deveria ser concedida porque os oficiais penitenciários interferiram na entrega do relatório realizado por um terceiro aos internos. Se os internos tivessem requerido que os oficiais penitenciários fossem compelidos a entregar o relatório, um resultado diferente teria decorrido”²¹⁰. Ou seja,

²⁰⁸ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Injunctive relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009. p.140.

²⁰⁹ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Op.cit.* p.141.

²¹⁰ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Op.cit.* p.141. *tradução nossa*. Interessante aqui transcrever parte da decisão em *Abdul Wali v. Coughlin*, 745 F.2d 1015 (2d Cir. 1985) para entender como a lógica do *status quo* pode se mostrar capciosa: “Normally, the purpose of a preliminary injunction is to maintain the status quo ante pending a full hearing on the merits. Occasionally, however, the grant of injunctive relief will change the positions of the parties as it existed prior to the grant. Such is the dispute before us today. If the injunction against Commissioner Coughlin is upheld, he will be required to allow delivery of the PLS Report into New York’s prisons, and the controversy will have been settled with some finality. Where such is the case, an injunction is often deemed mandatory, rather than prohibitory, and a greater showing is required of the moving party. In these circumstances, we have held that an injunction should issue ‘only on a clear showing that the moving party is entitled to the relief requested’, or where ‘extreme or very serious damage will result’ from a denial of preliminary relief. In sum, we have shown ‘greater reluctance to issue a mandatory injunction than a prohibitory injunction’. The distinction between mandatory and prohibitory injunctions, however, cannot be drawn simply by reference to whether or not the status quo is to be maintained or upset. As suggested by the terminology used to describe them, these equitable cousins have been differentiated by examining whether the non-moving party is being ordered to perform an act, or refrain from performing. In many instances, this distinction is more semantical than substantive. For to order a party to refrain from performing a given act is to limit his ability to perform any alternative act; similarly, an order to perform in particular manner may be tantamount to a proscription against performing in any other. In deciding the instant dispute, we are convinced that there indeed exists a principled manner in which to describe the relief sought. **Despite the fact that the status quo would be altered by the grant of the injunctive relief against Commissioner Coughlin, the gravamen of the prisoners’ claim is that he interfered with the delivery of a document addressed to them by a third party, and the relief sought is an injunction ordering him to cease his interference. Our discussion of the prisoners’ complaint would be very different indeed if we read it to require Coughlin to provide them with copies of the report.** Because we do not construe the requested relief in this manner, we are persuaded that the injunction sought is more prohibitory than mandatory in nature”.

de acordo com a formulação do pedido antecipatório, o Segundo Circuito exigiria mais ou menos carga probatória para seu deferimento, embora a questão de fundo fosse a mesma: entregar o relatório aos internos é uma tutela mandamental de fazer enquanto abster-se de interferir na entrega do relatório é uma tutela mandamental de não-fazer²¹¹.

Inquire-se, por conseguinte, se o modelo bifurcado tem algum propósito real ou se ele decorre apenas de uma aversão das cortes à concessão de *preliminary injunctions*.

Uma possível justificativa ao fenômeno, segundo Thomas Lee, é que o *status quo* “operaria como um substituto à avaliação do requisito *balance of hardships* pelas cortes”²¹². Segundo essa teoria, a *preliminary injunction* que preserva o *status quo* justificaria-se por uma diminuição da necessidade de demonstração da probabilidade de sucesso da demanda já que o sopesamento dos danos entre as partes tenderia a favorecer o requerente enquanto que uma *preliminary injunction* que altere o *status quo* requererá uma demonstração mais profunda da probabilidade de sucesso da demanda uma vez que o sopesamento dos danos tenderá a favorecer a parte contrária. Nesse escorço, se essa nova conceituação do *status quo* consegue prever essa relação quanto ao *balance of hardships*, o modelo bifurcado traria mais eficiência ao sistema já que desoneraria o juiz dos custos de avaliar requisitos específicos de cada caso²¹³.

No entanto, essa justificativa é falaciosa uma vez que o *status quo*, ao contrário do que aparenta, aumenta os custos privados e públicos do processo. Primeiro, o modelo exige das partes uma busca pela natureza do remédio perseguido e seus efeitos para o *status quo*, o que tende a um alto consumo de recursos processuais. Por sua vez, o modelo

²¹¹ O mesmo tipo de dúvida pode ser encontrado em *Jolly v. Coughlin*, 76 F.3d 468 (2d. Cir. 1996), no qual um interno da penitenciária se recusara por questões religiosas a submeter-se a um teste de detecção de tuberculose latente ordenado pelo New York State Department of Correctional Services. Ele foi, então, submetido a confinamento administrativo por tempo indeterminado, sem real relevância médica. O interno então aforou demanda na qual requereu uma *preliminary injunction* alegando que o tratamento imposto pelo réu violaria seu direito ao livre exercício da religião previsto no Religious Freedom Restoration Act de 1993 e seu direito constitucional a se ver livre de pena cruel e inhumana como previsto na terceira emenda da Constituição Americana. A corte, no entanto, entendeu que o remédio perseguido seria mandamental uma vez que requereria uma mudança drástica da política estabelecida até o momento, e que, portanto, necessitaria de uma carga probatória maior. Veja-se que a situação não é tão diferente daquela apresentada em *Abdul Wali v. Coughlin*: por um lado, fazer cessar o confinamento desarrazoado poderia ser considerado como uma *prohibitory injunction* enquanto que fazer o réu alterar sua política de confinamento poderia ser considerado uma *mandatory injunction*, como de fato foi considerado.

²¹² LEE, Thomas R. *Op. Cit.* p. 161.

²¹³ Como aponta Lee, “this argument introduces an additional variable into the economic model: private and public costs of litigation. It posits that reliance on the status quo may be economically justifiable if it generates savings in litigation costs that outweigh any corresponding increase in irreparable harm that would result from a failure to examine the balance of hardships more directly.” (LEE, Thomas R. *Op. cit.* p. 163)

bifurcado dá a falsa impressão de que a classificação de uma situação como mantenedora ou alteradora do *status quo* finda a análise necessária pelos juízes. Os juízes ainda assim deverão avaliar os fatores tradicionais para determinar se a probabilidade de sucesso é suficientemente clara ou se os danos irreparáveis substancialmente superam aqueles identificados pela parte contrária. Aliás, essa é a conclusão da análise aprofundada de Thomas Lee sobre a questão, para quem “o efeito do modelo bifurcado é o de impor um nível adicional de averiguação sem simplificar o exame dos fatores tradicionais”²¹⁴.

Tudo leva a crer, portanto, que o modelo bifurcado criado nos Segundo, Nono e Décimo Circuitos de Justiça Federal é fruto de pura aversão das cortes ao deferimento de tutelas mandamentais de fazer, sem embasamento histórico ou teórico, o que desvirtua o propósito das *preliminary injunctions*. Esse sistema é amplamente combatido por decisões dos demais circuitos por confundir o fundamento do instituto com o desenho procedimental decisório que lhe deve ser subjacente²¹⁵.

3.2.3 Posição de Brooks e Schwartz

Em 2005, Richard Brooks e Warren Schwartz publicaram um trabalho cuja originalidade é indiscutível na *Stanford Law Review*, indicando uma nova visão sobre a função da construção das *preliminary injunctions* por meio da introdução de uma análise econômica e comportamental da existência e do desenho requerido para o seu deferimento. A premissa do trabalho é que as *preliminary injunctions* deveriam conter em sua estrutura uma análise *ex ante* do comportamento que as partes terão com o seu deferimento ou indeferimento uma vez que a compensação final (*ex post*) pelo erro cometido em razão da

²¹⁴ LEE, Thomas R. *Op. Cit.* p. 164. *Tradução nossa*. Nas sua visão, “first, the bifurcated standard will produce litigation costs: parties and their counsel will invest time and resources in attempting to convince the court of their own view of the nature of the injunction at issue, and courts themselves (both district and appellate) will expend their own time and resources on this hollow inquiry. Second, the heightened standard will give rise to what might be termed ‘error costs’; it will produce decisions that turn on arbitrary and capricious considerations, since the legal standard itself is incapable of consistent, reasoned application.” (*Id, ibidem*, p.166). Arthur Wolf já havia se levantado contra a busca da preservação do *status quo* como função do desenho procedimental das *preliminary injunctions* em seu artigo WOLF, Arthur D. Preliminary injunctions: the varying standards. 7 *Western New England Law Review* 173, 1984. p.228 (“[...] the proper focus should be whether the denial of interim relief will seriously erode or totally undermine the capacity of the court to formulate an effective remedy after a hearing on the merits. Concentrating on that question, courts and litigants need not engage in lengthy and tedious arguments over what constitutes the status quo and how, if at all, it should be preserved.”)

²¹⁵ Vide *United Food & Commer. Workers Union, Local 1099 v. Southwest Ohio Reg'l Transit Auth.*, 163 F.3d 341 (6th Cir. 1998); *Ortho Pharm. Corp. v. Amgen, Inc.*, 882 F.2d 806 (3d Cir. 1989); *Canal Authority of the State of Flor. v. Callaway*, 489 F.2d 567 (5th Cir. 1974).

incerteza judicial naquele momento nunca será capaz de compensar os custos sociais dessa decisão. Criticam, pois, o modelo apresentado por Leubsdorf e Posner por este se pautar na distribuição de danos entre as partes e não na efetiva diminuição de danos da decisão²¹⁶.

Segundo essa posição, em havendo incerteza judicial (que é a característica natural das *preliminary injunctions*) não há razão para não se considerar se a decisão aumentará o bem-estar social e se evitará desperdício de recursos. É, pois, uma análise consequencialista das estruturas processuais que internaliza padrões comportamentais das partes para definir quem merece a posição de vantagem que será delineada pela decisão antecipatória²¹⁷.

Como toda análise econômica clássica, parte-se do conceito de eficiência alocativa para se determinar a quem cabe a decisão liminar. O juiz, dessa forma, deve meramente decidir se o comportamento que o autor deseja do réu através da *preliminary injunction* é eficiente, sem considerar danos irreparáveis a direitos ou à distribuição de custo da performance ou não performance²¹⁸. Trata-se da *interim-efficiency rule*, segundo a qual apenas nos casos em que o valor que o autor confere à performance do réu seja maior que os custos de oportunidade (*outside options*) do mesmo, o juiz deveria deferir a tutela antecipatória. A fim de um melhor entendimento do novo paradigma, deve-se entender como os professores de Yale e da Georgetown University chegam a essa conclusão.

Partindo da lógica de um sistema processual que não oferecesse a *preliminary injunction* como uma possibilidade no curso da demanda, a questão de se o réu cumpriria ou não com suas obrigações contratuais (aqui utilizando como exemplo o cumprimento contratual e a teoria da quebra eficiente) dependeria em grande parte dos seus custos de oportunidade. Consideremos I_A como os custos de oportunidade do réu (ou seja, o

²¹⁶ Nas palavras de Brooks e Schwartz, “the traditional view holds that no harm is done if plaintiff (assuming the injunction is denied) later receives sufficient compensation for harm caused by defendant's infringement or if a defendant (assuming the injunction is granted) who ultimately prevails receives sufficient compensation for the costs of compliance. Pursuant to this view, it is unimportant whether the injunction is issued so long as adequate compensation is provided ex post. The adequacy of ex post compensation, under the traditional view, is an independent reason not to issue a preliminary injunction, but not so under our view. Under our framework, ex post compensation is never adequate by itself because it cannot eliminate the social loss resulting from the inefficient conduct. In simple terms, the traditional view focuses on distributing the loss between the parties. We focus on minimizing the loss.” (BROOKS, Richard R. W.; SCHWARTZ, Warren F. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine. 58 *Stanford Law Review* 381, 2005. p.393)

²¹⁷ Para entender melhor as posições de vantagem criadas pela *preliminary injunction* vide LANJOUW, Jean O.; LERNER, Josh. Tilting the table? The use of preliminary injunctions. 44 *Journal of Law and Economics* 573, 2001. E, ainda, LICHTMAN, Douglas. Irreparable benefits. *The University of Chicago Law School John M. Olin Law and Economics Working Paper n. 305*, September, 2006.

²¹⁸ Vide BROOKS, Richard R. W.; SCHWARTZ, Warren F. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine. 58 *Stanford Law Review* 381, 2005. p.403.

valor resultante do cumprimento da obrigação), l_π como o valor que o autor dá ao cumprimento da obrigação pelo réu e P como a probabilidade de sucesso da demanda ao final de todo o procedimento judicial; ao entregar os bens objeto da relação contratual, o réu previne toda a responsabilidade possível e recebe um esperado ganho em rede de $(1 - P) \times l_\Delta$ (ou seja, o valor previsto em contraprestação no negócio jurídico bilateral²¹⁹) contra esse valor, o réu pesará os benefícios possíveis em caso de não-cumprimento da obrigação, que serão representados pela diferença entre os custos esperados pelo não cumprimento da obrigação (que são os mesmos para o cumprimento da obrigação, quais sejam, $(1 - P) \times l_\Delta$), os benefícios esperados pela opção de não cumprir o contrato (por exemplo, assumir nova obrigação com outrem que pague mais pelo valor indicado; tal valor é representado por $P \times l_\Delta$, uma vez que a probabilidade do não sucesso da demanda $(1 - P)$ já foi utilizada para o cômputo dos custos de cumprimento da obrigação) e os benefícios esperados pela parte contrária que deverão ser pagos em razão do eventual sucesso da demanda pelo autor. Dessa forma, temos:

$$(1 - P) \times l_\Delta > (1 - P) \times l_\Delta + P \times l_\Delta - P \times l_\pi$$

$$l_\Delta - P \times l_\Delta > l_\Delta - P \times l_\Delta + P \times l_\Delta - P \times l_\pi$$

$$l_\Delta - P \times l_\Delta > l_\Delta - P \times l_\pi$$

$$- P \times l_\Delta > - P \times l_\pi$$

$$l_\Delta < (- P \times l_\pi) / (- P)$$

$$\text{logo, } l_\Delta < l_\pi$$

Essa desigualdade mostra exatamente o princípio da alocação eficiente uma vez que o réu/devedor somente cumprirá sua parte do contrato caso o valor que o autor/credor confere ao cumprimento seja maior que os custos do adimplemento pelo devedor ($l_\pi > l_\Delta$).

Transportando essa lógica para um sistema em que haja a oportunidade de *preliminary injunctions*, o autor somente requererá uma *preliminary*

²¹⁹ Vale aqui ressaltar que para o direito americano todo contrato requer *consideration*, que é representado pela troca de valores entre as partes. Dessa forma, não há contratos unilaterais no sentido que empregamos no Brasil, sendo eles sempre bilaterais. A doação pura e simples, por exemplo, não é considerada relação contratual, mas *gift* e não é passível de *enforcement* judicial.

injunction caso o valor que ele confere ao adimplemento da obrigação (*i.e.*, l_π) descontado o valor do custo esperado do que deverá ressarcir a parte contrária caso a demanda não seja bem sucedida (*i.e.*, $(1 - P) \times l_\Delta$) seja maior que o valor esperado caso a demanda seja ultimamente procedente (logo, $P \times l_\pi$). Logo, temos que:

$$\begin{aligned} l_\pi - [(1 - P) \times l_\Delta] &> P \times l_\pi \\ - (1 - P) \times l_\Delta &> P \times l_\pi - l_\pi \\ - (1 - P) \times l_\Delta &> - (1 - P) \times l_\pi \\ \text{Logo, } l_\Delta &< l_\pi \end{aligned}$$

A desigualdade novamente demonstra uma eficiência alocativa quanto à decisão do autor em requerer uma *preliminary injunction*, sendo que tal somente deverá ocorrer quando o valor que ele dá ao cumprimento da obrigação seja superior aos custos de seu cumprimento pelo réu.

Pautando-se nessa análise, portanto, Brooks e Schwartz acreditam que, em sendo a eficiência alocativa a única variável que sempre será estável nas relações trazidas ao juiz (*i.e.*, $l_\pi > l_\Delta$) tanto para o cumprimento natural pelo devedor quanto para a decisão do autor em requerer uma *preliminary injunction* com bases no *homo oeconomicus*²²⁰, ou seja, racional, o *princípio da eficiência interina* deve prevalecer na decisão do magistrado, deferindo a tutela antecipatória tão-somente nos casos em que seja visível maior valor quanto ao objeto para o autor que para o réu.

Uma óbvia dificuldade para esse sistema é quantificar o valor que cada parte confere ao objeto da relação jurídica em disputa. Brooks e Schwartz não reduzem a dificuldade nessa questão. Contudo, apontam que o sistema de Leubsdorf e de Posner requer análise de dados ainda mais complexos que a simplificação apresentada. Segundo eles, “a formulação da regra Leubsdorf-Posner, como a *interim-efficiency rule*, requer que o juiz determine o quão melhor o autor ficaria se o réu agisse da forma requerida (l_π) e quão pior o réu ficaria caso fosse obrigado a agir dessa forma (l_Δ). Enquanto essa formulação é suficiente para ajudar a corte a implementar a *interim-efficiency rule*, a regra tradicional requer mais.

²²⁰ Para melhor entendimento vide MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of Justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Tradução de Deborah Shannon. Nova Iorque: Springer, 2009. p.07-30.

[...] além de descobrir l_{Δ} e l_{π} , o juiz deve determinar (1) se a compensação concedida ao final do processo será adequada para ambas as partes, (2) a probabilidade de o réu ter que pagar indenização ao autor caso não seja conferida a *preliminary injunction* e (3) a probabilidade de o autor ter que pagar indenização ao réu caso seja conferida a *preliminary injunction*. Não queremos muito. Tudo que dizemos é que a implementação da *interim-efficiency rule* não é mais custosa, é provavelmente menos custosa, que a implementação da regra Leubsdorf-Posner”²²¹.

Por fim, a fórmula integraria também a *preliminary injunction liability rule* como forma de redução do índice de *preliminary injunctions* indevidas serem requeridas pelo autor. Segundo esse princípio, toda *preliminary injunction* deveria ser acompanhada de uma caução pelos custos esperados pelo cumprimento do réu (i.e., $(1 - P) \times l_{\Delta}$) uma vez que o autor, então, somente fá-lo-ia caso as vantagens adicionais de assegurar a *preliminary injunction* (que seria $(1 - P) \times l_{\pi}$ uma vez que $P \times l_{\pi}$ já representa os benefícios esperados pelo sucesso da demanda) fossem maiores que aquele valor. Nesses termos, temos:

$$(1 - P) \times l_{\Delta} < (1 - P) \times l_{\pi}$$

$$\text{Logo, } l_{\pi} > l_{\Delta}$$

Em havendo a previsão dessa caução, cria-se no sistema um incentivo para que o autor determine quais serão os custos para o réu. De fato, como avaliam Brooks e Schwartz, “o juiz não terá que determinar a magnitude desses custos até que eles sejam reais e que o caso tenha sido finalmente decidido”²²² uma vez que o autor somente suportá-los-á caso considere conveniente, submetendo-se ao requisito para o deferimento da antecipação da tutela.

A proposta, no entanto, contém algumas falhas quanto ao seu universalismo. Como apontou John Leubsdorf em resposta à publicação, tanto a *preliminary injunction liability rule* quanto a *interim-efficiency rule*, mesmo hipoteticamente, seriam inaplicáveis a determinados casos. Primeiramente, em alguns casos, os autores não devem pagar a caução porque: “(a) não podem pagá-la; (b) eles estão processando em nome de uma

²²¹ BROOKS, Richard R. W.; SCHWARTZ, Warren F. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine. 58 *Stanford Law Review* 381, 2005. p.404. tradução nossa.

²²² BROOKS, Richard R. W.; SCHWARTZ, Warren F. *Op.cit.* p.406. tradução nossa.

classe ou do público e sua parte é tão pequena que torna a questão sensível; ou (c) eles são agências governamentais que não têm dinheiro para gastar em cauções. Sob a *liability rule*, alguém poderia simplesmente denegar o pedido nessas situações porque a caução que a regra requer não foi dada”²²³. Leubsdorf até considera a sua possibilidade para questões contratuais e de *nuisance* (que são o enfoque dado por Brooks e Schwartz), mas sua extensão para outras áreas inviabilizaria a própria defesa de direitos por um sistema de venda e compra de interesses, que muitas vezes as partes não estariam inclinadas a pagar enquanto outras estariam dispostas a tanto²²⁴.

Por sua vez, a *interim-efficiency rule* criaria um sistema que ruiria a alocação de direitos que não seja embasada em princípios de eficiência econômica. Segundo Leubsdorf, a questão pode ser colocada da seguinte forma: “criando-se uma disjunção entre o que se aplica no estágio interlocutório e o que se aplica no estágio final atentaria, em alguma medida, contra a política incorporada pela regra final. Durante o período entre a *preliminary injunction* e a determinação final, a regra que estaria sendo aplicada seria diferente do direito substantivo formulado pelo corpo legislativo. Verdade, o autor será recompensado pelo desvio, se houver efetivamente um. E se nós estamos lidando com direito contratual e aceitando a teoria da quebra eficiente, isso remove o problema: o direito então aceita a premissa que a compensação é tão boa quanto, ou melhor que, o cumprimento. Mas se o legislador ao instituir a regra de direito em questão queria que pessoas se comportassem de determinada forma – não apenas recompensar monetariamente quando assim não se comportam – o objetivo estará comprometido. O embate é muito mais severo se o direito substantivo corporifica um padrão de conduta que é ineficiente em um sentido econômico relevante”²²⁵. Além disso, há ainda uma questão de fundo importante: com esse modelo os autores estariam forçando os réus por meio do Poder Judiciário a abandonar seus direitos sem

²²³ LEUBSDORF, John. Preliminary injunctions: in defense of the merits. 14 *Rutgers School of Law-Newark Working Paper Series*, 2006. p.9. tradução nossa.

²²⁴ Como aponta, “under the ‘liability rule’, a plaintiff willing to pay may obtain injunctive relief so long as there is uncertainty as to the correct result. The plaintiff thus enlists the courts to force the defendant to sell its claimed rights while the suit is pending. In the contractual and nuisance disputes the article discusses, this may be acceptable. But what about election disputes such as Bush v. Gore? Should a (political) party with sufficient funding be able to delay a vote count, or even install its candidate, pending final determination? Other examples might include: enjoining a government project on environmental grounds; blocking a statute; and enjoining discharge of a CEO, governmental official, or other employee. One problem such case raise is that of plaintiffs who are able and willing to pay to secure economically inefficient results, whether out of spite or because they place a higher than market value on money than the defendants. A second is undermining rights not based on economic efficiency.” (LEUBSDORF, John. Preliminary injunctions: in defense of the merits. 14 *Rutgers School of Law-Newark Working Paper Series*, 2006. p.3-4)

²²⁵ LEUBSDORF, John. Preliminary injunctions: in defense of the merits. 14 *Rutgers School of Law-Newark Working Paper Series*, 2006. p.4. tradução nossa.

nenhuma demonstração de título, sendo o único motivo a sua utilização mais produtiva por aqueles. Por sua vez, também alguns autores teriam seus pedidos negados em razão de serem as atividades desenvolvidas pelos réus mais produtivas.

Em especial quando nos voltamos para os processos coletivos a lógica de Brooks e Schwartz se deteriora pelas próprias bases individualistas sobre as quais repousa: primeiro, em razão de a *interim-efficiency rule* se pautar por uma teoria da justiça ultrapassada pautada pela *maximização de riqueza*²²⁶, ela se torna incompatível com os propósitos da litigância coletiva (o que, contudo, não exclui a possibilidade de análises de custo e benefício, como ver-se-á no capítulo IV deste trabalho). Seu postulado de fundo quanto ao consequencialismo e ao bem-estar social que pode ser alcançado na decisão antecipatória não é aqui rechaçado, mas os princípios utilizados pelos professores alcançam tão-somente relações específicas entre particulares não comportando sua extensão aos direitos transindividuais, nem aos direitos individuais de tratamento coletivo. Segundo, porque a *liability rule* trazida não consegue alcançar os efeitos a que se destina ou por não ser possível quantificar a caução necessária adequadamente na litigância de massa²²⁷ ou por ela ser tão alta que tornaria inviável a via processual. Em qualquer caso sua finalidade restaria comprometida.

3.3 Requisitos para a concessão

Assim como não é uníssona a questão da função do desenho procedimental da *preliminary injunction*, também não o é a questão dos fatores a serem apreciados pelas cortes para o seu deferimento²²⁸, embora possamos encontrar, ao menos

²²⁶ Teoria, aliás, criada por Richard Posner e por ele modificada reiteradas vezes. Vide MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of Justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Tradução de Deborah Shannon. Nova Iorque: Springer, 2009. p.143-183.

²²⁷ Interessantes as palavras de Leubsdorf nesse sentido: “The ability of the liability rule to avoid the multiplication of injunctions against conduct that turns out to be lawful – or, as the article would put it, to avoid injunctions that cost defendants more than they benefit plaintiffs – turns on the adequacy of the compensation that defendants receive if they prevail on the merits. Again, in contract and other cases in which only ‘economic’ values are in question and only the parties to the lawsuit have relevant gains and costs, that may not be a big problem. But suppose the construction of a dam is enjoined to resolve a claim of injury to a protected species; what are the government’s damages? Similarly, what are the injunction bond damages if a municipality enjoins a demonstration, or a plaintiff enjoins an allegedly religious governmental act? At present, there is little authority on how much prevailing defendants may recover on injunction bonds, and that authority is not very liberal. Of course, that approach could be changed, but the assessments difficulties remain.” (LEUBSDORF, John. Preliminary injunctions: in defense of the merits. 14 *Rutgers School of Law-Newark Working Paper Series*, 2006. p.6. tradução nossa.)

²²⁸ Questão que, aliás, não arrefeceu nos últimos vinte e cinco anos como é possível verificar do cotejamento entre o artigo de WOLF, Arthur D. Preliminary injunctions: the varying standards. 7 *Western New England Law*

entre os circuitos da justiça federal, preferência por quatro principais fatores: (a) a probabilidade de sucesso da demanda (*plaintiff's probability of success on the merits*), (b) a probabilidade de dano irreparável caso não seja concedida a *preliminary injunction* (*irreparable injury to the plaintiff*), (c) comparação de possíveis danos entre as partes (*balance of hardships*) e (d) o interesse público (*public interest*). Esses elementos serão estudados a seguir uma vez que considerados como fatores tradicionais na quase totalidade dos circuitos de justiça federal e entre as justiças estaduais.

Algumas dissidências podem ser elencadas, contudo, à guisa de curiosidade. O Segundo Circuito de justiça federal adotou um modelo de três fatores pelo qual o requerente deve estabelecer “1) que está sujeito a dano irreparável; e 2) alternativamente: a) que é provável o sucesso da demanda, ou b) que há questões sérias suficientes quanto ao mérito da demanda para sua litigância e que a comparação dos danos se incline ‘decididamente’ em favor do requerente”²²⁹. Já o Sétimo Circuito de justiça federal adotou um sistema de cinco fatores segundo o qual o requerente deve demonstrar “(1) uma probabilidade razoável de sucesso da demanda subjacente; (2) não haver remédio adequado *at law*; e (3) dano irreparável se a *injunction* não for concedida. Se uma avaliação desses três pontos indicar que uma *injunction* seria apropriada, a corte então (4) sopesará os danos potenciais para as partes e (5) considerará as questões de interesse público”²³⁰.

Ademais, inclusive entre as cortes que aceitam o modelo quadrilateral tradicional há diferenças, no entanto, quanto à estrutura dos testes a ser aplicados, o que será objeto do item 3.4 deste trabalho.

Review 173, 1984 e a recente publicação de STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009. p.18 e ss.

²²⁹ Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393, 424 (2d. Cir. 2004) citando Genessee Brewing Co. v. Stroh Brewing Co., 124 F.3d 137, 141 (2d Cir 1997) citando por sua vez Warner-Lambert Co. v. Northside Dev. Corp., 86 F.3d 3, 6 (2d Cir. 1996). Tradução nossa.

²³⁰ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009. p.21-22. Tradução nossa. Essa construção pode ser encontrada em *Foodcomm Int'l v. Barry*, 328 F.3d 300 (7th Cir. 2003), *Promatek Indus, Ltd. V. Equitrac Corp.*, 300 F.3d 808 (7th Cir. 2002) e *Jones v. infocure Corp.*, 310 F.3d 529 (7th Cir. 2002).

