FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Julio César Arana Vargas

Presidente Prudente/SP
2003

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Julio César Arana Vargas

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Luciano Pinheiro.

Presidente Prudente/SP
2003

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Prof. Luciano de Souza Pinheiro

Orientador

Prof. Paulo Eduardo D`Arce Pinheiro

Examinador

Dr. José Reinaldo Gussi

Examinador

Presidente Prudente, 03 de dezembro de 2003.

“Os princípios são invioláveis e imortais. Invioláveis porque têm como asilo a consciência, e enquanto eles se ajuntam, gota a gota, no espírito dos homens para transformar-se na vaga enorme das revoluções, não há lei que os reprima, nem inquisição que os alcance. Imortais, porque encerram em si, contra a ação corrosiva dos preconceitos humanos, o caráter, a substância e a energia de uma lei invariável, absoluta e universal.”

(Rui Barbosa)

AGRADECIMENTOS

“Sem dúvida, o que fica é a lembrança boa dos anos bem vividos na faculdade e também o sentimento de dever cumprido.Ficam as recordações dos momentos alegres os quais desfrutei com amigos e professores. Fica o saudosismo de uma época de esplendor , instantes de mágica na vida de qualquer pessoa. Tudo qualificado pela dedicação e esforços mútuos.”

“AGRADEÇO, aos meus pais, Irineu e Maria Célia; aos meus irmãos, Rodrigo e Ana Cláudia, pelo amor incondicional que os guardo; à minha namorada, Priscila, pela compreensão e apoio nos momentos de dificuldades, exercendo papel essencial na realização deste objetivo; e a Deus por estar sempre me abençoando nas batalhas diárias. Que ele esteja sempre conosco...”

Júlio César

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do instituto da tutela antecipada em sua amplitude, dando um enfoque maior ao dispositivo quando incidente às relações consumeristas.Durante a exposição são feitas abordagens de conceitos do direito material de consumo como a definição das expressões consumidor e fornecedor; estudos acerca do sistema de responsabilização do fornecedor , fazendo menção a regressividade, solidariedade e princípios aplicáveis, tudo conforme o C.D.C.

A segunda e terceira etapas da pesquisa são direcionadas ao estudo da antecipação da tutela. São tratados assuntos como: a questão da constitucionalidade da tutela antecipada e a possibilidade de antecipação dos efeitos do mérito em face da Fazenda Pública.

Com o advento da Lei protetiva nº 8,078/90, o consumidor ganhou *status* nunca dantes experimentados em nosso país.Inclusive, com instrumentos suficientes à sua proteção. É nesse contexto que a antecipatória se encaixa, pode ser concedida em quaisquer ações que visem à defesa do consumidor em juízo. Fator de equilíbrio na relação. Já que o consumidor é tido nas relações com os fornecedores, como hipossuficiente.

Numa última etapa, são discutidos temas referentes à especialidade da tutela antecipada disciplina no C.D.C. (art.84, §3º) em detrimento à previsão geral do instituto no art.273 do C.P.C., sendo discutido ainda a maior flexibilidade na concessão da antecipatória prevista no C.D.C., já que a exigência dos requisitos neste último é reduzido.Por último se discute a questão da obrigatoriedade ou facultatividade que dispõe o juiz para deferimento da medida.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada; Efetividade Processual; Consumidor, Hipossuficiência, Direito Subjetivo; Relações Consumeristas; Especialidade.

ABSTRACT

The present work makes an analysis of the institute of the premature protection in his width, giving a larger focus to the device when incident to the relationships consumers.Beetwen the exhibition is made approaches of concepts of the material right of consumption as the expressions consumer's definition and supplying; studies concerning the system of responsibility of the supplier, making mention the regressividade, solidarity and applicable beginnings, everything according to C.D.C.

Monday and third stages of the research are addressed to the study of the anticipation of the protection. Subjects are treated as: the subject of the constitutionality of the premature protection and the possibility of anticipation of the effects of the merit in face of Public Finance.

With the coming of the Law protective no. 8,078/90, the consumer won status never formerly experienced in our country., with enough instruments to his/her protection. It is in that context that the premature protection is fit, it can be granted in any actions that seek to the consumer's defense in judgment. Balance factor in the relationship. Since the consumer is had in the relationships with the suppliers, as hipossuficiente.

In a last stage, themes are discussed regarding the specialty of the protection premature discipline in C.D.C. (art.84, §3rd) in detriment to the general forecast of the institute in art.273 of C.P.C., being still discussed the largest flexibility in the concession of the premature protection foreseen in C.D.C., since the demand of the requirements in this last one is last. The subject of the compulsory nature or facultative that it disposes the judge for grant of the measure is discussed.

KEYS WORD: Premature Protection; Procedural Effectiveness; Consumer, Subjective Right; Hipossuficient; Relationships Consumerists; Specialty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1 DAS RELAÇÕES DE CONSUMO 14

1.1 O Desenvolvimento Das Relações Consumeristas 14

1.1.1 Justificativa de Tutela 15

1.1.2 Vulnerabilidade do Consumidor 16

1.1.3 Intervenção Estatal 18

1.2 Acesso Coletivo a Justiça 19

1.3 Conceitos 21

1.3.1 Consumidor 21

1.3.2 Fornecedor 25

1.4 Natureza Jurídica 26

1.5 Previsão Constitucional 28

1.5.1 Norma de Ordem Pública 30

1.6 Princípios Institucionais Aplicáveis 32

1.6.1 Princípio da Dignidade Humana 33

1.6.2 Vulnerabilidade do Consumidor 34

1.6.3 Ação Governamental em prol dos Consumidores 35

1.6.4 Presença Estatal no Mercado de Consumo 36

1.6.5 Harmonização dos Interesses dos Consumidores e Fornecedores 36

1.6.6 Princípio da Educação e Informação 37

1.6.7 Princípio da Responsabilidade Objetiva 37

1.6.8 Princípio da Boa-Fé 38

1.6.9 Princípio da Proibição das Cláusulas Abusivas 39

1.6.10 Princípio da Confiança 40

1.7 Responsabilidade Civil dos Fornecedores 41

1.7.1 Responsabilidade Objetiva 42

1.7.2 Responsabilidade do Comerciante 43

1.7.3 Profissional Liberal 44

1.8 Responsabilidade pelo Fato do Produto 45

1.8.1 Classificação dos defeitos por fato do produto 47

1.8.1.1 Defeitos de Concepção 47
1.8.1.2 Defeitos de Fabricação..... 48
1.8.1.3 Defeitos de Informação..... 48
1.8.2 Serviços Públicos..... 49
1.9 Responsabilidade pelo vício do produto..... 50
1.9.1 Vício de Qualidade 51
1.9.2 Vício de Quantidade 52
1.9.3 Vício de Informação 53
1.10 Solidariedade nas relações de consumo..... 54
1.10.1 Direito de Regresso e a Denunciação da Lide 55
1.11 Excludentes da Responsabilidade..... 57
1.11.1 A não introdução do produto no mercado 58
1.11.2 Inexistência do Defeito 59
1.11.3 Culpa exclusiva do consumidor ou terceiro..... 60
1.11.4 Taxatividade..... 61
1.11.5 Risco de Desenvolvimento 62
1.11.6 Caso Fortuito e Força Maior..... 64
1.12 Sanções Alternativas para reparação dos vícios de qualidade e ou quantidade dos produtos 65

2 DA TUTELA ANTECIPADA – GERAL (ART.273 CPC)..... 69
2.1 Noções Introdutórias..... 69
2.1.1 Tutela Jurisdicional..... 69
2.1.2 Acesso à Justiça 70
2.1.3 Efetividade do Processo..... 71
2.1.4 Efetividade Processual x Segurança Jurídica..... 73
2.1.5 Efeitos da demora do processo 74
2.2. Institutos Essenciais do Processo Civil..... 75
2.2.1 Função Jurisdicional do Estado 75
2.2.2 Jurisdição 76
2.2.2.1 Conceituação..... 76
2.2.3 Jurisdição Voluntária e Jurisdição Contenciosa 78
2.2.4 Tutela Jurídica e Tutela Jurisdicional 79

2.2.5 Ação 80
2.2.5.1 Teorias sobre a natureza jurídica da ação 80
2.2.5.2 Teoria Civilista 80
2.2.5.3 Teoria da Ação como direito concreto 81
2.2.5.4 Teoria da Ação como Direito Abstrato 82
2.2.5.5 Teoria Eclética 82
2.3 Classificação da Ação 83
2.3.1 Ação de Conhecimento 83
2.3.2 Ação de Execução 85
2.3.3 Ação Cautelar 85
2.4 Conceito de Ação 86
2.5 Processo 87
2.5.1 Teorias sobre a natureza jurídica 87
2.5.2 Processo como contrato 87
2.5.3 Processo como quase-contrato 87
2.5.4 Processo como relação jurídica 88
2.5.5 Processo como Situação Jurídica 89
2.5.6 Processo como instituição 90
2.6 Conceito de Processo 90
2.7 Procedimento x Processo 90
2.8 Tutela Antecipada (art. 273, CPC) 91
2.8.1 Origem do instituto 91
2.8.2 Conceito 93
2.8.3 Características da tutela antecipada 94
2.8.3.1 Urgência 94
2.8.3.2 Sumariedade Formal – Material 95
2.8.3.3 Revogabilidade e Modificabilidade 96
2.8.3.4 Provisoriedade 97
2.8.3.5 Satisfatividade 98
2.8.4 Natureza Jurídica 99
2.8.5 Partes Legitimadas 100
2.8.5.1 Legitimidade do Autor 101
2.8.5.2 Legitimidade Excepcional do Réu 101
2.8.6 Legitimidades Especiais 102

2.8.7 Requisitos da Tutela Antecipada 103
2.8.7.1 Requerimento da Parte 103
2.8.7.2 Prova Inequívoca 104
2.8.7.3 Verossimilhança da alegação 105
2.8.7.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação 106
2.8.7.5 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu 108
2.8.8 Questão da Irreversibilidade 109
2.8.9 Constitucionalidade da Tutela Antecipada 111
2.8.10 Oportunidade para concessão da medida 113
2.8.11 Forma de Execução da Tutela Antecipada 117
2.8.12 Validade da Antecipação 119
2.9 Diferenças entre a antecipatória de mérito e a cautelar 119
2.10 Antecipação face à Fazenda Pública 122

3 TUTELA ANTECIPADA ESPECÍFICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 84, § 3º DA LEI 8.078/90). 126

3.1.Considerações Gerais 126
3.1.1 Visão Geral das Tutelas Específicas no Código de Defesa do Consumidor 126
3.2 Amplitude e alcance do art. 84 §§ e justificativas 128
3.3 Tutela Antecipada nas relações de consumo (art. 84, § 3º do CDC) 131
3.4 Requisitos 133
3.4.1 Relevante Fundamento da Demanda 134
3.4.2 Justificado receio de ineficácia do provimento final 136
3.5 Semelhanças e proximidade com o *fumus boni juris* e *periculum in mora* 137
3.6 Maior flexibilidade na exigência dos requisitos do art. 84, § 3º, em relação ao instituto geral 139
3.7 Especificidade do art. 84, § 3º, CDC sobre o art. 273, CPC. 140
3.8 Obrigatoriedade ou facultatividade na concessão? 144
3.9 Responsabilidade por atos jurisdicionais gravosos 146

4 CONCLUSÃO 151

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 157

INTRODUÇÃO

Não teve o trabalho a pretensão de esgotar todo o assunto sobre a Antecipação de Tutela. Procuramos enfocar principalmente a aplicação do referido instituto às relações consumeristas, tendo como objetivos essenciais a delimitação do próprio conceito no que tange ao direito material, inclusive, abordando suas características e respectivos efeitos desencadeados em todo nosso ordenamento jurídico.

A tutela antecipada possui hoje previsão expressa em dois diplomas legais, o art. 273 do CPC (instituída pela Lei 8.952/94) e o art. 84, § 3º do CDC. Para diferenciação de ambos os institutos, optamos em denominar o primeiro de geral e o segundo de especial, posto que o CPC trata-se de uma norma geral, enquanto o CDC (instituído pela Lei 8078/90) é utilizado de maneira específica às relações eminentemente de consumo. A antecipatória assume importância em nosso direito positivo, pois sua aplicação estará justificada toda vez que houver necessidade de adiantamento dos efeitos do mérito, fundamentado na existência de um "risco" na demora da concessão do provimento judicial e desde que o direito discutido desfrute de liquidez e certeza jurídica.

O trabalho está organizado em três partes. A primeira delas diz respeito ao próprio direito material disciplinador das relações de consumo, onde foram abordados os seguintes temas: evolução das relações de consumo, conceitos de consumidor e fornecedor, princípios institucionais aplicáveis, a questão da responsabilidade pelo fato e vício do produto e serviços, solidariedade, etc. A segunda parte versou sobre a evolução do direito processual. Na seqüência, analisamos o próprio art. 273 do CPC e suas hipóteses incidentes. Devendo este capítulo ser entendido como um modelo geral. Na última parte do estudo, foi dada relevância às peculiaridades atinentes ao art. 84, § 3° do CDC, que disciplina especificamente a tutela antecipada em sede de consumo.

A pesquisa teve como referência teórica a utilização de obras doutrinárias sobre o assunto, revistas jurídicas especializadas, jurisprudência dos Tribunais e legislações codificadas e extravagantes. O método utilizado foi o dedutivo-lógico, histórico e teleológico.

Ao longo da digressão foram emitidas notas esclarecedoras com relação a questões como a constitucionalidade da tutela antecipada, entendida em sentido *lato sensu;* acerca da diferenciação entre a antecipatória e as ações cautelares; possibilidade de concessão da

tutela antecipada em face à Fazenda Pública; a cautelaridade do art.84, §3° e a viabilidade de responsabilização do Estado pelos atos jurisdicionais gravosos às partes.

O texto pretendeu demonstrar que quando se tratar de tutela antecipada em relações de consumo deverá ser utilizada com preferência o art.84, §3°do CDC em detrimento do art. 273 do CPC, isto devido ao princípio da especialidade, decorrente das regras de hermenêutica jurídica, conforme se constatou durante a exposição.

1 DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

1.1 O Desenvolvimento das Relações Consumeristas

É impossível não reconhecermos a evolução nos últimos tempos das denominadas relações de consumo, fenômeno comum em vários países tanto desenvolvidos quanto aqueles tidos como emergentes (3º mundo).

Esse rápido crescimento nas relações de consumo tem como causa inúmeros fatores, porém, de forma sintética, procuraremos demonstrá-los. Até mesmo porque não é objeto precípuo deste trabalho o aprofundamento dos motivos sociológicos e filosóficos, procurando apenas dar uma visão geral sobre os aspectos práticos e determinantes das mudanças.

Poderíamos inicialmente apontar como fator preponderante nessa intensificação das relações, o surgimento das grandes cidades, e conjuntamente, a explosão demográfica. Isto se justifica porque com a ida das pessoas para as cidades, de uma forma natural as relações de convivência e interdependência tendem a crescer e junto com isto aparecem, também, as trocas e comércio entre as mais diferentes classes sociais existentes. As relações vão desde a compra de produtos de baixo custo como perecíveis, e outros como bens duráveis, entre estes, a titulo de exemplo, veículos, computadores e etc. Alem da utilização destes bens denominados de consumo, podemos ainda elencar dentro das chamadas relações de consumo as prestações de serviços pelas próprias pessoas. Responsáveis de forma direta ou até muitas vezes indireta, pela chamada “hipertrofia terciária das relações”, considerada por muitos como sustentáculo da sociedade moderna. E responsável por cerca de 40% do PIB (Produto Interno Bruto) dos países desenvolvidos e em subdesenvolvimento.