3.3.1 Probabilidade de sucesso da demanda (*plaintiff's probability of success on the merits*)

A probabilidade do sucesso da demanda não possui elementos específicos para sua aferição, sendo resultado da impressão do magistrado em face das evidências trazidas e das alegações do autor.

3.3.2 Dano irreparável ao autor (*irreparable injury to the plaintiff*)

3.3.2.1 Irreparabilidade e Irreversibilidade

O dano irreparável ao autor talvez seja o ponto mais difícil de se determinar para as tutelas antecipatórias. Primeiro porque, de certa forma, a irreparabilidade está associada ao conceito de irreversibilidade, a qual intuitivamente abarcaria qualquer fato e momento uma vez que tudo que é feito em um determinado espaço e tempo é naturalmente irreversível (*e.g.*, o tempo utilizado para o leitor ler o presente texto nunca mais será passível de recuperação, sendo, de certa forma, um dano irreparável em espécie). Segundo porque o critério eleito para fazer a triagem dos danos irreparáveis daqueles reparáveis é um critério falho: a impossibilidade de completa reparação por meio de indenização ou a dificuldade de quantificação de um valor para tanto.

Para enfrentar a primeira questão, Cass Sunstein propõe uma análise bifurcada do conceito de irreversibilidade²³¹: primeiro, a irreversibilidade deve ser considerada juntamente com a *seriedade* da situação em uma perspectiva que abarque as chamadas *value options* (ou custos de oportunidade) em uma análise econômica simples de custo-benefício. A simples tendência de aversão à perda (*loss aversion*) não pode ser o fio condutor do princípio da precaução de danos irreparáveis (*irreparable harms precautionary principle*), devendo, na verdade, verificar-se a extensão do custo para a recomposição do que se perdeu e se tal custo é suportável a longo prazo. Aqui, o conceito de *sunk costs* (que em análise econômica se refere aos custos não recuperáveis de um investimento, como a compra

²³¹ Embora o artigo de Sunstein considerado neste momento tenha por objetivo discutir principalmente questões ambientais e de saúde pública, a lógica empregada se aplica naturalmente. Vide SUNSTEIN, Cass. Irreversibility. *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Paper No.08-25*, 2008.

de veículos para uma empresa uma vez que o valor aplicado inicialmente não será recuperável futuramente ante a desvalorização do bem) pode ser aplicado analogicamente para entender-se o que em realidade deve ser considerado como dano irreparável ou de difícil reparação com o passar do tempo no curso processual: se prevenir for menos custoso que o valor a ser utilizado ao final para reparar o dano em caso de o requerente lograr êxito na demanda, a tutela antecipatória deve ser concedida; caso contrário, indeferida. Nesse ponto, uma interessante observação de Douglas Lichtman conecta a primeira parte da tese de Sunstein ao segundo ponto levantado no parágrafo anterior. Para Lichtman, embora em uma pequena parte dos casos decididos pelas cortes possa conter efetivamente alguma irreparabilidade no sentido de uma total inadequação da indenização como forma de recomposição futura (como a indevida restrição da liberdade de alguém ou a privação do convívio com um filho), a maior parte das situações em que os danos são considerados irreversíveis e, logo, irreparáveis escondem uma situação de presunção pela inviabilidade de quantificação exata do valor que poderia reparar o dano. Não se tratam de situações em que o dinheiro não poderia reparar o dano ou recompor o bem perdido futuramente, mas situações em que o juiz não conseguiria fidedignamente quantificar a extensão total do valor para tal reparação. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à livre expressão. Como aduz Lichtman, “limitações no direito de livre expressão são rotineiramente caracterizadas como irreparáveis, com cortes e comentaristas prontamente aceitando a noção de que o dinheiro não pode adequadamente reparar a expressão que foi erroneamente restringida. Isso, no entanto, é ridículo. Um ativista de direitos civis que espera estabelecer uma demonstração pacífica em um domingo determinado deixaria de lado essa oportunidade voluntariamente se compensado pelo (digamos) financiamento necessário para patrocinar dez demonstrações na semana seguinte, ou, melhor ainda, alguma mistura de demonstrações, audiências públicas, e outros meios pelos quais sua mensagem pudesse ser ouvida. O verdadeiro problema com a maioria dos danos à livre expressão é, portanto, não que dinheiro posteriormente ao fato não possa recompor a vítima, mas que as cortes não podem estimar com certeza o tamanho da transferência de dinheiro necessária”²³². A mesma questão pode ser levantada para outras presunções como a falência de uma empresa devido a uma situação criada pelo réu ou a demissão indevida de um empregado, sendo ambos os casos totalmente reparáveis por meio de quantias em dinheiro; o que nos leva a indagar: se ao juiz é facultado utilizar de teorias de

²³² LICHTMAN, Douglas G. Irreparable benefits. *The University of Chicago John M. Olin Law and Economics Working Paper Series no. 305*, 2006. p.8. Tradução nossa.

probabilidade subjetiva²³³ para definir sua confiança em determinadas provas e até para determinar a probabilidade de sucesso da demanda, porque a ele não é facultado especular probabilisticamente o valor a ser determinado nesses casos mais complexos a fim de realizar a análise de custo-benefício proposta por Cass Sunstein?²³⁴

Por sua vez, Douglas Laycock propõe uma abordagem um pouco diferente para definição da irreparabilidade nessas situações, embora ao final pareça conduzir à mesma conclusão trazida por Sunstein. Laycock concorda que não pode haver presunções sobre a irreparabilidade uma vez que, apesar de frequente no meio jurídico a classificação de situações em sistemas binários de sim/não e certo/errado, não é possível criar uma lista de danos que divida em reparáveis e irreparáveis determinadas situações de forma a que possam explicar os casos ultimamente. Nessa perspectiva, ele considera que os danos variam em uma escala de irreparabilidades e que essa escala é parcialmente independente de suas variações em suas escalas de severidade e probabilidade. Posto em termos de adequação, “o remédio no julgamento final pode ser pouco inadequado (apenas um pouco pior que a tutela antecipatória), seriamente inadequado, quase sem valor, ou algo no meio. Implicitamente, o grau de irreparabilidade é uma variável separada no teste de balanceamento da *preliminary injunction*”²³⁵. A escala de probabilidades teria, pois, correspondência com as consequências que poderiam ser criadas e tais seriam um fator de desconto da escala de severidade de determinado dano quanto ao provimento final definitivo, o que habilitaria um cotejamento final nos graus apontados acima. A teoria de Laycock, no entanto, deixa de resolver a questão do que seria a *severidade* nesse cômputo de escalas, embora, em última análise, aplique a *probabilidade* como um fator de desconto sobre essa variável.

Pois bem. Se por um lado temos casos em que apenas determinaremos a irreparabilidade de um dano com base na comparação entre as situações provisória e final e evidentemente com esteio na *seriedade*, por outro lado da teoria de Cass Sunstein temos casos cuja *incomensurabilidade* do dano é característica determinante para sua total irreversibilidade. É o caso, por exemplo, da extinção de determinada espécie de animal, sendo faticamente impossível recriar os espécimes por meio do emprego de qualquer força humana a ser definida ulteriormente em cifras. É a perda de algo único que não pode ser recuperado a qualquer custo em decorrência da inexistência de substitutos (*value options*). Tal não quer dizer que por ser incomensuráveis estaríamos dispostos a pagar qualquer valor para preservá-

²³³ Como será visto pelo Teorema de Bayes no item 4.2 deste trabalho.

²³⁴ Essa questão será oportunamente desenvolvida no Capítulo IV deste trabalho.

²³⁵ LAYCOCK, Douglas. *Op. cit.* p. 121.

lo, apenas que o dano decorrente é impossível de ser restaurado ao *status quo ante*²³⁶. Ademais, a *incomensurabilidade* contém ainda uma faceta moral para adequada avaliação dos custos de determinados bens sociais com base na função política do direito, o que, mais uma vez, reforçamos, não guarda corresponsabilidade impossibilidade de avaliação de custo-benefício. Assim, Sunstein aponta que “dizer que uma perda social não é comensurável em dinheiro, em um senso moral, não é dizer que seres humanos podem evitar qualquer forma de monetarização. O ponto é que, nos domínios da escolha privada e do julgamento público, qualquer designação monetária deveria ser apreciada com um entendimento da natureza dos bens em questão. Como eu enfatizei, este ponto não provê qualquer guia para resolver a importante questão de como a designação de valores monetários deveria ocorrer. Mas para aqueles preocupados com a irreversibilidade em seu sentido relevante, tal não é a única questão. Nós precisamos considerar ‘como’ as coisas são valoradas, não meramente ‘em quanto’ as coisas são avaliadas”²³⁷. Considere, por exemplo, melhoramentos genéticos realizados em seres humanos. Certamente algumas pessoas terão medo dos efeitos adversos não previstos para a saúde humana. Mas outros acreditarão que se nós nos submetêssemos a alguns desses melhoramentos, nós alteraríamos a natureza ou nosso entendimento sobre ela, e isso seria irreversível. Por um lado, essas alterações criariam uma distinção qualitativa do dano para o nosso entendimento sobre a natureza das pessoas e, uma vez que a perda tenha ocorrido, ela seria incapaz de ser revertida. Como observa Sunstein, “para a maior parte dos melhoramentos imagináveis, incluindo aqueles que aumentam enormemente as capacidades humanas, eu não dividiria essa preocupação. Capacidades existentes não têm qualquer força moral especial, e melhoramentos delas não levariam a distintas perdas cuja preocupação seja necessária (ou é o que me parece). Mas é difícil compreender os atuais debates sem

²³⁶ Como Cass Sunstein explica, “this claim – a challenge to prominent understandings of utilitarian and economic conceptions of value -- should not be confused. Of course people are willing to make trade-offs among qualitatively diverse goods, and they do so all the time. We will pay a certain amount, and no more, to be able to protect members or an endangered species or to visit the beach, or to help preserve it in a pristine state; public health problems threaten to cause losses of unique goods, including human lives, but tradeoffs are nonetheless made; we will not pay an infinite sum to see our friends, or even to maintain our friendships; we will take some precautions, but not others, to reduce environmental risks to ourselves and to our children. To say that a good is not fungible is not to say that it is infinitely valuable. To say that a good lacks substitutes is not to deny that people will give up some amount, and not more, to preserve. Incommensurability can exist alongside tradeoffs. The point is only that when a loss is deemed irreversible, it is because the good in question is not believed to be fungible with other human goods. Many of those who are concerned about irreversible harms intend to stress this point. What is gained by an understanding of incommensurability is a more vivid appreciation of why certain losses cannot be dismissed as mere ‘costs’.” (SUNSTEIN, Cass. Irreversibility. *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Paper No.08-25*, 2008. p.13)

²³⁷ SUNSTEIN, Cass. Irreversibility. *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Paper No.08-25*, 2008. p.14. Tradução nossa.

reconhecer que essa objeção existe em seu seio”²³⁸. Vale dizer, embora Sunstein apresente essa visão bifurcada dos conceitos de irreversibilidade, o que ele realmente pretende com a segunda espécie é apenas mostrar que há irreversibilidades que não podem ser totalmente compreendidas em função de uma análise de valores puros de mercado uma vez que há questões subjacentes que haverão de alterar a apreciação da questão em prol de ser dado mais peso a determinados aspectos que a outros em situações nas quais não seja efetivamente possível voltar atrás de qualquer forma suficientemente eficaz para sua reparação²³⁹.

3.3.2.2 Presunções de dano irreparável

Algumas situações foram alçadas à posição presuntiva (*juris tanto*) de dano irreparável pelas cortes americanas, o que significa que o requerente da *preliminary injunction* apenas terá de demonstrar a probabilidade de sucesso da demanda para o deferimento, embora seja aconselhável que também indique e prove a irreparabilidade do dano para tornar seu pleito ainda mais forte.

Nestes termos, podemos elencar os casos que envolvam propriedade intelectual (embora hoje haja dúvida sobre tal presunção ante a recente decisão da Suprema Corte em *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*²⁴⁰), proteção de segredo comercial (*trade secret*) e algumas *causes of actions* constitucionais (principalmente as atinentes a direitos personalíssimos como os da Primeira, Oitava e Décima Quarta Emendas).

Tal presunção, no entanto, deve ser considerada com cautela, especialmente no que tange àquelas referentes a direitos personalíssimos constitucionais. Primeiro, como dito, os requerentes não são automaticamente considerados em posição de vantagem para a *preliminary injunction*, uma vez que a falha em demonstrar a probabilidade de sucesso da demanda levará à denegação do pedido (*motion for preliminary injunction*). Segundo, “se a violação de direito constitucional puder ser sanada por meio de indenização,

²³⁸ SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.* p.14-15. *Tradução nossa*.

²³⁹ Essa preocupação também é acompanhada por Lichtman em uma análise bastante menos complexa, indicando que algumas questões como a perda da liberdade em decorrência de uma injusta ordem de prisão ou a privação do convívio com uma criança ou com a pessoa amada. Vide LICHTMAN, Douglas G. Irreparable benefits. *The University of Chicago John M. Olin Law and Economics Working Paper Series no. 305*, 2006. p.7.

²⁴⁰ 126 S.Ct. 1837 (May 15, 2006). Embora a decisão versasse sobre *permanent injunctions* (ao final do processo), “a insistência da corte que dano irreparável não deve ser presumido levanta a questão se tal presunção ainda se aplica no contexto da *preliminary injunction* em todos os tipos de casos de propriedade intelectual” (STOLL-DEBELL, Kristin *et al. Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009. p.121. *Tradução nossa*).

uma *preliminary injunction* pode não ser apropriada”²⁴¹. Por exemplo, em *Caguya Indian Nation v. Village of Union Springs*, “a corte negou o pedido da tribo indígena para conceder *preliminary injunction* proibindo o cumprimento [*enforcement*] de leis de zoneamento no que concerne à utilização da propriedade da tribo que estava localizada dentro dos limites da propriedade do réu. O réu estava tentando usar as leis de zoneamento para proibir as renovações da tribo à propriedade em questão. A corte notou que, embora possa haver uma questão de soberania tribal, o dano ao autor poderia ser sanado com indenização”²⁴².

Por fim, há que se notar que pode haver outros limites específicos que envolvam o contexto da presunção de *irreparable injury*. Por exemplo, de acordo com a corte federal de Connecticut em *Piscottano v. Murphy*, “a despeito da ampla linguagem em *Elrod*, no entanto, as cortes têm reconhecido que os autores que invocam a Primeira Emenda não ganham sempre um passe-livre de dano irreparável. Como o Segundo Circuito anotou, ‘nós não temos consistentemente presumido dano irreparável em casos envolvendo alegações de privação dos direitos da Primeira Emenda’. Exceto se uma diretiva governamental limitar diretamente direitos de livre expressão protegidos (e ambos os lados concordam que não é o caso aqui), o Segundo Circuito tem requerido que um autor requerendo uma *injunction* para a tutela de direitos da primeira emenda demonstre que a ação governamental atacada teve ou provavelmente terá um efeito paralisante real sobre a expressão”²⁴³.

Nesse escorço, apesar de haver um estandarte de presunções de dano irreparável, é possível verificar que no sistema americano há forte tendência a deixar tais presunções em prol da análise contextual do dano, embora a padronização de presunções tornasse o trabalho dos juízes bastante mais simples do ponto de vista econômico.

3.3.3 Comparação de possíveis danos entre as partes (*balance of hardships*)

O requisito *balance of hardships* introduz no sistema das *preliminary injunctions* uma análise de custo-benefício de pequena escala, considerando os custos para que o réu realize determinada ação ou seus prejuízos pela determinação de uma restrição em contraposição aos benefícios auferidos pelo requerente. Ou seja, “uma privação à parte

²⁴¹ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Op. cit.* p.127. Tradução nossa

²⁴² STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Op. cit.* p.127. Tradução nossa

²⁴³ 317 F.Supp. 2d 97, 102-103 (D. Conn. 2004).

contrária pode ser a base para a negação de um *equitable remedy* a não ser que o remédio ajude mais ao autor que cause danos ao réu”²⁴⁴.

Para além de ser uma visão individualista e egoística, o requisito também impõe a dosagem das consequências da *preliminary injunctions* a terceiros, embora essa análise geralmente seja estipulada conjuntamente com o requisito do interesse público (*public interest*). Desta forma, Dobs aponta que “quando o réu for de utilidade pública, *carrier* ou uma agência pública, as cortes podem estar especialmente prontas para considerar o interesse público e negar ou limitar a tutela de equidade que possa interferir nesse interesse. Se uma fábrica gera incômodo por ser poluidora, as cortes podem concentrar-se no fato de que o público se beneficia dos empregos criados pela fábrica e no fato de que terceiros (os empregados) se beneficiam ao preenchê-los. Com esses interesses em mente a corte pode negar a *injunction*, assim como poderia fazê-lo ao focar nas privações ao réu”²⁴⁵.

Em decorrência dessa expansão de análise consequencial, as cortes são chamadas a desenhar as *injunctions* de forma a que ao final os benefícios marginais sejam superiores aos custos marginais tanto em escala inter-partes quanto em relação a terceiros. Logo, “a corte pode ler os gravames ou preocupações econômicas para sugerir que uma *injunction* não deveria ser decretada para fechar uma fábrica poluidora mesmo se estiver criando sérios danos. Nesse caso, a corte começará a pensar nas alternativas, como uma *injunction* que fechará a empresa em algum momento no futuro ou que requeira a experimentação de mecanismos de controle de poluição. As decisões são policêntricas de forma que uma decisão para conceder assistência limitada de um tipo particular pode requerer um balanceamento mais profundo”²⁴⁶.

Parte-se do princípio de que se os “remédios devem compelir os direitos, então o estágio de sua definição deve moldar o remédio para refletir os direitos em questão, sujeitos apenas a limitações práticas”²⁴⁷.

Para melhor compreender esse requisito (e deixando-se maiores discussões sobre as consequências sobre terceiros, as quais se darão em momento próprio²⁴⁸), Kirstin Stoll-DeBell *et al* apontam para algumas tendências nas cortes americanas: primeiro, “o tamanho e força relativos ao autor comparados aos do réu podem ser relevantes no

²⁴⁴ DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages – equity – restitution*. 2ed. *Hornbook series*. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1993. p.80. *Tradução nossa*.

²⁴⁵ DOBBS, Dan B. *Op.cit.* p.81. *Tradução nossa*.

²⁴⁶ DOBBS, Dan B. *Op.cit.* p.82. *Tradução nossa*.

²⁴⁷ DOBBS, Dan B. *Op.cit.* p.83. *Tradução nossa*.

²⁴⁸ Vide item 3.3.4.

balanceamento de danos. Se o autor for uma companhia muito maior e mais estabelecida e o réu uma pequena e nova companhia, a corte pode decidir que a balança pende contra a *injunction* porque o réu será mais lesionado pelo ingresso da *preliminary injunction*”²⁴⁹; em segundo lugar, embora seja uma tendência muito próxima da primeira, se o réu sofrer risco de ser posto para fora do mercado em decorrência da *preliminary injunction*, tal fato pesará em desfavor do autor²⁵⁰; além disso, “as cortes irão normalmente considerar se o réu investiu uma grande quantidade de dinheiro para desenvolver ou colocar no mercado o produto que o autor pretende proibir”²⁵¹ uma vez que a *preliminary injunction* pretende minimizar os erros das decisões judiciais e não colocar em perigo grandes investimentos econômicos; e, por último, o balanço dos danos tende a pesar contra a *preliminary injunction* se tal operar dano à vida humana ou animal.

Claramente, essas tendências são apenas exemplificativas uma vez que cada caso concreto envolverá fatores próprios a serem postos na balança. Não é porque o réu é considerado “pequeno” que estará protegido de uma *preliminary injunction*, nem será o caso de sempre se deferir a *preliminary injunction* para proteger a vida humana ou animal²⁵². O requisito, apesar de fluído quanto ao peso que se dará aos fatos envolvidos, exige apenas que seja esclarecido o processo lógico-cognitivo do juiz para entender de uma ou de outra forma e poder-se valorar o nível de consequentialismo atingido por ele nessa empreitada.

²⁴⁹ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Op. cit.* p.129. Tradução nossa. Essa tendência pode ser observada em *Bell & Howell Document Mgmt. Prods. Co. v. Altek Sys.*, 132 F.3d.701, 704 (Fed. Cir. 1997): “We do not agree that the court erred in considering the relative sizes of the parties. While it would have been error for the court to have relied exclusively on the size of the parties in determining the equities between the parties, the district court did not do so. The court did not merely take note of the parties’ sizes, but rather considered the impact of a denial of a preliminary injunction to Bell & Howell and a grant of a preliminary injunction to Keystone. The court determined that Bell & Howell would sustain only minimal damage if a preliminary injunction did not issue, and that Keystone would be put out of business if a preliminary injunction did issue. This is a proper factor to be considered... and its use does not constitute an abuse of discretion. However, the fact that Keystone is ‘small’ and could be put out of business if a preliminary injunction issues does not insulate it from the issuance of a preliminary injunction if the other three preliminary injunction factors are sufficient to tip the scale in Bell & Howell’s favor”. Também em *International Jensen, Inc. v. Metrosound U.S.A., Inc.*, 4 F.3d 819, 827 (9th Cir. 1993): “In evaluating the balance of hardships a court must consider the impact granting or denying a motion for a preliminary injunction will have on the respective enterprises. Thus the relative seize and strength of each enterprise may be pertinent to this inquiry”.

²⁵⁰ Vide *Wells Fargo & Co. v. WhenU.com, Inc.*, 293 F. Supp. 2d 734 (E.D. Mich 2003).

²⁵¹ STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Op. cit.* p.131. Tradução nossa. Vide *Eldge Wireless, LLC v. United States Cellular Corp.*, 312 F. Supp. 2d 1325 (D. Or. 2003) e *Caterpillar Inc. v. Walt Disney Co.*, 287 F. Supp.2d 913 (C.D. III 2003).

²⁵² Vide *Water Keeper Alliance v. United States DOD*, 271 F.3d 21, 34 (1st Cir. 2001) em que o Primeiro Circuito de Justiça Federal denegou *preliminary injunction* proposta para cessar exercícios militares da marinha americana na ilha de Vieques em razão da proteção de espécies ameaçadas de extinção. Neste caso, embora a corte tenha reconhecido que o precedente requer que às espécies ameaçadas seja dado o máximo de consideração, entendeu que o prejuízo para a marinha implicaria questão de segurança nacional que merecia maior peso que o dano às espécies ameaçadas.

3.3.4 Interesse público (*public interest*)

O requisito do *public interest* pode ser lido de duas formas: a primeira como um fator de expansão do espectro decisório para abarcar as consequências da concessão ou denegação da *preliminary injunction*; a segunda como um conceito altamente volátil suscetível de leituras ideológicas.

Segundo Dann Dobbs, “percepções do interesse público se alteram com o tempo. O balanceamento dos interesses públicos e direitos de terceiros é um método pelo qual as cortes podem considerar todos os custos e benefícios da atividade do réu ao decidir se deve proibi-la. É, em outras palavras, a tradicional porta que admite uma quantidade módica de análise econômica no caso de equidade”²⁵³. No entanto, esse requisito não deve abarcar *danos remotos*, devendo ser contido pelas proporções imediatas das consequências da manutenção do *status quo* ou da sua modificação por meio de uma *mandatory injunction*. Não se oportuniza, dessa forma, uma *visão além do alcance*, mas a possibilidade de o juiz trazer para o processo elementos externos de possível apreensão e imediata repercussão para o julgamento da *preliminary injunction*.

É comum, no entanto, as cortes utilizarem o requisito apenas como argumento retórico embarador dos elementos principais, quais seja, dano irreparável e probabilidade de êxito da demanda, principalmente em causas de diminuta extensão e repercussão, como geralmente o são as demandas individuais de quebra contratual. Por outro lado, em situações de maior complexidade, nas quais haja maior incidência de interesses públicos contrários entre si, o elemento acaba se mostrando decisivo.

Exemplo cabal são os casos que envolvem a proteção à segurança nacional. Em *Natural Resources Defense Council v. Pena* a corte negou o pedido do autor para impedir o Departamento de Energia de gastar fundos na construção ou investir na reforma de instalações de várias estruturas de armas nucleares pelo país. No que tange ao interesse público, a corte esclareceu:

Neste caso, a Corte deve balancear dois importantes interesses concorrentes ao valorar o interesse público. O interesse da segurança nacional aqui deve prevalecer.

²⁵³ DOBBS, Dan B. *Op.cit.* p.81. Tradução nossa.

Esta Corte é relutante em modificar julgamentos sobre a segurança nacional no que tange à viabilidade de nosso programa nacional feito pelas Secretarias de Energia e Defesa. Enquanto os autores alegam que qualquer vulnerabilidade da segurança nacional com respeito ao programa SSM seria breve e não ocorreria senão em um futuro distante, qualquer vulnerabilidade – e qualquer redução futura da credibilidade de nossos meios de intimidação nucleares mesmo que por breve período de tempo – seria inaceitável. Esta é uma era em que nações assassinas e organizações terroristas mundiais podem, em breve, ter acesso a armas nucleares e tentar usá-las para atingir objetivos nefastos. Uma nação com a nossa responsabilidade de liderança mundial deve ser capaz de agir rápido e de forma efetiva contra todas essas ameaças. A Corte não pode subjuguar a responsabilidade de nossa nação de providenciar liderança em assuntos nucleares com base em demandas feitas em ações judiciais. Qualquer dúvida sobre a credibilidade de nosso armamento nuclear criaria riscos inaceitáveis no evento de uma futura crise semelhante à crise cubana de mísseis [Cuban Missile Crisis]. Enquanto a probabilidade de que tais futuras crises possam deixar de existir não é tão grande hoje como foi no passado, não devemos nunca ignorar tal possibilidade. Embora o sol brilhe hoje, escuridão e nuvens agourentas pode emergir sem qualquer aviso.

A Corte reconhece completamente que houve acidentes suficientes envolvendo programas nucleares para tornar as preocupações dos autores sobre as questões do meio-ambiente, saúde e segurança reais. De fato, as histórias recentes veiculadas pela imprensa indicam que os cidadãos americanos podem ter sido expostos a excessivas quantidades de radiação nos testes nucleares da década de 50. Ambientalistas sugerem que isso pode ser responsável pelo câncer em mais de 75000 pessoas que foram a ela inadvertidamente expostos. Se essa informação for correta, o governo deve tomar todos os cuidados para prevenir a reincidência de tais contaminações ao meio ambiente.

É esperado que as provisões anuais dos relatórios de campo e as informações adicionais a serem providenciadas aos autores permitam a estes e a outros admiráveis grupos monitorar as ações governamentais e assegurar que qualquer problema ambiental material seja considerado em tempo adequado.²⁵⁴

De maneira semelhante, em *Water Keeper Alliance v. United States DOD*,²⁵⁵ o Primeiro Circuito de Justiça Federal denegou *preliminary injunction* proposta para cessar exercícios militares da marinha americana na ilha de Vieques em razão da proteção de espécies ameaçadas de extinção. Neste caso, embora a corte tenha reconhecido que o precedente requer que às espécies ameaçadas seja dado o máximo de consideração, entendeu que o prejuízo para a marinha implicaria questão de segurança nacional que merecia maior peso que o dano às espécies ameaçadas.

3.4 Modelos de aplicação

Em decorrência da estrutura judiciária Americana e de sua relativa independência no que tange à *stare decisis* formando precedentes obrigatórios em cada

²⁵⁴ *Natural Resources Defense Council v. Pena*, 972 F. Supp. 9, 20-21 (DDC 1997). Tradução nossa.