Ainda dentro daquela linha de raciocínio a qual empregamos acima, outro fator determinante na evolução das relações de consumo e que merece significante atenção em nossa exposição, é com referência a globalização. Este fator acaba, de maneira indireta influenciando os anteriores, pois, as pessoas procuram migrar normalmente, para os lugares onde oferecem melhores chances sociais e ou econômicas, quais sejam, as grandes cidades. Setores estes responsáveis por deterem e monopolizarem os grandes centros tecnológicos. Em parâmetros simples, a globalização seria uma tendência mundial a qual os paises em desenvolvimento vêem padronizando as mais variadas formas de produção,

culminando na atração de multinacionais (grandes empresas), para os mesmos. Empresas que atuam em ramos específicos da economia, sejam verticais ou horizontais. As quais como aparentes vantagens dinamizam a economia local, seja gerando empregos proporcionando a circulação de valores (capital), como esquentando o mercado de produtos com a inserção de mercadorias, fenômeno que fomenta e realça a livre concorrência.

Em terceiro, e decorrência direta dos dois primeiros apresentados acima, temos a produção em série. Neste, nada mais significa do que a realização e industrialização dos produtos de uma forma que consiga suprir o mercado consumidor de maneira eficiente. Ou seja, para conseguir dar vazão a demanda solicitada pela população, necessário se fez a invenção de meios de produção relativamente viáveis, os quais conseguissem realizar mercadorias consumíveis e que ao mesmo tempo conjugassem os fatores tempo e custo de uma forma plena, melhor dizendo, de forma que atendessem com celeridade as aspirações das pessoas. Para sua concretização, surgiram maquinas que conseguiram dar seqüência a grandes produções, cuja fabricação dos bens passou a ser estritamente efetuada mecanicamente. Eclodindo o que ficou conhecida como a Revolução Industrial.

No tópico adiante, analisaremos as conseqüências imediatas advindas com essa excessiva mecanização, e que repercutiram diretamente nas relações de consumo.

É dessa excessiva mecanização que começam a surgir os erros e vícios nos produtos. Defeitos que motivaram a uma necessária e maior tutela dos consumidores.Que são os interessados diretos dessas relações.

1.1.1 Justificativa de Tutela

Os problemas sociais surgidos da complexidade da sociedade moderna e os reclamos de indivíduos e grupos indicaram a necessidade de tutelar o consumidor, posto que, conjuntamente à massificação das relações entre os diversos ramos da sociedade, surgem os denominados conflitos de pretensões. Completando esta idéia temos a expressão do mestre Cappelletti que arguta que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo

“fenômeno de massa”[1].Fenômeno de massas este, que desabrocha com um dos seus mais evidentes efeitos, qual seja, a também massificação das lides. Assim como as relações entre as pessoas se intensificam, na mesma proporção, crescem os vícios inerentes as relações sociais. O que se faz inevitável.

Como resultado disto tudo, vem ocorrendo um excesso na jurisdicionalização dos conflitos, buscado pelas próprias partes envolvidas. Demanda judicial cumulativa, que com o passar do tempo gera o que chamamos de inchaço do judiciário. E evidentemente, ocasiona prejuízos as partes interessadas. Pois nestas situações tem espaço a demora na concessão de um provimento eficaz, fundamentando o que a doutrina chama de “tempestividade a um provimento, cuja não concessão, ameaça direito líquido e certo da parte”.

1.1.2 Vulnerabilidade do Consumidor

Ainda dentro desta visão protetiva e necessária do consumidor, acreditamos ser o reconhecimento da vulnerabilidade nas suas relações, condição *sine qua non*, para que possamos falar em um mínimo de garantia dos negócios.

De fato, o consumidor é parte mais fraca nas relações de consumo. Oportunamente mencionada na definição que consumidores são “os que não dispõem de controle sobre bens de produção, e, por conseguinte, devem submeter-se aos poderes dos titulares destes”[2]. Na maioria das vezes, o consumidor, seja por omissão, submissão, falta de informação e até eventual receio de contramedidas por parte do fornecedor de serviços, acaba se submetendo as exigências impostas a ele.

No Brasil, a evidência do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor encontra-se exteriorizado na própria Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXII. Declara que “o Estado promoverá a defesa do consumidor”.

---

1 CAPPELLETTI , M. Formações sociais e interesses coletivos diante da justificativa civil. **Revista de Processo, [S.I.],** v. 5, ano 2, n. 130 jan./mar, 1988.

2 COMPARATO, F. K. **A Proteção do Consumidor**: importante capitulo do direito econômico, in Defesa do consumidor: textos básicos. Brasília: MJ/CNDC, 1998. 37p.

Agiram com plausividade os legisladores constitucionais brasileiros, ao reconhecerem de forma direta e indireta a vulnerabilidade do consumidor, ao ponto em que ele não dispõe de informação e ou de acesso aos elementos técnicos do produto[3]

Acerca da vulnerabilidade, há inclusive um consenso universal, onde existe uma manifestação cristalina da sua aceitação. A ONU, já deu seu parecer sobre o assunto, a qual encontra-se prevista na Resolução n.39/248, de 10 de abril de 1985[4]. Neste documento considerou-se evidente o desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo sofrido pelos consumidores[5].

Alem da previsão legal constitucional e a resolução da ONU, outro estatuto importante cita de forma explicita o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em se tratando de relações consumeristas. Estamos nos referindo ao Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), que, em seu art. 4º, I, faz alusão a hipossuficiência do consumidor. Palavra empregada aqui neste estudo como sinônimo de vulnerável.

Portanto, a questão do reconhecimento da vulnerabilidade se faz imprescindível, posto que conjuntamente, e ate mesmo agregado a este efeito das relações de consumo (hipossuficiência), estão outros atributos, chamados por muitos de mecanismos realizadores da tutela protetiva. O que nada mais são do que instrumentos processuais eficazes para efetivação dos direitos almejados. São: intervenção estatal, inversão do ônus da prova, harmonização de interesses, caracterização de direitos metaindividuais, coisa julgada particularizada, tutela antecipada e etc.

Todos estes instrumentos, de forma interdependente formam um "Microsistema Jurídico Próprio"[6], com aplicabilidade a qualquer momento numa determinada relação jurídica em disputa. Basta haver a lesão ao consumidor, exteriorizado por um vício evidente, que os meios protetivos deverão ser utilizados pelo interessado direto (consumidor).

---

[3] RAGAZZI, J. L. **Tutela Antecipada nas Relações de Consumo**. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, .2002. 47p.

[4] Refere-se à Resolução n.39/248, de 10 abril de 1985, das Nações Unidas, a respeito da Proteção ao Consumidor adotado pela Assembléia Geral, na 39ª Seção.

[5] ALMEIDA, J. B. de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed. [S.I.]: Saraiva, 2000. 23p.

[6] Faz-se uma alusão ou referência ao fato do estatuto criado com a lei nº 8.078/90, devido a sua fusão de varias matérias jurídicas (multidisciplinares e dependentes, com princípios próprios) adquiriu doutrinariamente
status de Microssistema Jurídico, ou seja, um todo contido dentro de uma parte.Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª Edição, ano 2001, p.19.

1.1.3 Intervenção Estatal

Durante muito tempo vigorou no país a idéia da interferência mínima do Estado tanto nas relações econômicas quanto nas relações ditas sociais em face dos particulares. Esta corrente recebeu o nome de Liberalismo. Ela pregava que os negócios deveriam reger-se tão somente pelas regras de mercado.

Referida visão financeira e sócio - política perdurou por alguns séculos. Somente após o advento de inúmeros movimentos almejando a transformação do mesmo, isto em muitos países, culminou com a eclosão de várias revoltas, entre elas, uma que ficou conhecida mundialmente, a Revolução Francesa. Na França, houve uma transmutação de comando na vida política, no qual assumiu o controle uma nova classe social denominada de burguesia. Dentre seus objetivos, visava-se com a revolução a obtenção de muitos direitos, dentre eles, direitos ainda não juridicamente tutelados. Visava-se à implantação de garantias as pessoas que até então só vinham sendo excluídas dessas tutelas.

Com o tempo, o Estado não se fez capaz de atender todos os anseios da sociedade, surgindo condutas omissivas, que na maioria das vezes quase sempre eram prejudiciais. Aumentaram-se com isto as reivindicações por parte da população que começaram a se sentir insatisfeitas com a situação, e como conseqüência imediata, exigiram mudanças rápidas.

Ocorreu, então a passagem do Estado liberal ao Estado Social.(No Brasil, em especifico Social Democrático de Direito).

Noutro regime, existe a preponderância, com efeito, ao abandono do "individualismo exacerbado"[7], dando lugar a interferência constante e legal por parte do Estado.

Seria uma forma de associar a figura da Instituição Personalizada Estatal como guardião da ordem publica.

Decorrente desta idéia vem a conseqüência clara, qual seja, o desenvolvimento de planos de garantias com a finalidade única de propiciar desenvolvimento social, político e econômico aos seus subordinados, principio básico neste tipo de regime. Pois, em contraprestação a derivação do poderio, vêem-se seus dependentes a mercê de uma posição

---

[7] ALMEIDA, J. B. de. ob.cit., 26p. Distinção principal entre Liberalismo e Social.

ativa e positiva (ou negativa) pela pessoa do ente personificado. Nada mais do que o exercício da Competência Estatal.

É ai que entra a teoria da tutela ao consumidor, porque agora a disciplinamento das relações entre as pessoas, encontra-se totalmente nas mãos do Estado, e para evitar confusão ou qualquer tipo de desaprovações, necessário se fará a criação de mecanismos direcionados que favoreçam, por exemplo, a seguridade das relações comerciais e consumistas. Com isto, é que favoreceu a criação de meios, sejam materiais ou ate mesmo de cunho processual, para defesa e efetivação da condição de consumidor. Como exemplo concreto citemos a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, estatuto, cuja criação esta fundamentalmente relacionada a questão da Intervenção Estatal.

No Brasil, peculiarmente, essa transformação do Estado liberal para o Estado Social ocorreu a partir de 1930 e 1934, quando pela Constituição surgiu o capitulo referente a Ordem Econômica e Social[8].

1.2 Acesso Coletivo a Justiça

O Código de Defesa do Consumidor, entre suas diversas inovações processuais, visando celeridade dos atos processuais e concentração dos mesmos, criou a possibilidade do acesso judicial à obtenção de uma pretensão não somente nos moldes tradicionais (individualmente), mas também de forma coletiva.

Antes de tudo, convém ressaltarmos que três são as categorias de direitos dentro do Código: Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Os primeiros caracterizam-se pela impossibilidade de definição dos seus titulares. Eles são indetermináveis ou de difícil determinação. Quanto ao objeto da demanda que disputam são indivisíveis, ou seja, impossível de fracionarmos em parte iguais o quanto que cada lesionada teve de prejuízo patrimonial ou moral. Seus sujeitos se vinculam por uma simples relação fática.

Os Coletivos por sua vez, os sujeitos são determináveis, o objeto é indivisível e mantém entre eles um vínculo em decorrência de uma relação jurídica de base. Os sujeitos aqui se esgotam: Grupos, Categoria ou Classes.

---

[8] ALMEIDA, J. B. de. ob.cit., 28p.

Por último, os individuais homogêneos, definem-se como sujeitos determináveis, objeto passível de divisibilidade e relação comum entre os sujeitos.

Uma vez superadas esta conceituação das categorias dos titulares de direitos dentro das relações de consumo, partiremos para a explanação sobre o que vem a ser a legitimidade ativa múltipla, que nada mais é do que a possibilidade de acesso à justiça coletivo.

Como característica natural dos direitos difusos e coletivos, conhecidos também como transindividuais, aflora a sua multiplicidade de sujeitos ativos legitimados, onde todos, dependendo do caso, estarão autorizados a demandar em juízo.

O acesso coletivo foi beneplácito oferecido pela lei, na qual levando em considerações todos aqueles argumentos de vulnerabilidade do consumidor em comparação aos fornecedores, achou por bem, toda vez que possível, agrupar os interessados, com a finalidade de proporcioná-los maior adesão e somatória de forças para superação das demandas, quando estas envolvessem fabricantes de peso. Fato que se estivessem isolados, gritante seria o desequilíbrio entre os envolvidos.

O acesso coletivo e não individual a justiça é uma solução apontada pelo Projeto de Florença, como marca da sociedade moderna, que deixa para trás a visão individualista do direito reconhecendo nas técnicas processuais suas funções sociais[9].

Portanto, o acesso judicial coletivo tem fundamentos na própria essência dos direitos difusos ou coletivos (metaindividuais). Justifica-se, já que visou o legislador com esta faculdade atribuída ao interessado, possibilitar a união no pólo ativo, onde todos demandarão com poderes específicos e ao mesmo tempo de caráter geral.

A doutrina tem ressaltado o princípio do acesso à justiça na jurisdição civil coletiva, ligado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, assegurado no art. 5º, XXXV, da C.F. Que consagra o direito de ação e defesa diante de lesão ou ameaça a direito, contemplando os direitos difusos, coletivos e individuais.

---

[9] CUNHA, B. P. da. **Antecipação da Tutela no Código de Defesa do Consumidor:** Tutela Individual e Coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999. 35p.

1.3 Conceitos

1.3.1 Consumidor

Não nos cabe aqui, esgotar todo o tema referente ao conceito de consumidor, porém procuraremos fazer uma abordagem dos principais temas acerca de suas diretrizes. A começar pelas diversas considerações de ordem política, social, ou mesmo filosófico-ideológica.[10]

Do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações, com a finalidade de entender as razões reais que levaram-no à prática consumista. Neste aspecto, investigam-se as circunstâncias subjetivas que levaram determinado indivíduo a preferir específico produto ou serviço. Definitivamente, no tocante ao aproveitamento jurídico do conceito, não observamos aplicabilidade, posto que este estudo sobre as razões que levaram o indivíduo a preferir este ou aquele produto, adentrando á motivação psicológica da escolha, assumirá especial interesse em se tratando de técnicas de "marketing e merchandising". Tudo isto dentro do gênero da Publicidade.

Já do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços. Este conceito procura relacionar o consumidor a sua atividade dentro da própria sociedade, qual seja, a posição natural de utilização de bens e serviços. Atividade esta que podemos considerar como um desdobramento natural da sua condição de indivíduo.

Nas considerações de ordem literária e filosófica, incidem somente valores tidos como ideológicos.

Abstraindo-nos destas inserções doutrinárias sobre a definição do vocábulo consumidor, citadas apenas como razões didáticas, direcionaremos nosso estudo a partir de agora, somente ao que concerne aos seus efeitos jurídicos.

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente a característica do sujeito que adquire bens ou então contrata a prestação de serviços.

---

[10] FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor.** 5. ed. [S.I.]: Atlas, 2001. 32p.

Enfatizando a destinação final. Imaginando que o indivíduo age com o "fim exclusivo" [11] de atendimento de uma necessidade própria e não para práticas comerciais, por exemplo. É por isso que se procurou afastar de conceitos de natureza sociológicos, psicológicos e filosóficos, optando-se pelo conceito objetivo e preciso, quando da elaboração da norma protetiva, visto que a carga subjetiva que carregam aqueles é muito grande. Podendo comprometer a elaboração, entendimento, aplicabilidade e eficácia da norma.