²⁵⁵ *Water Keeper Alliance v. United States DOD*, 271 F.3d 21, 34 (1st Cir. 2001).

partição do sistema, sem necessária comunicação entre eles, as estruturas de aplicação dos quatro elementos supramencionados varia em pelo menos três modelos (lembrando que há exceções tripartites que excluem o requisito do *public interest*). Esses três modelos são denominados de *testes* que combinam os elementos de forma diferenciada o que leva a diferentes resultados, bem como a certa confusão no judiciário. Segundo Lea Vaughn, “geralmente, a aplicação do *balancing test* é caracterizado como mais relaxado, ou liberal, que o *sequential test* [também denominado de teste tradicional]. Contrariamente, o *alternatives test* é criticado por ser abertamente liberal. Portanto, problemas surgem da inabilidade de prever quando ou por que uma corte utilizará um desses três testes. Todos os doutrinadores concordam que a coexistência desses modelos nas cortes federais tem levado à confusão”²⁵⁶. A corrida por um modelo único e eficiente continua, não apenas em razão da dificuldade de unificação decorrente da existência de 50 jurisdições estaduais e 13 federais (não sendo matéria de competência da Suprema Corte), mas porque, segundo Vaughn, “um modelo manuseável deve incorporar pelo menos quatro características. Primeiro, deve encorajar significativa discussão e deliberação pela corte e pelas partes. Ao focar atenção apenas em questões factuais e legais relevantes, ele permitirá uma discussão informada e produtiva do caso. Segundo, o modelo deve tentar equalizar o poder entre as partes, permitindo-lhes que apresentem o melhor caso. Terceiro, o modelo deve promover clareza e imparcialidade, tanto nas discussões quanto nas decisões. Finalmente, deve ser fácil de usar”²⁵⁷. Em não havendo essa unificação até o momento, entendamos, pois, como funcionam esses testes.

3.4.1 *The sequential test*

Conhecido como teste tradicional não por ser o mais utilizado, mas por ser o modelo mais antigo, o *sequential test* promove a mais rígida combinação dos fatores. O requerente, para ser bem sucedido e ser merecedor da *preliminary injunction*, deverá alegar e provar cada um dos requisitos, não havendo fatores de descontos entre eles

²⁵⁶ VAUGHN, Lea B. A need for clarity: toward a new standard for preliminary injunction. 68 *Oregon Law Review* 839, 1989. p.840. *Tradução nossa*. Embora o texto já tenha duas décadas, a coexistência dos modelos persiste como é possível observar em STOLL-DEBELL, Kristin *et al.* *Injunctive Relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009. p.20 e ss.

²⁵⁷ VAUGHN, Lea B. *Op. Cit.* p. 842. *Tradução nossa*.

nem sendo-lhe possível conferir o *sliding-scale* proposto pela fórmula Leubsdorf-Posner. Não conseguindo a parte expor todos os elementos, a *preliminary injunction* será negada.

Segundo Vaughn, “o principal problema com o *sequential test* é que ele requer alto nível probatório de todos os fatores. Esse teste enfatiza demais o mérito de um caso. A necessidade de provar uma alta probabilidade de sucesso requer excessivo e prematuro envolvimento judicial no mérito. Isso significa que o provimento poderá estar indisponível para partes merecedoras. Por exemplo, em curto tempo antes da audiência as partes podem ter sido incapazes de reunir provas ou precedentes suficientes. Segundo, essa preocupação com o mérito pode ofuscar o verdadeiro dano que o autor está sofrendo. Uma vez que os fatores não podem ser intercambiados uns pelos outros, mesmo um espectro certo e esmagador de dano não superará uma fraca exposição do mérito. Isso pode encorajar as cortes a desenvolverem formas paralelas ao *sequential test* a fim de amenizar o dano irreparável do autor. Tal resultado corroeria a legitimidade do teste, assim como violaria as qualidades de um bom modelo, especialmente quanto à imparcialidade”²⁵⁸.

Por sua rigidez, a *preliminary injunction* se torna efetivamente um remédio extraordinário o que acaba inviabilizando a função de seu desenho, qual seja, minimizar os erros das decisões judiciais e favorece a preservação irrazoável do *status quo*.

3.4.2 *The alternatives test*

O *alternatives test*, particularmente utilizado nos Segundo e Nono Circuitos de Justiça Federal, apresenta duas opções: “(1) uma combinação de provável sucesso da demanda e a possibilidade de dano irreparável; ou (2) que sérias questões sejam levantadas e que o *balance of hardships* penda em seu favor”²⁵⁹. É considerado uma completa dissidência do *sequential test* uma vez que o teste deixa o autor livre para focar seu caso onde seus argumentos forem mais fortes: ou no mérito ou no dano, não sendo necessário provar ambos. A extensão de “sérias questões” confere essa flexibilidade, sendo possível desassociar completamente o dano iminente da probabilidade de sucesso da causa desde que na equação de custo e benefício, a balança penda em seu favor.

²⁵⁸ VAUGHN, Lea B. *Op. Cit.* p. 865-866. Tradução nossa.

²⁵⁹ Vide *Sammartano v. First Judicial District Court ex rel County of Carson City*, 303 F.3d, 959, 965 (9th Cir. 2002). Também no Segundo Circuito em *Charlie's Girls, Inc. v. Revlon, Inc.*, 483 F.2d 953, 954 (2d Cir. 1973).

Embora esse modelo supere o tradicional em relação aos problemas que este contém, o *alternatives test* acaba criando outros problemas. Segundo Vaughn, “ele falha em sua segunda alternativa na necessidade de focar em algum dano irreparável. Uma *injunction* não deveria ser habilitada onde o autor não sofre qualquer dano. Fazer isso corroi a legitimidade da *preliminary injunction*. Além disso, ambas as alternativas estabelecem um nível muito baixo de princípio de dano”. O teste foi criado em retaliação ao rigor excessivo do teste tradicional ou seqüencial, mas, com isso, “a *preliminary injunction* se torna uma arma muito potente para partes litigiosas. Muitos daqueles que analisaram o *alternatives test* o afastaram por ser excessivamente liberal ou até ‘aberrante’”²⁶⁰. Dessa forma, como aponta Susan Black, “embora a fórmula do teste-das-duas-alternativas confira a mais ampla discricionariedade ao juiz, ela é tão permissiva que conflita com o objetivo de promover cautela judicial e dá ao juiz menos orientação que qualquer outra”²⁶¹.

3.4.3 *The balancing test*

Finalmente, o teste mais utilizado nos circuitos federais de justiça (nitidamente nos primeiro, terceiro, quarto, sexto, oitavo e décimo circuitos, bem como no circuito de District of Columbia) é o *balancing test*. Esse teste representa o meio termo entre o *sequential test* e o *alternatives test*, não sendo nem tão rigoroso, nem tão liberal. Por meio desse teste, o autor deve demonstrar todos os requisitos, mas o nível a ser exigido de cada variará de acordo com a maior expressividade de um ou de outro fator na equação final da *preliminary injunction*. Como observa Susan Black, “a perspectiva do *balancing-of-the-factors* requer que o juiz aplique a análise familiar dos quatro fatores. Ao considerar esses fatores, o juiz balanceará suas relativas forças para determinar se deve decretar a *injunction*. Uma menor demonstração de um fator pode ser compensado pela mais expressiva demonstração de outro. A perspectiva *balance-of-the-factors*, portanto, deve produzir maior cautela que a fórmula do teste das duas alternativas ao conceder uma *preliminary injunction*”²⁶².

²⁶⁰ VAUGHN, Lea B. *Op. Cit.* p. 868. Tradução nossa.

²⁶¹ BLACK, Susan H. A new look at preliminary injunctions: can principles from the past offer any guidelines to decisionmakers in the future? 36 *Alabama Law Review* 1, 1984. p.49. Tradução nossa.

²⁶² BLACK, Susan H. *Op. cit.* p.45. Tradução nossa.

Lea Vaughn aponta para diversas vantagens do modelo: “uma vez que ele é amplamente utilizado é um modelo com o qual as cortes são familiares. Ele restabelece o foco nos danos potenciais para as partes e, portanto, fixa o teste em suas origens de equidade. Esse foco é consistente com a desenfaturização do mérito. Ou seja, pelo *balancing test*, o mérito não é mais conclusivo por si próprio; a corte deve analisar os fatos assim como o direito. Isso encoraja as partes a se engajarem na deliberação que admite a complexidade de suas situações. O *balancing test* também promove um grau apropriado de flexibilidade. No entanto, em razão de reter os requisitos de provar algum mérito e dano irreparável, não torna a audiência de *preliminary injunction* em um campo de batalha”²⁶³.

Compreendidas os contornos da *preliminary injunction*, passemos então à análise de tal conjunto de elementos nos casos afetos aos problemas redimensionados no primeiro capítulo deste trabalho.

3.5 Estudo de caso: *Winter v. Natural Resources Defense Council*

*Winter v. Natural Resources Defense Council*²⁶⁴ é considerado atualmente o guia para análise dos pressupostos das *preliminary injunctions*, principalmente no que se refere ao dever/possibilidade de apreciação de questões não-meritórias pelas cortes a fim de deferir ou denegar a antecipação de tutela.

O caso foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 12 de novembro de 2008, sendo hoje referência para as demais cortes em questões ambientais²⁶⁵.

É importante salientar que, embora nos Estados Unidos as demandas ambientais não sejam tradicionalmente tratadas como ações coletivas (*class actions*) em razão de não se inserirem nas previsões da Rule 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* (podendo, contudo, ser tratadas como *class actions for damages* em caso de danos causados a uma classe identificável de pessoas), o tratamento do objeto da demanda se assemelha muito ao tratamento dado à ação civil pública ambiental. Por esta razão, o estudo não resta comprometido ou impedido.

²⁶³ VAUGHN, Lea B. *Op. Cit.* p. 869. Tradução nossa.

²⁶⁴ 555 U.S. 7 (Suprema Corte dos Estados Unidos, 2008).

²⁶⁵ Vide *Sierra Forest Legacy v. Mark Rey* (577 F.3d 1015, 2009), caso no qual a Corte de Apelação do Nono Circuito decidiu, com base em *Winter v. Natural Resources Defense Council*, que fatores não-meritórios *devem* ser considerados pelas cortes para avaliar as possíveis alternativas mandamentais ao realizar a análise do *balance of hardships*.

3.5.1 Fatos

A Marinha dos Estados Unidos organiza suas forças em *strike groups*, que são grupos de navios, submarinos e aeronaves centralizados em torno de um porta-aviões ou de um navio anfíbio de ataque. A coordenação entre os componentes do *strike group* é crítica para a segurança não só da frota quanto da população americana, sendo necessárias sessões de treinamento integrado em análise e priorização de ameaças, execução de missões militares e manutenção da frota.

Para eficiente realização das operações mencionadas, a Marinha opera sonares que utilizam uma tecnologia denominada “mid-frequency active” (MFA), que transmite ondas de som em frequências entre 1kHz e 10kHz.

A fim de bem manusear esses sonares, os operadores necessitam de treinamento extensivo para obter proficiência no seu uso. A recepção do sonar pode ser afetada por inúmeros diferentes fatores, incluindo: o horário do dia, densidade da água, salinidade, correntes, condições do tempo e relevo do fundo do mar.

Esses treinamentos são realizados nas águas da costa sul do Estado da Califórnia por serem consideradas ideais uma vez ser a única região na costa oeste que seria relativamente próxima da terra, ar e fundo do oceano, assim como de áreas próprias para veículos anfíbios; essas águas, no entanto, abrigam ao menos 37 espécies de mamíferos marinhos, dentre eles golfinhos, baleias e leões marinhos. As partes na demanda disputam a extensão dos danos causados a esses animais em razão das atividades de treinamento ou os efeitos sobre o seu comportamento.

A Marinha enfatizou que tem utilizado a tecnologia MFA durante treinamentos na região sul da Califórnia nos últimos 40 anos, sem haver sequer uma incidência documentada de danos causados pelo uso do sonar aos mamíferos marinhos. No máximo, o sonar pode causar perda de audição temporária ou tênues alterações comportamentais.

Os autores, contudo, alegam que o sonar pode causar danos muito mais graves aos mamíferos marinhos, dentre eles perda permanente de audição, descompressão e sérias alterações comportamentais. Ademais, alegam que muitos mamíferos marinhos de grande porte que circulam em altas profundidades estão sendo afetados – como

as baleias-bicudas de Blainville – sendo que tais danos não necessariamente seriam detectados pela Marinha.

3.5.2 Histórico da demanda

A demanda, cujo pedido melhor se define como tutela declaratória e mandamental, tem por base suposta violação da Marinha norte-americana à NEPA (*National Environmental Policy Act* de 1969), à ESA (*Endangered Species Act* de 1973) e à CZMA (*Coastal Zone Management Act* de 1972), destinando-se a demanda a paralisar a utilização de referidos sonares na região sul do Estado da Califórnia.

Em fevereiro de 2007, a Marinha norte-americana emitiu Estudo de Impacto Ambiental dos exercícios de treinamento dos *strike groups* concluindo que os treinamentos a serem realizados até janeiro de 2009 não causariam significativo impacto ambiental. Mencionado estudo dividiu os danos potenciais aos mamíferos marinhos em duas categorias: moléstias de nível A, definidas como aquelas com potencial de destruição ou perda do tecido biológico, e moléstias de nível B, definidas como danos ou efeitos temporários relativos aos padrões comportamentais das espécies ali existentes como migração, alimentação, emersão e procriação. Apenas 8 moléstias de nível A foram identificadas em golfinhos, sendo que tais danos poderiam ser evitados pelas mitigações voluntárias da Marinha, e 274 moléstias de nível B em baleias-bicudas de Blainville, sendo que nenhuma resultaria em dano permanente.

Os autores aforaram a demanda logo após o arquivamento do mencionado estudo, pleiteando *preliminary injunction* para que a Marinha deixasse de utilizar sonares com tecnologia MFA, a qual foi deferida pela *District Court*. A Marinha então interpôs recurso junto à Corte de Apelação do Nono Circuito, a qual entendeu pela propriedade da concessão da *preliminary injunction*. No entanto, ordenou a remessa dos autos ao juízo de origem para que a *District Court* moldasse a decisão de forma a providenciar condições mitigatórias que, se seguidas, autorizariam a Marinha a continuar a conduzir seus exercícios de treinamento.

Em cumprimento à decisão da Corte de Apelação, a *preliminary injunction* foi modificada para autorizar a Marinha a utilizar os sonares caso: a) observasse uma “zona de exclusão” de 12 milhas náuticas da costa; b) empregasse observadores para

conduzir monitoramento adicional de mamíferos marinhos; c) restringisse o uso de “*helicopter-dipping sonar*”; d) limitasse o uso de sonares em estreitos geográficos; e) desligasse os sonares quando mamíferos marinhos aparecessem em um raio de 2,200 jardas da embarcação; e, f) reduzisse a potência dos sonares em 6dB durante as atividades na superfície.

A Marinha então buscou a intervenção do Executivo. O presidente concedeu à Marinha isenção do CZMA²⁶⁶ e determinou a continuidade dos exercícios por motivos de segurança nacional; sua conclusão foi a de que “obediência às condições impostas pela *District Court* enfraqueceria a habilidade da Marinha de conduzir exercícios de treinamento realísticos que são necessários para assegurar a efetividade de combate dos *strike groups*”.

Simultaneamente, o Conselho de Qualidade Ambiental²⁶⁷ autorizou a Marinha a implementar “ajustes alternativos” ao cumprimento dos requisitos da NEPA em vista das “circunstâncias urgentes”.

Em consequência dessas decisões, a Marinha então requereu a revogação da *preliminary injunction* com respeito às condições mitigatórias e) e f). A *District Court* negou o pedido de revogação, decisão esta que foi acompanhada pela Corte de Apelação do Nono Circuito ao considerar que: 1) a condição e) muito provavelmente não afetaria as operações uma vez que a Marinha frequentemente desliga seus sonares no curso dos exercícios de treinamento; e 2) a redução da potência dos sonares em estreitos geográficos não seria irrazoável porque tais condições são raras. Dessa forma, o Nono Circuito concluiu que a decisão teria balanceado propriamente os interesses em jogo.

A Marinha então interpôs recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual admitiu o recurso²⁶⁸.

²⁶⁶ Section 1456(c)(1)(B) permite tais isenções pelo chefe do Executivo se a atividade em questão for “de extremo interesse dos Estados Unidos”.

²⁶⁷ *Council on Environmental Quality*.

²⁶⁸ Trata-se de admissão discricionária do recurso denominada *writ of certiorari*. Para admissão do recurso para julgamento ao menos 4 dos 9 Justices da Suprema Corte devem opinar pelo seu recebimento (a chamada *Rule of Four*).

3.5.3 Análise dos requisitos da *preliminary injunction*

3.5.3.1 *Probabilidade de Sucesso da Demanda*

A análise realizada quanto à probabilidade de sucesso da demanda pela *District Court* e pela Corte de Apelação do Nono Circuito foi pautada pela impressão causada nos juízes da probabilidade de o caso vir de encontro aos dispositivos da *NEPA*, sendo considerada alta, embora a Marinha tenha se posicionado pela parca possibilidade de sucesso da demanda em face da conclusão do Conselho de Qualidade Ambiental de que “circunstâncias emergenciais” justificam ajustes alternativos ao requisitos da *NEPA*. As cortes entenderam que a determinação do Conselho não poderia ser considerada para a análise do requisito em razão de não ser-lhe outorgada autoridade adjudicatória.

3.5.3.2 *Dano irreparável ou de difícil reparação*

Em razão da alta probabilidade de sucesso da demanda, tanto a *District Court* quanto a *Corte de Apelação do Nono Circuito*, ao aplicar o sistema de *sliding-scale* proposto pela fórmula de Leubsdorf-Posner, exigiram apenas “possibilidade” de dano irreparável; essas cortes decidiram que os autores teriam atendido ao modelo uma vez que estudos científicos, declarações e outras provas trazidas aos autos estabeleceriam “em determinada medida” que os exercícios de treinamento da Marinha causariam dano irreparável ao meio ambiente.

Embora a Suprema Corte dos EUA discorde do grau abstratamente conferido ao dano irreparável ou de difícil reparação, reconhecendo que mera “possibilidade de dano” não é suficiente para embasar o deferimento de uma *preliminary injunction*, a qual deve ser considerada remédio extraordinário²⁶⁹ (exigindo-se “probabilidade de dano”), a

²⁶⁹ Conforme voto do Justice Roberts: “We agree with the Navy that the Ninth Circuit’s ‘possibility’ standard is too lenient. Our frequently reiterated standard requires plaintiffs seeking preliminary relief to demonstrate that irreparable injury is *likely* in the absence of an injunction. [...] A preliminary injunction will not be issued simply to prevent the possibility of some remote future injury. Issuing a preliminary injunction based only on a possibility of irreparable harm is inconsistent with our characterization of injunctive relief as an extraordinary remedy that may only be awarded upon a clear showing that the plaintiff is entitled to such relief”. (2008 U.S. LEXIS 8343, p. 09)

questão não inquinou a tutela antecipada concedida; tal se deu uma vez que as cortes inferiores apenas se referiram ao grau necessário de probabilidade/possibilidade de ocorrência do dano, sendo que na verdade houve reconhecimento de “quase certeza” de dano irreparável.

3.5.3.3 *Balance of Hardships*

Winter v. Natural Resources Defense Council mostra-se especialmente importante na análise do requisito *balance of hardships*. A Suprema Corte entendeu que “as cortes devem colocar na balança as alegações de dano irreparável e considerar os efeitos em cada parte ao conceder ou ao denegar o pedido”²⁷⁰. Para tanto, segundo Justice Roberts, “ao exercer sua atividade discricionária, as cortes de equidade devem observar particularmente as consequências públicas ao empregar o remédio extraordinário da *injunction*”²⁷¹. Esse posicionamento se apresenta ainda mais relevante em demandas cujos efeitos afetarão interesses de grupos ou de toda a população, como é o caso do choque verificado em *Winter* entre o *meio ambiente* e a *segurança nacional*.

Partindo desse entendimento, a Suprema Corte entendeu que a decisão das cortes inferiores não atentaram para as significativas consequências que a *preliminary injunction* imporia à habilidade da Marinha de conduzir exercícios de treinamento realísticos e as consequências adversas da *injunction* em relação ao interesse público da defesa nacional.

As provas contidas nos autos, principalmente composta por declarações de *oficiais superiores da Marinha*, enfatizaram que o uso do sonar com tecnologia MFA é de *extrema relevância* para as missões navais, sendo que a prática contínua e repetitiva sob condições realísticas mostrar-se-iam imprescindíveis. Durante os exercícios de treinamento, os operadores de sonar aprendem a evitar ou reduzir ecos indesejáveis em decorrência da topografia do fundo do oceano e condições ambientais, a evitar interferências e a coordenar seus esforços com outro operadores de sonar em um *strike group*. Mencionadas condições não estariam disponíveis caso as duas restrições (condições mitigatórias) disputadas fossem impostas.

Esses danos devem ser sopesados em relação aos possíveis danos aos interesses ambientais, científicos e recreativos alegados pelos autores.

²⁷⁰ 2008 U.S. LEXIS 8343, p. 10

²⁷¹ 2008 U.S. LEXIS 8343, p. 10

A conclusão da Suprema Corte foi a de que:

Embora não questionemos a seriedade de tais interesses, nós concluímos que o sopesamento dos possíveis danos e a análise do interesse público neste caso apontam na direção em favor da Marinha. Para os autores, o dano mais grave possível seria o dano a um número incerto de mamíferos marinhos que eles estudam e observam. Por outro lado, forçar que a Marinha organize submarinos inadequadamente treinados prejudicaria a segurança da frota inteira. Sonar em funcionamento é a única tecnologia confiável para a detecção e rastreamento de submarinos inimigos, e o Presidente – o comandante chefe – determinou que o treinamento com sonares em funcionamento é “essencial para a segurança nacional”.²⁷²

A Suprema Corte acabou reavaliando os fatos e provas do caso em questão uma vez que as cortes inferiores teriam deixado de motivar adequadamente sua decisão e de explicitar em profundidade as variadas e complexas questões que potencialmente decorreriam do deferimento da *preliminary injunction*, sendo que *questões não-meritórias* e alternativas às condições mitigatórias deveriam ter sido devidamente endereçadas para o seu adequado tratamento. Essa conclusão foi obtida ao se verificar que toda a discussão das cortes inferiores se restringiu a uma oração: “A Corte sente-se também satisfeita que o sopesamento aponta em favor da concessão da *injunction*, uma vez que o dano ao meio ambiente e o interesse público superam o dano que os demandados incorreriam se proibidos de usar o sonar MFA, ausente o uso de medidas mitigatórias, durante parte de suas atividades regulares em uma parte de um Estado por um tempo limitado”²⁷³. Os danos aos interesses da Marinha vão muito além disso.

Primeiramente, a Corte de Apelação do Nono Circuito pugnou que o desligamento dos radares quando um mamífero marinho estivesse em um raio de 2,200 jardas não seria extremamente opressivo uma vez que o encontro com mamíferos marinhos durante os treinamentos seria relativamente raro. Contudo, mesmo que a frequência de aparição de mamíferos marinhos fosse baixa, a *injunction* aumentaria significativamente o número de vezes em que o radar seria desligado, sem qualquer forma de redução gradativa da frequência do radar (sendo que originalmente a Marinha havia se comprometido a reduzir a intensidade do sonar quando um mamífero marinho fosse avistado em um raio de 1000 jardas, outra redução em um raio de 500 jardas e total desligamento apenas quando o animal fosse encontrado em um raio de 200 jardas). Há uma relação exponencial entre a extensão do raio e

²⁷² 2008 U.S. LEXIS 8343, p. 11

²⁷³ 2008 U.S. LEXIS 8343, p. 11.

a superfície da área ($\text{Area} = \Pi.r^2$), sendo que o aumento do raio de uma zona de desligamento de 200 para 2,200 jardas aumentaria a superfície da área de desligamento em um fator maior que 100.

Segundo, as cortes inferiores não valoraram suficientemente a posição de vários oficiais de alto escalão da Marinha que enfatizaram que, uma vez que as sessões de treinamento podem durar vários dias para serem desenvolvidas, um desligamento adicional pode resultar na perda de vários dias de trabalho. Ademais, a limitação do número de desligamentos mostra-se particularmente importante durante os exercícios táticos de treinamento da força os quais não duram menos que duas semanas.

Em terceiro lugar, a Corte de Apelações teria concluído que a zona de desligamento de 2,200 jardas não seria significativa nas atividades da Marinha uma vez que a Marinha já teria desligado os sonares por 27 vezes nos últimos 8 exercícios de treinamento nas águas ao sul da Califórnia, sendo que os mamíferos marinhos teriam sido avistados para além das 200 jardas em várias dessas ocasiões. Entretanto, os oficiais da Marinha declararam que tais desligamentos foram medidas voluntárias as quais foram tomadas, muito provavelmente, em momentos de não significativos para os treinamentos.

Por fim, a Corte de Apelação entendeu que 2,200 jardas não seriam de grande impacto para o demandado porque a Marinha já teria previamente adotado uma zona de baixa-frequência de mesmo raio. No entanto, tal análise deixou de dar suficiente deferência ao fato de que sonares LFA (Low-Frequency Active) são usados para rastreamento de inimigos submarinos à longa distância, e, portanto, seu uso e desligamento envolvem considerações táticas bastante diferentes daquelas associadas aos sonares MFA.

Quanto à segunda medida mitigatória impugnada pela Marinha (redução da potência dos sonares em 6dB quando em atividades de superfície), novamente as cortes inferiores teriam dado atenção insuficiente para a habilidade da Marinha de conduzir exercícios de treinamento realísticos nessas condições.

Algumas vezes, ao se aproximar da superfície, as ondas do sonar MFA sofrem o fenômeno de *surface ducting*, no qual relativamente pouca energia penetra além de uma fina camada próxima da superfície. Quando o fenômeno ocorre, sonares ativos se tornam mais úteis perto da superfície mas menos úteis em grandes profundidades. A Marinha treina seus operadores para tirar vantagem do fenômeno em suas missões.

A Corte de Apelação entendeu que a redução da potência dos sonares na superfície não afetaria a certificação dos *strike groups* da Marinha uma vez que tal fenômeno ocorreria raramente e a Marinha já havia certificado *strike groups* que não teriam treinado nessas condições no passado. Contudo, esse raciocínio se mostra invertido. Uma vez que *surface ducting* é um fenômeno raro e imprevisível, é especialmente importante para a Marinha que esteja apta a treinar nessas condições quando elas ocorrerem. Declarações de oficiais da Marinha demonstraram que a redução da potência dos sonares para 6dB fariam com que o treinamento fosse menos produtivo posto que exporia os operadores a níveis irreais de interferência mútua causada por múltiplos sonares operando conjuntamente em embarcações e submarinos do *strike group*.

Considerando todos esses fatores, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o requisito *balance of hardships* apontaria para a não concessão da *preliminary injunction*, uma vez que consequências desastrosas para a operabilidade do sistema de segurança nacional provavelmente decorreriam de tal decisão, como a vulnerabilidade dos *strike groups* frente a submarinos inimigos. Neste escorço, a Suprema Corte, ao sopesar os valores em jogo, bem como das questões cuja irreversibilidade se mostra incomensurável (nas palavras de Cass Sunstein) – preservação dos mamíferos marinhos e de seus padrões comportamentais *versus* segurança nacional, com a possível perda de milhões de dólares e vidas americanas em razão de ataques inimigos – fundamentou de forma clara e racional os motivos de sua decisão, revertendo a decisão de primeiro e segundo graus que teriam deixado de fundamentar suficientemente as suas conclusões.

A importância do dever de fundamentar restou também clara no voto concorrente do Justice Breyer (seguido por Justice Stevens), para quem mostra-se de “especial importância o fato de que a *District Court* não ter explicado o porquê rejeitou as afirmações da Marinha”²⁷⁴, que estariam baseadas em declarações de oficiais de alto escalão da Marinha e de *experts*. Haveria, outrossim, por parte das cortes inferiores o dever de suprir explicações nebulosas ou inexistentes desde que feita com cautela e de forma razoável, o que não ocorreu quando a Corte de Apelação apontou a raridade dos eventos concernentes às medidas mitigatórias atacadas pela Marinha e desse argumento retirou a conclusão de que não haveria danos expressivos para as operações da ré.

Dois pontos, portanto, restam claros quanto a este requisito em demandas cujos efeitos podem atingir interesses de uma classe de pessoas ou de toda a

²⁷⁴ 2008 U.S. LEXIS 8343, p. 15

população do país: a) o dever de discussão expressiva das consequências não só em relação às partes como a terceiros; b) a possibilidade de inserção, inclusive de ofício pelo juiz, de argumentos e consternações sobre as consequências não nitidamente definidas nos autos, aduzindo suas intelecções, máximas de experiência e intuições para possível reavaliação pelas cortes superiores da racionalidade do desfecho e formulação de alternativas da decisão.

3.5.3.4 *Public Interest*

O requisito do *interesse público* como estudado no item 3.2.4 pode possuir 2 funções na concessão de *preliminary injunctions*: a) oportunizar a inserção de elementos extraprocessuais na análise das questões discutidas; e/ou, b) corroborar as conclusões referentes aos demais requisitos.

Em *Winter v. Natural Resources Defense Council*, diante da complexidade das questões envolvidas, o *interesse público* tomou ambas as funções, embora possamos observar nítida inserção do caráter ideológico do elemento na dinâmica da decisão da Suprema Corte.

Como visto acima, as cortes inferiores entenderam pela alta possibilidade de sucesso da demanda e probabilidade quase certa de que o dano aos mamíferos aquáticos mostrar-se-ia irreparável e de certa monta. Tais conclusões não foram contestadas pela decisão da Suprema Corte, que acabou por admitir que não estaria clara uma incorreta articulação dos requisitos salvo pelo fato de a Corte de Apelação ter mencionado uma inadequada leitura dos precedentes em relação ao modelo de *sliding scale*. O provimento do recurso e consequente reversão da *preliminary injunction*, portanto, se deu pela análise dos demais requisitos, vale dizer, em razão das consequências que a decisão produziria para as partes e em relação a terceiros.

O *interesse público*, neste caso, acabou revelando-se como fator ideológico para análise do *balance of hardships* ao mesmo tempo que habilitou os julgadores a introduzirem discussões não incluídas nos autos a fim de determinar para qual lado o sopesamento dos valores apontaria.

Como foi possível verificar na análise do fator *balance of hardships*, a Suprema Corte, ao contrário do que ocorreu nas cortes inferiores, promoveu o interesse

público da *segurança nacional* como norte para eleição dos aspectos principais a serem destacados em sua motivação, incluindo discussões como a proteção, segurança e eficácia da utilização de *strike groups* bem preparados para as missões táticas da Marinha. Nessa análise, embora a Suprema Corte mencione que os efeitos da decisão que devem ser apreciados devem ser atuais e iminentes, houve clara ampliação do espectro decisório para abranger as consequências sobre a população americana, a qual possivelmente seria afetada pela falta de preparo adequado dos operadores de sonares MFA, mas cuja repercussão imediata e iminente não se mostra clara.

A intenção do estudo aqui realizado não é tanto o de avaliar a justiça da decisão quanto é o de avaliar a estrutura fenomenológica das decisões antecipatórias e a flexibilidade que a construção dinâmica de tais dispositivos proporciona ao juiz para operar sua função política em casos de interesse público. Tal função só pode ser realizada de forma consciente e devidamente motivada, como aponta Luiz Guilherme Marinoni no item 2.4.2 deste trabalho, sendo que a combinação dos requisitos *balance of hardships* e *public interest* conseguem perceptivelmente operacionalizar tal perspectiva.

Compreendida a interação dos fatores em casos de alta complexidade, passemos para um estudo mais aprofundado da dinâmica das decisões judiciais para então reavaliarmos o sistema brasileiro de tutelas antecipatórias em processos coletivos ao final do quarto e último capítulo deste trabalho.

Capítulo IV

Tentativa de modelo de tutela antecipada para processos coletivos

4.1 Teorias da decisão judicial: entre o formalismo e o realismo jurídico

Há décadas uma das principais questões que permeia a teoria do direito é tentar identificar o que os juízes fazem exatamente e quais são os limites dessa atividade, não só em relação ao princípio da separação dos poderes, o qual defini-la-ia como uma atividade eminentemente subsuntiva e silogística direcionada a corrigir as distorções comportamentais atreladas ao não cumprimento das normas ditadas pelo legislativo (com viés recompositivo), como também em relação à própria gnoseologia jurídica e estudos psicológicos do ator decisório. Ou, de forma simplificada: os juízes canalizam ideologias e preferências em suas decisões voluntariamente ou inconscientemente, ou estão eles “vacinados” dessa infiltração de questões não puramente jurídicas para definir o que é ou não o direito?

Guardadas as devidas proporções das diferenças apresentadas entre os sistemas de *common law* e de *civil law* (embora acreditemos na raridade de sistemas puros de ambas as categorias), a academia norte-americana apresenta uma variedade de estudos político-psicológicos da atividade decisória iluminadora das estruturas jurisdicionais, que deve ser compreendida para definir os contornos do direito processual. Afinal de contas, o que seria do *procedimento* em uma relação jurídica processual se não fosse orientado a um fim adjudicatório, ou seja, de resolução de um conflito por um terceiro (o julgador)²⁷⁵?

A principal rivalidade entre teorias positivas²⁷⁶ do comportamento judicial se originou na divisão entre o formalismo e o realismo jurídico nascida nas primeiras décadas do século XX, da qual, posteriormente, muitas novas escolas se formaram como a *critical legal studies* e teorias comportamentais interdisciplinares como a *attitudinal theory* e a *strategic theory* (principais correntes do realismo jurídico), a *teoria sociológica* (que combina as duas anteriores), a *teoria econômica*, a *teoria psicológica*, a *teoria organizacional*, a *teoria pragmática* e a *teoria fenomenológica*.

²⁷⁵ Observe-se que a resolução do conflito não necessariamente importará na construção unilateral das medidas necessárias para a recomposição de um dano ou para o direcionamento futuro de adaptação de estruturas burocráticas ineficientes.

²⁷⁶ Positiva em oposição à normativa, mais uma vez utilizando do vocabulário oriundo da análise econômica do direito.

Pois bem. Mas qual é o marco que divide o formalismo e o realismo jurídico? O que faz de um juiz um formalista, ou na expressão inglesa *legal formalist* (ou ainda como prefere Richard Posner, *legalist*)?

A resposta a essa questão é muito mais complexa que a tradicional pecha dada ao conceito de positivismo jurídico nos cursos jurídicos espalhados pelo Brasil, a qual considera a letra pura da lei como a fonte do direito por excelência devendo o juiz aplicá-la ao caso concreto em um processo de subsunção mecânica da norma ao fato, embora esse conceito traduza parcela desse conceito. Em um famoso artigo publicado em 1958, Hart expressou seu desconforto com o termo *formalismo*:

O que precisamente é para um juiz cometer esse erro, ser um “formalista”, “automático”, uma “máquina”? Curiosamente a literatura que é cheia de denúncias desses vícios nunca deixa claro em termos concretos; [...] é dito que no erro formalista as cortes utilizam-se excessivamente da lógica, tomam um fato por um “rigor lógico extremo”, ou faz uso excessivo do método analítico. Mas como em sendo formalista o juiz faz uso excessivo da lógica? Está claro que a essência desse erro é dar a um termo geral interpretação que seja cega aos valores sociais e suas consequências (ou que seja de alguma outra forma estúpida ou talvez meramente não aceita pelos críticos).²⁷⁷

Seu conceito clássico, no entanto, pode ser extraído de Richard Pildes, segundo o qual os formalistas clássicos acreditavam em “um sistema científico de regras e instituições que fosse *completo* de forma que o sistema conferisse respostas corretas disponíveis para todos os casos; *formal* de forma que as respostas corretas pudessem ser derivadas de um processo autônomo e lógico do sistema; *conceitualmente ordenado* de forma que as regras basilares fossem derivadas de alguns princípios fundamentais; e socialmente *aceitáveis* de forma que o sistema jurídico gerasse sujeição normativa”²⁷⁸. Trata-se, pois, de um sistema construído sobre três colunas principais: ordem, certeza e previsibilidade, de forma que provê a maximização da liberdade dos indivíduos ao permitir que cada um possa planejar e conduzir-se com consciência das potenciais consequências legais. Na leitura de Brian Tamanaha, “portanto, duas distintas racionalidades justificam o manto mecânico do

²⁷⁷ HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. 71 *Harvard Law Review* 593, 1958. p.610. *tradução nossa*.

²⁷⁸ PILDES, Richard H. Forms of formalism. 66 *University of Chicago Law Review* 607, 1999. p. 608-609. *Tradução nossa*. Da mesma forma, Brian Leiter observa que “we may characterize formalism as the descriptive theory of adjudication according to which (1) the law is rationally determinate, and (2) judging is mechanical. It follows, moreover, from (1), that (3) legal reasoning is autonomous, since the class of legal reasons suffices to justify a unique outcome; no recourse to non-legal reasons is demanded or required.” (LEITER, Brian. Positivism, Formalism, Realism. 99 *Columbia Law Review* 1138, 1999. p. 1145-1146.)

formalismo colocado nos juízes: um juiz que olha para os resultados usurpará o poder e a função de um legislador democrático; e a aplicação cega da regra maximiza a autonomia individual e agrega bem-estar social porque facilita que os indivíduos persigam seus projetos²⁷⁹. Agregue-se a esse raciocínio a diminuição dos custos decisórios associados a processos mecânicos de decisão pelo estabelecimento de regras pré-concebidas, desviando-se a discussão sobre propósitos e consequências das instituições jurídicas para o legislativo, e o formalismo ou positivismo jurídico mostrar-se-á ainda mais sedutor.

Essa teoria, no entanto, desconsidera dois aspectos do processo decisório: primeiro, que a existência de lacunas, conflitos e ambiguidades na lei é uma realidade; e, segundo, que *hard cases* podem envolver *bad rules* ou *bad results* que não de requerer o desvio do órgão julgador da atividade mecânica para uma atividade de ponderação²⁸⁰. Reajustar diretrizes fadadas ao insucesso também faz parte dos deveres dos juízes, considerados estes como agentes políticos de estruturas políticas da base do Estado.

Para Brian Z. Tamanaha o próprio conceito de *formalismo* é vazio tanto em sua perspectiva histórica quanto em sua relevância teórica. Em sua perspectiva histórica nunca foi proposta uma aridez decisional aos moldes geralmente associados à adjudicação oitocentista de mecanicismo decisório, mesmo em se considerando o período formulário da *common law* com base em *writs*; “a história sobre os formalistas clássicos foi produzida por críticos a cortes desacreditadas e agora teóricos do direito estão modificando esse equívoco inicial ao construir, com alto grau de sofisticação, entendimentos teóricos contemporâneos do formalismo que possuem dubitáveis bases no processo decisório”²⁸¹. Por

²⁷⁹ TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist device: the role of politics in judging*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.163. *tradução nossa*.

²⁸⁰ Interessante o estudo de Neil Komesar sobre a escolha entre instituições para estipulação das normas de acordo com sua eficiência. Segundo o professor da Universidade de Wisconsin-Madison, “whether seen as a product of courts, legislatures, bureaucracies, or informal communities, the meaning and efficacy of law Will be determined by the abilities of the institution or institutions meant to deliver legal protections, Under alternative definitions of law, courts might be considered as substitute decision makers with legislatures, bureaucracies, or informal communities [...]. Deciding whether and to what extent law produced outside the courts is superior to court-made law is a tricky business. The same sort of challenging systemic or institutional quandaries [...] remain, no matter how one arranges the institutional alignment. All forms of law depend on imperfect structures and involve difficult institutional choices. No matter how it is defined, law has limits.” (KOMESAR, Neil K. *Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001. p.10-11)

²⁸¹ TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist device: the role of politics in judging*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.176. *tradução nossa*. E conclui: “for more than a century many prominent judges, law professors, and lawyers have many times said precisely the opposite – emphasizing the openness of law to social influences, social changes, and social needs, the uncertainty of law, and the inevitability that judges must occasionally make choices. Not a single notable jurist, past or present, is ever directly quoted for espousing the view that law is autonomous and judging is pure logical reasoning. In every mention of formalism, it is *always* critics who assert that most fellow jurists are formalists who foolishly believe in this wrongheaded vision

outro lado, “uma noção teórica que pode ser apagada sem qualquer impacto na análise é desprovida de valor. Até mesmo asserções de que o formalismo envolve a ‘rigorosa’, a ‘rígida’, a ‘inflexível’, ou a ‘cega’ aplicação de regras nada agrega à noção de *rule-bound decision making*. Esses adjetivos meramente repetem o que significa aplicar uma regra ou registrar uma nota de reprovação. Ademais, a ênfase perde sua marca porque, [...], em qualquer situação a adesão a uma regra em um nível profundo não é ‘cega’ ou ‘rígida’ mas uma questão de escolha não exercitada (frequentemente inconsciente) em que o juiz não foi suficientemente compelido a deixar de lado a aplicação de uma regra ou a interpretá-la de forma que evite o resultado que o crítico opõe”²⁸².

Para Richard Posner, a questão se resume à liberdade involuntária inerente ao processo decisório:

A liberdade decisória que os juízes possuem é uma liberdade *involuntária*. É a consequência da inabilidade do legalismo [leia-se, formalismo] em muitos casos de decidir um resultado (ou de decidi-lo toleravelmente, [...]), e a relacionada dificuldade, por vezes impossibilidade, de verificar a justeza do resultado, seja por suas consequências ou por sua lógica. Essa inabilidade, e aquela dificuldade ou impossibilidade, criam uma área livre em que os juízes exercitam a discricionariedade decisória – um espaço no qual inscrever suas decisões – ao invés de serem compelidos a uma decisão particular “pela lei”.²⁸³

Por outro lado, o realismo jurídico (o qual Tamanaha trata como uma leitura enviesada - para combater a atividade inovadora das cortes - criada pela *political jurisprudence* uma vez que observações realistas sobre a atividade de julgar já haviam sido expressadas bem antes dos realistas²⁸⁴) parte do pressuposto de que normas jurídicas podem ser interpretadas de várias formas e que a forma como os juízes as interpretam será uma função de suas visões pessoais e das forças sociais que os circundam. Tratou-se, pois, de uma corrente de pensamento que floresceu do reconhecimento da existência de inconsistências nas leis, sua inexistência e que rotineiramente insurgem-se contra situações não antecipadas, o que leva os juízes a possuir um grau substancial de flexibilidade quando trabalham com materiais legais.

of law. [...] Set aside the question of historical accuracy: Who espouses this purported complex of formalist beliefs today? None of the leading ‘new formalists’ [...] embrace these ideas.” (TAMANAHA, Brian Z. *Op. cit.* p.181-182)

²⁸² TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010. p.177. tradução nossa.

²⁸³ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008. p.9.

²⁸⁴ Vide TAMANAHA, Brian Z. *Op. Cit.* p.79-89.

Ao contrário do que muitos podem imaginar, os realistas originais não eram profundamente céticos²⁸⁵ sobre a relação entre atividade jurisdicional e direito. Seus objetivos, na verdade, eram aumentar a certeza e a previsibilidade do direito, treinar melhores advogados, avançar no campo da justiça legal e reformar o direito para melhor servir as necessidades sociais.

A evolução do movimento, no entanto, não se restringiu a entender o direito como meio para alcançar fins sociais²⁸⁶ (leia-se, *welfare*) e, com isso, torna a interpretação do direito uma forma fluída de *feedback* e controle em um sistema autopoietico. Estudos conduzidos por cientistas políticos pretenderam identificar, a partir da década de 1960, as influências reais do partidarismo político, das determinações ideológicas e do inconsciente na cognição judicial, levando a uma plêiade de novas teorias sobre a decisão judicial. Essas ramificações do tronco original acabaram por desenvolver teorias consentâneas com a idéia de um papel discricionário do juiz na avaliação de normas e fatos jurídicos havendo desde teorias que pretendem o extremo da *imposição de preferências* pelos juízes a posições moderadas que acreditam na interferência gerada pelo subconsciente em razão da criação, formação e desenvolvimento do julgador durante toda a sua vida (ou seja, as experiências vividas possuem seus desdobramentos para a formação de pontos paradigmáticos de apreciação). Outros, por sua vez, se baseiam em estudos psicológicos para reescrever a divisão entre o formalismo e o realismo jurídico como um *formalismo realista*

²⁸⁵ É o tipo de equívoco lastreado por Frederick Schauer, um filósofo do direito contemporâneo, por exemplo, que atestou que “the Realists believed that decision-makers, especially judges deciding hard cases, initially make an ‘all things considered’ judgement about who ought to win. That preliminary judgement, taking into account moral, political, economic, and psychological factors, is not arbitrary, but is particularistic in focusing on the optimal results *for this case*.... To the Legal Realist, rules serve not as sources of *ex ante* guidance, but as vehicles of *ex post* legitimation of decisions reached without regard for the rules.” (Frederick Schauer apud Brian Z. Tamanaha. *Op. cit.* p.93-94).

²⁸⁶ Embora os paradigmas utilizados pelos realistas fossem já reconhecidos anteriormente, Brian Z. Tamanaha observa que o florescimento do movimento (mesmo que inicialmente de forma inesperada e não planejada) favoreceu o desenvolvimento de novos estudos, de uma nova forma de ensinar o direito e de um comportamento dos juizes alinhado com a busca externa de fatores e racionalidades para desempenhar seu papel político: “Furthermore, thanks in part to the work of the realists significant changes have taken place in how casebooks are written, and the social scientific study of law is now thriving. Changes have also occurred in the style of written judicial decisions, with judges engaging in more open discussions of policy and social consequences. Nothing in this argument detracts from the historical studies that have documented the efforts of the legal realists in these respects. They were a distinguished group with many legal accomplishments. The attention they brought to the notion of realism helped crystallize shifts already underway. The thrust of this analysis is that the named realists were a few dozen individuals singled out for attention and given credit, for what was the work and success of two generational waves of jurists with similar views about judging, engaging in the same enterprise, working to bring the law into a closer match with a vastly transformed society and set of social understandings.” (TAMANHA, Brian Z. *op. cit.* p. 106)

através do qual a intuição desempenha seu papel na decisão judicial embora os juízes, após alguma deliberação sobre os pontos a serem decididos, consigam restringir sua influência²⁸⁷.

Segundo Richard Posner, “uma vez que o comportamento é motivado pelo desejo, devemos considerar o que o juiz quer. Eu acredito que eles queiram os mesmos bens básicos que outras pessoas desejam, como renda, poder, reputação, respeito, auto-respeito, e lazer. Se a avaliação judicial sobre vários bens é diversa, isso ocorre em razão dos incentivos e repressões criados pelo ofício jurisdicional, ou mais amplamente o contexto da ação jurisdicional. Uma parte importante desse contexto é a incerteza legal, que cria uma área livre em que os métodos ortodoxos de análise (legalistas) restam insatisfatórios e, algumas vezes, inconclusivos, o que permite ou até dita que emoção, personalidade, intuições sobre políticas públicas, ideologias, política, criação e experiência determinarão a decisão do juiz”²⁸⁸. Observe-se que nenhuma das teorias apresentadas pretende seu absolutismo ou universalismo. Há áreas decisórias que se mostram mais frequentemente alvo da introdução desses elementos²⁸⁹ e sua composição e dosagem dependerá do contexto judiciário, dos fatos, da comoção social, da instância jurisdicional dentre outros.

Várias teorias da decisão judicial podem hoje ser encontradas na literatura jurídica abordando a questão por vários prismas, dentre eles a preferência ideológica do juiz²⁹⁰, a estratégia das decisões judiciais²⁹¹, a teoria sociológica do comportamento

²⁸⁷ É o que Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich pretendem com o *realistic formalism*, tomando tanto o realismo jurídico como o formalismo por movimentos incompletos de análise que, a final, podem ser conciliados: “we argue and attempt to demonstrate that neither the formalists nor the realists accurately describe the way judges make decisions, but that key insights from each form the core of a more accurate model. We propose a blend of the two that we call the ‘intuitive-override’ model of judging. Supported by contemporary psychological research on the human mind and by our own empirical evidence, this model posits that judges generally make intuitive decisions but sometimes override their intuitions with deliberation. Less idealistic than the formalist model and less cynical than the realist model, our model is best described as ‘realistic formalism’. The model is ‘realist’ in the sense that it recognizes the important role of the judicial hunch and ‘formalist’ in the sense that it recognizes the importance of deliberation in constraining the inevitable, but often undesirable, influence of intuition.” (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the bench: how judges decide cases*. 93 *Cornell Law Review* 1, 2007. p.3)

²⁸⁸ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008. p.11.

²⁸⁹ É o que mostra o estudo de David Klein, apontando para maior relação entre preferências políticas e o direito aplicado na decisão final em áreas que suscitam implicações políticas controvertidas como antitruste, direito constitucional e direito ambiental. Vide KLEIN, David. *Making law in the United States Court of Appeals*. New York, NY: Cambridge University Press, 2002. p.40-41.

²⁹⁰ Conhecida como *attitudinal theory of decision-making*, essa teoria propugna que “as decisões judiciais são melhor explicadas pelas preferências políticas que eles [juízes] trazem para os casos” (POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008. p.19), ou, na leitura de James Gibson, “as decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, temperada por aquilo que eles pensam que deveriam fazer, mas restringida pelo que eles percebem ser possível fazer” (GIBSON, James L. *From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behavior*. 5 *Political Behavior* 7, 1983. p.9. *tradução nossa*). Esta teoria, assim como a estratégica e a sociológica, é alvo de críticas quanto à dificuldade de ser testada uma vez que como essas preferências geralmente não são anunciadas e as questões legais são

judicial²⁹², a teoria econômica²⁹³, a importância e as fontes de pré-conceitos na formação de respostas às incertezas (teoria psicológica²⁹⁴), as consequências da organização do judiciário em graus decisórios (teoria organizacional²⁹⁵) etc.

decididas sem um direcionamento explícito sobre o raciocínio subjacente de meios e fins, a correlação apenas pode ser alcançada através de uma metodologia não inteiramente confiável.

²⁹¹ A denominada *teoria estratégica do comportamento judicial* avança os postulados trazidos pela *attitudinal theory* no que trata das preferências ideológicas do juiz, mas dela se distingue ao associar a atividade decisória a uma estratégia coerente que considera as possíveis reações de outros atores institucionais como juízes, legisladores e do público. Como observa Brian Tamanaha, “a perspectiva estratégica retrata os juízes como se moldassem suas decisões com atenção consciente a, e uma antecipação calculada de, como outros indivíduos (juízes de uma mesma câmara), atores institucionais (legisladores, agentes do executivo, cortes superiores), ou audiências potencialmente influentes (estudiosos do direito, órgãos de representação de classe dos advogados, grupos de interesse, o público) iriam reagir. O modelo estratégico supõe que juízes rotineiramente calculam que um curso de ação poderia ser melhor para desenvolver seus objetivos políticos. Em alguns casos isso poderá significar uma decisão que se distancie de suas verdadeiras preferências ideológicas caso, por exemplo, ser muito audacioso arrisque destruir sua credibilidade ou incite um retrocesso que poderia retardar seus objetivos ainda mais” (TAMANAHA, Brian Z. *Op. Cit.* p. 118. *Tradução nossa*).

²⁹² Segundo a *teoria sociológica*, a composição das câmaras dos tribunais terá influência no julgamento final, não partindo apenas de preferências políticas, mas até pelo gênero dos julgadores (uma câmara composta por juízes homens provavelmente decidirá diferentemente uma questão de discriminação sexual de uma câmara em que haja uma juíza, por exemplo). Várias explicações são dadas ao efeito decorrente da inserção de um julgador de diferente formação, ideologia, raça, sexo ou religião no julgamento de causas a ela diretamente ligadas, sendo a principal que “o estranho atua como um *whistleblower*, ameaçando expor em um voto dissidente a posição majoritária como desprovida de princípios” (POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008. p. 31. *Tradução nossa*). Dessa forma, os julgadores que enfrentem a incerteza legal de determinada questão e não possuam preferências fortes ou estáveis sobre ela (ou a tenham, mas prefiram deixá-la em prol de outro fim a ser alcançado, como a anuência de outros julgadores em questões que lhe pareçam mais importantes e que suas preferências se apresentem mais fortes) tenderão a se posicionar ao lado do *julgador-catalisador* por motivos estratégicos e em vista de impor suas preferências em outro momento sem perder sua credibilidade perante os agentes institucionais relevantes.

²⁹³ A *teoria econômica* trata o juiz como um maximizador racional de utilidade. Ele tem, portanto, “uma ‘função de utilidade’, como os economistas denominam o complexo de objetivos que guiam a ação racional. Os ‘argumentos’ (elementos) da função de utilidade judicial incluem renda, lazer, poder, prestígio reputação, auto-respeito, e prazer intrínseco (desafio, estímulo) do trabalho, e outras satisfações que as pessoas procuram em um emprego. Os argumentos da função de utilidade podem ser manipulados pelo empregador para alterar o comportamento dos empregados [leia-se, juízes], e ainda afetar aquele que procura ou pretende preencher a vaga” (POSNER, Richard A. *Op. cit.* p.35-36. *Tradução nossa*). Nessa perspectiva, a economia judicial pode explicar, por meio da preferência pelo lazer (ou tempo livre), as pressões dos juízes para a realização de acordos judiciais e a excessiva delegação de tarefas judiciais a assistentes. Também explica porque elementos utilizados para a promoção dos juízes de carreira acabam afetando a sua produtividade e a prioridade dada a causas mais simples que a causas complexas em havendo critérios de promoção por merecimento pautado por número de decisões.

²⁹⁴ Essa teoria se afasta das demais no que tange às suas premissas: não se pretende que os juízes conscientemente pretendam avançar suas preferências em suas decisões de forma a modificar o ambiente social e político, mas inconscientemente o fazem em vista de suas experiências anteriores, dos núcleos duros conceituais e do meio em que foi criado. Nenhum juiz, pois, seria o agente pretendido por John Rawls que se esconde sob um véu de ignorância nem se ele pretender suprimir essas influências; quando muito, como melhor elaboram Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich, o juiz pode readequar suas impressões intuitivamente desenvolvidas em um processo deliberativo a fim de alcançar a decisão mais acertada. Ou seja, “apesar dos melhores esforços, no entanto, juízes, como qualquer outra pessoa, possuem dois sistemas de cognição para realizar julgamentos – o intuitivo e o deliberativo – e o intuitivo parece ter um efeito poderoso nas decisões judiciais. A perspectiva intuitiva pode ser melhor para alguns casos, mas pode levar a resultados errôneos e injustos em outros. O sistema de justiça deveria se esforçar para aumentar a probabilidade de que juízes decidirão os casos de forma predominantemente deliberativa, ao invés de uma forma predominantemente intuitiva” (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the bench: how judges decide cases*. 93 *Cornell Law Review* 1, 2007. p.43. *tradução nossa*.)

O que se observa é a presença crescente na doutrina da preocupação com o estabelecimento de estudos que melhor retratem o consenso de que o juiz é um agente político e suas decisões sofrem influências (sejam elas internas ou externas, conscientes ou inconscientes, ideológicas ou comportamentais). A dificuldade que permanece é definir qual o papel dessas influências na arte de julgar.

Nem mesmo a teoria formalista resistiu a esse consenso. Hoje, teóricos chamados de *novos formalistas* ou *formalistas contemporâneos* como Lawrence Solum e John Manning “reconhecem que a linguagem é uma instituição social que possui significado apenas em um contexto. Portanto, eles rotineiramente derivam o sentido das leis de fontes extralegais, inclusive materiais não sancionados como casos ou doutrina que definem termos de arte ou prescrevem cânones de construção”²⁹⁶. Para Lawrence Solum, o formalismo requer o seguimento de regras, “mas o seguimento de regras não precisa ser mecânico no sentido literal da palavra. A aplicação de normas a fatos específicos pode requerer sensibilidade ao contexto e ao propósito [...] Formalistas podem considerar os propósitos das normas de várias formas”²⁹⁷, e continua: “Não há razão para o formalismo rejeitar uma prática de equidade que se recusa a aplicar uma norma legal quando isso puder levar a consequências absurdas”²⁹⁸.

De certa forma, esse novo movimento formalista se aproxima muito do que Brian Z. Tamanaha pretende em seu *balanced realism* que, apesar de se apegar às bases do realismo, não conclama a perseguição de preferências pelos juízes, mas a existência de uma teoria da cognição com base nas consequências da influência do subconsciente. Dessa forma:

Um teórico do realismo balanceado [*balanced realism*] espera que as tendências dos juízes influenciarão suas decisões de várias formas que não a consciente ou deliberada. Em um nível subconsciente, isso ocorre através do que pode ser

²⁹⁵ A *teoria organizacional* do comportamento judicial aponta para as características sistêmicas dos órgãos decisórios, considerando o juiz como integrante de uma grande estrutura organizacional que se auto-regula. Dessa forma, as relações entre agente e seu superior, como a do juiz e o governo que o emprega, escondem uma estrutura de contenção ideológica de forma que as distorções possíveis entre os interesses nessa estrutura sejam contidas em prol dos interesses do superior. Segundo essa teoria, portanto, a total independência do juiz em sua estrutura organizacional é uma utopia, havendo apenas uma abertura para operar com considerável independência, posto que o superior tentará criar uma estrutura organizacional que minimize a divergência e a resistência dos juízes.