Neste diapasão, Othon Shidou[12] definiu o consumidor, de maneira informal, "como sendo quem compra para gastar em uso próprio". Depois ele conclui explicando de forma mais completa que "consumidor seria qualquer pessoa física ou jurídica, que contrata, para utilização, aquisição de mercadoria...", e finaliza. Conceito este de que não comungamos, principalmente quando não faz distinção para vinculação do indivíduo das relações de consumo, pois consideram sujeitos das relações consumistas tanto pessoas físicas quanto jurídicas. O que no nosso posicionamento, deve ser entendido restritivamente, considerando-se somente a pessoa física. Mas esta discussão doutrinária será abordada mais detalhadamente adiante. Por enquanto, basta termos a noção geral de que o consumidor:

> É o indivíduo, considerado como pessoa física, que detém poder de contratação, com fim precípuo de adquirir bens (mercadorias) e ou prestação de serviço, tendo como condição o atendimento de uma necessidade própria ou alheia. E que seu conceito deve ser aplicado em todas as situações onde haja relações de consumo[13].

A lei Sueca de proteção ao consumidor abordou o tema conforme segue: "A pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante".(art.1º) (1973)

---

[11] Fizemos questão de destacar a expressão "fim exclusivo", uma vez que para atender o atributo da figura de consumidor, imprescindível se faz que a destinação do bem usufruído tenha sido para uso próprio. Sob pena de caracterizar outra relação como a comercial em detrimento da tutela das relações de consumo. Comentário particular.

[12] Shidou, O. **Proteção ao Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2p.

[13] Trata-se de conceituação particular.

Reproduzindo as palavras de José Geraldo Brito Filomeno[14], pode-se inferir que toda relação de consumo: a) envolve praticamente duas partes bem definidas, que são: adquirente de um produto ou serviço (consumidor) e fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor); b) relação destinação a satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor não dispondo de bens submete-se as condições da relação imposta.

Dessa inserção, concluímos que o traço marcante da relação de consumo é a situação de hipossuficiência ou estado de vulnerabilidade que é experimentado pelo consumidor.

Este é o momento oportuno para retomarmos a discussão sobre a discordância a respeito da extensão do conceito de consumidor, suscitada logo acima. Afirmamos não ser possível a extensão do conceito de consumidor a qualquer tipo de pessoa, entre elas a pessoa jurídica. Ficando, portanto, restrito o conceito de consumidor tão somente a pessoa física. Os argumentos desfavoráveis à extensão são os mais variados, mas talvez, o de maior expressão seja aquele relacionado à questão da vulnerabilidade e hipossuficiência do sujeito ativo da relação consumista.

Por este princípio, entendesse uma condição natural desfavorável por parte do consumidor dentro das negociações. Sejam essas condições desfavoráveis de cunho técnico-científico (pois o consumidor na maioria das vezes não possui conhecimento específico sobre o problema, isto é, não dispõe de meios que possam colocá-lo numa situação superior). Frente a tudo isto, seria inviável a extensão.

Porém não fora este o posicionamento que prevaleceu quando da aprovação do Código. A lei entendeu que era possível a extensão do conceito para que abrangesse as pessoas jurídicas. Parece-nos um despropósito. Entendemos, contudo, mais racional a extensão do conceito somente às empresas equiparadas aos consumidores hipossuficientes, e mesmo assim quando esta empresa não tiver fins lucrativos. Visto pela constatação de que dispõe as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou ainda, a coletividade de consumidores fica inteiramente desprotegido e imobilizado pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum.

---

[14] FILOMENO, J. G. B. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. 28p.

A respeito do tema, existem duas correntes divergentes: os finalistas e os maximalistas. A primeira, embasada na definição clássica de consumidor, considerando a idéia que ele é parte vulnerável nas relações contratuais de mercado, restringe a qualidade de sujeito ativo apenas às pessoas físicas. Convergente com a exposição, Cláudia Lima Marques[15], defende que "esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consumidor seria apenas aquele que adquiriu o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal e não para revenda ou então inseri-lo à cadeia produtiva".

Quanto aos maximalistas, vêem nas normas do CDC um estatuto destinado a uma tutela geral de todo o mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. Segundo este posicionamento, a definição do art. 2º, deve ser interpretada o mais extensivamente possível, afirmam ainda que esta orientação do dispositivo supracitado é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando da aquisição de um produto ou serviço.

Oferecer apoio aos maximalistas, referentemente às suas idéias quanto à extensão irrestrita da definição de consumidor, "seria negar-se a própria epistemologia do microsistema jurídico de que se reveste".[16]

Analisemos o seguinte exemplo prático: Uma indústria química adquire um lote de determinada substância a qual será posteriormente misturada a outras resultando em um produto final.

Suponhamos que esse lote de substância, provindo de um compra e venda, apresente vícios. Nesse caso, deveremos considerar a empresa como consumidora conforme o disposto no art. 2º do CDC, mesmo esta relação tendo um destino próprio e determinado?

A resposta mais correta, para o caso, seria não considerar a empresa como consumidora, porque apesar do produto ter sido adquirido mediante uma relação de consumo e apresentar vício evidente e lesivo ao adquirente, por via indireta ele acaba entrando na cadeia produtiva, não apresentando nenhuma relação com a chamada

---

[15] MARQUES, C. L. **In Contratos no Código de Defesa do Consumidor** : o novo regime das relações contratuais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 67-69p.
[16] FILOMENO, J. G. B. ob.cit. 31p.

destinação final e própria, exigida pela lei. A noção que devemos ter agora, é que a aquisição deste produto está intimamente ligada com a provisão futura de lucros por parte da referida empresa. Em tese ofende princípios básicos do CDC, que em linhas gerais, buscam uma tutela específica e técnica, excluindo-se do seu âmbito de incidência interesses particulares.

1.3.2 Fornecedor

Após termos analisado o conceito de um dos "protagonistas" da relação de consumo, resta-nos esclarecer o outro, ou seja, o fornecedor de bens e serviços.

Diferentemente do ocorre com o consumidor, o conceito de fornecedor não desperta acirradas discussões entre os autores. Talvez a maneira mais fácil de definirmos a figura do fornecedor, seja utilizarmos um mecanismo de exclusão, isto é, definirmos primeiro quem não pode ser considerado fornecedor. Trata-se uma forma negativa de conceituação.

Em um primeiro momento e importante mencionarmos que aqueles que desenvolvem ou praticam relações tipicamente de direito privado, e as quais não possuem caráter de profissão ou atividade habitual, estarão excluídos dessa conceituação de fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º:

> Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A abrangência do conceito aqui se estende tanto para os fabricantes originários, o intermediário ou o próprio comerciante. Porquanto percebemos uma ampla e solidária responsabilidade quanto aos produtos e serviços, considerados as diferentes escalas de produção; desde a fabricação, passando pela distribuição até a realização do resultado final que se exterioriza na venda efetiva da mercadoria ou prestação de serviço.

Com isso as atividades de montagem, as de criação, construção, transformação, bem como as de importação e exportação estão inter-relacionadas com o exercício da atividade pelo fornecedor.

Eventualmente, dentro do conceito de fornecedor, o que poderia causar dúvidas é a amplitude expressão prestação de serviço.

Visando elucidar provável dúvida, João Batista de Almeida[17] faz menção de que referida prestação será remunerada e não subordinada a vínculo trabalhista. Exemplificando, diz ainda que sendo gratuita, atos de camaradagem ou favores prestados a vizinhos, não serão considerados serviços a que a lei empresta tutela. Concluindo, ele afirma que se o serviço é prestado por força de contrato de trabalho, mediante vínculos de subordinação e dependência econômica, também estará fora da tutela da lei e diz que nesse caso sua área jurídica de proteção são as leis trabalhistas, consubstanciadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Outro ponto o qual merece destaque em nossa sucinta exposição sobre o tema, é o que concerne aos entes despersonalizados. O código buscou incluí-los na abrangência do conceito de fornecedor. São aqueles agrupamentos ou associações de pessoas e bens que mesmo sem personalidade jurídica (regularidade constitutiva) praticam atividades típicas de fornecimento de produtos e ou serviços.

O que objetivou a inclusão dessas sociedades de fato foi evitar que o motivo da falta de personalidade não fosse a razão para ocasionar fraude e prejuízos ao consumidor.

1.4 Natureza Jurídica

Tópico importante e o qual deve obrigatoriamente constar em todo estudo monográfico é o que diz respeito a natureza jurídica dos institutos. Aqui, não poderia ser diferente. Portanto, nossa missão neste momento será apresentar ao leitor uma definição precisa da natureza jurídica das Relações de Consumo.

As normas dentro de um ordenamento jurídico podem ter duas origens: são de Direito Público ou de Direito Privado. Estes são os dois grandes ramos do direito.

Quanto à explanação sobre definição de Direito Público e Privado, encontramos a lição do professor Paulo Dourado de Gusmão:

---

[17] ALMEIDA, J. B. de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 42p.

> Os juristas, desde os romanos, tem tentado dar as razões dessa distinção (Público e Privado). O critério mais antigo, que vem desde os romanos, é o do interesse: é público o que trata de relações e situações jurídicas em que o interesse público predomina, enquanto direito privado aquelas em que sobressai o interesse privado. Solução difícil é a definição de interesse público. A grosso modo podemos dizer ser interesse público o interesse do Estado e das pessoas jurídicas de direito público, bem como o interesse de todos sem ser de nenhum em particular. [18]

Quanto ao Direito do Consumidor, no bojo da sua legislação, existem normas de âmbito processual e normas de competência material. As primeiras são aquelas as quais regulam o próprio procedimento das relações consumistas. Isto é, determinam competência jurisdicional, formas dos atos, suas seqüências e etc. Já as normas de fundo material são aquelas que determinam, garantem um fundamentam as pretensões das partes. Verdadeira enumeração dos direito e deveres a serem exigidos. Refletem na possibilidade de exigência de uma situação de fato.

Com relação à classificação das normas processuais em Públicas ou Privadas, não despertam muitas dúvidas. Pois, todos sabemos que as normas processuais devido a suas características de elaboração e ao fato de serem normas cogentes (aquelas que não podem ser modificadas ou derrogadas pelas partes) assumem feição tipicamente de normas de Direito Público.

O que poderia levantar polêmicas discussões é em relação a classificação das normas materiais em Públicas ou Privadas. Muitos autores sustentam que em virtude das características das relações consumeristas, posto que as maiorias das relações envolvem partes individualizadas e determinadas, isto seria um sinal evidente de pertencerem ao Direito Privado.

Todavia, pensamos que as normas de proteção ao consumidor , como embasadas no novo Código, têm forte conteúdo de direito público, pois cuidam de aparelhar e garantir a tutela de um direito fundamental previsto na Constituição da República (art. 5º, XXXII), em oposição à situação anterior estritamente privada que negava essa proteção ou a tornava insuficiente.

Corroborando com nossa sustentação teórica, abrilhanta-nos as enunciações de João Batista de Almeida:

---

[18] GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 143-144p.

> Sem dúvida, são normas cogentes de observância obrigatória e cumprimento coercitivo, notando-se uma clara disposição do Estado de intervir no mercado de consumo em socorro do consumidor vulnerável".
> Aliás, a própria lei de proteção, em seu pórtico, deixa claro que as disposições do Código do Consumidor têm a natureza jurídica de normas de ordem públicas e interesse social (art.1º), do que decorre sua imperatividade e inderrogabilidade pela vontade das partes[19]

Por esses motivos é que classificamos o Direito do Consumidor como pertencente ao Direito Público.

A doutrina mais moderna costuma classificá-lo também como Direitos Difusos e Coletivos, isto conforme as características que apresenta. Mas procuraremos não nos aprofundar no tema, visto que é de grande complexidade seu entendimento e compressão. Caso adentrássemos no assunto, diversos tópicos deveriam ser abordados, o que retardaria demasiadamente nossos estudos presentes. Basta que fiquemos com a idéia de que os Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos são direitos transindividuais, isto é, conceito este que deve ser entendido como aquele que envolve sujeitos múltiplos (as vezes determináveis ou indetermináveis) no que tange a legitimidade e quantatividade. Além do mais as pessoas aqui se vinculam por uma situação de fato ou situação jurídica. Existem características peculiares como a coisa julgada que possui efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*.

1.5 Previsão Constitucional

É notório que em um sistema hierárquico de normas, as leis inferiores devem estar sempre em conformidade com as superiores; seja no plano formal (que diz respeito a seu processo de elaboração) quanto no plano material (o qual refere-se ao conteúdo da lei, sua substância). Havendo algum descompasso ou inconformidade entre a lei superior que funciona como parâmetro originário, e a lei inferior, a conseqüência imediata seria a inexigibilidade dos efeitos dessa.

Com isso conclui-se que há uma relação de referência ou dependência entre a lei superior e a inferior. Verdadeira condição de existência ou validade.

---

[19] ALMEIDA, J. B. de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 1993. 34p

No Brasil, esta hierarquia de normas surge como sustentáculo ou pilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A lei máxima é a Constituição Federal. Todas as outras leis são denominadas infraconstitucionais. Em decorrência disso, todas as leis elaboradas em nosso país devem estar em conformidade, tanto material quanto formal, com a *Magna Carta.* Devemos entendê-la como princípio.

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor se deu em virtude do mandamento constitucional expresso no art. 5º, inciso XXXII, da C.F. -88, que reza que "todos são iguais perante a lei..., nos seguintes termos: o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor".

Além desse dispositivo existem outros dois que merecem destaque, respectivamente, são eles:

> Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> V – defesa do consumidor; (C. F-88).
> Art.48. O Congresso Nacional dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor. (A.D.C.T. da C.F. -88).

É impossível não reconhecermos a contribuição histórica, política e sociológica que teve a constituição de 1998, para formação e desenvolvimento do sistema jurídico de proteção ao consumidor nos moldes que conhecemos hoje.

Frederico da Costa Carvalho Neto, citando José Manoel de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James J. Martins e Silva pretendem enfatizar aquela contribuição da constituição para surgimento dos Direitos dos Consumidores, vejamos:

> A Constituição Federal de 1998 elevou a defesa do consumidor à esfera constitucional de nosso ordenamento jurídico. Em primeiro momento incluiu o legislador a defesa do consumidor entre os direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecendo que o ' Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor' (art.5º, XXXII), e em um segundo momento, erigiu a defesa do consumidor à categoria de 'princípio geral da atividade econômica'(art. 170, V)", emparelhando-a com princípios basilares para o modelo político econômico brasileiro, como o da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência e outros.
> Ainda em outras oportunidades, aparecem no bojo da Constituição Federal de 1998, disposições relativas a matéria de consumo ou consumidor, como no art.24, que estabelece o âmbito aonde pode haver legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, restando incluída nesta esfera de

> competência legislativa concorrente e sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. [20]

Analisando o disposto no inciso XXXII, concluímos que o Legislador Constituinte reconheceu a necessidade do Estado imprimir constante e ampla proteção aos consumidores. Além desse, na própria Lei nº8.078/90, percebe-se que houve obediência ao mandamento constitucional; precisamente no que toca ao artigo 4º, onde estabeleceu a Política Nacional de Relações de Consumo.

Por ultimo, conforme menciona José Geraldo Brito Filomeno[21] em sua obra, no âmbito do Estado de São Paulo, existe a previsão de tutela aos interesses do consumidor e a devida interferência do Estado em dois dispositivos (arts. 275 e 276).

1.5.1 Norma de Ordem Pública

A própria lei 8.078/90 prevê que toda a matéria contida em seu bojo é de ordem pública. É o que dita o art.1º "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social...".