²⁹⁶ MANNING, John. Constitutional structure and statutory formalism. 66 *University of Chicago Law Review* 685, 1999. p.688. Tradução nossa.

²⁹⁷ SOLUM, Lawrence B. The Supreme Court in Bondage: formalism and the future of unenumerated rights. 9 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 155, 2006. p.172. Tradução nossa.

²⁹⁸ SOLUM, Lawrence B. *Op. Cit.* p.173.

chamado (sem pretensões teóricas) *cognitive framing*, que relaciona as categorias de pensamento e percepção através das quais a cognição é realizada, incluindo a linguagem, os conceitos, as idéias e as crenças. O modelo cognitivo acompanha, habilita e formata o pensamento e a percepção, desenvolvendo respostas, influenciando ações e decisões. Ele é informado pelas categorias sociais e é implantado e perpetuado pela socialização. Isso não é um defeito da racionalidade humana, mas uma condição do pensamento que estipula não haver nenhuma percepção imediata.²⁹⁹

Para essa facção do realismo jurídico, os propósitos e as consequências de uma decisão deverão ser considerados, mas “isso não significa que considerações sobre os propósitos ou consequências dominem a interpretação de uma norma ou da decisão, nem serão necessariamente conscientes. O efeito depende do juiz e das circunstâncias do caso”³⁰⁰. O juiz deve, então, se engajar no que Tamanaha chama de *rule-oriented instrumental rationality* pela qual “um juiz que presta atenção às consequências não é, apenas por isso, um juiz de preferências; o que interessa é que a orientação dominante do juiz seja de produzir a correta (mais forte) decisão legal ou alcançar um resultado desejado”³⁰¹. “Juizes são o peneira pelo qual os fatores sociais são filtrados. Esse é o papel da política ao julgar – embora não se possa esquecer que esse processo sempre se opera através de rígidos padrões legais. E ‘política’ é uma etiqueta tendenciosa para o que resulta do conjunto de influências sociais”³⁰².

Na verdade, o *balanced realism* pretende afastar dois extremos da divisão entre formalistas e realistas: o modelo mecanizado e o modelo egoístico de persecução de suas próprias preferências e vantagens³⁰³; no entanto, não acaba refutando integralmente as consequências de fatores externos na adjudicação.

Essa introdução é importante para que se entenda o porquê de as consequências da decisão judicial serem particularmente relevantes na adjudicação de processos coletivos. Ao estabelecer efeitos sistemáticos por meio de uma única decisão, a interferência do judiciário nas relações sociais se intensifica exponencialmente gerando efeitos (sejam ele desejáveis ou não) às políticas públicas legisladas e implementadas pelo

²⁹⁹ TAMANAHA, Brian Z. *Op. Cit.* p.187. *Tradução nossa.*

³⁰⁰ TAMANAHA, Brian Z. *Op. cit.* p. 189

³⁰¹ TAMANAHA, Brian Z. *Op. cit.* p. 189

³⁰² TAMANAHA, Brian Z. *Op. cit.* p. 193

³⁰³ Nas palavras de Brian Z. Tamanaha: “The two false extremes of this antithesis generate misunderstandings, misdirected efforts, and misleading statements about judging. No one thinks that law is autonomous and judging is mechanical deduction, and rare is the informed jurist who thinks that judges are engaged in the single-minded pursuit of their personal preferences. With these extreme positions set aside, the grounds of real normative and empirical disagreement will be more apparent and the discussion more focused and productive.” (TAMANAHA, Brian Z. *Op. cit.* p. 197)

executivo e à dinâmica do mercado, sendo que a prudência não pode ser atingida por meio da simples deferência à legislação, principalmente quando tratamos de *tutelas provisórias com efeitos irreversíveis*.

A necessidade de buscar uma teoria que se ocupe dessas preocupações na área dos processos coletivos é questão de extrema prioridade antes que possamos estabelecer um modelo que atenda à necessária *responsabilidade social do juiz*. Não se deseja aqui platonizar um "juiz-hércules", capaz de diagnosticar e separar as principais consequências para sua análise. Como se verá no item seguinte, a teoria que aqui empregamos, o *pragmatismo*, não tem por fito alcançar a *verdade*, o *correto* ou a *justiça* dessas decisões, mas realizar o *possível*, o *útil*, o *desejável* para a maximização do bem-estar social. Conceder tutelas antecipatórias em processos coletivos não é uma questão simples, razão pela qual não pretendemos simplificar a intrincada disposição de interesses, valores e consequências envolvidas. Pretendemos, contudo, conceder ao modelo racionalidade, responsividade social e minimização dos efeitos decorrentes de "erros" judiciais constatados pela reversão de tutelas antecipatórias concedidas no início do processo.

Veja-se como a *teoria da adjudicação pragmática* pode auxiliar nessa tarefa.

4.2 A adjudicação pragmática

Os processos coletivos são estruturas procedimentais que veiculam tanto interesses transindividuais por natureza (difusos e coletivos *strictu sensu*) quanto direitos acidentalmente coletivos (direitos individuais homogêneos) como se pode verificar da análise realizada no primeiro capítulo deste trabalho. Embora somente os direitos difusos sejam fluidos, de inerente conflituosidade interna, e, portanto, mais susceptíveis a influências extrajurídicas para sua definição, o potencial regulatório dos direitos individuais homogêneos indica uma necessária amplitude do campo de análise dos juízes, os quais acabam necessitando realizar análises sobre as consequências da determinação da procedência ou da improcedência da demanda. Vale dizer, seja em razão de o objeto da demanda envolver direitos sociais (tratados como princípios de otimização por Alexy), políticas públicas ambientais (que constantemente entram em conflito com os interesses do mercado ou interesses da União – como segurança nacional ou desenvolvimento, seja ele humano ou

econômico) ou direitos individuais homogêneos de potencial regulatório (os quais requerem necessariamente uma análise de custo e benefício), o processo coletivo estará permeado de um sem número de possíveis influências ideológicas, conscientes ou inconscientes dos juízes, que perpassam os limites do princípio da proporcionalidade (eminentemente jurídicos) para alcançar bases muito mais afetas à política que ao direito³⁰⁴. Não se pretende com isso dizer que os processos coletivos sempre demandarão escolhas trágicas ou que a incerteza jurídica subjacente será sempre sobre *bad rules* e *bad results*; na verdade, sequer terão essas características na maioria dos casos. No entanto, é importante considerar que eles viabilizam em uma parcela considerável de casos o deslocamento de questões políticas (seja em decorrência da demanda de direitos por falhas institucionais dos processos políticos ou em razão de abertura de novos campos de mudanças estruturais) para o judiciário, o que requer a estruturação de um procedimento que consiga conscientemente introjetar no processo as suas variáveis, expondo as escolhas exercitadas, seus fundamentos e as interrelações consideradas na decisão. Somente assim o processo coletivo poderá significativamente atender às aspirações da democracia, desvelando as preferências da decisão e oportunizando uma contenção ideológica pelos tribunais superiores das decisões dos tribunais inferiores.

Para tanto, faz-se necessário expor os limites da atividade jurisdicional e seu potencial na adjudicação de interesses desse nível. Essa tarefa parece ser bem compreendida pela *teoria da adjudicação pragmática* cunhada por Richard Posner.

Richard Posner faz questão de deixar bastante claro que o *pragmatismo* que se insere no processo decisório judicial não tem o mesmo sentido que o *pragmatismo* cunhado pela filosofia pragmática (de Charles Sanders Pierce, William James e John Dewey), embora os avanços dessa filosofia experimentalista e cética quanto a conceitos metafísicos absolutos³⁰⁵ tenham impulsionado o realismo jurídico e, conseqüentemente, a atual teoria do direito.

³⁰⁴ Abraham Chayes já dizia que o explosivo aumento da litigância de interesses públicos (*public law litigation*) alavancado por leis que propõem objetivos políticos abertos – em várias áreas como educação, meio-ambiente, emprego e regulação dos negócios – requer dos juízes que façam decisões sobre políticas públicas voltadas para o futuro. Trata-se de uma forma adjudicatória tão diferente que “o procedimento é reconhecível como uma ação judicial apenas porque toma lugar em uma corte perante um oficial chamado juiz”. No original: “the proceeding is recognizable as a lawsuit only because it takes place in a courtroom before an official called a judge” (CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. 89 *Harvard Law Review* 1281, 1976. p.1303)

³⁰⁵ O Darwinismo é uma das teorias pragmáticas mais úteis para entender esse conceito. Em seu livro *A origem das espécies*, Darwin, ao desvelar que o humano teria evoluído de uma criatura parecida com os macacos (ao menos da mesma família) por um processo de seleção natural de adaptação aos desafios do meio-ambiente, ofereceu bases para acreditar-se que a inteligência humana seria adaptada a copiar o meio ambiente ao invés de alcançar perspectivas metafísicas que não teriam qualquer valor adaptativo ao ambiente ancestral. Segundo

O pragmatismo aqui utilizado se refere a um novo conceito: o *everyday pragmatism* ou *pragmatismo cotidiano*. Segundo Posner, “o pragmatismo cotidiano é o conjunto de ideias inseridas no uso popular da palavra ‘pragmático’, significando o prático e semelhante ao mercado, o ‘no-nonsense’, o desdenhoso de teorias abstratas e pretensões intelectuais, e que despreza moralistas e sonhadores utópicos”³⁰⁶. Trata-se da cultura não teorizada “com raízes nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, de movimentos céleres, competitiva, prospectiva, comercial, materialista e filistina, com ênfase em trabalhar duro e seguir em frente”³⁰⁷. É seguir o critério “do que funciona” e “julgar as questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e prosperidade das pessoas”³⁰⁸. Em seu viés político se traduz na medida “prudente, judiciosa, que tende a evitar soluções extremistas e entende que política é ‘a arte do possível’”³⁰⁹.

Esse enfoque direcionaria o comportamento judicial para a busca de consequências que gerem maior bem-estar para os indivíduos da sociedade, sem se apegar a noções abstratas e confusas como “justiça” ou “equidade”, de origem metafísica e cujo significado não contém valores sociais práticos e relevantes para a adjudicação. Nas palavras de Posner:

Um pragmático do cotidiano no direito, um juiz pragmático por exemplo, quer saber o que está em jogo em um sentido prático ao decidir um caso de uma forma ou de outra. Isso não significa o que os opositores do pragmatismo legal, como Ronald Dworkin, sugerem, ou seja, que tal juiz está preocupado apenas com as consequências imediatas e de curto período. O juiz pragmático não nega as virtudes do padrão de Estado de Direito como generalidade, previsibilidade, e

Posner, “this is not to denigrate the role that speculative intelligence, imagination, and abstract thought have played in human progress, including scientific and technological progress. Another implication of Darwinism, however, places the theory side of intellectual activity in perspective: our most cogent intellectual procedures are likely to be experimental rather than aprioristic ones. Evolution is an experimental process, a process of trial and error.” (POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.32). O valor do Darwinismo para a filosofia pragmática é reconhecida por Richard Rorty: “Pragmatists are committed to taking Darwin seriously. They grant that human beings are unique in the animal kingdom in having language, but they urge that language be understood as a tool rather than as a picture. A species’ gradual development of language is as readily explicable in Darwinian terms as its gradual development of spears or pots, but it is harder to explain how a species could have acquired the ability to *represent* the universe – especially the universe as it really is (as opposed to how it is usefully described, relative to the particular needs of that species).” (Richard Rorty *apud* Posner. *Op. cit.* p.31).

³⁰⁶ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.49-50.

³⁰⁷ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.50.

³⁰⁸ POSNER, Richard A. *Op. cit.* p.50. Observe-se que a filosofia pragmática é acadêmica, súbita, complexa e carregada de vocabulário técnico, diferentemente do que se pretende do *everyday pragmatism*. “It also tends to be contemplative rather than action-oriented. The everyday pragmatism uses common sense to resolve problems; the pragmatist philosopher explains why this is a sensible procedure.” (POSNER, Richard A. *Op. cit.* p.52).

³⁰⁹ POSNER, Richard A. *Op. cit.* p.51.

imparcialidade, que geralmente favorecem uma perspectiva direta para novas disputas legais. Ele apenas se recusa a objetificar ou sacralizar essas virtudes. Ele ousa balanceá-las contra as virtudes de adaptação de decidir o caso em questão de forma que produza as melhores consequências para as partes e para aqueles em situações similares. Ele é impaciente com abstrações como “justiça” e “equidade”, com slogans como “auto-governança” e “democracia”, e com a retórica pretenciosa de conceitos absolutos, salvo se for persuadido que tais bandeiras têm valores sociais práticos. Para o pragmático do cotidiano, assim como para os sofistas da Grécia antiga a quem se assemelham (estão entre seus ancestrais), moral, política, e teorias legais apenas possuem valor como retórica, não como filosofia.³¹⁰

Esse discurso muito se assemelha à análise de políticas legislativas realizada por Louis Kaplow e Steven Shavell quando apontam que basear as políticas legais apenas em noções de justiça (consideradas como princípios independentes da análise do bem-estar individual), na maioria dos casos, leva a consequências danosas ao bem-estar de todos na sociedade, o que não ocorreria a partir de uma análise de *welfare economics*. Essa análise, contrariamente aos paradigmas empregados na clássica análise normativa econômica que se baseiam na maximização da riqueza e na eficiência³¹¹, sem considerar o bem-estar individual e ignorando questões distributivas, pretende a expansão do conceito de bem-estar individual para englobar tudo aquilo possua valor para as pessoas, seja em forma de *shadow prices*³¹²,

³¹⁰ POSNER, Richard A. *Op. cit.* p.12. *Tradução nossa.*

³¹¹ Kaplow e Shavell não afastam a análise econômica baseada em princípios de eficiência e os métodos empregados para o cômputo de maximização de riqueza, sendo que até consideram a metodologia, na maior parte das vezes, como um substituto fiel para o engendrado sistema de cômputo de bem-estar individual e social. No entanto, deve ser utilizado com cautela, posto que trata-se de um substituto imperfeito para o nível de complexidade que é requerido. Dessa forma, “wealth – and thus wealth maximization – is not a well-defined concept; to compute wealth, one must know the prices of different goods and services, yet there is no natural set of prices to use. More importantly, and more obviously, even if we possessed an unambiguous way of computing wealth, wealth still would not constitute a measure of social welfare under welfare economics because wealth is not defined in terms of individuals' well-being. As we have explained, a measure of social welfare under welfare economics must be a function of individuals' wellbeing. (This observation also reconciles the fact that total wealth is independent of its distribution with the point that distributive concerns may be an important determinant of social welfare under welfare economics.) As a practical matter, though, the defects in the conceptual and normative foundations of wealth maximization do not imply that analysis based on wealth maximization will usually be misguided. As we have mentioned, it may be analytically useful to study models in which social welfare equals some simple wealth-like aggregate. In addition, maximization of wealth (defined, perhaps, with respect to current prices) may in fact reasonably approximate maximization of social welfare in many contexts. Thus, under welfare economics, although wealth is not in itself deemed to be valuable, analysis that assesses policies based on their aggregate impact on wealth will often prove useful. (We observe that the preceding point about wealth applies as well to "efficiency." Efficiency is also a concept that captures aggregate effects of policies on individuals' well-being, and invocations of efficiency should thus be understood to entail a concern for individuals' well-being rather than obeisance to some technical or accounting notion. Moreover, that efficiency does not reflect a concern for the distribution of income indicates that efficiency, like wealth, is only a proxy measure of social welfare, and one that is incomplete in an important respect.)” (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. 114 *Harvard Law Review* 961, 2001. p.996-998.)

³¹² Ou, como pretende Gary Becker, *shadow imputed prices of the nonmarket sector*, que englobam todos aqueles incentivos e fatores de relevância individual, mas que não possuem um valor claro no mercado. Para melhor compreensão, vide BECKER, Gary. *The economic approach to human behavior*. In: KATZ, Avery Wiener (Ed.). *Foundations of the economic approach to law*. New York, NY: Foundation Press, 1998. p.5.

seja em forma de abstrações relevantes como o são, por vezes, algumas noções de justiça.

Dessa forma:

A noção de bem-estar utilizada pela *welfare economics* é compreensiva por natureza. Ela incorpora de forma positiva tudo o que um indivíduo poderia valorar – coisas e serviços que o indivíduo pode consumir, amenidades sociais e ambientais, noções pessoais de satisfação, sentimentos de simpatia por outros, e assim por diante. Similarmente, o bem-estar de um indivíduo reflete, de forma negativa, danos para sua pessoa e propriedade, custos e inconveniências, e qualquer coisa que os indivíduos possam entender desagradável. Bem-estar não está restrito ao aproveitamento hedonístico e material ou a qualquer outra classe nominada de prazeres e sofrimentos. O único limite do que pode ser incluído no bem-estar é o que só pode ser encontrado na mente dos próprios indivíduos, e não nas mentes dos analistas.³¹³

Para Kaplow e Shavell essa análise deve alcançar o bem-estar social, considerando modelos de agregação das funções individuais de utilidade expressas por um processo de análise consequencialista *ex ante*. Dessa forma, “muitos pontos sobre a distribuição geral de renda estão de acordo com a perspectiva do *welfare economics*. Isso pode ser visto ao refletir-se sobre as implicações do fato de que o bem-estar social depende do bem-estar dos indivíduos. Primeiro, a distribuição de renda irá importar para o bem-estar social porque o aumento da renda frequentemente aumentará a utilidade de alguns indivíduos mais que de outros. Notadamente, redistribuir renda dos ricos para os pobres tenderá a aumentar o bem-estar social, assumindo que a utilidade marginal³¹⁴ da renda será maior para os pobres que para os ricos. Segundo, a distribuição de renda pode importar para o bem-estar social porque afeta a distribuição de bem-estar, e, na perspectiva de *welfare economics*, o bem-estar social pode depender diretamente de quão igualitariamente o bem-estar é

³¹³ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare. 114 *Harvard Law Review* 961, 2001. p.980. Tradução nossa.

³¹⁴ Neste momento se referindo à utilidade marginal como descrita na primeira lei de Gossen (também conhecido por *Theorem of Self-interest*), a qual prevê que a adição de utilidade a cada unidade adicional consumida irá decair progressivamente com o consumo, chegando, possivelmente, a um valor negativo. A lógica é mais conhecida pelo exemplo do copo d'água: para alguém que está com sede, o primeiro copo d'água representará um aumento considerável de seu bem-estar e, consequentemente, de sua função de utilidade; o segundo copo d'água ainda poderá representar aumento no bem-estar de acordo com o nível de sede da pessoa, mas não expressará um aumento tão significativo no bem-estar do indivíduo quanto o primeiro copo; o terceiro copo d'água provavelmente trará desconforto uma vez que o nível de satisfação chegou ao seu ponto máximo com o segundo copo d'água, vindo a estabelecer o decrescimento da função de utilidade, o mesmo ocorrendo com os quarto, quinto, sexto,..., copos d'água. Caso essa água fosse realocada para outras pessoas com sede, o grau de bem-estar social seria aumentado, chegando a um ponto máximo se cada indivíduo vier a tomar entre um copo e um copo e meio de água, considerando a escassez do recurso. Para compreender melhor as premissas, vide MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of Justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Tradução de Deborah Shannon. Nova Iorque: Springer, 2009. p.9.

distribuído entre os indivíduos”³¹⁵. Em terceiro lugar, “a distribuição de renda poderá importar para o bem-estar social porque o bem-estar de alguns indivíduos pode depender diretamente da distribuição de renda, como ocorre quando indivíduos sentem simpatia pelos menos afortunados”³¹⁶. De qualquer forma, a ideia de justiça não deve ser veiculada como um princípio independente que guiará a política do direito, mas poderá representar um elemento importante caso haja a retórica adequada a mostrar sua importância para os fins sociais. O consequencialismo é elemento necessário para dar razão à análise normativa e à definição de estruturas jurídicas uma vez que “a adesão a noções não-consequencialistas de justiça [leia-se, conceitos deontológicos] parece levantar uma tensão básica entre o que se imaginaria ser a motivação subjacente dos analistas para se importar com a justiça. Vale dizer, se as consequências são ignoradas, a quantidade de justiça ou de injustiça também é ignorada”³¹⁷. Tal consequencialismo também acaba induzindo a uma análise prospectiva do direito para além dos muros do “dar a cada um o que é seu”; ou seja, olhando para o direito para além de um conjunto de princípios e regras: como uma instituição indutora de comportamentos na sociedade.

Assim também é a adjudicação pragmática. Afinal, qual é a atividade dos juízes senão basearem-se em diretrizes proporcionadas pelas normas para decidirem os casos concretos e corrigirem seus desvios de finalidade? Conceitos absolutos, assim como dogmas, se prestam para conduzir massas, não para pensar o direito.

Contudo, o juiz possui limites e, por isso, Posner o vincula a um exercício de consequencialismo moderado. Uma análise *all-things-considered* geralmente não está ao alcance do juiz que, apesar de possuir alguma flexibilidade retórica está preso ao mundo do processo³¹⁸, razão pela qual pretende afastar a teoria pragmática do consequencialismo utilitarista e acaba por criar a figura do *pragmático restrito*. Não quer isso dizer que o juiz pragmático se dê conta apenas de consequências imediatas, ao contrário de um juiz com maior visão para as consequências futuras; quer dizer que, e aqui Posner se distancia apenas em um jogo de palavras da posição de Kaplow e de Shavell, “uma coisa é se importar com as consequências, incluindo as consequências para utilidade (bem-estar), e outra estar comprometido com uma estratégia de maximização de alguma classe de consequências,

³¹⁵ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare. 114 *Harvard Law Review* 961, 2001. p.990-991. *Tradução nossa*.

³¹⁶ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Op. cit.* p.991. *Tradução nossa*.

³¹⁷ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Op. cit.* p.1006. *Tradução nossa*.

³¹⁸ Essa realidade é ainda mais perversa nas tutelas antecipatórias em vista de sua própria natureza como será visto a seguir (item 4.3).

um compromisso que, como a literatura utilitarista dominante atesta, pode levar ao tipo de absurdos dogmáticos³¹⁹ que os pragmáticos estão determinados a evitar³²⁰. Além disso, “a decisão judicial é uma forma truncada de consequencialismo”³²¹. Segundo Richard Posner, o consequencialismo irrestrito é *imodesto* por duas razões: primeiro porque nega toda e qualquer restrição à apreciação de causas pelo judiciário (que poderia decidir quaisquer causas conquanto o juiz pretendesse buscar as melhores consequências), negando os benefícios da divisão de trabalho e da contrapartida política dessa divisão (a separação de poderes); segundo porque seria necessário algo próximo da onisciência uma vez que “estar apto a determinar qual decisão teria as melhores consequências globais requereria poderes racionais comparados a de um deus, o que os pragmatistas tomam como a ilusão do Platonismo”³²².

A resposta perfeita não é a pretensão da adjudicação pragmática³²³. O pragmatismo é cético quanto a concepções metafísicas de *verdade*, *justiça* ou *equidade*, incorporando análises empíricas para definir uma racionalidade *do possível*, *do útil*, *do que funciona*. Por essa razão, Posner atesta que:

Eu não disse nada sobre como o juiz deve decidir quais consequências da classe de consequências que ele está autorizado e é competente a considerar são boas e quais são ruins. Sem dúvidas, bondade e maldade devem ser determinadas com referência nas necessidades e interesses humanos, mas como eles devem ser determinados? E

³¹⁹ Aqui o pragmatismo, apesar de se apegar a análises consequencialistas e utilizar da análise econômica do direito para resolver grande parte das questões (assim como utilizado por Kaplow e Shavell, nota n.47), quer deixar claro que a racionalidade empregada não levará à chamada *monstruosidade moral do utilitarismo*, que surge da inexistência de diferenciação entre as diferentes espécies de prazer (base do cálculo da função de utilidade e que leva ao cômputo de bem-estar) e de o utilitarismo estar preparado a sacrificar um indivíduo inocente no altar do bem comum. Com a proliferação de novas espécies de utilitarismo para tratar dessas questões (como o *rule utilitarianism* e o *preference utilitarianism*), talvez o distanciamento brusco do utilitarismo seja desnecessário e a posição de Shavell e Kaplow (expressamente adeptos da filosofia utilitarista) pareça mais apropriada até para o desenvolvimento dessa teoria da adjudicação.

³²⁰ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.65. Tradução nossa.

³²¹ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.65. Tradução nossa.

³²² POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.70-71. Tradução nossa.

³²³ Como diz Posner, “I must not oversell pragmatism. It is not a machine for grinding out certifiably correct answers to legal questions. It does not dissolve political judging into policy science. It does not transform judges into expert administrators and law into cost-benefit analysis. It acknowledges the inevitability that like cases will often be treated inconsistently not only because different judges weigh consequences differently depending on a judge’s background, temperament, training, experience, and ideology, which shape his preconceptions and thus his response to arguments and evidence, but also because, for the same reasons, different judges *see* different consequences. Legal pragmatism accepts the empirical evidence of the attitudinal school. And it sets no higher aspiration for the judge than that his decisions be reasonable in light of the warring interests in the cases, although a reasonable decision is not necessarily a “right” one.” (POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008. p.249.)

se eles não forem determináveis (nada no consequencialismo ou no pragmatismo ajuda a determiná-los), então uma diretiva para os juízes considerarem consequências não é vazia? Não. Isso apenas significa que diferentes juízes, cada um com sua própria ideia das necessidades e interesses da comunidades pesarão as consequências de forma diferente.³²⁴

Desta forma, contrariamente aos formalistas clássicos, que apregoam um viés retrospectivo, o pragmatismo prega um viés prospectivo a partir de um processo historicista, estabelecendo a legitimidade da decisão judicial em sua dedutibilidade de normas e princípios estabelecidos anteriormente. Mas não em um sentido de dever para com o passado: em respeito à continuidade de normas e decisões passadas. Como observa Posner, “pragmáticos são historiadores, mas em um sentido distinto de reconhecer a extensão que teorias jurídicas específicas podem ser vestígios históricos ao invés de verdades atemporais; há o uso crítico da história”³²⁵.

Isso, contudo, não quer dizer que o formalismo não possa ser em algum sentido pragmático, embora algum nível de consideração para as consequências existirá³²⁶. Se todas as decisões judiciais necessitassem de uma prospecção sobre propósitos e consequências das diretrizes legais não haveria qualquer razão para existir um órgão legislativo e utilizar verbas para patrociná-lo. Não seria necessária uma tripartição dos poderes já que o juiz seria o “todo poderoso e onisciente” julgador das consequências, restando nenhum espaço para a planificação de regras e comportamentos. Estaríamos, portando, sendo não-pragmáticos ao custear duas vezes a mesma estrutura decisória: uma sem poder final e outra que determina a última palavra.

Na verdade, na maioria dos casos, a aplicação da lei ao caso concreto em um procedimento silogístico será uma decisão pragmática. Pragmática no sentido de que, em não havendo distorções das demais instituições decisórias (como a “ditadura da maioria” ou minorias com poder exacerbado no caso de instituições legislativas ou a existência de

³²⁴ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.71. Tradução nossa.

³²⁵ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.72.

³²⁶ “Is decision according to rule therefore unpragmatic? No, because the loss from ignoring consequences in the particular case must be balanced against the gain from simplifying inquiry, minimizing judicial discretion, increasing the transparency of law, and making legal obligation more definite. The choice of a rule over a standard to govern a particular area of behavior may therefore be thoroughly pragmatic even though as a result some cases will be decided in a way that fails to produce the best consequences in that case. It is no answer that the case will be decided that way because the rule-of-law consequences outweigh the case-specific consequences in that particular case. The judge will not be estimating either set of consequences or comparing them. He will simply be interpreting the legal rule.” (POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.69)

custos de transação elevados nos casos de instituições de mercado) e sendo a estipulação razoável, não há necessidade de estabelecer uma atividade complexa que envolve uma retórica direcionada a análise sistêmica, consequencialista, empírica e prospectiva da decisão. O pragmatismo exige agilidade em um mundo de transformações contínuas e relações de massa, sendo que apenas aquelas causas em que as consequências sejam potencialmente relevantes e haja razões para avançar em uma empreitada prospectiva (analisando as instituições decisórias), que o balanceamento entre custo e benefício será necessário. Nesse ponto, “o formalismo pode ser uma estratégia pragmática ao invés de mera retórica. Como estratégia ela lembra o *rule utilitarianism*, o qual repousa no reconhecimento de que os meios para um fim não precisam ter a mesma estrutura que o fim”³²⁷. “Nem todas as adjudicações pragmáticas demandam uma tela de completa amplitude de possíveis consequências para os resultados alternativos. Incerteza e indeterminação são preocupações pragmáticas, não valores pragmáticos”³²⁸.

A teoria da adjudicação pragmática, portanto, concilia racionalidade e utilidade de modo que o processo civil deve se preocupar em realçar esses pontos da adjudicação e criar um espaço para que eles sejam expostos abertamente. A padronização de estruturas no estilo tradicional não dá conta de tratar apropriadamente a função do juiz como estabelecedor de políticas públicas o que, considerando o sistema jurídico brasileiro, tem maior expressão nos processos coletivos.

4.3 A tutela antecipatória como um jogo de probabilidades

Em artigo desenvolvido no final da década de 70, David Kaye iniciou seu estudo dizendo que “advogados são especialistas das palavras, não cotejadores de números”³²⁹. Esse aforismo não é completamente sem sentido uma vez que o processo de decisão judicial costuma não ser rigidamente científico, mas expresso em aproximações vernaculizadas desses números. No entanto, dizer que o direito não pode ser traduzido em uma linguagem matemática é um equívoco. De fato, a partir de símbolos matemáticos torna-se mais fácil entender esse processo, o qual, muitas vezes pode ser transformado em

³²⁷ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. p.49.

³²⁸ POSNER, Richard A. *Op.cit.* p.63.

³²⁹ No original: “Lawyers are wordsmiths, not number crunchers”. Vide KAYE, David. The laws of probability and the law of the land. 47 *University of Chicago Law Review* 34, 1979. p.34.

equações, a guisa de uma melhor visualização de elementos e inter-relacionamentos argumentativos³³⁰.

E essa proposição se amolda perfeitamente no estudo da tutela antecipatória. Operacionalmente, o que é a tutela antecipatória senão um jogo de justaposição de probabilidades subjetivas por meio da ótica do juiz em face da incerteza factual, consequencial, jurídica e de confiança das informações trazidas pelas partes? E o que é a probabilidade senão uma expectativa de veracidade de uma informação ou do acontecimento de um evento numericamente computado?

Descontos racionais são frequentes em sistemas de incerteza. Afinal de contas, a incerteza é traduzida pela não integralidade de um ganho ou de uma perda de forma que a comparação de uma situação como superior a outra se dá a partir da multiplicação de uma probabilidade (desde que $0 < P < 1$)³³¹ pela unidade de comparação (digamos, dano irreparável, bem-estar esperado etc). E, portanto, descontos são apropriados para a tomada de decisão judicial que, como sabemos, não trabalha com certezas absolutas, mas probabilidade de que eventos ocorreram ou ocorrerão.

A especificidade da tutela antecipatória, no entanto, é sua representação por um jogo elaborado de probabilidades, não apenas, como se costuma entender a partir de seus requisitos legais, relacionados à verossimilhança das alegações. Esse é o cálculo de probabilidade que desponta como mais óbvio nessa estrutura, mas não é o único. Óbvio porque *verossimilhança das alegações* é frequentemente entendida como a afirmação “que versar sobre fato aparentemente verdadeiro” que “resulta do exame da matéria fática, cuja veracidade mostra-se provável ao julgador”³³². Ora, se o que se espera é a verossimilhança da alegação, não se busca a certeza sobre a ocorrência do fato. Aí o primeiro desconto racional trazido na fórmula da tutela antecipatória.

A propósito da questão, e antes de passarmos às demais probabilidades que despontarão na análise da tutela antecipatória, é importante observar que o valor dado a determinada prova (seja para considerá-la inequívoca ou não) passa por um processo psicológico do juiz sobre a probabilidade de sua veracidade que pode ser melhor

³³⁰ Vide item 3.2.1 e o desenvolvimento da fórmula no item 4.4.5.

³³¹ Uma vez que zero seria a certeza de que o evento não ocorreu/ocorrerá e 1 (um) seria a certeza de que o evento ocorreu/ocorrerá.

³³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.366. Deixemos aqui de entrar na questão do grau que esse requisito exige no art.273 e a maior flexibilidade oferecida pelo art. 461, §3º, do Código de Processo Civil que será retomada no item 4.4.5.

entendido através do teorema de Bayes. Originalmente, o teorema de Bayes surgiu no campo da estatística para tratar dos desdobramentos causados pela inserção de elementos condicionantes no tratamento de questões de incerteza, passando, com o tempo, a ser utilizado em outras áreas do conhecimento como a engenharia, a medicina e até o direito.

Em sua forma mais simples, o teorema observa que, a probabilidade condicional (também chamada de *posterior probability*) de uma hipótese H após verificada determinada evidência E é expressada em termos da probabilidade inicial de H , da probabilidade inicial de E e da probabilidade condicional de E considerada a hipótese H . Ou seja, pretende-se demonstrar que a probabilidade de um evento (H) considerada a evidência ou fato (E) não depende apenas da relação entre H e E , mas também dos elementos independentes. Dessa forma:

$$P(H|E) = \frac{P(E|H) \times P(H)}{P(E)}$$

Desta forma, considere que em um colégio 60% dos alunos sejam meninos e 40% sejam meninas. As meninas usam calças ou saias em igual número; e todos os meninos usam calças. Um observador vê um estudante qualquer à distância e vê que ele usa calças. Qual a probabilidade desse estudante ser do sexo feminino? Pelo teorema de Bayes, a hipótese H é que o estudante observado seja uma menina (40%, logo, 0,4) e a evidência E é que o estudante veste calças (80%, logo, 0,8). Já a *probabilidade condicional* de que a pessoa que veste calças seja uma menina (evidência “vestir calças” tal que “seja uma menina”) é de 50%, logo, 0,5. Dessa forma, o teorema pode ser reescrito da seguinte forma:

$$P(H|E) = \frac{0,5 \times 0,4}{0,8} = 0,25$$

Pois bem. E como isso pode ser transportado para o direito? Por meio da chamada *teoria da probabilidade subjetiva*. O que se pode verificar pelo teorema de Bayes é que quanto mais elementos forem fornecidos para o julgador, melhor ele poderá computar a probabilidade da hipótese lançada, formando-se novas probabilidades decorrentes. No entanto, esse processo não trabalhará com probabilidades tão simples como as do exemplo do

colégio uma vez que as situações de incerteza levadas ao juiz não são passíveis de cômputo matemático preciso³³³, havendo apenas, como já dito, aproximações vernaculizadas como *altamente provável, pouco provável, dificilmente provável, possível* e assim por diante³³⁴.

Identificar a existência dessa subjetividade configura, aliás, a grande vantagem da aplicação do teorema de Bayes no direito processual. Conforme aponta Posner, “o teorema Bayesiano é uma forma de sistematizar o ponto elementar de que preconceitos têm participação no pensamento racional. Não é apenas impossível como uma questão psicológica purgar-nos deles, mas seria irracional fazê-lo, uma vez que preconceitos abarcam informações, embora nem sempre precisas. ‘Preconceito’ possui uma conotação pejorativa, e é por isso que eu prefiro falar de *Bayesian priors* [ou $p(H)$]. Elas diferem de acordo com as pessoas porque diferentes pessoas têm diferentes informações e processam-nas diferentemente para formar suas crenças”³³⁵. Por sua vez, não há que se temer essa formação subjetiva de probabilidades uma vez que juízes não são neonatos e dificilmente avaliarão as probabilidades de forma incauta (embora como visto, variem de pessoa para pessoa)³³⁶.

Na tutela antecipatória, a questão das *bayesian priors* se mostra ainda mais relevante uma vez que o juiz não teve oportunidade de considerar deliberativamente a credibilidade das partes e das provas trazidas (laudos e perícias particulares, por exemplo) de forma que a probabilidade subjetiva que lançará mostrar-se-á, no mínimo, precária ou

³³³ David Kaye discorda, entendendo que, se a sociedade realmente quisesse suportar os custos de buscar pelas probabilidades, isso seria factível. De qualquer forma, seja por sua impossibilidade, seja pela sua inviabilidade econômica, a sistematização da decisão judicial em termos de números percentuais não é uma realidade com a qual podemos trabalhar. Segundo Kaye, “There is nothing outrageous, however, about considering what odds would be acceptable even if one has no intention of carrying through on the bets. And, bets about facts contested at trial could, in theory at least, be settled afterwards if society desired to expend the resources or use sufficiently brutal methods to gather further evidence. (KAYE, David. The laws of probability and the law of the land. 47 *University of Chicago Law Review* 34, 1979. p.45)

³³⁴ Vide, por exemplo, a matrix de probabilidade e dano pela regra de Posner criada por Linz Audain (item 3.2.1).

³³⁵ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008. p. 67. *Tradução nossa*. Vide também POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2004. p.343.

³³⁶ Kaye observa que decisões absurdas sobre probabilidades dificilmente terão lugar no contexto judicial: “Recognizing that subjectively interpreted probabilities are logically compatible with the mathematical structure of probability theory, those who challenge their use are reduced to arguing that such probabilities cannot be meaningfully estimated in some circumstances and, in particular, in litigation. In part, they are right. One can construct a few intractable cases in which the choice of a subjective probability is either impossible or must be totally arbitrary. A newborn child, although not entirely without information about his environment, would have difficulty estimating probabilities. A person deprived of all knowledge of physics, chemistry, biology, and astronomy would be puzzled if asked the probability that there are living beings on a planet orbiting the star Sirius.” But these fanciful examples put forward by Brilmayer and Kornhauser have little bearing on the estimation of probabilities in the trial process. Jurors are not neonates, and ample evidence should ordinarily be available to justify meaningful, if imperfect, probability estimates.” If such minimal evidence is not present, then the plaintiff has not met his burden of production, and the case should be resolved against him.” (KAYE, David. The laws of probability and the law of the land. 47 *University of Chicago Law Review* 34, 1979. p.44-45)

deficiente, conferindo-se ao juiz maior oportunidade de utilização de seus conceitos prévios em relação à probabilidade da hipótese e à probabilidade da evidência.

Retomando a linha inicial, dizia-se que a tutela antecipatória é um jogo de justaposição de probabilidades subjetivas. Vimos que tal se dá em relação à valoração da prova. O que escapa à análise processual, muitas vezes, são as outras probabilidades que estão envolvidas no cálculo.

Primeiro, há a probabilidade da demanda ser bem sucedida. Tal desconto é alcançado por meio da análise das provas trazidas aos autos sobre os fatos alegados. Contudo, como visto no item 2.4.1.1, há ainda dúvida de como tal desconto deve ser utilizado, sendo que grande parte da doutrina estabelece um piso de “quase certeza” do sucesso da demanda enquanto outros creem que, por meio da utilização da *teoria da verossimilhança preponderante*. A utilização da *teoria da verossimilhança preponderante* é mais consentânea com um modelo que pretende operar a minimização de danos pelo Judiciário em larga escala – ou melhor, os danos agregados das tutelas antecipadas conferidas pelo judiciário em escala sistêmica tendem a ser reduzidos – uma vez que a aplicação de tal teoria produz o mesmo efeito encontrado na fórmula de Leubsdorf-Posner por meio do mecanismo de *sliding scale*. Desta forma, danos mais graves em demandas cuja probabilidade de sucesso não seja alta podem ser prevenidos, enquanto que danos de menor monta exigiriam maior probabilidade de sucesso da demanda. Esse desenho acaba por se mostrar mais adequado à situações de alta complexidade, em que a probabilidade de sucesso da demanda é, no mínimo, obscurecida pelo conflito de interesses sociais opostos.

Segundo, há a probabilidade de que o dano irreparável efetivamente venha a ocorrer. Como pondera Douglas Laycock, os danos variam em uma escala de irreparabilidades e que essa escala é parcialmente independente de suas variações em suas escalas de severidade e probabilidade. Posto em termos de adequação, “o remédio no julgamento final pode ser pouco inadequado (apenas um pouco pior que a tutela antecipatória), seriamente inadequado, quase sem valor, ou algo no meio. Implicitamente, o grau de irreparabilidade é uma variável separada no teste de balanceamento da *preliminary injunction*”³³⁷. A escala de probabilidades teria, pois, correspondência com as consequências que poderiam ser criadas e tais seriam um fator de desconto da escala de severidade de

³³⁷ LAYCOCK, Douglas. *The death of the irreparable injury rule*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 121.

determinado dano quanto ao provimento final definitivo, o que habilitaria um cotejamento final nos graus apontados acima.

Por fim, o último cômputo de probabilidades subjetivas dar-se-á no plano do custo-benefício da tutela antecipatória. Mas deixaremos esse ponto para ser analisado em momento adequado³³⁸.

As premissas lançadas até o momento são essenciais para a boa compreensão da reavaliação do modelo que se seguirá.

4.4 Tutela antecipatória nos processos coletivos: reavaliação do modelo

4.4.1 A questão da irreversibilidade

Como já apreciado no Capítulo 3 deste estudo, a questão da irreversibilidade é altamente controversa como guia para a concessão de tutela jurisdicional de urgência, seja porque se trata de um conceito que aponta para a obviedade de que todos os fatos que ocorrem em determinado tempo e espaço são por natureza irreversíveis (tanto os relevantes como o não cumprimento de um contrato, o desflorestamento da Amazônia, a distribuição de vacinas para apenas parcela da população em casos de epidemia ou a colocação no mercado de alimentos transgênicos, quanto os menos relevantes como o tempo gasto na fila do caixa do supermercado para ser atendido, o cotidiano engarrafamento do trânsito nas grandes cidades ou queimaduras por banho de sol na praia) – de modo que a atividade jurisdicional nunca poderia eliminar irreversibilidades para uma parte sem colocar a outra parte em situação de irreversibilidade danosa - , seja porque o conceito pode ser manipulado ao alvedrio das cortes para identificar o que é passível de recomposição em forma de indenização ao final do procedimento judicial (como geralmente são os casos de inadimplemento contratual) e quais não são (como geralmente são tratados os casos de dano ao meio ambiente), criando a ilusão de que *irreversível é o que não pode ser corrigido com o dinheiro*. Na verdade, como aponta Cass Sunstein, a questão deve ser recolocada para compreender dois conceitos de irreversibilidade: a irreversibilidade *strictu sensu*, que deve estar acompanhada do elemento *seriedade* e é identificada a partir dos *custos de oportunidade*

³³⁸ Vide item 4.4.3

(*value options*) em uma simples análise de custo-benefício (procurando, dessa forma, verificar se o custo para recompor determinado bem a longo prazo – caso a demanda seja procedente – supera os custos sociais atuais decorrentes do deferimento da tutela antecipatória); e a *incomensurabilidade*, que é inerente a situações verdadeiramente irreversíveis – considerando a perda de algo único que não pode ser recuperado a qualquer custo em decorrência da inexistência de substitutos (*value options*) - , como a extinção de uma espécie animal ou vegetal ou a perda cultural referente à inserção de pesquisas genéticas em humanos (o que, no entanto, não quer dizer que não possamos quantificar monetariamente o valor que estamos dispostos a empregar para preservar esse bem incomensurável – por exemplo, se a preservação de uma espécie de sapo representar a não construção de hidrelétrica que pode garantir energia elétrica suficiente para uma região em quantidade suficiente para seu desenvolvimento para os próximos trinta anos, ela certamente entrará no cômputo de impacto ambiental de forma diminuída³³⁹)³⁴⁰. Enquanto o primeiro conceito é mais facilmente resolúvel por apresentar substitutos – ou melhor, possíveis linhas de conduta para reparar a violação³⁴¹, embora haja casos em que a quantificação dos valores para comparação se torne

³³⁹ Veja-se que a técnica usualmente empregada para medir o impacto ambiental de atividades e construções, em geral, adota a técnica da “*disposição a pagar*” (*willingness to pay*) que é um instrumento econômico básico de quantificação de eficiência, embora estudos hoje pretendam a inserção de fatores morais também para a análise de custo-benefício. Vide ARROW, Kenneth J. *et al.* Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? 272 *Science* 221, 1996. p.222.

³⁴⁰ O desenvolvimento de sua teoria pode ser melhor compreendido em SUNSTEIN, Cass R. Irreversibility. *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Paper No.08-25*, 2008 e em SUNSTEIN, Cass R. Two conceptions of irreversible environmental harm. *The University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 407*, 2008.

³⁴¹ Aqui é importante entender uma distinção que mais visivelmente se dá no direito norte-americano: a divisão entre *rights* e *remedies*. *Rights* representam as posições jurídicas de vantagem de determinada pessoa e são *declarados* por meio da via processual. Neste sentido, uma parcela da população pode estar sendo privada de seu direito à educação em razão da falta de meios de transporte que deveriam ser disponibilizados pelo Estado. No entanto, as formas de correção dessa distorção (*remedies*) não precisam necessariamente estar ligados ao direito declarado de forma direta, podendo ocorrer por meio de uma gama de possíveis tutelas específicas (abertura de licitação para concessão de serviço, compra de veículos pela municipalidade, construção de escola mais próxima da residência do grupo lesado,...). Essa distinção ocorre mais frequentemente nos casos de litigância do interesse público (*public law litigation*), em que as normas de responsabilização civil oferecem pouca ou nenhuma direção para as formas de correção, bem como os fatos dos quais a violação do direito decorreu. É o que ocorre na tutela de direitos sociais de forma geral como esclarece Susan Sturm: “in public law litigation the judge typically endeavors to develop affirmative requirements to govern the defendants' efforts to eliminate the illegal conditions and practices. 27 Because the judge is seeking to implement generally articulated, aspirational norms in highly differentiated contexts, liability norms do not dictate the content of the remedy. In public law litigation, liability norms provide only the goals and boundaries for the remedial decision. For example, a determination that violent and unsanitary prison conditions constitute cruel and unusual punishment delimits the types of problems that the remedy must address. It does not, however, dictate how those problems should be solved. Should the court order the defendants to hire more guards, reduce the prison population, establish screening and training programs for guards, eliminate the inmate trustee system, introduce work and educational programs, improve the classification system, restrict the movement of inmates in the prison or require unit management? There is no single correct remedial approach dictated by the eighth amendment. The choice of remedy is likely to be driven by goals that do not directly relate to the liability norm, such as conceptions of good management or the proper goals of punishment. The facts produced to establish the public law violation frequently provide little

mais especulativa que real - o segundo traz, principalmente, o tratamento de questões de risco, tratando de consequências cuja quantificação econômica é de tradução impossível em razão de não ser possível visualizá-las nitidamente e nem as formas de possível restauração ao *status quo ante* que podem depender de tecnologias ainda não disponíveis ao intelecto humano. Dessa forma, a incomensurabilidade acaba requerendo a infiltração de fatores morais para sua devida compreensão e para o entendimento da extensão do quanto estamos dispostos a arcar para sua manutenção³⁴².

Estamos de acordo com as proposições de Sunstein nesses pontos. Sua análise traz racionalidade para o conceito de dano irreparável e de difícil reparação sem se apegar a fórmulas arbitrárias e abstrações metafísicas, realizando uma análise consequentialista e prospectiva para estabelecer em cada caso a existência de irreversibilidade. Melhor dizendo, é uma análise pragmática da irreversibilidade.

De certa forma, Álvaro Mirra também observa a diferença entre as análises a serem empreendidas nos dois conceitos de irreversibilidade, embora não alcance o nível de racionalidade que do modelo se espera. Essa percepção se dá em seus conceitos de *tutela jurisdicional de prevenção* e *tutela jurisdicional de precaução*, que, apesar de direcionados *a priori* à tutela jurisdicional do meio ambiente podem ser amplamente utilizados em outros cenários como a proteção à saúde humana, ao patrimônio genético e ao desenvolvimento de novas tecnologias. Segundo Mirra, “a tutela jurisdicional preventiva

guidance concerning the appropriate remedy. Both the consequences of the wrongful conduct and the steps necessary to remedy them are mediated through a complex set of formal and informal relationships that may be irrelevant to establishing the legal violation but critical to the development of a remedy adequate to eliminate that violation. The task of correcting the defendants' wrongful conduct raises factual and normative issues that do not arise in the course of determining liability, such as the effectiveness and practicability of various remedial options.” (STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. 79 *Georgetown Law Journal* 1355, 1991. p.1363-1364). Jay Tidmarsh e Roger Trangsrud vinculam essa complexidade à habilidade das cortes de se afastar do princípio da posição de direito (*rightful position principle*) porque ela não pode ser facilmente determinada ou não pode ser facilmente implementada, o que leva à vinculação ao princípio de fazer o adequado (ou “*do good*” *principle*): “remedially complex cases are usually those in which the rightful position either cannot be easily determined or cannot be easily implemented. If the rightful position principle can be dispensed with in favor of some other principle, the problem of remedial complexity might be overcome. But what, you might fairly ask, is a satisfactory substitute principle? The alternative that is usually mentioned is colloquially, the ‘do good’ principle. Rather than committing itself to a precise rebalancing of the world before the harm, the ‘do good principle’ allows a court, once wrongdoing has been found, to make a better world – even, perhaps, to make adjustments in favor of victims that exceed the amount of the defendant’s wrongdoing.” (TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York, NY: Foundation Press, 2002. p.271).

³⁴² Nesse ponto a análise de custo e benefício de reparação é parcialmente substituída por uma estrutura bastante próxima do conceito de *weak welfarism* formulado por Mathew Adler e Eric Posner e que será empregado adiante. Para sua compreensão vide ADLER, Matthew; POSNER, Eric. *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006 e ADLER, Matthew; POSNER, Eric. *Happiness and cost-benefit analysis*. In: SUNSTEIN, Cass; POSNER, Eric (ed.) *Law & Happiness*. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 2010.

stricto sensu tem lugar, assim, normalmente, quando se tem perfeito conhecimento dos riscos e dos danos à qualidade ambiental, diante de situações em que as respostas, sobretudo do ponto de vista científico, são claras no tocante à lesividade de determinada atividade, à nocividade de certas substâncias, à superveniência de danos ao meio ambiente e ao nexo de causalidade entre as atividades e omissões e os danos temidos. Na presença de dúvidas e incertezas (insuperáveis), não se cuida mais de prevenção e de tutela jurisdicional preventiva *stricto sensu*, mas [...] de precaução e de tutela jurisdicional precaucional”³⁴³. Mirra ainda diz que “a exigência de ‘certeza’, em tema de tutela jurisdicional do meio ambiente, não significa a necessidade de certeza *absoluta* relativamente aos riscos e aos danos a serem prevenidos, mas, diversamente, de certeza *relativa*, baseada no critério da probabilidade, capaz de levar à convicção do caráter efetiva ou potencialmente lesivo de atividades ou omissões dos danos ambientais passíveis de ocorrer e do nexo causal entre aquelas e estes”³⁴⁴. Por sua vez, a tutela jurisdicional de precaução “contenta-se com a mera *possibilidade*, com a simples *plausibilidade* do risco ou do dano grave ou irreversível ao meio ambiente; não só o risco ou o dano atual, como igualmente o futuro, abrangente daquele capaz de comprometer a vida e a qualidade de vida das próximas gerações”³⁴⁵. Justificar-se-ia, portanto, no fato de que “no dia em que se puder ter certeza dos efeitos prejudiciais de certas atividades potencialmente degradadoras, os danos por elas provocados ao meio ambiente e à saúde e segurança da população terão atingido tamanha amplitude e dimensão que não poderão mais ser revertidos ou reparados; serão por essa ocasião irreversíveis. Daí a necessidade de não se correrem determinados riscos. Lembrem-se, no tema, os exemplos do aquecimento global, da diminuição da camada do ozônio estratosférico, da liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente e do despejo de certas substâncias no ar, na água e no solo. Ainda que os conhecimentos científicos existentes muitas vezes não permitam conclusão segura a respeito dos riscos e dos efeitos danosos de tais fenômenos, frequentemente as informações disponíveis permitem no mínimo antever que quando as consequências temidas se manifestarem concretamente, e se tiver, com isso, certeza da sua realidade, os processos nocivos por elas desencadeados mostrar-se-ão já, nesse momento irreversíveis. Por isso a

³⁴³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública ambiental e as tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.86.

³⁴⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Op. Cit.* p.86-87.

³⁴⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Op. Cit.* p.92.

necessidade da adoção desde logo de medidas preventivas com fundamento no princípio da precaução³⁴⁶.

Pois bem. A questão que resta é: o princípio da precaução resolverá o dilema? Ou melhor, a lógica de que *é melhor estar seguro que arrependido*³⁴⁷ direciona a decisão para a melhor opção?

Muitos são os que se debruçam sobre essa questão e há dificuldade de encontrar uma única direção para a análise do risco. O que é certo é que, em se considerando as proposições de Cass Sunstein sobre irreversibilidade, tanto a decisão que decide pela manutenção do *status quo* quanto a que decide pela sua alteração trará consequências irreversíveis – e por vezes desconhecidas –, razão pela qual o risco inerente à tomada de decisões da condução da vida em sociedade se mostra sempre presente³⁴⁸.

A tutela de precaução que Mirra propõe pretende prevenir riscos, mas se esquece que nesse processo haverá a substituição de riscos para o meio-ambiente por outros riscos consequenciais. O princípio da precaução, apesar de bem-intencionado, não consegue visualizar a situação global dos riscos que áreas como meio-ambiente, segurança e saúde pública englobam, sendo sempre necessária uma troca entre riscos (*tradeoffs*). Vale dizer, “o problema mais sério do princípio da precaução é que ele oferece nenhuma direção – não que ele seja incorreto, mas que ele proíbe todos os cursos de ação, incluindo a inação”³⁴⁹.

Haverá casos em que a aceitação dos riscos será necessária pelos benefícios imediatos que decorrerão em oposição às possíveis consequências danosas que

³⁴⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Op. Cit.* p.88-89.

³⁴⁷ “*It is better be safe than sorry*” é o conceito mais simples do princípio da precaução. Vide HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. The precautionary principle as basis for decision making. Vol. 2, Issue 2 *The Economists’ Voice* Article 8, 2005. p.1

³⁴⁸ Como bem explica Niklas Luhmann: “se compararmos as duas formas de risco/segurança e risco/perigo, esta comparação sozinha nos provê um importante *insight*, que – se respeitado – arrefeceria consideravelmente a desnecessária e inflamada discussão pública em tópicos relacionados ao risco e permitiria que um tom mais moderado prevalecesse. É correto dizer para ambas as distinções que *não há comportamentos sem riscos*. Para a primeira isso significa que não há segurança absoluta. Para a segunda isso significa que não se pode evitar os riscos se qualquer decisão for tomada. [...] E no mundo moderno não decidir é, certamente, também uma decisão. Se não há qualquer garantia de decisões sem riscos, deve-se abandonar a esperança de que mais pesquisa e mais conhecimento permitirão uma transposição do risco para a segurança. A experiência prática tende a ensinar-nos o contrário: quanto mais conhecemos, mais sabemos que não conhecemos e mais elaborada nossa consciência sobre os riscos se torna. O quanto mais racionalmente calculamos e o quanto mais complexo o cálculo se torna, mais aspectos são trazidos à baila envolvendo incerteza sobre o futuro e portanto risco” (LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Tradução de Rhodes Barrett. Berlin e Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1993. p.27-28. *Tradução nossa.*)

³⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. *The University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper* no. 149, 2003. p.16. *Tradução nossa.*

restam desconhecidas em um futuro incerto³⁵⁰. Lembremos que quanto mais improvável e distanciada no tempo for a consequência, menor valor a ela será reconhecido, não só porque as consequências que devem ser apreciadas em sede de tutela antecipatória devem ser atuais, mas também porque o fator de desconto sobre o interesse será ampliado exponencialmente ao realizar-se uma análise de custo e benefício.