Uma vez definida a natureza das normas contidas no Código do Consumidor, nos resta esclarecer o que sejam normas de ordem pública. Para tanto, necessário que façamos a associação de norma de ordem pública à norma obrigatória. Entre os doutrinadores estas considerações são unânimes, assim observemos:

Caio Mário da Silva Pereira:

> Leis proibitivas ou imperativas são as que estabelecem princípios cuja manutenção é necessária a ordem social, e por isso impõem-se, obrigatoriamente, a todos os indivíduos, inderrogáveis que são pela vontade privada. Umas e outras compõem os princípios que envolvem um interesse público, tanto as normas de direito público propriamente ditas, quanto as que inseridas no corpo do direito privado, constituem as chamadas leis de ordem pública... [22]

A respeito do tema, Luiz Antônio Rizzato Nunes, tece as seguintes considerações:

---

[20] CARVALHO, F. da C. N. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 120p.
[21] FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 27p.
[22] PEREIRA, C. M. da S. **Em Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Vol.I São Paulo: Forense, 1997. 68p.

> A doutrina costuma distinguir normas de ordem púbica de normas de ordem privada, designando aquelas como as que não podem ser modificadas por convenção de particulares estabelecer regras por ato de vontade.
> Costuma-se também, chamar as normas de ordem pública de imperativas e as de ordem privada de permissivas. Como imperativas aparece a norma proibitiva e obrigatória.
> Diga-se, para deixar consignado, que em rigor toda norma jurídica é de ordem pública, porque emana do Estado, com suporte no sistema jurídico constitucionalmente estabelecido.
> A distinção entre uma e outra deve ser feita pelos modais deônticos envolvidos: quando se tratar de norma proibitiva ou obrigatória, ela se impõe como de ordem pública; e quando se tratar de norma permissiva será de ordem privada. Mas acrescente-se algo as normas de ordem pública: ela se impõe mesmo contra a vontade de quem tem o direito e a garantia a seu favor. [23]

Portanto, a definição de que o Código do Consumidor é norma de ordem pública se fundamenta na própria lei quando em seu dispositivo inicial faz constar no seu texto, de forma expressa e inequívoca.

Este efeito da norma, a qual seja considerada de ordem pública deve ser entendida, então, como aquela cuja obediência é obrigatória, cujos objetivos e dispositivos de ordem material e substancial não podem ser desatendidos ou alterados pelas partes, nem pelo próprio juiz.

Gostaríamos de aproveitar a oportunidade, para citar breve trecho de um artigo, no qual Nelson Nery Jr. faz comentários a respeito do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor:

> As normas do CDC são de ordem pública e interesse social (art.1º). Isto quer dizer, do ponto de vista prático, que o juiz deve apreciar *ex-officio* qualquer questão relativa as relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode inclusive, decidir contra o único recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo o que chamamos de *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz examine de ofício. [24]

---

[23] NUNES, L. A. R. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 1. ed. [S.I.]: Saraiva, 1996. 156-157p.
[24] NERY, N. J. **Em Revista do Consumidor.** n. 3 setembro/dezembro, 1.ed. [S.I.]: Editora dos Tribunais,1992. 51-52p.

1.6 Princípios Institucionais Aplicáveis

Todo instituto novo, e que visa à proteção de um das partes, sempre causa um impacto às estruturas vigentes. Foi o que ocorreu com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90. Isso porque, havia uma organização ou estrutura atuante que favorecia apenas aos fornecedores, que muitas vezes não obedeciam a regras ou normas, e na maioria delas, praticavam atos abusivos e lesivos sem mesmo que o consumidor tivesse condições de combatê-los ou repará-los.

A lei veio justamente para suprir essas omissões e irregularidades. Exemplos existem desses tipos de normas as quais visam tutelar a parte mais fraca, quais sejam as regras protetivas dos menores, dos trabalhadores, das mulheres e em outras hipóteses.

Freqüentemente e sem razão, as normas que atendem a proteção dos mais fracos são criticadas. É o caso dos empresários que fazem críticas acirradas em relação às normas benéficas aos empregados. Como argumento, afirmam que esta interferência excessiva do Estado nas relações de trabalho é prejudicial ao mercado.

É imprescindível a prevalência dessas normas acautelatórias, visto que mesmo previstas de forma tímida, ainda favorecem a ocorrência de lesões. Imagine o que aconteceria se estas garantias mínimas não existissem? Evidente que a resposta para a indagação não seria das melhores.

Em decorrência de tudo isso é que a intervenção estatal encontra-se sacramentada. Pois sua finalidade é a proteção dos consumidores considerados parte menos favorecida em face das relações de consumo. Com isso, legitimando o surgimento e aplicabilidade de princípios próprios às normas consumeristas. Atendendo ao mandamento constitucional já mencionado. Existe toda uma principiologia enraizada, o que veremos detalhadamente a seguir.

Antes de comentarmos os princípios específicos aplicáveis às relações de consumo, importante que façamos uma exposição do significado jurídico do vocábulo princípio.

Walter Claudius Rothemburg, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, de forma celebre, nos fornece uma orientação sobre o verdadeiro sentido literal-jurídico da expressão:

> Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [25]

José Afonso da Silva assim também define a expressão princípios:

> Recorrendo a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo o qual os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Revelam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que o consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas.[26]

Por último, cabe ressaltar-nos que os princípios gerais das relações de consumo encontram-se enumerados entre os arts. 1º ao 7º, da Lei nº 8.078/90. Vale frisar ainda, que tudo que consta na lei, não passa de uma projeção legal desses princípios. Seria uma forma de especialização da aplicabilidade daqueles, uma maneira que encontrou a lei de torná-los exercitáveis ou operacionais.

No art. 4º (Política Nacional das Relações de Consumo) da Lei 8.078/90, existe uma seqüência lógica a qual entendeu o legislador corresponderem aos princípios básicos que deveriam ser observados nas relações de consumo. Para efeitos didáticos, obedeceremos a essa ordem, até porque dá seus incisos, *status* de aplicabilidade finalística, ou seja, foram traçados como objetivos.

1.6.1 Princípio da Dignidade Humana

Em relação ao princípio da dignidade humana, com toda afirmativa, é ele o arcabouço de todos os outros princípios constitucionais. Serve de garantia fundamental a todos os outros princípios e normas. Essa dignidade mencionada no *caput* do art. 4º está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana a qual encontra-se discorrida no texto constitucional.

---

[25] ROTHEMBURG, W. C. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. 14p.
[26] SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22.ed. [S.I.]: Forense, 2002. 93-94p.

Em termos práticos e relacionados a tutela do consumidor, podemos visualizar sua aplicação imediata quando da cobrança de dívidas do mesmo (art. 42), sendo defeso ao credor implementar ou submeter o devedor a constrangimento ilegais ou ao ridículo, cabendo sanções ao primeiro na hipótese de descumprimento deste preceito. Penas de caráter pessoal e monetário.

Outra aplicação e desdobramento quanto aplicação do princípio em matéria de consumo, é a situação ou efeito da tutela jurisdicional tardia ou intempestiva. Que em virtude da demora da prestação jurisdicional vicia a relação, ferindo com isso a dignidade da pessoa humana no que tange a obtenção e direito ao um provimento célere e eficaz, ou seja, em tempo hábil a atender seus interesses. Para sanar essa circunstância, o estatuto do consumidor coloca disposição do ofendido o instituto processual da tutela antecipada. Aplicada aqui de forma especial e com algumas peculiaridades as quais o torna mais benéfica a utilização nas relações e consumo, uma vez comparado coma regras gerais da tutela antecipada dispostas no art. 273 do CPC. Numa segunda etapa de nosso estudo faremos uma abordagem mais direcionada ao tema, oportunidade em que estenderemos nossas considerações.

1.6.2 Vulnerabilidade do Consumidor

A questão da vulnerabilidade trata-se de um efeito técnico atribuído ao consumidor, o qual analisado nas relações de consumo, conseguimos vislumbrar uma certa inferioridade material e processual em face da outra parte que figura na relação, quem seja, o produtor.

Entendeu o legislador, que nas relações de consumo, os fornecedores (entendendo o termo de forma ampla) dispõem de meios técnicos que superam os consumidores. Pois o nível de informação e conhecimento do produto e ou serviço, e monetarização é muito superior.

Por sua vez, o próprio legislador constituinte reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, tanto que, no inciso V, do art. 170, da Zona Econômica da Constituição está estabelecido que a ordem econômica nacional de verá reger-se de acordo com o princípio da defesa do consumidor. Atestando, portanto, a vulnerabilidade.

Com a efetivação dessa proteção ao consumidor de forma declarada, visa-se apenas a harmonia das relações de consumo executando a equiparação ou equilíbrio necessário entre as partes. Caso contrário, não haveria condições dos consumidores verem seus direitos realizados.

1.6.3 Ação Governamental em prol dos Consumidores

A proteção que deve ser oferecida pelo Estado não se esgota na simples elaboração de um estatuto onde existam normas protetoras. Deve ir mais além, ou seja, dentro ainda da perspectiva da Política Nacional das Relações de Consumo, é missão do ente público desenvolver ou criar órgãos públicos para executarem estas normas; e, além disso, difundir, e incentivar a criação de associações civis que tenha por fundamento o auxílio na defesa do consumidor.

Por que todos sabemos que a defesa de forma coletiva reúne vantagens ou atributos que inexistem na defesa individual.

Como exemplo de criação de órgão especializado na defesa do consumidor, que merece destaque, é o Procon. Surge inicialmente em São Paulo pela Lei 1.903/78**,** como órgão consultivo. A partir de 1987 com a criação da Secretaria Estadual de Defesa do Consumidor, referido órgão transformou-se em Departamento de Proteção ao Consumidor. Por força da Lei Estadual de São Paulo nº 9.192/95 o Procon passou a ser uma fundação de direito público. Hoje se encontra difundido em todo o território com prioridade de extensão no Estado de São Paulo, onde mais de 200 (duzentos) municípios contam com os serviços prestados pelo órgão.

Outros dois órgãos que também merecem serem citados até pela sua representação nacional são: a ADECON (Associação de Defesa do Consumidor) e o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor).

Porém, o que se percebe é que não temos tradição associativa. Movimentos vêem sendo desenvolvidos com intenção de despertar nas pessoas esta mentalidade de defesa coletiva ou conjunta.

1.6.4 Presença Estatal no Mercado de Consumo

A atuação do Estado no mercado de consumo se justifica por que em determinadas situações faz-se necessário para coibir e evitar abusos perpetrados pelos fornecedores. Esses abusos materializam-se quando falamos, por exemplo, da concorrência desleal, utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas, nomes comerciais que de certa forma podem causar prejuízos aos consumidores.

A título exemplificativo, podemos citar como entidade governamental que desenvolve atividades de polícia e intervenções nas relações econômicas, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

1.6.5 Harmonização dos Interesses dos Consumidores e Fornecedores

Segundo as descrições dos autores do anteprojeto do CDC, este princípio fundamenta-se na busca da harmonia das relações de consumo, não apenas fundado no tratamento entre as partes, mas também traça parâmetros de ordem prática, ou seja, o equilíbrio ou harmonia não se restringe apenas às partes envolvidas, mas deve este efeito ser um objetivo prático alcançado a todo sistema jurídico. Por que desta harmonização das relações depende de toda uma previsão de continuação.

Citam como exemplo, a preservação das florestas, não sendo lícita ou viável a abertura de novos campos de cultura agrícola, cabendo às partes interessadas equacionarem o denominado impacto ambiental.

A instrumentalização dessa harmonia faz-se por meio do “marketing” de defesa do consumidor, convenção coletiva de consumo e práticas efetivas de “recall” (chamada por parte dos fabricantes para eventual reparação de danos).

1.6.6 Princípio da Educação e Informação

Por este princípio objetiva-se esclarecimento e divulgação das normas previstas no estatuto de proteção ao consumidor. Verdadeiro movimento tem como finalidade expor sobre direitos e deveres daqueles.

Esta tarefa, em verdade, é de todos: Estado, empresas, órgãos públicos, entidades privadas, etc.

Existem obras pioneiras nesse sentido as quais visam a educação e informação das crianças quanto a seus direitos de consumidor. Para que cresçam com essas idéias penetradas. Inclusive, em algumas entidades educacionais, há a inserção de disciplinas de conteúdo relacionado a direitos nas grades curriculares.

Mesmo exemplo segue as instituições de ensino superior as quais entendendo tratar de matéria autônoma dentro da ciência jurídica vem inserindo-a de forma obrigatória em curso de pós-graduação e nas grades curriculares de algumas faculdades.

Além desses movimentos, outros também e surgem, assumindo grande importância. Estamos falando da divulgação nos meios eletrônicos de campanhas de divulgação, orientando toda população. Sejam por meio de artigos ou entrevistas.

Vale ressaltar que uma pessoa bem informada e instruída é um consumidor consciente dos seus direitos.

1.6.7 Princípio da Responsabilidade Objetiva

Este princípio, em linhas sintéticas, prevê a responsabilização objetiva do dano pelo fornecedor, nas hipóteses de prestação de serviço ou fornecimento de produtos que apresentam vícios.

Vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor adotou a Teoria do Risco, e em conseqüência a regra é a responsabilidade objetiva pelo dano causado, independentemente do fornecedor ter agido com culpa ou sem culpa.

Porém, esta regra geral sofre limitações. Uma delas é a impressa no art. 14, § 4º, o qual determina que a responsabilidade pessoal do profissional liberal em danos decorrentes da relação de consumo depende da demonstração de culpa do mesmo.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, destacam o tema:

> A responsabilidade do profissional liberal é fixada a título de culpa consistindo em exceção a regra do CDC, que é a da responsabilidade objetiva. Sendo norma de exceção, deve ser interpretada restritivamente. Assim, em se tratando em obrigação de resultado, a responsabilidade do profissional liberal será objetiva.[27]

Com relação à segunda parte da citação, seria a hipótese em que um médico cirurgião plástico é contratado para realizar um ato de embelezamento, onde promete ao cliente alcançar o resultado prático, porém, em virtude de um erro, causa deformações ao paciente. Neste exemplo a responsabilidade seria objetiva e não subjetiva.

1.6.8 Princípio da Boa-Fé

Sem maiores abstrações procurou o legislador, com a enumeração do princípio da boa-fé, dar orientação e segurança às relações de consumo. Na prática a boa-fé objetiva, é circunstância que deve estar presente em todas as relações. Manifesta-se por meio de um comportamento fiel, leal na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir respeito uns aos outros.

Este princípio preza pelo bom desenvolvimento da relação de consumo, sem que para isso, sejam necessários atos abusivos, sem obstrução. Colaborando para ausência de lesão às partes. Presume-se que entre os indivíduos contratantes, exista uma cooperação para alcançarem o fim colimado contratualmente.

Verificamos nos apontamentos de Josimar Santos Rosa, que este princípio mantém estreita relação com outro, qual seja o princípio da transparência. Segundo o autor, pelo exercício da transparência torna-se evidente o princípio da boa-fé, menciona ainda, que

---

[27] NERY, N. J.; NERY, R. M. **Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: 2001. 181p.

“dentro desta realidade não se pode negar que o negócio jurídico praticado resulta da necessária harmonia entre a transparência e a boa-fé, que se completam mutuamente”.[28]

Merecem também destaque, as considerações de Cláudia Lima Marques a respeito do referido princípio em discussão:

> É o compromisso expresso ou implícito de fidelidade e cooperação nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do próprio, das expectativas que desperta confiança. Possui uma dupla função: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo dos direitos subjetivos.[29]

1.6.9 Princípio da Proibição das Cláusulas Abusivas

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, faz menção expressa de que são nulos de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, que de certa forma causam onerosidade excessiva ao consumidor.

Portanto, esse princípio apresenta-se como escopo ou fim precípuo, evitar desequilíbrios nas relações de consumo, ou seja, seria uma segurança que dispõe a parte mais fraca na relação, de que não suportará de forma isolada e inerte uma excessiva carga de onerosidade, causando-lhe prejuízos evidentes.

A existência de cláusulas abusivas no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, efeito este inerente e imprescindível neste tipo de contrato.

Normalmente a presença das cláusulas abusivas é detectada nos contratos denominados de adesão. Até porque nessa espécie contratual, o consumidor assume uma situação a qual lhe é imposta pela parte contrária. Que tem como condição a já formada aceitação sem margens para discussões. O contrato originariamente possui esse poder de vinculação irrestrita da parte. Sem oportunidade para aberturas ou modificações.

Percebemos, no entanto, que as cláusulas abusivas não se restringem apenas aos contratos de adesão, mas a todo e qualquer contrato de consumo, seja escrito ou verbal.

---

[28] ROSA, J. S. **Relações de Consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores .** São Paulo: Atlas, 1995. 46p.
[29] MARQUES, C. L. ***in*** **Revista Jurídica**, nº 268, 48p.

Porque o desequilíbrio provocado pelo fornecedor pode surgir em decorrência de qualquer situação.

Com relação a nulidades dessas cláusulas, existe um sistema próprio dentro do Código de Defesa. Com isso, as regras referentes às nulidades previstas no Processo Civil (absolutas e relativas), não são inteiramente utilizadas.

Utilizando enorme conhecimento a respeito do assunto, Nelson Nery Júnior assim expõe:

> Abandonam-se, no sistema do CDC, a dicotomia existente entre as nulidades do direito civil, pois o código reconheceu as nulidades de pleno direito (absolutas) quando enumera as cláusulas abusivas, porque ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor, base normativa de todo código, conforme disposto no art. 1º do CDC.[30]

Considerações também devem ser feitas no que concerne a forma de argüição dessas nulidades, que na maioria das vezes podem ser propostos por meio de uma ação direta, através de contestação, reconvenção ou até decretadas de ofício pelo juiz. Por último, vale ressaltarmos que devido ao motivo de serem normas de ordem pública, a nulidades de pleno decorrentes das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, não são atingidas pela preclusão. Isto enseja que sua argüição pode ser feita a qualquer tempo ou fase do processo. Defendendo alguns doutrinadores, que o fato da ausência de normas que disciplinem expressamente o tempo da ação faz-nos presumir se este tipo de ação específica nas relações consumeristas, imprescritível.

1.6.10 Princípio da Confiança

Ao elencarmos o princípio da confiança em último lugar, isso não o coloca em plano de inferioridade em relação aos outros. Isso decorre de uma seqüência lógica jurídica.

Todos os princípios devem ser conjugados dentro de um processo de unidade, havendo uma interdependência entre eles. O princípio da confiança consubstancia na existência de uma expectativa de adimplemento da obrigação por ambas as partes. Na

---

[30] NERY, N. J. **Código Brasileiro do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. 503-504p.

conclusão de um negócio jurídico, o mínimo que se espera é o cumprimento das obrigações assumidas, sem que haja a necessidade da intervenção de terceiros para solução do conflito.

Se não estiver presente essa intenção original, encontrar-se-á viciada a relação, posto que, o cumprimento da obrigação nos termos acordados é condição para existência e validade do negócio jurídico.

1.7 Responsabilidade Civil dos Fornecedores

Sem dúvida nenhuma, este tópico assume considerável importância em nossos estudos, porque nele visualizaremos os efetivos danos e ou defeitos que podem apresentar os produtos ou serviços, e ao mesmo tempo as contramedidas disponibilizadas pelo código, com o objetivo de sanarem-se esses vícios.

Fato que não podemos deixar de considerar, é que o homem vive numa sociedade de consumo. Uma das características dessa sociedade é a produção em massa, resultado direto da industrialização e também da moderna revolução tecnológica. Como conseqüência desta produção em massa, surgem as relações de consumo em massa, das quais decorre também o aparecimento de deficiências na prestação dos serviços e ou fornecimentos dos produtos. Trata-se de uma conseqüência lógica, quase que impossível sua interrupção e inferência natural.

É desse contexto que decorre de forma direta ou indireta a autorização para responsabilizar fornecedores que ocasionam danos aos consumidores. Isto porque a partir do momento em que há a colocação de bens ou serviços no mercado de consumo, nasce concomitantemente e de forma permanente a noção de responsabilidade decorrente de inadimplemento da obrigação (que no caso em discussão, materializa-se pela apresentação de defeito ou vício no produto).

Portanto, o princípio é simples de se compreender, pois com a vinculação ou oferecimento de um bem ou serviço por parte do fornecedor ao consumidor e havendo aceitação por parte deste último, ocorre o que chamamos de formalização da relação jurídica de consumo. Com esta formalização, decorrem efeitos incondicionais e inerentes ao contrato como deveres e direitos atribuídos a ambas as partes. Entre um desses deveres,

e o qual nos interessa no momento, surge a obrigação de indenizar em virtude de ocorrência de danos e ou defeitos/vícios.

Por sua vez, a responsabilidade dos fornecedores apresenta algumas peculiaridades, as quais procuraremos de forma sucinta exemplificá-las.

1.7.1 Responsabilidade Objetiva

Oportuno se faz tecermos comentários sobre o sistema de responsabilização adotado pelo Código de Defesa do Consumidor que, como regra geral, elegeu a Teoria da Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco.

Isso não significa que ela é aplicada de forma exclusiva, posto que existem exceções previstas no próprio código.

A responsabilidade objetiva não se confunde com a subjetiva. Esta refere-se a forma clássica na qual se faz exigível a demonstração de culpa para penalização do réu. Já na responsabilidade objetiva, para atribuição ou deferimento de pena, é necessária tão somente a apresentação do dano e demonstração do nexo de causalidade; sendo irrelevante a afirmação da culpa por parte do agente causador do dano.

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o elemento que sobressai é a figura do ato ilícito como ente dotado de características próprias, tendo na conduta, o elemento gerador do efeito ressarcitório. Já na responsabilidade objetiva, assume importância da existência do dano e a demonstração do nexo que o relacione ao agente causador.

A respeito do assunto, Marcelo Kokke Gomes, posiciona-se:

> A Teoria Objetiva prescinde de culpa. O dever de reparação baseia-se no dano causado e em sua relação com a atividade desenvolvida pelo agente. A Teoria Objetiva confere certeza à reparação do dano, atendendo ao próprio resultado danoso da ação e não da culpabilidade desta. A obrigação de reparar o dano é decorrência da simples existência deste e da relação de causalidade com uma determinada atividade. A prova do dano cabe à vítima. O nexo de causalidade, em regra, deverá ser provado pela vítima, mas em determinadas circunstâncias o ônus de sua prova poderá ser invertido. Quando isto ocorrer, caberá ao próprio agente causador do dano a prova da inexistência da relação entre sua conduta e o dano acontecido.[31]

[31] GOMES, M. K. **Responsabilidade Civil**: dano e defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 40p.

A previsão expressa da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor encontra-se contida, respectivamente, nos arts. 12 e 14:

> Art. 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa (grifo nosso), pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto...
> Art. 14 – O Fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por...

Percebemos então, que o legislador realmente quis dar um "plus" a matéria de responsabilidade que envolve as relações de consumo. Inclusive motivado por vários outros critérios já discutidos, como constitucionais e filosóficos, por exemplo, a vulnerabilidade.

Reconhecível, que a tendência vem sendo a opção pela evolução da responsabilidade. Washington de Barros faz alusão a este movimento progressivo de substituição do modelo clássico pela objetividade:

> A tendência atual do direito observa Ripert, manifesta-se no sentido de substituir a idéia da responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela objetiva. O agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado por culpa sua como também por aquele que seja decorrência de seu simples fato; uma vez que, no exercício da sua atividade, ele acarrete prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo.[32]

1.7.2 Responsabilidade do Comerciante

O comerciante, aqui considerado a pessoa intermediária entre o consumidor e meios de produção, é responsável pela transação econômica do produto. Sua responsabilidade não engloba os danos causados por produtos e serviços ao consumidor.

Existe para o comerciante uma dita responsabilidade subsidiária e mesmo assim entendida como taxativa.

---

[32] MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil**: Direito das Obrigações 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2000. 401p.

O art, 13 do CDC, define taxativamente os casos que poderíamos responsabilizá-lo:

> Art. 13 – O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
> I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puder ser identificado;
> II – o produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
> III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Salta-nos aos olhos, o dever do comerciante de comercializar somente produtos de fornecedores devidamente identificados e individualizados, sob pena de ser transferida para sua pessoa a obrigação de indenizar em caso de vício do produto.

Conforme o inciso III do artigo citado, haverá também a responsabilização do comerciante, quando em se tratando de produtos perecíveis, não os conservá-los em lugar devido. Na hipótese de não conservação correta do produto, se for adquirido por terceiros, e ocasionar danos, ficará o comerciante responsável pela obrigação de indenizar.

Portanto, não incidirá a obrigação de indenizar se ficar comprovado que a mercadoria já apresentava sinais de deteriorização, estes precedentes ao dever de conservação por parte do comerciante. Onde nesse caso, a responsabilidade deixará de ser objetiva e figurará a responsabilidade subjetiva.

1.7.3 Profissional Liberal

Apesar da responsabilidade objetiva ser regra no instituto no Código de Defesa do Consumidor, ressalvou este a responsabilidade do profissional liberal, que continua sendo subjetiva. Prevê o art. 14, § 4º do CDC que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurado mediante a verificação da culpa”.

Prevalece entre os liberais as denominadas atividades-meio, ou seja, onde o profissional não fica obrigado ao resultado.

Apesar de previsão legal expressa, deve referido dispositivo ser interpretado restritivamente.

Isso porque, a disposição que excepciona a regra geral da responsabilidade objetiva ao profissional liberal, incide somente na seção II do capítulo IV do CDC, a qual trata especificamente do fato do produto, não incidindo na seção III do mesmo capítulo, que cuida da responsabilidade civil decorrente de vício do produto ou serviço. Conseqüentemente, existindo vício no produto, a responsabilidade do liberal continuará sendo objetiva.

A justificativa para não extensão da responsabilidade subjetiva também aos vícios do produto ou serviço não residem somente na não previsão legal, mas no fato de que a interpretação extensiva seria prejudicial ao consumidor. O que segundo alguns autores, torna-se inviável, ferindo com isso princípios legais.

É o que nos mostra Paulo Luiz Netto Lôbo quando afirma que:

> A exceção diz respeito apenas à responsabilidade por fato do serviço, ao dano, mas não ao vício. E não é apenas por sua localização, no texto da lei. Regra de exceção não pode ser interpretada exclusivamente e, a *fortiori*, em prejuízo do consumidor. Compreende-se que em se tratando de dano, impõem-se a verificação da culpa, porque a obrigação assumida pelo profissional é obrigação de meio e não de resultado. Em casos tais, o dono é conseqüência da má execução ou da inexecução culposa do serviço. Contudo, o vício (salvo quando também provocar dano) não é conseqüência, mas característica da própria inexecução defeituosa.[33]

1.8 Responsabilidade pelo Fato do Produto

Este é o primeiro grupo de responsabilidade atinente às relações de consumo e de forma indireta relacionada ao produto.

A expressão empregada pelo código, “responsabilidade pelo fato do produto”, refere-se exclusivamente aos defeitos referentes a segurança do bem.

Quem nos apresenta pertinente definição do real significado da expressão, é Roberto Norris:

> Por fato do produto deve entender-se como sendo a repercussão externa do defeito do produto, e seu conseqüente dano sobre a esfera do consumidor. Desta

[33] LÔBO, P. L. N. **Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço.** 1 ed. [S.I.]: Brasília Jurídica, 1996. 60p.

> forma, conclui-se que o mero defeito analisado sob o seu aspecto intrínseco, não representa fato do produto, mas sim vício observado no bem.[34]

Almejou o legislador evitar que as pessoas fossem lesadas no que se refere a sua integridade física. Alguns produtos podem apresentar-se sem qualquer vício de quantidade ou qualidade, mas por sua vez, poderão apresentar problemas na sua estrutura, que engloba a fase de fabricação ou desenvolvimento do projeto. Foi com este intuito que o legislador elevou a responsabilidade pelo fato do produto ao *status* de vias de reparação, se eventualmente provocarem danos aos consumidores.

É o próprio Código de Defesa do Consumidor em seu art.12, § 2º, que faz esta associação do termo "fato do produto" ao seu efeito de segurança, *in verbis*:

> Art. 12 – O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I – sua apresentação;
> II – uso e os riscos que razoavelmente dele se espera;
> III – a época em que foi colocado em circulação.

Essas circunstâncias mencionadas nos incisos do artigo supracitado devem ser interpretadas e conjugadas para que possamos realmente aferir as possibilidades de atribuição desses defeitos aos fornecedores. Assim, deverá ser considerada a maneira como produto fora vinculado e demonstrado ao consumidor. Deveremos ainda verificar se os riscos do uso do produto foram explicitados, se havia como o consumidor e até em situações específicas, superá-los ou até mesmo evitá-los. Na hipótese de uma resposta negativa quanto às observações acima presente estaria a responsabilidade do fornecedor.

Por último temos a questão da colocação do produto em circulação, o fato de que o juiz:

> Para determinar se um produto é defeituoso, não pode ater-se ao momento do alegado dano ou à época do julgamento, mas ao contrário, deve considerar a data da sua colocação em circulação. O critério que deverá ser levado em conta é se o produto deverá satisfazer as legítimas expectativas de segurança do grande público.[35]

---

[34] NORRIS, R. **Responsabilidade Civil do Fabricante pelo fato do produto.** Rio de Janeiro: Forense, 1996. 40p.
[35] NORRIS, R. ob. cit. 45p.

Somente na afirmação negativa de todas essas circunstancias é que deverá o magistrado confirmar a responsabilidade do fornecedor/fabricante.

1.8.1 Classificação dos defeitos por fato do produto

Conforme afirmamos acima, os produtos e serviços defeituosos relacionados ao fato do produto, são aqueles atinentes à ameaça da saúde ou segurança do consumidor.

A doutrina nacional não é unânime em atribuir um padrão de classificação quanto a esses defeitos. Entre os autores podemos citar as várias classificações como a de Arruda Alvin[36], para quem as três categorias principais seriam os defeitos de criação (projeto, fórmula); defeitos de produção (fabricação, construção, montagem, manipulação, acondicionamento) e defeitos de informação (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada).

Outros autores também formulam classificações como Sílvio Luis Ferreira da Rocha, João Calvão da Silva, que classificam os defeitos em projeção ou construção, de fabricação e de omissão ou insuficiência de informações ou instruções.

1.8.1.1 Defeitos de Concepção

Nesta categoria, o defeito está diretamente relacionado com a fase de idealização ou estruturação do bem. Seria o estágio inicial de criação, momento de “design”. Este tipo de defeito, pela sua própria característica, estender-se-á toda uma possível fabricação em série.

As formas de manifestação desses efeitos nos produtos são as mais variadas. Roberto Norris nos dá uma idéia da sua aplicabilidade:

> Esses defeitos podem apresentar-se das mais variadas formas, tais como: falta de dispositivo de segurança, matéria-prima de má qualidade ou, em alguns casos,

[36] ALVIN. A. **Código do Consumidor e Legislação Correlata.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 43p.

> inadequada para o tipo de produto a ser fabricado, forma de composição incorreta, dentre outras. [37]

Portanto, a noção que devemos ter dessa categoria é que os defeitos propriamente ditos surgem num estágio de pré-concepção do produto fabricado.