A proposição, portanto, de que o magistrado, ao enfrentar situações novas ensejadoras de consequências desconhecidas estaria vinculado a um modelo de tutela antecipatória de *precaução* se distancia de modelos de racionalidade para abraçar um modelo de comportamento psicológico de aversão à perda.

Imagine-se, por exemplo, a proibição de construção de usinas nucleares. A falta de produção de energia elétrica para mover a economia nacional tenderá a levar à busca de novas formas de geração de energia, podendo representar a construção de usinas hidrelétricas, que requerem o alagamento de amplas áreas, o que potencialmente extinguirá espécies que somente ali vivem, destruirá ecossistemas inteiros e deslocará populações ribeirinhas ao comprometer sua fonte de sustento; ou a construção de usinas termoeletricas que, além de produzir pouca energia comparada às demais opções, consomem gás natural ou carvão e requerem a utilização de água para resfriamento causando igualmente impactos ambientais.

Por essas razões um modelo rígido baseado na manutenção do *status quo*, seja na área ambiental, seja em relação aos demais campos abrangidos pelas políticas públicas, em questões em que danos incomensuráveis estão presentes, não trarão racionalidade ao sistema de tutelas antecipatórias em processos coletivos. Passamos, portanto, a explorar como a análise de custo e benefício pode proporcionar tal racionalidade.

³⁵⁰ É o que consistentemente aduz Anthony Giddens: “o princípio da precaução não é sempre útil ou mesmo aplicável como meio de solucionar problemas de risco e responsabilidade. A percepção de ‘estar próximo da natureza’, ou de limitar inovações ao invés de abraçá-las, não pode sempre ser aplicada. A razão é que o balanceamento entre benefícios e perigos do avanço tecnológico e científico, e outras formas de mudança social também, é imponderável. Tome por exemplo a controvérsia sobre alimentos geneticamente modificados. Plantações geneticamente modificadas já estão crescendo em 35 milhões de hectares de terras no mundo – uma área de 1,5 vezes o tamanho da Grã-Bretanha” (GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. London, UK: Profile Books, 1999. p.32. *Tradução nossa*). Considerando que essa controvérsia inclui tanto riscos desconhecidos mas de possível percepção prospectiva (riscos possíveis mas não empiricamente verificados) quanto riscos totalmente desconhecidos quanto a eventos a médio e longo prazo, “não seria sensível impor o seu banimento global? Mesmo supondo que tal banimento fosse possível, as coisas – como sempre – não são tão simples. A intensiva agricultura amplamente praticada hoje não é indefinidamente sustentável. Ela utiliza grande quantidade de fertilizantes químicos e inseticidas, destrutivos ao meio ambiente. Nós não podemos retornar a modos mais tradicionais de cultura e ainda esperar alimentar a população do mundo” (GIDDENS, Anthony. *Op.cit.* p.33. *Tradução nossa*)

4.4.2 Custo e benefício

A tradução da linha da adjudicação pragmática em sede de tutelas antecipatórias consiste exatamente na inserção de mecanismos que criem um ambiente de discussão e deliberação apropriada para tratar as complexidades do objeto da ação coletiva. No entanto, algumas restrições devem ser feitas no que tange à extensão das consequências a serem analisadas uma vez que, como já disse Lea Vaughn, “um modelo manuseável deve incorporar pelo menos quatro características. Primeiro, deve encorajar significativa discussão e deliberação pela corte e pelas partes. Ao focar atenção apenas em questões factuais e legais relevantes, ele permitirá uma discussão informada e produtiva do caso. Segundo, o modelo deve tentar equalizar o poder entre as partes, permitindo-lhes que apresentem o melhor caso. Terceiro, o modelo deve promover clareza e imparcialidade, tanto nas discussões quanto nas decisões. Finalmente, deve ser fácil de usar”³⁵¹. Não é possível estruturar um mecanismo de antecipação de tutela a partir de análises de custo e benefício muito elevadas, mas faz-se necessário abrir espaço para a deliberação e exposição da racionalidade empregada pelo juiz, seja no que tange à sua apreciação das probabilidades subjetivamente aferidas envolvidas, seja na análise dos fatores que afetam terceiros e ao interesse público.

É certo, no entanto, que diante da complexidade dos interesses envolvidos, nenhum critério absolutamente objetivo pode ser proposto. O que pode se esperar da decisão judicial em situações de incerteza é que ela se foque nas consequências a serem criadas, descontada a probabilidade de que essas consequências não ocorram. Como aponta Richard Posner:

O pragmatismo legal é mais “denso” que a perspectiva da *legal process school*, a escola do esmaecido procedimentalismo. Há diferença entre estimular os juízes a serem imparciais, de mente aberta, neutros, e assim por diante e incitá-los a basear suas decisões em consequências. Uma vez que, ao menos, devam atentar para as consequências, haverá significativas implicações em como um juiz lidará com um caso, no que ele demandará dos advogados, em quais pesquisas ele conduzirá e o que discutirá em suas decisões. Muito frequentemente um caso é difícil porque requer a realização de um balanceamento entre dois interesses, ambos de valor social, como liberdades civis e segurança nacional, criatividade intelectual e acesso aos trabalhos intelectuais já criados, o bem-estar da mulher e a vida do feto, um julgamento justo e um julgamento público, privacidade e informação. Pode não haver um método objetivo de valorar os interesses concorrentes. Mas a análise pode se tornar mais manuseável ao pragmaticamente recolocar a questão não como qual dos interesses concorrentes tem maior valor, mas quais são as consequências de cada

³⁵¹ VAUGHN, Lea B. *Op. Cit.* p. 842. Tradução nossa.

interesse na decisão do caso de uma forma ou de outra. Se um resultado envolver um sacrifício muito menor de um dos interesses concorrentes, então, a não ser que os dois sejam de valores muito diferentes, aquele resultado provavelmente terá as melhores consequências globais.³⁵²

O tratamento de classes ou grupos e subgrupos de interesse acompanhará o processo de decisão judicial, seja para afinal assumir um risco ou outro, para proteger classes ou corrigir provisoriamente uma distorção do mercado ou do legislativo e das agências regulatórias e até irrazoabilidades decorrentes do mal gerenciamento orçamentário no caso do tratamento de direitos sociais.

A questão que se coloca, no entanto, é como entender essa análise de custo-benefício. Afinal, em sua leitura tradicional, a análise de custo-benefício é um método de comparação de posições ou projetos diante do *status quo* para determinar se uma medida deve ser tomada ou não, propondo-se, de acordo com a escola econômica adotada, um objetivo diferente, seja ele a busca pela maximização das preferências dos indivíduos na sociedade, seja ele a busca pela maximização do bem-estar. Como demonstram Matthew Adler e Eric Posner, “um *projeto* é qualquer ação governamental, incluindo uma lei ou regulação, que cause uma mudança no *status quo*. Um projeto pode ser a construção de uma nova rodovia, a reparação de uma velha ponte, a criação de um sistema nacional de seguro-saúde, investimento em pesquisa e desenvolvimento, sanção de uma lei contra a discriminação por idade – qualquer ação que mude a capacidade produtiva de uma economia ou a distribuição de recursos. Para avaliar um projeto, nós comparamos o futuro ‘estado projetado do mundo’ (*P*) com o ‘o *status quo* do mundo’ (*S*). A fim de evitar inclinação da decisão em favor do *status quo*, deve-se imaginar *S* e *P* como ‘projetos’ entre os quais deve ser feita a escolha, onde o primeiro projeto envolve não modificar o *status quo*. Quaisquer benefícios da manutenção do *status quo*, como a minimização da incerteza, deve ser tratado explicitamente como benefícios que o projeto *S* possui e o projeto *P* não”³⁵³.

O procedimento utilizado para realizar essas comparações, todavia, variam em torno de como se considera o fator *Compensating Valuation* (CV). E aqui a introdução da análise custo-benefício na decisão judicial sofre dissidência de sua forma tradicional. Esse fator, em critérios econômicos, para ser trabalhável, deve traduzir-se em

³⁵² POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008. p.242-243. Tradução nossa.

³⁵³ ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. 109 *Yale Law Journal* 166, 1999. p.177. Tradução nossa.

unidades de medida, ou seja, números. Ocorre que, para a decisão judicial não há qualquer possibilidade de utilização de números seja em decorrência da falta de um aparato burocrático que realize esse tipo de pesquisa (como ocorre na forma de pesquisas de disposição a pagar e disposição a aceitar, o que transforma as posições dos indivíduos em quantificações monetárias³⁵⁴, sendo o modelo mais recorrentemente utilizado em pesquisas ambientais e de viabilidade de projetos pelas agências regulatórias), seja em face da celeridade que as tutelas antecipatórias exigem. Uma vez que decidir pelo indeferimento da tutela antecipatória (*S*) ou pelo seu deferimento (*P*) envolve a análise de projetos, alguma comparação há de ser feita, mas ela não pode depender de uma intrincada análise matemática sobre o número exato de pessoas que vão se beneficiar e o número de pessoas que vão suportar os custos (restrições, pagamentos ou privações). No entanto, como aponta Douglas Laycock, “o que os juízes podem fazer é o que fazem em seus testes de sopesamento: eles põem na balança os fatores relevantes em termos qualitativos. Isso ajuda a identificar mais claramente os fatores relevantes e a especificar a relação entre os fatores e os critérios para tal balanceamento”³⁵⁵. Seu raciocínio ocorre por meio de escalas gradativas de custos e benefícios traduzidas não somente em números, mas em proporções como *muito significativo, significativo, pouco significativo ou insignificante*; e o embasamento de tais escalas se dá a partir da retórica utilizada. Isso não quer dizer que o juiz não utilizará de estudos científicos e empíricos (na verdade, a principal fonte probatória para esses casos para direcionar a escala subjetiva) mesmo porque o juiz pragmático é aquele que dá atenção ao que ocorre no mundo dos fatos, a sua proporção, a possível quantificação, às situações que o circundam, a informações que o moldam como pessoa e a partir daí filtram as consequências. O que isso quer dizer é que o juiz será um *pragmático restrito*: a extensão do que considerará no caso como relevante será principalmente trazido pelas partes, embora possa e deva, como deixa claro David Rosenberg³⁵⁶, trazer ao processo argumentos e provas que não foram levantados pelas partes (principalmente porque as ações coletivas trazem consigo grandes repercussões em setores, grupos e até para toda a sociedade e as partes nem sempre conseguirão alcançar tal nível de análises consequenciais).

³⁵⁴ Willingness-to-Pay (WTP) e Willingness-to-Accept (WTA).

³⁵⁵ LAYCOCK, Douglas. *The death of the irreparable injury rule*. New York and Oxford: Oxford University Press, 1991. p.123. *Tradução nossa*.

³⁵⁶ Vide ROSENBERG, David. The regulatory advantage of class actions. In: VISCUSI, W. Kipp (ed.) *Regulation Through Litigation*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p.280.

Isso também não quer dizer que a análise de custo-benefício não seja possível no processo. O que haverá é a substituição do tradicional *compensating valuation* por uma aproximação do que Adler e Eric Posner entendem por *equivalente de bem-estar*³⁵⁷. A análise de quanto alguém estaria disposto a pagar por um determinado bem ou interesse não é possível (e segundo Adler e Posner, não é desejável sequer para as agências por não representar o real bem-estar global que um projeto terá³⁵⁸), mas o quanto provavelmente será necessário para recompor o total de prejuízo auferido por determinado grupo em relação aos ganhos do grupo que se beneficiou da decisão, é uma decisão possível de ser tomada pelo juiz. Como apontam Adler e Eric Posner, “o julgamento limiar pode em si envolver a monetarização de alguma forma, ou pode envolver uma valoração não-quantitativa, ou uma quantitativa, mas não-monetarizada; ou alguma combinação”³⁵⁹.

Observe-se que, apesar de a metodologia aparentar muito ao critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a ele não é semelhante. Embora proponhamos um contexto de maximização de bem-estar social (*overall well-being*) a partir de perdas para determinados grupos e ganhos para outros, a análise empreendida não é afeta à compensação hipotética de um grupo por outro como “reminiscência do *princípio de utilidade*, de acordo com o qual não há qualquer relevância quem ganha e quem perde em uma medida particular; o único ponto de relevância é a utilidade total para a sociedade”³⁶⁰. A análise de custo-benefício deve ser considerada apenas um *procedimento decisório* que toma por base o *overall welfare* como um fator moralmente relevante não como fator moralmente decisivo³⁶¹. Dessa forma, evita-se que

³⁵⁷ Embora de forma um pouco diferenciada em relação aos objetivos finais da análise de custo-benefício (focando sua análise em uma lista objetiva de direitos mínimos fundamentais), Martha Nussbaum também acredita que a realização de dosimetrias embasadas na *disposição-a-pagar* (*willingness-to-pay*) não é necessária para a implementação da análise de custo-benefício. Tampouco a professora da Universidade de Chicago acredita que somente haveria possibilidade de cotejamento em havendo homogeneidade de valores, ou seja, constantes de uma única escala de valores: “I would not object to cost-benefit analysis, as some have done, on the ground that it necessarily presupposes the homogeneity of all values, their commensurability on a single scale of value. This would be the case if all choice involving a comparison between diverse values necessarily involved commensuration of all of them in terms of a single scale. [...] we often make comparisons among diverse values, and choices among options involving different values, without commensurating in this reductive way. Often such choices involve judgments about what is better or worse overall: and the bare fact that we are able to make these comparisons of overall good and bad does not, it seems to me, imply that we have all along been reducing them to a single metric of value.” (NUSSBAUM, Martha. *Moral limits of CBA*. In: ADLER, Matthew; POSNER, Eric. (ed.). *Cost-benefit analysis: legal, economic, and philosophical perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p.194-195)

³⁵⁸ Vide ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. 109 *Yale Law Journal* 166, 1999. p.220-221.

³⁵⁹ ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. 109 *Yale Law Journal* 166, 1999. p.238. *Tradução nossa*.

³⁶⁰ MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of Justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Tradução de Deborah Shannon. Nova Iorque: Springer, 2009. p.39. *Tradução nossa*.

³⁶¹ Vide ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking cost-benefit analysis. 109 *Yale Law Journal* 166, 1999. p.195.

a teoria da decisão judicial caia na desorientação desencadeada pelo paradoxo de Scitovsky³⁶² uma vez que a estrutura decisória conterá outros elementos que não apenas aqueles de comparação de projetos (probabilidade de sucesso da demanda, dano irreparável ou de difícil reparação e fatores morais desencadeados pelo interesse público).

Matthew Adler e Eric Posner denominam tal orientação como *weak welfarism* segundo o qual “o bem estar global [*overall well-being*] é uma de uma pluralidade de considerações morais fundamentais”³⁶³. Em outras palavras, a decisão judicial compreenderá vários fatores morais, em uma estrutura $\{W, F_1, \dots, F_M\}$ em que W é o bem-estar global e F são os demais fatores morais desde que $M \geq 0$, em oposição à estrutura utilitarista, que é representada como $\{W\}$.

As demais considerações morais que hão de pautar a decisão da tutela antecipatória estarão principalmente fluídas no conceito de *interesse público* de concessão ou denegação da antecipação, uma vez que a só análise de custo-benefício não garantirá o aumento da utilidade social.

O que o juiz fará quanto ao custo-benefício? Na verdade ele fará uma prospecção da utilidade marginal de determinados bens para os grupos envolvidos e os contrastará com os custos marginais para outros grupos de manter tais estruturas em casos de irreversibilidade (na acepção já estudada no item 4.4.1). Como bem leciona Martha Nussbaum, “a análise de custo-benefício estabelece um modelo útil, ou grupo de modelos, para representar nossos pensamentos práticos sobre questões complexas de escolha, onde nós precisamos escolher dentre vários e diversos bens e onde nossas escolhas possuem complexas consequências assim como envolvem questões complexas de valor intrínseco”³⁶⁴. Desta forma, embora seu desenho não seja necessariamente único, podendo assumir diferentes estruturas³⁶⁵, a análise de custo-benefício pode ser utilizada pelos magistrados de forma a cotejar as posições das partes antes e após o potencial deferimento da tutela provisória.

³⁶² Segundo o paradoxo de Scitovsky, haverá situações em que os custos para um grupo e os ganhos para outro ao passar da situação A para A' poderão ser equivalentes aos do movimento inverso de A' para A, não havendo, a partir do critério de Kaldor-Hicks, uma orientação sobre qual situação deve prevalecer.

³⁶³ ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Happiness and cost-benefit analysis. In: SUNSTEIN, Cass; POSNER, Eric (ed.) *Law & Happiness*. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 2010. p.255. *Tradução nossa*.

³⁶⁴ NUSSBAUM, Martha. Moral limits of cost-benefit analysis. In: ADLER, Matthew; POSNER, Eric. (ed.). *Cost-benefit analysis: legal, economic, and philosophical perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p.194.

³⁶⁵ Nas palavras de Amartya Sen: “the term ‘cost-benefit analysis’ has considerable plasticity and various specific procedures have been called by that name (by the protagonists and by others). There is nothing particularly wrong in this permissiveness, so long as terminological unity is not taken to be the same as conceptual congruence. It is indeed perfectly possible for someone to accept the foundational outlook of cost-

Por exemplo, pense-se no caso de invasão e construção de casas em áreas protegidas ambientalmente como manguezais por populações sem moradia. Tal situação oferece uma ampla gama de elementos que podem ser considerados em uma análise de custo-benefício em sede de tutela antecipada como: a) é possível conseguir outro local para alocar essa população e preservar-lhe o *mínimo existencial* referente à moradia?; b) realizando-se nova alocação, será mais custoso recuperar o meio ambiente naquela região no momento presente ou em momento futuro? A depredação do meio-ambiente tem potencial de ser majorada até o final do curso processual ou a população que ali se instalou não cresceu nos últimos meses/anos?; c) qual a valoração dada à perda do ecossistema naquela específica região? Está ela afetando reflexamente uma área maior do que a visualmente perceptível (como a reprodução de peixes marinhos que ali se reproduzem e que estão ameaçados de extinção)?; d) estão ali presentes animais em extinção cuja existência é essencial para conter a proliferação desenfreada de outros seres que poderão se tornar “pragas” em caso de seu desaparecimento?; e) o poder público tem reservas suficientes para mover essa população para outra área temporariamente até ser possível colocá-la em programas de habitação popular (se houver naquela localidade)?; f) a falta de saneamento na área está produzindo consequências para os demais integrantes da localidade (como a presença de endemias, a impotabilidade das águas,...) , as quais terão que ser solucionadas pelo poder público?; g) atividades econômicas locais estão sendo afetadas (como a piscosidade das água em relação aos pescadores, a perda do caráter turístico se localizada em uma cidade com tal característica, a perda de matéria-prima para a produção de produtos de beleza,...) com a consequente queda da oferta de empregos ou de atividades de subsistência na região?; e assim por diante.

A atenção para a inserção das consequências como fator no equacionamento da tutela de urgência nos processos coletivos não passou despercebida no Brasil, já havendo vozes, como a de Sérgio Cruz Arenhart, que defendem a sua necessidade:

De fato, somente o exame do caso concreto pode ditar a legitimidade ou não da outorga da tutela preventiva provisória no caso de irreversibilidade recíproca. Se um

benefit analysis and yet reject one or more of the requirements imposed by the structural demands, evaluative indifference, and Market-centered valuation that characterize the mainstream applications. While the literature is full of repeated applications of a very well-delineated method that incorporate all these demands, this should not, in itself, be taken to compromise the claims of other procedures or approaches to be seen as legitimate cost-benefit analysis” (SEN, Amartya. The discipline of cost-benefit analysis. In: ADLER, Matthew; POSNER, Eric. (ed.). *Cost-benefit analysis: legal, economic, and philosophical perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p.96-97)

dos interesses deve, necessariamente, sofrer uma lesão, então que seja aquele menos provável ou o menos valioso para o ordenamento jurídico. De outro lado, além dessas duas preocupações, deve-se atentar às *consequências* da concessão ou não da medida de urgência. A ponderação das consequências, desenvolvida pelo direito alemão especialmente para a interpretação constitucional em casos de grande repercussão política, também merece aplicação na avaliação em comento, já que sua investigação pode contribuir para a melhor definição da solução específica. Especialmente em se tratando de demandas coletivas, a a solução buscada pelo órgão judicial deve atentar – mormente no exame de tutelas provisórias – para decisões que melhor realizem o *bem comum*. O exame do interesse possível a ser sacrificado (e, de outra parte, aquele que deve ser provisoriamente atendido) não pode prescindir da avaliação das consequências concretas da decisão perante o seio social, com ênfase na repercussão social da decisão em relação a seus aspectos positivos e negativos futuros.³⁶⁶

³⁶⁶ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 6. São Paulo: RT, 2003. p.317. Kazuo Watanabe também já havia se manifestado quanto à necessidade de observar as consequências da decisão judicial em sede de tutela antecipada: “É no plano prático que a irreversibilidade poderá configurar-se. Para sua conceituação, seguramente o critério econômico não será o mais adequado, principalmente nas demandas múltiplas com conteúdo social, quais as relativas ao desbloqueio de cruzados, pois o critério exclusivamente econômico poderá criar discriminações que privilegiem os mais afortunados. Mas certamente, poderá surgir situação em que o critério econômico seja decisivo, pelas consequências que a antecipação da tutela poderá gerar, como por exemplo a falência de uma empresa, com repercussões econômicas e sociais indesejáveis. Tudo depende do caso concreto, que o juiz da causa deverá analisar com equilíbrio e bom senso.” (WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.35). Em oposição à análise das consequências da decisão judicial pelo Judiciário, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia se levantam na doutrina processual brasileira: “Um ponto que merece ser reanalisado é a aludida tendência dos partidários de determinadas correntes ativistas, no campo da politização do Poder Judiciário e da Judicialização da Política, do denominado consequencialismo decisório que permitiria aos juízes e Tribunais anteverem o impacto de sua decisão no campo político, econômico e social, como se a via jurisdicional e processual permitissem a expertise necessária na estruturação de políticas públicas. [...] a aludida visão consequencialista parte de vários pressupostos não cumpridos: 1) a existência de uma infraestrutura e do aporte técnico e de discussão adequada, na via processual, a permitir subsídios decisórios; 2) a oferta de tempo-espaco processual hábil a viabilizar a análise em cada caso, desse impacto decisório; e o mais intangível dos pressupostos; 3) uma formação dos magistrados consistente no campo sociológico, econômico, político, administrativo e filosófico que lhe permita uma visão plástica do caso a ser julgado, com juízo da consequência decisória.” (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e os problemas da padronização decisória*. In: *Revista de Processo*, n. 189, novembro 2010. p. 47-48) Em defesa do consequencialismo, no entanto, observa-se que as críticas lançadas não são verdadeiramente inerentes ao judiciário, mas em razão de como o judiciário seleciona seus magistrados e os prepara para decidir demandas de alta complexidade. A falta de aparato técnico para realização da prospecção das consequências nunca impediu os juízes de considerarem a finalidade das normas e suas consequências empíricas para definir sua constitucionalidade; a leitura do ordenamento jurídico na forma de dogmas não condiz com o atual estado evolutivo do direito, sendo que a tendência é a multiplicação de cláusulas abertas e conceitos indeterminados a serem completados pelos juízes no caso concreto; e como visto no item 4.2 deste trabalho, a deontologia não será suficiente para tal deslinde. Como aponta Luiz Guilherme Marinoni, “ninguém está dando nada ao juiz, já que o poder para a prestação de tutela jurisdicional adequada é inerente à sua função. O que acontece, na realidade, é que alguns querem um juiz que não é ‘juiz’, mas sim *um simples burocrata*. [...] Um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada. O novo juiz, portanto, pode tomar consciência da sua maior responsabilidade perante a sociedade porque, a partir de agora, tem mais poder. É claro que, nestas circunstâncias, também cresce a responsabilidade dos cursos preparatórios para o ingresso na Magistratura, que devem ser capazes de dotar os magistrados de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre o significado político da Magistratura e sobre a necessidade de uma postura crítica diante de uma sociedade que a cada dia se torna mais complexa e rica em diversidades” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ed. São Paulo: RT, 2009. p.200-201).

Observe-se que esta análise não se limita apenas à irreparabilidade do dano imediato decorrente da movimentação das pessoas ali residentes em oposição à irreparabilidade do dano ao meio ambiente, mas também às consequências relativas ao tempo-espaço aos terceiros afetados pela demanda coletiva. Os interesses concorrentes que serão analisados dependerão necessariamente de três fatores: a) habilidade e disponibilidade de elementos probatórios a serem trazidos pelas partes; b) máximas de experiência do magistrado, as quais se encontram necessariamente ligadas à sua visão da realidade; e, c) a percepção do magistrado quanto à probabilidade de ocorrência dessas consequências.

Isso não quer dizer que o magistrado atuará de forma a avançar sua ideologia política (como sugere a *teoria estratégica do comportamento judicial*), embora tal seja uma preocupação realística, mas elas certamente atuarão inconscientemente na aferição das prioridades e seleção dos pontos de maior relevância para a decisão. Dessa forma, a preocupação de Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich por meio da *teoria psicológica* da decisão judicial³⁶⁷ parecem acertadas:

[...] apesar dos melhores esforços, no entanto, juízes, como qualquer outra pessoa, possuem dois sistemas de cognição para realizar julgamentos – o intuitivo e o deliberativo – e o intuitivo parece ter um efeito poderoso nas decisões judiciais. A perspectiva intuitiva pode ser melhor para alguns casos, mas pode levar a resultados errôneos e injustos em outros. O sistema de justiça deveria se esforçar para aumentar a probabilidade de que juízes decidirão os casos de forma predominantemente deliberativa, ao invés de uma forma predominantemente intuitiva.³⁶⁸

Essa preocupação pode ser verificada no estudo do caso *Winter v. Natural Resources Defense Council* realizado no Capítulo 3 deste trabalho, sendo que a fundamentação extensiva da racionalidade da *preliminary injunction* mostrou-se elemento essencial para a adequada utilização de um modelo de custo-benefício que não tenha por base a redução dos valores em números.

A medida certa de interação dos elementos essenciais a essa deliberação é o ponto nevrálgico do próximo item este trabalho.

³⁶⁷ Vide item 4.1 deste trabalho.

³⁶⁸ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. 93 *Cornell Law Review* 1, 2007. p.43. tradução nossa.

4.4.3 Em busca da minimização de erros e da maximização do bem-estar: a adequada composição dos elementos

Atingindo finalmente o último tópico deste trabalho, resta demonstrar como as preocupações e complexidades inerentes aos processos coletivos podem ser equacionadas para o tratamento racional das mesmas, ao mesmo tempo que pretende-se constituir um mecanismo deliberativo que possibilite a efetiva supervisão das políticas estabelecidas em primeiro grau pelos órgãos colegiados superiores. Esse último objetivo não implica na aceitação de que as cortes superiores estarão mais preparadas que os órgãos inferiores para analisar questões inerentemente relacionadas às consequências; no entanto, não há como negar que se o processo civil brasileiro permite um sistema recursal para reapreciação das tutelas antecipatórias, tal função não poderá ser conscientemente desempenhada sem que sejam compreendidos os caminhos trilhados pelo raciocínio do juiz de primeiro grau que está mais próximo das partes, das provas e dos fatos. Como observa Luiz Guilherme Marinoni:

Observa-se que, na prática forense, não se dá importância para a definição de fato indiciário e, conseqüentemente, para os raciocínios (presuntivos) que são feitos – na maioria das vezes de forma despercebida – ligando os fatos indiciários ao fato probando. Mais especificamente, nota-se uma completa desatenção para com as regras de experiência que fundamentam os raciocínios destinados a fixar as presunções. Porém, as regras de experiência e os raciocínios presuntivos não só devem ser claramente explicitados, como devidamente fundamentados como aptos à formação de presunções. *Se o juiz deve julgar com base em critérios racionais, não há como a motivação esquecer de demonstrar a racionalidade das regras de experiência, sejam comuns ou técnicas.*³⁶⁹

Por sua vez, o processo de fundamentação é essencial para gerar a necessária *accountability* (*responsividade*) dessas decisões em um Estado Democrático de Direito. Não se pode admitir um magistrado realizando escolhas consequencialistas entre grupos de interesses³⁷⁰ em um cenário de incerteza sem que ele expresse o balanceamento realizado e escolha aquele que apresente maiores proveitos para o *bem-estar social*.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009. p.178.