1.8.1.2 Defeitos de Fabricação

Agora, os defeitos reúnem-se na fase de realização e produção do bem. Ele não é mais pré-existente à sua concepção, incidindo na própria construção, produção e montagem do bem.

Quanto à amplitude de manifestação desses defeitos, observamos o que diz Marcelo Kokke Gomes:

> Os defeitos de produção não atingem todos os bens concebidos pelo mesmo projeto, pelo contrário, originam-se de problemas específicos no processo produtivo, como uma máquina mal programada ou um erro humano na confecção do produto ou serviço. [38]

Outra característica dos defeitos de fabricação concentra-se na questão das pessoas atingidas, que quase sempre são individualizadas e determinadas. Além disso, sua identificação é relativamente fácil, bastando utilizar o processo comparativo, ou seja, comparar o produto eventualmente defeituoso com outros demonstrativos da mesma linha ou série.

1.8.1.3 Defeitos de Informação

Nesta categoria de defeitos os danos são externos ao produto ou serviço. Os produtos na sua essência são incapazes de gerarem danos ao consumidor. Destarte, faltam esclarecimentos e devidas informações sobre os riscos de utilização do produto.

---

[37] NORRIS, R. ob. cit. 48p.
[38] GOMES, M. K. ob. cit. 183p.

O diferencial na distinção dos defeitos de informação, dos anteriormente citados, reside no fato do momento de introdução do produto no mercado, pois adquirem exigibilidade e personalidade somente com a colocação e vinculação omissa do produto no mercado consumidor.

Vale ressaltarmos que o dever de informação não se finaliza tão quão a simples e isolada introdução do produto. Seguindo orientações da boa política esta obrigação de vigilância prossegue mesmo depois da colocação dos produtos, visto que poderão ainda surgir imperfeições posteriores as quais eram impossíveis de serem aferidas no momento da sua emissão. Como exemplo poderíamos citar a perda da validade do produto em decorrência de uma imprevisão na própria embalagem do material, por hipótese de mau acondicionamento em local com temperatura imprópria.

1.8.2 Serviços Públicos

Não são somente as empresas de iniciativa privada encontram-se submetidas à égide da responsabilidade por danos no fornecimento de produtos ou prestações de serviços. Esta responsabilidade estende-se também aos órgãos e empresas que prestam serviços públicos. Independentemente de serem pertencentes à administração direta ou indireta.

O motivo dessa extensão da responsabilidade aos entes públicos são alguns dos princípios inerentes à própria administração como princípio da continuidade, da eficiência e finalidade. Todos esses procurando relacionar os serviços prestados e dar aos mesmos, qualidade e eficiência na prestação. Como exemplos freqüentes podemos citar a questão das vedações da interrupção no fornecimento de energia elétrica, corte no fornecimento de água, deficiência no serviço de comunicação, etc. Portanto, qualquer ausência ou dano ocasionado em decorrência da prestação de qualquer um dos serviços mencionados, gera a possibilidade de exigência de reparação por parte do consumidor lesado.

1.9 Responsabilidade pelo vício do produto

Ultrapassado o estudo sobre a responsabilidade pelo fato do produto, avancemos agora à análise sobre a responsabilidade decorrente do vício do produto.

Observemos o que diz Marcelo Kokke Gomes sobre o tema:

> Vício do produto ou serviço é uma imperfeição que atinge o valor econômico do bem, sem ocasionar um risco ao consumidor, ou provocar-lhe dano à saúde ou à segurança. O vício do bem produz um prejuízo econômico ao consumidor, incidindo sobre seu patrimônio.[39]

Partindo dessa orientação, podemos concluir que a responsabilidade pelo fato do produto e a decorrente dos vícios do produto ou serviço não se confundem.

O traço diferenciador entre ambas é o risco. Porque em uma o defeito existente ofende ou ameaça a integridade física do consumidor, relacionando-se diretamente com a sua saúde. Já a segunda, ao contrário, atinge o próprio bem, gerando defeitos de mera quantidade ou qualidade. Por outro lado, estes defeitos em nenhum momento ameaçam a integridade do consumidor. "Concluindo, a responsabilidade por vício se ocupa somente dos defeitos inerentes aos produtos ou serviços. Neste caso, portanto, a responsabilidade está in re ipso".[40]

O vício do produto ou do serviço guarda relação com os chamados vícios redibitórios (instituto do Direito Civil). No entanto, não poderíamos afirmar que esta relação reúna atributos de semelhança ou identidade. Visto que as diferenças são muitas.

Sílvio de Salvo Venosa, assim define os vícios redibitórios:

> A garantia decorre da própria natureza do contrato. Somente do contrato comutativo. Esta garantia refere-se a vícios ocultos na coisa, ao tempo da transmissão. Não é qualquer vício que se traduz em redibitório, senão aquele que torna a coisa imprópria para o uso colimado no contrato ou diminua-lhe o valor.[41]

---

[39] GOMES, M. K. ob. cit. 70 e 175p.
[40] DENARI, Z. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. 180p.
[41] VENOSA, S. de. S. **Direito Civil -Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** São Paulo: Atlas, 2001. 477-478p.

Como dissemos acima, não se confundem os institutos. Inicialmente implicam disciplinas jurídicas diversas, pois os vícios redibitórios aplicam-se às relações de direito civil e comercial, enquanto os dos produtos e serviços, limitam-se às relações de consumo.

Por outro aspecto, os vícios redibitórios adquirem importância somente em relação àqueles defeitos ocultos na coisa, cuja deficiência não poderia ser detectada por meio do chamado senso humano mediano. Além do mais, há a responsabilidade em virtude de um contrato comutativo. Ao passo que os vícios dos produtos e serviços, independem da classificação do contrato que levou a obtenção do bem, caracterizando-se tão puramente pela existência da relação, ao qual necessariamente deve ser de consumo. Ainda quanto às diferenciações, podemos dizer que os vícios do produto e serviços contam com mecanismos reparatórios muito mais amplos, abrangentes e satisfatórios do que aqueles previstos no instituto civilístico.

Os vícios do produto e serviços manifestam-se quanto à qualidade do bem, quanto a quantidade, mas além dessas, pode o vício não estar presente no objeto, e sim nas informações que acompanham sua colocação no mercado.

1.9.1 Vício de Qualidade

Difícil é a definição do que venha a ser vício de qualidade. Partindo da idéia do que seja um produto de qualidade, formularemos uma conceituação negativa.

Produto de qualidade é aquele que apresenta condições mínimas de utilização por parte do consumidor, produto este, sem defeitos em sua essência a ponto de ameaçar ou ofender a integridade física do adquirente.

Portanto, a contrário sensu, o vício de qualidade é o que atinge a essência do produto, alterando suas características básicas, mas não a ponto de causar danos à saúde do consumidor. Se isso ocorresse, estaríamos diante de um defeito decorrente do fato do produto.

Os vícios de qualidade podem desencadear uma desvalorização do bem, incidindo no seu atributo de conteúdo e funcionalidade.

Além disso, podem incidir no que refere-se a inadequação do bem ou serviço, interferindo na finalidade a que foi produzido e que influenciou sua aquisição pelo consumidor. O bem apresentará nesse caso inaplicabilidade, gerando a sua inutilização.

Vejamos o que expõe Paulo Luiz Netto Lôbo: "Há vício de qualidade sempre que ocorra desconformidade com as regras técnicas adotadas pela Administração Pública, para os limites mínimos de qualidade de produtos ou serviços".[42]

Com isso, concluímos que evidente será o vício de qualidade, toda vez em que o bem a ser comercializado e consumido, apresentar irregularidades, comparados com as normas técnicas que regulam a produção do respectivo produto.

1.9.2 Vício de Quantidade

A princípio, torna-se importante ressalvarmos que essa espécie de vício do produto ocorre tão somente na atividade de fornecimento de produtos. Isto porque, faz-se praticamente impossível sua aferição nas atividades de prestação de serviços, até mesmo devido a carga de subjetivismo inerente a esta categoria. A dificuldade surge, uma vez que seria incerto atribuir a diferença ou falta na qualidade de serviço oferecido e efetivamente prestado. A não ser, quando esta ausência ou falta na prestação seja evidente. Por exemplo, na hipótese de ter sido contratado a construção de uma casa, onde tivesse na frente da casa um jardim de dimensões pré-estipulados. E o prestador desse serviço, por sua vez, desrespeitado o que fora acordado constrói o jardim só que com dimensões muito inferiores ao inicial. Aí sim, estaria evidenciado o vício pela quantidade no que toca a prestação de serviços. Uma simples imperfeição na obra final, não seria motivo de incidência do vício. Mesmo neste caso, ocorre o que os autores chamam de inexecução contratual.

Seriam os vícios de quantidade, nos termos do que preleciona Marcelo Kokke Gomes, "uma variação indevida do conteúdo de um produto".[43]

O displinamento legal está expresso no art. 19 do Código de Defesa do Consumidor.

---

[42] LÔBO, P. L. N. ob. cit. 63p.
[43] GOMES, M. K. ob. cit. 178p.

Vale lembrar que esta variação deverá ser indevida e que provoque verdadeiro desfalque no conteúdo do bem. Exemplificando, seria a hipótese do rolo de papel higiênico que apresenta considerável diminuição no seu cumprimento. Características desse grupo de defeitos é a lesão econômica ao consumidor por via reflexa. Porque afinal de contas, adquire um produto, imaginando que o mesmo tenha uma quantidade "X" especificado na embalagem, mas posteriormente constata que o conteúdo era aparente. Ele paga por uma quantidade que não existe.

Isto não implica dizer, que toda variação enseja a existência de danos. Existem alguns produtos, que sofrem uma variação aceitável em seu conteúdo, seja decorrente de fatores como temperatura, pressão, etc. Por outro lado, estas variações autorizadas não decorrem de livre consenso. Elas são normalmente regulamentadas por órgãos técnicos estatais. São tidos como padrões aceitáveis. Mas vale lembrar, que isto ocorre excepcionalmente, a regra é a correlação exata entre o especificado e a quantidade existente.

1.9.3 Vício de Informação

Nessa modalidade ocorre verdadeira disparidade ou desconformidade entre os dados sobre o produto anunciado e os que efetivamente existem.

O produto ou o serviço não apresenta defeitos intrínsecos, limitam-se a mera deficiência de informação de disposição do mesmo.

Estamos dentro do denominado campo de informação, isto é, dever atribuído ao fornecedor de indicar corretamente todos os dados característicos dos produtos ou serviços.

Este dever de informação trata-se de princípio básico, a qual faz-se imprescindível para o bom desenvolvimento das relações comerciais (entendendo-se aqui, as relações de consumo).

1.10 Solidariedade nas relações de consumo

A solidariedade nada mais é do que uma convergência de interesses caracterizados juridicamente, através da constituição de deveres ou obrigações, exteriorizando-se no pólo passivo ou ativo da relação. Ponto característico dessa solidariedade é o efeito das partes, quaisquer que sejam, assumirem na totalidade a cargo de titularidade se eventualmente acionados.

É citado como exemplo clássico de solidariedade às relações onde existem pluralidades de devedores ou credores, onde qualquer um deles poderá exigir ou serem exigidos sobre prestação total, como se único devedor ou credor fosse na relação.

Como dissemos, a solidariedade pode ser ativa, passiva ou mista. A primeira focalizando os envolvidos no pólo ativo da relação (credores), a segunda no pólo passivo (devedores) e a última, referindo-se a relação onde ocorra ao mesmo tempo pluralidade de credores e devedores.

Fatos que justifica a utilização da solidariedade passiva, é que ela oferece maiores garantias ao credor contra o inadimplemento, pois o patrimônio de todos encontra-se ao mesmo tempo submetido a toda obrigação.

Dentro das relações de consumo, podemos observar uma grande interdependência e estrita ligação entre a obrigação de indenizar ou reparar um dano sofrido pelo consumidor e a responsabilidade solidária dos integrantes da cadeia produtiva.

A regra, portanto, é a obrigação de reparar o dano ocasionado ao consumidor de forma objetiva, a qual somente se justifica visto que a relação existe em virtude da formação, estruturação de uma prévia cadeia produtiva, a partir do momento de colocação do produto no mercado.

A obrigação de ressarcir o dano causado por produto ou serviço de que os integrantes da cadeia produtiva tenham participado é comum e exigível a todos e integral, sendo incabível a alegação da exclusão da responsabilidade e sua diminuição. Com isso percebemos que a responsabilidade solidária passiva dá-se pela participação na cadeia produtiva e não tão simplesmente pela ocorrência do dano.Esta responsabilidade solidária encontra-se previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor no art. 7º, § único:

“Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Gostaríamos de fazer constar que devido ao conteúdo de que trata este dispositivo, interessante que estivesse disposto em um artigo e não em um simples parágrafo. Até mesmo pela sua utilidade prática e importância que assume nas relações processuais.

Outro mecanismo que também prevê a solidariedade nas relações de consumo é o art. 25, § 1º também do CDC:

> Art. 25 (...)
> § 1º - Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos, responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.
> § 2º - Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidariamente seu fabricante, construtor ou importador e o que realizar a incorporação.

A solidariedade então nas relações de consumo é orientada pela regra a qual todos que tenham de certa forma colaborado para produção final de um produto, e com isso em algum momento ingressado na cadeia produtiva, responderão por eventuais danos que surjam, independentemente do momento ou intensidade da sua participação.

1.10.1 Direito de Regresso e a Denunciação da Lide

O direito de regresso nas relações de consumo decorre da própria solidariedade objetiva e solidária.

A regressão está consagrada no art. 13, § único do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 13 (...)
> Parágrafo Único – Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Essa possibilidade do exercício do direito de regresso exprime princípios da boa justiça, pois, não seria justo que numa cadeia de fornecedores, todos aptos a reparação, apenas um seja apenado na totalidade da obrigação. Portanto, autoriza-se quem tenha

arcado individualmente com a totalidade de uma obrigação, desde que existente a solidariedade, de repetir ou requerer perante os outros o que efetivamente realizou.

Aqui, o fornecedor ou fornecedores que tiverem operado o ressarcimento do dano ao consumidor, poderá reaver dos verdadeiros responsáveis o que tenham despendido.[44]

Surge discussão doutrinária, com relação a oportunidade para alegar-se a regressividade. Para alguns autores, entre eles Zelmo Denari, o modo para operar-se o direito de regresso é tanto nos mesmo autos de ação de ressarcimento como também em ação autônoma:

> Muito importante ter presente que, nos termos do art. 88 do CDC, o direito de regresso assegurado nesse parágrafo poderá ser exercitado nos mesmos autos da ação de responsabilidade ou em processo autônomo, ficando vedado a denunciação da lide, expediente processual que introduz complicadores no pólo passivo da relação de responsabilidade, em detrimento dos consumidores.[45]

Outros como Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti defendem que a forma indicada seria exclusivamente por meio de uma ação autônoma, visto que o art. 88 vedou a utilização da denunciação à lide.Quanto à denunciação à lide, o próprio código veda expressamente sua utilização, conforme o disposto no art. 88 do Estatuto de Defesa do Consumidor:

> Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultado a possibilidade de prosseguir nos mesmos autos, vedado a denunciação à lide (grifo nosso)

Algumas ressalvas e explanações deverão ser feitas acerca do dispositivo citado acima, mas antes disso, convém comentarmos a expressão denunciação à lide em sua acepção jurídica. Humberto Theodoro Júnior é quem comenta sobre:

> No sistema do Código, a denunciação da lide é medida obrigatória, que leva a uma sentença sobre a responsabilidade do terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu. Consiste em chamar o terceiro (denunciado) que mantém um vínculo de direito com parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.
> Os casos que tem cabimento a denunciação da lide, segundo o art. 70 do CPC, são:

---

[44] GOMES, M. K. ob. cit. 81p.
[45] DENARI, Z. ob. cit. 173p.

> I – [...]
> II – [...]
> III – o do direito regressivo de indenização.[46]

O art. 88 para que seja interpretado corretamente, necessário se faz sua conjugação com os princípios que norteiam a defesa do consumidor.

É características das relações de consumo, sede que ocorrido o dano ao consumidor, que o ressarcimento daquele ocorra de maneira célebre e ampla. Evitando que o lesado envolva-se em lides intermináveis.

O instituto da denunciação à lide é incompatível com as normas protetivas do consumidor, até mesmo devido a sua sistemática procedimental. Com a denunciação há uma suspensão do desenvolvimento do processo até a convocação do último denunciado. Se fosse autorizada a medida, haveria um impedimento natural no prosseguimento dos feitos, posto que o número de participantes na cadeia produtiva é normalmente grande, dependendo o que desencadearia uma excessiva demora no término da relação processual. Gerando prejuízos aos consumidores.

Se permitíssemos esta ampliação indeterminada da lide, tornar-se-ia inidôneo o princípio de ressarcimento completo e célere do dano causado ao consumidor.

Devemos entender por último, que a interpretação das entrelinhas do art. 88, não restringem apenas ao *caput* do art. 13, ao contrário, sua abrangência ressarcitória estendem-se a qualquer tipo de lesões sofridas pelo consumidor. Sendo o fornecedor comerciante ou não.

1.11 Excludentes da Responsabilidade

Relembramos, que a responsabilidade civil do fornecedor será sempre objetiva, exceção feita à responsabilidade civil dos profissionais liberais, bastando ao consumidor unicamente a demonstração do dano e o nexo de causalidade.

Todavia, esta responsabilidade objetiva não assume características de responsabilidade absoluta, a ponto de equiparar o fornecedor a um total assegurador do

---

[46] THEODORO, J. H. **Curso de Processo Civil**. .....

produto. Por isso, a própria legislação trata de enumerar algumas situações nas quais a responsabilidade objetiva de reparação por parte do fornecedor estaria afastada.

As excludentes vêm expressas no art. 12, § 3º da Lei 8.078/90: a não colocação do produto no mercado; a inexistência do defeito ou a culpa pelo evento ser exclusivo do consumidor ou de terceiro.

Portanto, se o fornecedor conseguir comprovar a ocorrência de uma dessas circunstâncias terá sua carga de responsabilidade excluída, ou seja, será afastada sua obrigação de indenizar o consumidor pelo dano decorrente. Sempre que não houver relação de causa e efeito, não que se falar em responsabilidade. O fundamento da exoneração da responsabilidade é justamente a inexistência do nexo causal.

1.11.1 A não introdução do produto no mercado

Esta primeira hipótese de excludente da responsabilidade consiste na demonstração por parte do fornecedor de que não colocou o produto definitivo no mercado. Não respondendo, portanto, por eventuais danos causados. Há verdadeira extinção do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do fornecedor.

Percebe-se que há uma presunção no sentido de que, se o produto está no mercado, é porque o fornecedor o colocou e, uma vez ocasionando danos a alguém, deverá o fornecedor ser responsabilizado. Entretanto, cabe a ele provar que não pôs o produto em circulação, eximindo-se com isso da obrigação de reparação.

Questão interessante que surge é sabermos o momento em que o produto fora introduzido no mercado, pois esta determinação será indispensável para vincularmos a responsabilidade ou não do fornecedor.

O código foi omisso neste tema, porém a doutrina é quem nos fornece subsídios para definição, Sílvio Luis Ferreira da Rocha:

> A chave do conceito de colocação em circulação reside na entrega material do produto a qualquer outra pessoa pelo fornecedor. É a colocação do produto no mercado que assinala o início da responsabilidade do fornecedor. Trazendo conseqüências jurídicas aos principais envolvidos.[47]

---

[47] ROCHA, S. L. F. da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto do Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 105p.

Algumas conclusões podem ser deduzidas desses entendimentos, como a questão da gratuidade ou não dos produtos colocados em circulação, não vem ao caso, vez que a norma utiliza-se da expressão “colocar o produto no mercado”, abrangendo qualquer conduta de colocação. Como exemplos podemos citar as condutas de colocação de produtos para testes ou até mesmo produtos oferecidos como amostras grátis.

Vale frisarmos que para configuração de excludente, exige-se que o fornecedor não tendo tido participação e ou consciente na exposição e vinculação do bem. Que o bem tenha sido distribuído sem sua participação ou conhecimento. Portanto, nas hipóteses de produtos furtados ou roubados, e sua conseqüente colocação em circulação no mercado, impossibilita a atribuição de responsabilidades aos fornecedores, se estes produtos vierem a causar danos. Estaria ausente o nexo de causalidade, afastando a obrigação de reparação por parte do fornecedor.

O mesmo raciocínio utilizado acima, também se aplica aos produtos falsificados que de certa forma tiveram distribuição no mercado, lesando consumidores.

1.11.2 Inexistência do Defeito

Em regra, somente atribuir-se-á responsabilização ao fornecedor na hipótese do produto se revelar defeituoso em relação a utilização normal ou razoável do mesmo.

Destarte, não existindo o defeito no produto, não haverá fundamento legal para responsabilizar o fornecedor. Caso em que, se for alegado a inexistência do defeito no produto, eximir-se-á da obrigação reparatória.

Dentro dessas perspectivas aludidas, as considerações que devemos mencionar que o ônus dessa prova liberatória da responsabilidade do fornecedor caberá tão somente a ele. Outro ponto que de vê ser ressaltado é que a esta prova deve manter simetria com o momento em que o produto foi colocado em circulação.

Se o produto se tornar defeituoso em relação a sua utilização anormal ou não razoável, não poderá o consumidor atribuir responsabilidade ao fornecedor. Seria a situação em que mesmo prescritas todas as informações acerca de uma geladeira convencional, o consumidor distraído adquire supondo tratar-se de uma “frost freezer”. Após o uso, constata que não o é, acionando o fornecedor alegando que o produto possui

defeito. Poderá o fornecedor neste caso alegar a excludente por inexistência do dano uma vez que o produto não apresenta problemas, e que o defeito alegado pelo consumidor não é procedente, visto que sua utilização por parte daquele extrapolou sua finalidade normal. E além do mais, existiu na relação de compra-venda suficiente informação.

Para deferimento dessa excludente, deverá o magistrado sobrepesar o tipo da coisa, a natureza do defeito e o tempo transcorrido entre o momento da colocação do produto no mercado e o da constatação do defeito pelo consumidor, não podendo este lapso ser muito grande, sob pena de impossibilidade de responsabilização do fornecedor. Porque com o decorrer do tempo, a tendência natural dos produtos é sofrer um desgaste. Caso contrário estaríamos criando uma modalidade de responsabilização permanente, o que provocaria uma insegurança nas bases de produção. Visto que a responsabilidade por determinado produto perduraria no tempo indefinidamente.

1.11.3 Culpa exclusiva do consumidor ou terceiro

A previsão desta execução está no art. 12, § 3º. Sua interpretação é bastante simples, pois no caso do comportamento do consumidor ser a única causa do acidente de consumo, sem que possamos falar em qualquer defeito do produto, indubitavelmente que estaria caracterizado aqui a culpa exclusiva do consumidor. O que impossibilitaria a responsabilização do fornecedor.

Assim como a culpa exclusiva por parte do consumidor autoriza a exclusão da responsabilidade do fornecedor, de forma clara e inteligível, o código fez questão de declarar que nas mesmas conseqüências, a culpa exclusiva de terceiro também exonera o fornecedor da obrigação indenizatória.

Tópico que assume destaque dentro dessa modalidade de excludentes da responsabilidade é se a culpa concorrente[48] tem capacidade de exonerar a responsabilidade do fornecedor?

A resposta que a doutrina dominante tem formulado é no sentido de que a culpa concorrente não gera exclusão da responsabilidade. Como argumento dizem que em

[48] Entendido aquela em que tanto consumidores quanto fornecedores de certa forma contribuem para o efeito danoso.

relação de consumo não podemos ser ampliativos, ainda mais quando essa interpretação extensiva cause prejuízos ao consumidor. Além do mais, princípio como o da vulnerabilidade envereda a conclusão para a impossibilidade de extensão da exclusão à culpa concorrente. E mais, o consumidor como parte hipossuficiente deve ser preservado. Por último, afirmou que a própria legislação foi preciso quando utilizou conscientemente a expressão "culpa exclusiva", presumindo-se com isso que o legislador intencionalmente não quis dizer mais do que queria. Não cabendo ao intérprete esta interpretação complementativa.

Sônia Maria Vieira de Mello, assim se posiciona sobre o assunto:

> Vale salientar que o fornecedor somente poderá fazer uso deste inciso como excludente de responsabilidade em caso de culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, caso haja culpa concorrente, ou seja, quando tanto o consumidor ou terceiro, quanto o fornecedor forem os responsáveis pelo defeito e o dano conseqüente, não há de se falar em exclusão ou isenção de responsabilidades do fornecedor, que responderá nos termos do CDC pela reparação do dano causado.[49]

1.11.4 Taxatividade

Tem assumido significativa importância a questão de considerar o rol do art. 12, § 3º como taxativo ou exemplificativo. Não consta, por exemplo, nesse rol a força maior, caso fortuito. A pergunta que se faz é a seguinte: teve o legislador intenção inequívoca de não inserir estas outras formas de exclusão da responsabilidade, procurando com isso reduzir as alternativas de exclusão? Ou trata-se de mero rol exemplificativo?

Compartilhamos o entendimento de que se trata de rol exemplificativo, porque seria uma grande incongruência não considerarmos, dentro do tema da responsabilidade civil, a possibilidade de ocorrência dessas modalidades de excludentes. Modalidades essas, que para critério doutrinário e jurisprudência é assunto pacificado. Além do mais, se não as considerássemos, estaríamos criando uma modalidade de responsabilidade absoluta. O que feriria princípios constitucionais básicos.

Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin explica:

---

[49] MELLO, S. M. V. de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização**: a descoberta da cidadania. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 50-51p.

> A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O código(CDC), entre as causas de excludentes de responsabilidade não as elenca. Também não as nega. Logo, quer me parecer, que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar.[50]

A doutrina brasileira de maneira relativa vem inclinando-se no sentido de incluir no rol das excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, o caso fortuito e a força maior. Passaremos a diante a declinar cada um deles.

1.11.5 Risco de Desenvolvimento

Risco de desenvolvimento é aquele risco que não pode ser identificado no produto à época de seu lançamento no mercado.

Esta impossibilidade na verificação do dano decorre de motivos técnicos e científicos. Importante para caracterização desse risco é que o defeito não pode ser perceptível, devendo ser absolutamente intrínseco. Quanto à impossibilidade de visualização do risco, imprescindível que se refira a uma impossibilidade absoluta e não subjetiva do fornecedor. Isto é, necessário que esteja ausente o mínimo de previsibilidade daquele que lança o produto.

Existem alguns autores que consideram o risco de desenvolvimento uma excludente. Entendemos, porém, que não deve ser essa a orientação predominante.

Vários são os argumentos encontrados na doutrina concluindo pela não viabilidade de argüição dos riscos de desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade. Entre elas temos:

a) a ausência de previsão legal expressa desta modalidade no texto legal (art. 12, § 3º); e

b) os riscos de desenvolvimento equiparam-se aos defeitos de concepção e como tais seguem a sistemática de responsabilização do código, o qual atribui responsabilidade ao fornecedor independentemente de culpa, pelos defeitos de projeto ou fórmula (defeitos de concepção).

---

[50] BENJAMIN, A. H. V. de. *et al*- **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do ante projeto. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. 67p.

É a lição de Sérgio Cavaliere Filho:

> Os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno - risco integrante da atividade do fornecedor - pelo que não exonerativo da sua responsabilidade. Portanto, o simples defeito na concepção, que aqui equiparamos ao risco de desenvolvimento, não possui o condão de excluir a responsabilidade.[51]

Quando falamos de risco de desenvolvimentos devemos associá-lo, portanto, a figura do defeito de concepção, porquanto, a sua responsabilização segue a mesma disposição deste último gerando ao fornecedor a obrigação de responder pelos defeitos do produto, isto tudo independentemente se na época da sua colocação apresentava defeitos aparentes. Eduardo Gabriel Saad reforça esta idéia expondo o seguinte pensamento:

> É o fornecedor sempre responsável pelos efeitos nefastos em seu produto, ainda que este apresente inteira conformidade com as exigências da tecnologia e da ciência da época da fabricação. Pensar-se diferente é incrementar meios de defesa do produto que lembram a teoria da culpa subjetiva, o que contraria a tendência moderna de caracterizar-se a culpa do produtor pela teoria objetiva ou do risco do negócio.[52]

Concluímos, portanto, pela impossibilidade de utilização do risco do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor.

1.11.6 Caso Fortuito e Força Maior

A inclusão ou não do Caso Fortuito e Força Maior dentre as cláusulas excludentes da responsabilidade do fornecedor, é um assunto que desenvolve calorentas discussões doutrinárias.

Achamos que a melhor solução seria realmente incluí-las, inclusão esta devidamente fundamentada em argumentos técnicos-legais. Os quais passaremos a descrevê-los adiante.

---

[51] CAVALIERE, S. F. **Programa de Responsabilidade Civil.** 3. ed. [S.I.]: Saraiva, 2000. 438p.
[52] SAAD, E. G. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078 de 11.09.90**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 222p.

É necessário, pois, analisar a questão da taxatividade das hipóteses previstas nos incisos do parágrafo 3º do art. 12 do CDC. Alguns sustentam que o Código de Defesa do Consumidor se quisesse negar a possibilidade de outros eximentes, o deveria ter feito de forma expressa, o que leva a crer que ele admite outras hipóteses.

Vejamos as considerações de Sérgio Cavaliere Filho:

> O caso fortuito e a força maior, por não terem sido inseridos no rol das excludentes de responsabilidade do fornecedor, são afastados por alguns autores. Entretanto, essa é uma maneira muito simplista de resolver o problema, como o é, também aquele de dizer que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade do fornecedor porque a regra é tradicional em nosso Direito.[53]

O Código dispôs que o fornecedor só não será responsabilizado nas hipóteses previstas nos incisos do parágrafo 3º do art. 12. Porém, segundo sua visão, a expressão "só não será responsabilizado" não permite afirmar que haja derrogação das outras causas de exclusão.

Na mesma linha de pensamento, encontramos o entendimento de Arystóbulo de Oliveira Freitas, citado por Cáudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes:

> O fato de não haver previsão legal para as eximentes do caso fortuito ou força maior não impede que sejam elas adotadas, pois a lei civil, que as inseriu no nosso ordenamento jurídico, sempre será utilizada, ainda que de forma subsidiária.[54]

O texto transcrito reflete bem a idéia defendida, porque o fato de não existir previsão expressa não obsta a sua aplicação, visto que se trata de simples impropriedade literal ou folha de redação. Não poderíamos partir do pressuposto de que a aplicação destas excludentes estaria impedida, pois caso contrário, estaríamos obrigando o fornecedor a indenizar seu inadimplemento, seja contratual ou extracontratual, mesmo presente espécies de caso fortuito ou força maior, que se não estivéssemos lidando com relação de consumo, mas pura matéria de responsabilidade civil (devendo ser entendida *lato sensu*) seria mais do que suficiente para eximi-la.

---

[53] CAVALIERE, S. F. ob. cit. 435p.