³⁷⁰ De especial interesse são as questões levantadas por Teresa Arruda Alvim Wambier a esse respeito: “*En el caso de las acciones colectivas, frecuentemente se estará ante conflictos entre principios o valores opuestos, ambos relacionados a derechos colectivos. Además del ejemplo nombrado, se puede decir que se está ante el referido dilema en conflictos como los que a continuación son ejemplificados: Si un programa de televisión intenta divulgar imágenes tenidas por ofensivas a un determinado grupo social, ¿prevalece el derecho a la*

Pois bem. A análise do direito comparado realizada no terceiro capítulo deste trabalho não foi em vão para o objetivo de lançar racionalidade na problemática exposta.

Primeiramente, ela expôs importante deficiência do modelo de tutela antecipada brasileiro: *a ausência de uma estrutura de minimização de erros do Judiciário na sociedade*.

O *poder geral de antecipação* criado pelo art. 273, do CPC, acaba por ter uma irrazoável aliança com a manutenção do *status quo* ao se entender o pressuposto da “*prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações*” como um requisito de alta probabilidade (*juízo de quase certeza*) de sucesso da demanda e, ao mesmo tempo, lendo-se o pressuposto negativo da *reversibilidade do provimento* como proibição da concessão da tutela antecipada em havendo *irreversibilidade fática dos efeitos da tutela*. Tal leitura, de origem eminentemente individualista, deixa de considerar os efeitos agregados das decisões antecipatórias proferidas pelo judiciário, o qual, para atender a objetivos mínimos de racionalidade, deveria se comprometer a alterar o mínimo possível as relações sociais e a liberdade jurídica dos jurisdicionados em não havendo ainda *cognição exauriente*. Melhor dizendo, a análise do modelo de antecipação de tutela não deve ser realizada apenas a partir dos efeitos da decisão naquela específica demanda, mas dos efeitos produzidos pelo Judiciário como um todo, de forma agregada. Nessa análise, um mecanismo que associe em forma de *sliding scale* a probabilidade de sucesso da demanda e o dano irreparável ou de difícil reparação (sejam os efeitos reversíveis ou não), ao menos teoricamente (e se utilizado de forma adequada), causaria a diminuição do número de erros judiciais.

O resultado dessa estrutura será: a) em praticamente todas as demandas em que a probabilidade de sucesso for alta, o magistrado concederá a tutela antecipada; e, b) em caso de dúvida razoável quanto ao sucesso da demanda, a tutela apenas

libertad de expresión o el respeto a la dignidad de la persona humana? En los casos en que hay sospecha de contaminación del agua suministrada por una concesionaria de servicio público, el juez: ¿debe suspender totalmente el consumo del agua? o ¿permitirá que el agua continúe a ser suministrada y consumida, aunque haya riesgo de se causar daños a la salud de las personas de una comunidad? ¿Deberá el juez suspender las actividades de una fábrica que cause daños al medio ambiente, en los casos en que esta fábrica reconocidamente produzca medicamentos necesarios al tratamiento de una determinada enfermedad? ¿Deberá el juez realizar providencias que impidan la transmisión de la propaganda del Estado que incentive el uso de contraceptivo artificial que evita el contagio de enfermedades venéreas bajo el fundamento de que esta propaganda viola los valores éticos de la sociedad?” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre la anticipación de los efectos de la tutela en la propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. In: In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. Hacia um Código Modelo para iberoamerica*. México: Editorial Porrúa, 2003. p.184)

será concedida em sendo os danos para o autor em caso de denegação maiores que os danos suportados pelo réu em caso de sua concessão, descontada a probabilidade do insucesso da demanda. A soma agregada, no final de determinado período, oportunizará a redução de danos de grandes proporções cuja demanda não aparentava tão viável em sede liminar, bem como prevenirá danos para a parte que estabelecer alto grau de sucesso da demanda *initio litis*.

Essas ilações vêm em suporte da tese defendida quanto ao conceito de irreversibilidade³⁷¹ (a qual não apenas qualifica os efeitos da tutela como também os danos) de que todos os danos são em tese irreversíveis, sendo a diferença estabelecida por Cass Sunstein apenas no que tange à danos que podem ser reparados por meio de métodos conhecidos e danos que não poderão ser reparados em vista do desconhecimento de técnicas para tanto (como a extinção de uma espécie). E, considerando-se que irreversibilidade fática haverá sempre para ambas as partes³⁷², variando-se apenas em relação ao método de cálculo de seu valor para a sociedade, a melhor interpretação do pressuposto negativo contido no art. 273, §2º, parece ser aquela apresentada por Luiz Guilherme Marinoni, para quem, a irreversibilidade fática dos efeitos da tutela antecipada nunca deveria inviabilizar *per se* a sua concessão³⁷³.

Em segundo lugar, a análise do estudo comparado demonstrou que as cortes norte-americanas costumam realizar análises consequencialistas macroscópicas por meio da introdução dos requisitos *balance of hardships* e *interesse público*; esse mecanismo de análise de custo-benefício vem em resposta às ondas do realismo jurídico que levaram os juristas a desenvolver as teorias modernas da decisão judicial e representam forma deliberativa adequada para tratar situações complexas a fim de criar a necessária responsividade e racionalidade nessas decisões.

Tais elementos podem ser trazidos para o sistema jurídico brasileiro para responder às problematizações da tutela provisória em processos coletivos; isso porque não se trata de meramente transportar os elementos de um sistema jurídico para o outro; trata-se da identificação de uma necessidade exigida pelos interesses metaindividuais que já ocorre de forma não sistematizada no Brasil³⁷⁴.

³⁷¹ Vide itens 3.2.2.1 e 4.4.1.

³⁷² Vide item 4.4.1.

³⁷³ Vide item 2.4.2.

³⁷⁴ Exemplo disso foram as demandas coletivas para impedir o reajuste das tarifas de telefonia fixa em 2003 com base no IGP-DI o qual sofreu impacto da desvalorização anterior do real com o objetivo de que fossem

A fim de atender às dificuldades identificadas, portanto, é possível realizar a alocação dos elementos do processo deliberativo da tutela antecipada nos processos coletivo, devendo essa ser concedida apenas se:

$$P \times H_{\pi} \times (G_i + G_{LP} \times p_g) > (1 - P) \times H_{\Delta} \times (C_i + C_{LP} \times p_c)$$

Onde P é a probabilidade de sucesso da demanda, H_{π} são os danos ao autor (ou, no caso brasileiro, dos supostos titulares do interesse transindividual³⁷⁵), G_i são os ganhos imediatos da antecipação para o autor e para terceiros, G_{LP} são os ganhos auferidos pela perpetuação da antecipação até o fim da demanda, p_g é a probabilidade de que esses benefícios sejam reais, H_{Δ} são os danos irreparáveis ao réu, C_i são os custos imediatos suportados pelo réu ou por terceiros, C_{LP} são os custos de manutenção dessa decisão até o final da demanda e p_c é a probabilidade de que esses custos sejam reais.

Vale dizer, a probabilidade de sucesso da demanda multiplicada pelos danos ao autor multiplicados, por sua vez, pelos ganhos sociais do deferimento da tutela antecipatória deverão ser maiores que a probabilidade do insucesso da demanda multiplicada pelos danos diretos ao réu multiplicados pelos custos sociais do deferimento da tutela antecipada.

Tome-se por exemplo o caso da invasão dos manguezais exposto no item 4.4.2 deste trabalho. Os ganhos sociais imediatos da remoção dos invasores poderão englobar: a) a preservação do ecossistema e consequente continuação das atividades econômicas dele dependentes, como turismo, pesca etc., produzindo aumento do bem-estar daqueles que dependem dessas atividades para o próprio sustento; b) possível redução de endemias e epidemias, havendo consequente redução de custos em relação à saúde e ao saneamento básico naquela área. Por sua vez, os custos de se conceder a tutela poderão estar relacionados: a) ao custo de remoção imediata dos invasores para outra localidade, sendo que o direito fundamental à moradia (ao menos em relação ao mínimo existencial) deverá ser

utilizados o IPC ou IPC-A para tais fins. Embora a tutela antecipada tenha sido deferida na maioria dessas demandas (as quais foram reunidas em um mesmo juízo pela decisão do STJ no Conflito de Competência n. 39.590-RJ), a decisão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg em SL n.57-DF cassou as liminares com fundamento na preocupação com o impacto do contencioso relativo à regulação tarifária na própria credibilidade do modelo tarifário brasileiro, o que geraria efeitos no próprio *custo-Brasil*.

³⁷⁵ Uma vez que a legitimidade ativa ocorre em razão de legitimação extraordinária daqueles apontados no art. 5º da Lei n. 7347/85 e no art. 82, da Lei n. 8078/90.

preservado, o qual deverá ser calculado pelo período razoável de duração da demanda coletiva; b) ao custo social de inserção dessas pessoas nos programas de habitação popular; c) a perda de bem-estar das famílias removidas, etc. Observe-se que todos os ganhos e custos sociais são necessariamente descontados pela probabilidade subjetivamente aferida pelo juiz de que tais consequências são reais ou passíveis de acontecer.

É importante ressaltar que a fórmula não pretende matematizar o procedimento, mas fornecer uma base analítica dos dados a serem considerados pelo juiz para que sejam obtidos os resultados esperados de minimização dos erros da decisão e de maximização do bem-estar em situação de incerteza. A disposição dos elementos em uma equação representa apenas uma simbologia para dar ao magistrado um norte para os elementos que devem ser aferidos e os descontos referentes à probabilidade subjetiva inerente às tutelas antecipatórias.

O importante, na verdade, é deixar claro que a aplicação da *teoria adjudicação pragmática* aos processos coletivos traz o benefício de criar uma zona de deliberação das consequências em um modelo de custo-benefício, entendido este como procedimento *welfarista* de relevância moral, mas não moralmente decisivo. Isso equivale a trazer para as cortes elementos necessários à uma decisão consciente de suas escolhas para sociedade, exigindo-se das partes que tragam ao processo não somente informações relativas a questões meritórias, mas outras informações relativas às possíveis alternativas na pendência da demanda coletiva e as consequências de seu deferimento, as quais podem ser provadas a partir de provas de probabilidade de ocorrência do evento.

Esse modelo coloca, no entanto, uma carga elevada nas partes para que demonstrem os possíveis efeitos do deferimento da tutela, devendo ser concedida liminarmente apenas em situações excepcionais. Por outro lado, o modelo também cria incentivos para que as partes tragam para o processo aquelas consequências que realmente acreditam prosperar, a fim de que, se réu, a tutela seja negada mesmo em caso de relativamente alta probabilidade de sucesso da demanda, e se autor, a tutela seja concedida mesmo em caso de relativamente baixa probabilidade de seu sucesso.

Uma das principais razões para se preferir atualmente um modelo que traga racionalidade ao processo decisório é o fenômeno da *justiça de misericórdia*, principalmente em se tratando de direitos sociais fundamentais. Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, os direitos sociais são princípios de otimização e não devem ser concedidos cegamente porque o magistrado não quer ter em suas mãos a “desgraça alheia”.

Dessa forma, utilizando-se o modelo apresentado, casos como o de distribuição de remédios não listados ou de tratamentos fora do país serão analisados levando-se em consideração os custos para o poder público de oferta-los a todos os que estão deles necessitando, bem como as consequências em relação às demais políticas públicas de saúde que poderiam ter suas verbas reduzidas para atendimento do anseio desse grupo, causando problemas redistributivos e de justiça social em razão da preferência por aqueles que conseguem utilizar do Judiciário para fazer impor seus interesses pelas políticas públicas do Estado³⁷⁶.

Contudo, não se pode esquecer que a análise de custo-benefício não deve ser tida como *moralmente decisiva*, podendo outros fatores morais serem utilizados para apreciação da tutela antecipada; principalmente quando tal envolver uma questão de mínimo existencial, sendo papel do requisito *interesse público* contrabalancear o procedimento *welfarista* que não possui em si próprio a determinação de certo e errado, mas apenas a comparação de diferentes situações e eventos no plano real e no plano projetado.

³⁷⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Políticas Públicas e Desigualdades Sociais no Brasil: Equidade como princípio fundamental. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137872&download=yes Acesso em 10.01.2012.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se dedicou a responder às complexidades da tutela coletiva em sede de provimentos provisórios satisfativos de forma a desenvolver uma interpretação consentânea dos pressupostos e disposição adequada dos elementos que devem ser considerados quando de sua apreciação. É chegada a hora de concluir:

1. O legislador brasileiro tratou de forma diferenciada os direitos metaindividuais, reconhecendo que tais direitos e interesses poderiam trazer em si particularidades que levam à necessidade de aplicação de uma lógica diferente daquela prevista para as demandas individuais.

No entanto, em relação à tutela antecipada, não deixou definidos novos elementos ou pressupostos no seu desenho, relegando-se a dar deferência às prescrições dos artigos 273 e 461, §3º do Código de Processo Civil; a presença de dispositivos esparsos próprios ao microssistema de processos coletivos não é suficiente para realizar distinções.

2. Considerações jurídicas não legais, contudo, mostram que o objeto das ações coletivas tende a ser dotado de complexidade em relação aos interesses em conflito, sendo seus efeitos de grande porte na sociedade. A determinação de quais valores devem prevalecer em sede antecipada têm o potencial de gerar consequências perversas para o cômputo de bem-estar social caso o juiz não tenha a sua disposição um mecanismo decisório que o habilite a realizar escolhas consequenciais.

3. Ademais, em não havendo um procedimento bem definido para que o juiz delibere fundamentadamente sobre essas consequências, ele o fará de forma não sistemática, deixando de dotar sua decisão da necessária *responsividade* quanto às escolhas trágicas que efetuou. Espaço para a discussão dessas consequências mostra-se necessário, não apenas para que as cortes superiores tenham condições de rever as decisões das inferiores, como também para que se tenha um juiz com *responsabilidade social*.

4. Várias teorias modernas da decisão judicial, ou melhor, do comportamento judicial, se ocuparam em identificar o que os juízes efetivamente fazem em sua função jurisdicional, sendo que a interferência de conceitos e preconceitos (ou *bayesian priors*) inconscientes é recorrentemente identificada como ponto que pode levar diferentes juízes a obter diferentes conclusões situações jurídicas em relação à resposta dada à apreciação de pleitos de *bad rules* ou de *bad results*. Logo, o procedimento decisório a ser

adotado deve dar prioridade às discussões sobre as consequências selecionadas como relevantes e o porquê de a balança pesar para a concessão ou denegação do pedido liminar.

5. A inserção de um procedimento decisório *welfarista* de conteúdo moral, mas não decisivo, no seio da estrutura da tutela antecipada confere racionalidade ao procedimento e induz as partes a trazerem o maior número possível de análises de especialistas sobre as consequências de se decidir de uma forma ou de outra, tornando sua deliberação necessariamente participativa.

6. A tutela antecipada, em vista do momento adiantado no curso do processo em que é apreciada, se traduz como um jogo de probabilidades que operam descontos nas alegações das partes. Tais descontos devem ser introduzidos também em relação às consequências posto que umas são mais prováveis que outras.

7. O direito americano veio mostrar que tal estrutura é de possível operabilidade pelas cortes, sendo que não há razão para que se desqualifique o magistrado de sua função política ao determinar o destino de grupos de interesses na sociedade. A litigância coletiva requer um juiz que realize escolhas trágicas; tais escolhas não são possíveis sem uma dose de carga política, a qual deve ser pautada racionalmente na escolha que produza o maior ganho agregado em bem-estar para a sociedade.

8. No entanto, em se aceitando que o procedimento deve ser dotado de um elemento de custo-benefício (*balance of hardships*), o qual é tratado pelo *weak welfarism* de Eric Posner e Matthew Adler como procedimento decisório moralmente relevante mas não moralmente decisivo, não se pode esquecer que outras preocupações alheias à soma total de bem-estar social podem e devem ser aceitas para informar a decisão final dependendo do caso concreto. Tal pode ser alcançado pela introdução do elemento de *interesse público* (*public interest*).

9. Essas conclusões estão de acordo com o conceito de *irreparabilidade e irreversibilidade* de Cass Sunstein, sendo de especial relevância observar o tratamento diferenciado entre perdas que podem ser restauradas por meio de técnicas conhecidas ou ressarcidas com dinheiro e as que apresentam *incomensurabilidade*. Esse espectro deve pesar de forma diferenciada no equacionamento da resposta ao pleito antecipatório.

10. A análise do estudo comparado teve ainda o ganho de inserir novas questões na dinâmica das tutelas antecipatórias, como é o caso da *minimização dos*

danos agregados pelo Judiciário. A doutrina brasileira não parece ter atentado para as vantagens matemáticas de um procedimento em *sliding scale*, parecendo ainda mais importante o compromisso com esse objetivo em se tratando de demandas coletivas. Os possíveis danos ocasionados pelo erro judiciário são enormes, sendo muitas vezes faticamente irreversíveis os prejuízos eventualmente suportados pelo poder público (como nos casos de direitos sociais, em que a restituição futura de benefícios concedidos, - v.g. medicamentos – são praticamente impossíveis, gerando um enriquecimento ilícito de determinados grupos de pessoas em sendo a demanda ao final julgada improcedente), devendo o judiciário se comprometer a diminuir o total de gravames deferidos equivocadamente em sua extensão, sendo que ambas as partes estarão diante de *irreversibilidades*.

11. A interpretação do art. 273, do CPC, gera dúvidas sobre a possibilidade de realização dessa *sliding scale* no Brasil. No entanto, há interpretações dos requisitos que oportunizariam essa vantagem, como a apresentada por Luiz Guilherme Marinoni, a partir da *teoria da verossimilhança predominante*.

12. A composição do objetivo de *minimização de erros pelo Judiciário* com a *maximização do bem-estar social* trariam racionalidade e operabilidade à tutela antecipada nos processos coletivos.

REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006.

_____. Happiness and cost-benefit analysis. In: SUNSTEIN, Cass; POSNER, Eric (ed.) *Law & Happiness*. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 2010.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Traducción dela 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 1ed. 3tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A tutela dos Direitos Individuais Homogêneos*. 1.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo*, v. 65.

AUDAIN, Linz. Of Posner, and Newton, and twenty-first century law: an economic and statistical analysis of the Posner rule for granting preliminary injunctions. 23 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1215, 1990.

BARBER, N. W. Prelude to the separation of powers. 60 *The Cambridge Law Journal*, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Revista de Processo*, n. 104, out-dez, 2001

BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *World risk society*. Cambridge, UK: Polity Press, 1999.

BECKER, Gary. The economic approach to human behavior. In: KATZ, Avery Wiener (Ed.). *Foundations of the economic approach to law*. New York, NY: Foundation Press, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ed. 2tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: the remarkable story of risk*. New York, NY: John Wiley & Sons, Inc., 1998.

BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BLACK, Susan H. A new look at preliminary injunctions: can principles from the past offer any guidelines for decisionmakers in the future?. *Alabama Law Review*, n.36, 1985. p.01-49.

BLAUG, Marc. The distinction between positive and normative economics. In: KATZ, Avery Wiener (Ed.). *Foundations of the economics approach to law*. New York, NY: Foundation Press, 1998.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v.56, 1987.

BROOKS, Richard R. W.; SCHWARTZ, Warren F. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine. *Stanford Law Review*, n.58, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança – um tema com variações*. São Paulo: RT, 1997.

BURROWS, Paul; VELJANOVSKI, Cento G. Introduction: the economic approach to law. In: BURROWS, Paul; VELJANOVSKI, Cento G.(edited by). *The economic approach to Law*. London, Boston and Sidney: Butterworths, 1981.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. 89 *Harvard Law Review* 1281, 1976.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. 1ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies. Damages – Equity – Restitution*. 2ed. Hornbooks series. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993.

FARBER, Daniel A.; FRICKLEY, Philip P. *Law and public choice: an introduction*. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 1991.

FERNANDES, Iara de Toledo. Tutela de Urgência na Ação Civil Pública. In: *Processo civil coletivo*. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. 350-362.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Políticas Públicas e Desigualdades Sociais no Brasil: Equidade como princípio fundamental. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137872&download=yes Acesso em 10.01.2012.

FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico e o processo civil: a lógica diferenciada das ações civis públicas. *Revista de Processo*. v.156, 2008.

FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane; SILVEIRA, Ivana Fidélis. A antecipação de tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência. In: *Revista de Processo*, n.166, dez., 2008

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de tradução Carlos Alberto de Salles. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDENTHAL, Jack H. *et al. Civil procedure*. 4ed. Hornbooks series. U.S.A.: Thomson West, 2005. p.739.

FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: KATZ, Avery Wiener (Ed.). *Foundations of the economics approach to law*. New York, NY: Foundation Press, 1998.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. 9 *Law & Society Review* 95, 1974.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006.

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behavior. 5 *Political Behavior* 7, 1983.

GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. London, UK: Profile Books, 1999.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 1ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

_____. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professo Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de Direito Comparado*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, november, n.1, 2007. p.1-43.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. The precautionary principle as basis for decision making. Vol. 2, Issue 2 *The Economists' Voice* Article 8, 2005.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. 71 *Harvard Law Review* 593, 1958.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. 1ed. New Haven and London: Yale University Press, 1993. 230p.

HENSLER, Deborah; PACE, Nicholas M.; DOMBEY-MOORE, Bonita; GIDDENS, Beth; GROSS, Jennifer; MOLLER, Erik K. *Class Actions Dilemmas: pursuing public goals for private gain*. 1ed. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2000. 609p.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York-London: Norton, 1999.

ISSACHAROFF, Samuel. *Preclusion, due process and the right to opt out of class actions*. 77 *Notre Dame Law Review* 1057, 2002.

JAMES JR., Fleming *et al.* *Civil Procedure*. 5ed. New York, NY: Foundation Press, 2001.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare. 114 *Harvard Law Review* 961, 2001.

KAYE, David. The laws of probability and the law of the land. 47 *University of Chicago Law Review* 34, 1979.

KLEIN, David. *Making law in the United States Court of Appeals*. New York, NY: Cambridge University Press, 2002.

KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1994.

_____. *Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001.

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LANJOUW, Jean O.; LERNER, Josh. Tilting the table? The use of preliminary injunctions. 44 *Journal of Law and Economics* 573, 2001.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Debido proceso legal y La irreversibilidad de La anticipación de los efectos de la tutela jurisdiccional. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. Hacia um Código Modelo para iberoamerica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

LAYCOCK, Douglas. *The death of the irreparable injury rule*. New York e Oxford: Oxford University Press, 1991.

LEE, Thomas R. Preliminary injunctions and the *status quo*. *Washington and Lee Law Review*, n.58, 2001. p.109-167.

LEITER, Brian. Positivism, Formalism, Realism. 99 *Columbia Law Review* 1138, 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao Mínimo Existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEUBSDORF, John. The standard of preliminary injunction. *Harvard Law Review*, n.91, 1978. p.525-566.

_____. Preliminary injunctions: in defense of the merits. 14 *Rutgers School of Law-Newark Working Paper Series*, 2006. p.9.

LICHTMAN, Douglas. Irreparable benefits. *The University of Chicago Law School John M. Olin Law and Economics Working Paper n. 305*, September, 2006.

LIMA, José Luiz Carlos de; SAMPAIO JUNIOR, José Herval. *Medidas liminares no processo civil. Um novo enfoque*. São Paulo: Atlas S.A., 2005.

LOPES, José Reinaldo Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n.21, 1994. p. 22-33.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. Tradução de Rhodes Barrett. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1993.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 6ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. 9ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6ed. São Paulo: RT, 2008.

MANNING, John. Constitutional structure and statutory formalism. 66 *University of Chicago Law Review* 685, 1999.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation. Cases and materials on advanced civil procedure*. 2ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Antecipação da tutela*. 11ed. São Paulo: RT, 2010.

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of Justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Tradução de Deborah Shannon. Nova Iorque: Springer, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em Juízo*. 19ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. In: *Revista de Processo*, n.86, abril-junho, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. IV. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MERRILL, Thomas W. Does public choice theory justify judicial activism after all? 21 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1997.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 310p.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública ambiental e as tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. *Regulation by Litigation*. New Haven, CT: Yale University Press, 2009.

MULLENIX, Linda. Burying (with kindness) the felicific calculus of civil procedure. 40 *Vanderbilt Law Review* 541, 1987

NAGAREDA, Richard A. *The law of class actions and other aggregate litigation*. New York, NY: Foundation Press, 2009.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995.

NOBRE, Marcos. Desenvolvimento sustentável: origens e significado atual. In: NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício C. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições IBAMA, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PENNA, Newton; OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos; ANCIÃES, Marta Cristina Pires. O perigo da irreversibilidade na antecipação de tutela. In: *Revista de Processo*, n. 106, Abr.-Jun, 2001.

PILDES, Richard H. Forms of formalism. 66 *University of Chicago Law Review* 607, 1999.

PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2008.

_____. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003.

_____. *The economics of justice*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1983

_____. Some Uses and Abuses of Economics in Law, 46 *University of Chicago Law Review*. 281, 1979.

REDISH, Martin H. *Wholesale justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. 1ed. Stanford: Stanford University Press, 2009.

ROSEMBERG, David. The regulatory advantage of class actions. In: VISCUSI, W. Kipp (ed.) *Regulation Through Litigation*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. In: *Harvard Law Review*, n.117, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

_____. Políticas públicas e a legitimação para a defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, n.121, 2005. p.38-50.

_____. Injunctions e contempt of court em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público. O processo civil como instrumento de defesa social*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.39-77.

_____. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público. O processo civil como instrumento de defesa social*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.131-137.

_____. Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: EDUL - Editora Universitária Leopoldianum, 2006. p. 17-33.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York, NY: Anchor Books, 1999.

_____. *The idea of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, David L. *Class Actions: the class as party and client*. 73 *Notre Dame Law Review* 913, 1998.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

SHOBEN, Elaine W. *et al. Remedies: cases and problems*. 4ed. U.S.A.: Foundation Press, 2007.

SILBERMAN, Linda. Injunctions by the numbers: less than the sum of its parts. 63 *Chicago-Kent Law Review* 279, 1987.

SISK, Gregory C. The quantitative moment and the qualitative opportunity: legal studies of judicial decision making. *Cornell Law Review*, Ithaca, may, n.4, 2008. p.873-900.

SOLUM, Lawrence B. The Supreme Court in Bondage: formalism and the future of unenumerated rights. 9 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 155, 2006.

STOLL-DEBELL, Kristin *et al. Injunctive relief: temporary restraining orders and preliminary injunctions*. 1ed. Chicago: Section of Litigation – American Bar Association, 2009.

STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. 79 *Georgetown Law Journal* 1355, 1991.

SUNSTEIN, Cass. Irreversibility. *Harvard University Public Law and Legal Theory Working Paper No.08-25*, 2008.

_____. Two conceptions of irreversible environmental harm. *The University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 407*, 2008.

_____. Precautions against what? The availability heuristic and cross-cultural risk perceptions. *The University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper* no. 220, 2004.

_____. Beyond the precautionary principle. *The University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper* no. 149, 2003.

_____. *Risk and Reason: safety, law and the environment*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

_____. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

THEODORO JR., Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista de Processo*, v. 94, 1999.

_____. Tutela de segurança. In: *Revista de Processo*, n.88, outubro-dezembro, 1997.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York, NY: Foundation Press, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUSHNET, Mark. Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. In: *Texas Law Review*, n. 82, 2004.

VAUGHN, Lea B. A need for clarity: toward a new standard of preliminary injunctions. *Oregon Law Review*, n.68, 1989. p.839-884.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Defesa do Consumidor, processo coletivo e judicialização da regulação tarifária das telecomunicações no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As*

grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professo Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ed.rev.ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre la anticipación de los efectos de la tutela em la propuesta de código modelo de processos colectivos para iberoamérica. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. Hacia um Código Modelo para iberoamerica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

WASSERMAN, Rhonda. Equity transformed: preliminary injunctions to require payment of money. *Boston University Law Review, Boston*, n.70, 1990. p.623-688.

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

WEINSTEIN, Jack B. Adjudicative justice in a diverse mass society. *Journal of Law and Policy*, Brooklyn, n.2, 2000. p.385-413.

WOLF, Arthur D. Preliminary injunctions: the varying standards. *Western New England Law Review*, n.7, 1985. p.173-237.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença. In: *Processo civil coletivo*. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. 364-391.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2ed.rev.atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996