[54] BONATTO, C.; MORAES, P. V. D. P. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.119p apud FREITAS, A. O. de. **Revista Direito do Consumidor:** responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 108-109p.

Além disso, temos de frisar que, independentemente desta discussão tipicamente hermenêutica, existe a questão da subsidiariedade imposto a legislação consumerista, que em aspectos sintético, prevê a aplicação das normas pertencentes a legislação civilista àquela, de maneira subsidiária, ou seja, na hipótese de omissão legal referentemente ao estatuto de defesa do consumidor, devemos utilizar as normas existentes no Direito Civil. Portanto, concluindo, há uma evidente omissão no CDC, quando não faz menção ao Caso Fortuito ou Força Maior, o que em tese legitimaria a supressão pela lei civil (onde existe previsão).

Se não quisesse o legislador a utilização daquelas modalidades, como já dissemos, deveria ter manifestado sua vontade de maneira literal. O que não fizera.

A título de fiscalização desse tópico, gostaríamos de constar que a caracterização da força maior ou caso fortuito exige-se a presença de dois descontos essenciais. Quais sejam: a inevitabilidade e a imprevisibilidade. Efeito estes, que por sua vez, elidem o nexo de causalidade existente entre a atividade do fornecedor e o dano ocasionado ao consumidor ou equiparado.

1.12 Sanções Alternativas para reparação dos vícios de qualidade e ou quantidade dos produtos

Conforme já abordado, existe a obrigação por parte dos fornecedores de reparar eventuais defeitos (tanto de qualidade/quantidade) que surjam nos produtos oferecidos ao comércio.

Pois bem, agora visualizaremos quais seriam as medidas alternativas, de natureza supletiva, as quais dispõem os consumidores, nas hipóteses de evidente inadimplemento dos fornecedores relativamente a sua obrigação de reparação dos vícios.

O Estatuto, inicialmente, garante ao fornecedor a oportunidade de reconhecer o problema existente no produto e em seguida reparar o defeito dentro do prazo decadencial de 30 dias.

As referidas alternativas sancionatórias encontram-se cindidas em dois dispositivos, art. 18, § 1º e art. 19, incisos. No entanto, as disposições em ambos artigos são idênticas,

com a ressalva de que o segundo artigo citado acrescenta uma sanção ausente no primeiro artigo, qual seja a “complementação do peso ou medida”.

Ocorre que o art. 18, § 1º é aplicável aos denominados vícios de qualidade, enquanto o art. 19, incisos são utilizados para supressão dos vícios de quantidade. Portanto, o acréscimo de complementação do peso e medida, justifica-se, uma vez que em espécie de defeitos diz respeito estritamente diferenças de medidas, pesos, ou seja, a diferença de quantidade do produto.

> Art. 18 - [...]
> § 1º - não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha.
> I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
> II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente, atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
> III – o abatimento proporcional do preço.
> Art. 19 – [...]
> I – o abatimento proporcional do preço;
> II – <u>complementação do peso ou medida</u>; [grifo nosso]
> III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem aludidos vícios;
> IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

A <u>substituição do produto por outro da mesma espécie</u>, talvez seja uma alternativa conveniente ao consumidor, porque imaginemos a situação onde o bem defeituoso envolva partes eletrônicas, onde o reparo ou permanência do bem com o consumidor, isto poderia gerar frustrações e decepções. Pois ao final de contas, devido a carga tecnológica inserida nestes produtos, seu conserto nem sempre eliminam por completo o problema. Melhor procedimento certamente seria a substituição por produto novo.

Algumas observações devem ser realizadas. A primeira é referentemente a expressão “mesma espécie”. O legislador por descuido material não acrescentou também as palavras marca/modelo e série. Devemos então estender a interpretação da expressão legal para entendermos que a substituição não basta apenas ser de mesma espécie, mas deve inclusive ser delimitado, ou seja, ser ainda da mesma marca, modelo e série. Caso contrário, na situação prática onde o consumidor adquire uma televisão 19’’ (polegadas) de marca CCE, se esta apresentasse defeitos, poderia em tese ser trocada por outra de marca diferente; onde a valorização seja superior a que efetivamente tenha adquirido na relação de origem. Ocorreria um gritante disparate.

Outra observação que deve ser elencada é que a palavra espécie, para nosso estudo, deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, além do objeto sujeito a substituição apresentar a mesma natureza, também ainda dentro do conceito espécie, deve existir entre os produtos trocados equivalência de valores ou preços.

A segunda sanção civil prevê a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizado. Esta nada mais seria do que a devolução pelo fornecedor ao consumidor do valor efetivamente pago pelo bem. Aqui, presume-se uma insatisfação total do consumidor pelos produtos oferecidos, portanto, na impossibilidade de continuação do negócio, devido a este descrédito demonstrado por uma das partes, permite o código a dissolução do ato negocial e a devolução do dinheiro pago pelo bem.

As lembranças que devem ser mencionadas é que o valor da quantia a qual deve ser devolvida é o mesmo que o consumidor pagou quando do momento da concretização do negócio. Não deverá ser restituída nem mais nem menos, apenas a quantia exata.

Esta quantia devolvida deve sofrer correções monetárias se existir. Desnecessário foi a exigência legal expressa pelo legislador em afirmar a correção monetária, porque afinal de contas, é tema pacificado em nosso ordenamento a aplicação de correção monetária, que segundo nossos Tribunais, é reflexo de simples capitalização monetária. A ausência das correções e interpretado como enriquecimento ilícito. Porém preferiu nosso legislador evitar discussões práticas e intermináveis com relação ao tema e de maneira notória fez constar a observação legal à correção monetária no Código de Defesa.

Em contrapartida, toda restituição presume-se reciprocidade de obrigações no que concerne à troca dos produtos. Portanto, assim como o fornecedor restitui o dinheiro efetivamente pago, o consumidor, do outro lado, devolve o bem defeituoso ao primeiro.

A terceira alternativa que dispõe o consumidor é o abatimento do preço. Esta hipótese, deve o consumidor escolhê-la quando o defeito não seja substancial ao bem, ou seja, o problema não deve ser absoluto, a ponto de inutilizar o produto. Deve o defeito ser superficial, como por exemplo, um veículo automotor que contenha peças desgastadas. O que converge também para a escolha dessa opção pelo consumidor são as situações onde o produto em discussão, pelo seu efeito de especialidade, é excesso no mercado.

A característica dessa alternativa reside na idéia do desconto no preço real do bem, pelo fornecedor, em virtude de um defeito que o mesmo apresente, mas que ao mesmo tempo não insuficiente para inutilizá-lo.

A quarta e última sanção civil que dispõe o consumidor é a complementação do peso ou medida. Como dissemos anteriormente, a complementação do peso ou medida tem aplicabilidade somente quando lidamos com vícios de quantidade. São aqueles que por sua natureza, desfalcou o produto na composição. Exemplificando, o produto marca em sua embalagem a quantidade de 200g (gramas), mas em sua análise detalhada, onde o mesmo passa a ser pesado, constata-se que efetivamente contém apenas 150g. Portanto, uma diferença de 50g. A utilização da sua complementação será especialmente para proporcionarmos ao consumidor uma complementação dessa diferença apontada. Caso contrário, haveria prejuízo ao consumidor, posto que comprara e pagara pelos 200g (gramas) do referido produto, mas realmente só adquiriu 150g (gramas).

Em desfecho, vale frisar que todas essas sanções civis são optativas e alternativas, isto é, o consumidor tem a liberdade de escolher qualquer uma delas. Não existe, portanto, hierarquia ou alguma seqüência legal a seguir. Pode o consumidor, a seu bel-prazer optar por uma ou outra.

Afinal de contas, partimos da premissa de que estas são as últimas oportunidades que dispõe aquele para satisfazer seus direitos. Se houvesse imposição ou qualquer tipo de seqüência a ser observado, estaríamos frustrando o direito de ação que o mesmo possui. O que não é permitido no direito. Seria uma espécie de condicionamento do seu direito. Que em nosso entendimento é inaceitável. Se o Estado não conseguir impor o adimplemento da obrigação (do vício original) ao fornecedor, por meio destas alternativas, liberou ao agente o direito de ação e a escolha que melhor lhe satisfaça.

2 DA TUTELA ANTECIPADA – GERAL (ART.273 CPC)

2.1 Noções Introdutórias

2.1.1 Tutela Jurisdicional

Nesta etapa de nossos estudos, tópico que merece ser destacada é o que diz respeito a instrumentalidade ou melhor dizendo, a caráter instrumental do processo.

Duas são as vertentes: o denominado direito material ou substancial e o direito processual.

O substancial é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta, destinadas à solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando relações de prevalência e conferindo situação de vantagem ao seu titular. São diversas normas abstratas com efeitos e reflexos gerais, as quais disciplinam fatos e ou situações vivenciadas ou a serem vivenciadas pelos interessados diretos.

Já o direito processual é constituído por normas que regulamentam os diversos mecanismos estatais destinados à atuação das regras substanciais, naquelas situações concretas em que os destinatários não se subordinam espontaneamente ao comando delas emergentes.

Explicitando ainda mais aquilo que fora dito, o direito processual é constituído por regras ou normas destinadas a proceder a utilização ou exercício da parte substancial. Refere-se ao caminho traçado para solução das controvérsias. Isto implica em reconhecer a instrumentalização das relações processuais.

Este reconhecimento enseja na elevação direito processual a categoria de ciência autônoma, porém, independente. Pois como verificamos, a relação de dependência funcional e existencial entre o direito processual e o material (substancial) é visível.

A proibição da autotutela lesa absoluta imprescindibilidade do processo, para que possamos tornar efetivo e exercitável o ordenamento jurídico substancial.

É aqui que reside a grande importância do direito processual para o bom funcionamento do sistema de normas materiais. Pois da efetividade processual dependerá a atuação das regras substanciais

2.1.2 Acesso à Justiça

Como bem sabemos, o desrespeito as normas de conduta impostas à generalidade, geram conflitos de interesses. Instalados estes conflitos de interesses, caracterizados por uma lide (pretensão x resistência), surge a necessidade de apaziguamento ou até mesmo equilíbrio da situação. Materializa-se a partir daí, a possibilidade de acesso a justiça, posto que, como o Estado não autoriza a justiça por mãos próprias, o interessado, frente à imposição legal da inafastabilidade da jurisdição, encontra-se como exclusiva alternativa para solução do seu problema a via processual instrumental.

Esta "obrigatoriedade" ou imposição legal da instrumentalização das relações processuais encontra previsão legal no art. 5º, XXXV, da CF: "a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Esta previsão legal assume dentro da doutrina dominante posição de princípio constitucional, qual seja, o da inafastabilidade da jurisdição. Em termos de desdobramentos, podemos interpretar e estender sua compreensão como legitimidade ao Acesso a Justiça.

A indagação que surge, é como o Estado prestará ao indivíduo a tutela jurisdicional? A resposta para esta pergunta não muito simples, ao contrário, envolve diversos conceitos e teorias, de maneira sintética, poderíamos adiantar que o meio cabal e disponibilizado é o processo. Este seria o instrumento utilizado pelo Estado para realizar a atividade jurisdicional visando a aplicação da lei.

É justamente o que afirma Dinamarco, "o processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa". [55]

E, no entanto, o que viria a ser acesso à ordem jurídica e justa? No que consiste? Para esta segunda indagação, de acordo com Cappelletti e Gorth é uma pergunta de difícil definição, mas alguns limites deverão ser observados:

---

[55] DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 436p.

> Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual ou socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejadas por nossas sociedades modernas, "pressupõe" o acesso efetivo.[56]

A consciência que devemos ter é que o efetivo acesso à justiça não se resume apenas em proporcionar ao indivíduo forma para postular em juízo, ao contrário, torna-se extremamente necessário e útil à prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, eliminado com isso entraves que impeçam a realização ou desenvolvimento jurisdicional das situações concretamente interpostas.

KazuoWatanabe faz uma abordagem do tema, assim discorrendo:

> ... o direito de acesso à justiça é (...) direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito.[57]

Portanto, não devemos conviver com a simples idéia de que o fato isolado de disponibilizar ao indivíduo o acesso ao judiciário é o suficiente, pelo contrário, isto não é o bastante, é necessário assegurar ao cidadão o efetivo acesso à justiça, com plena efetividade processual, é para isso, eliminando a morosidade, diminuindo o fator tempestividade.

O que na maioria das vezes garante solução jurídica definitiva de maneira tardia. Gerando danos às partes.

2.1.3 Efetividade do Processo

A princípio, cabe-nos esclarecermos o que vem a significar a expressão "efetividade". O vocábulo deriva do verbo *efficere*, correspondente a produzir e realizar. Dentro da relação com o processo, poderíamos sustentar que a expressão traduz atenção com os efeitos que a lei processual poderá gerar aos interessados.

---

[56] CAPPELLETTI, M.; GORTH, B. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. 8p.
[57] WATANABE, K. **Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 22 São Paulo: 1985. 134p.

Durante muito tempo, o Estado se preocupou com a certeza jurídica, somente obtida por meio da ordinariedade do procedimento utilizado no processo. Como conseqüência disto, refere-se a um procedimento longo, onde o que prevalece é a busca da segurança jurídica, caracterizando o que a doutrina denomina de morosidade.

Porém, surgem situações em que faz necessária a prestação jurisdicional tempestiva e célere, a fim de que o direito pleiteado seja tutelado de maneira ampla e efetiva. É nesse contexto que surgem as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, que passaram a funcionar como mecanismos alternativos para superação desses entraves e dificuldades processuais impostos pelo sistema vigente.

Foi justamente a insensibilidade contida na neutralidade do procedimento ordinário que acarretou ausência de tutela adequada aos direitos materiais. A doutrina, por sua vez, não se calou frente às novas aspirações passando a discutir essa nova fase do direito processual, no qual não importava tão exclusivamente a garantia do direito de ação, mas que conjugadamente, fosse disponibilizados aos interessados mecanismos de superação dos óbices ao efetivo processo. Onde o tempo não fosse o vilão da pretensão jurisdicional. Além do mais, o provimento tardio passou a ser encarado como insuficiente e lesivo.

Juristas de expressão assim se posicionavam, como Barbosa Moreira, para quem, "o problema é, sem dúvida, de maior importância, pois justiça retardada é, no fundo, justiça denegada".[58]

Na busca de alternativas para uma tutela jurisdicional adequada aos direitos materiais, é a iminente necessidade de redução do tempo do processo, que se começou a idealizar e desenvolverem-se as tutelas diferenciadas, entre elas a "tutela antecipada".

O preeminente autor Julio Ricardo de Paulo Amaral nos fornece conceituação precisa do que vem a ser tutela jurisdicional diferenciada:

> É aquela em que ocorre a reunião de mais de um procedimento, com a finalidade de adequar a tutela jurisdicional ao pedido formulado pelo autor, realizando de forma mais célere a entrega da prestação jurisdicional reclamada.[59]

O que distingue as tutelas diferenciadas daquela tutela ordinária é justamente a finalidade de sua aplicação, porque, respectivamente, em uma objetiva-se a efetividade

---

[58] MOREIRA, J. C. B. **A efetividade do processo de conhecimento**, Revista de processo, ano19, n.74 São Paulo: 1994. 128p.
[59] AMARAL, J. R. P. de. **Tutela Antecipatória**, São Paulo: Saraiva, 2001. 10p.

conjugada com a celeridade e na outra, dá-se maior importância a segurança jurídica extensão das discussões judiciais.

É o que leciona Alvim quando cita: “Mas a imposição social de uma justiça rápida e eficaz, impulsionada por uma tendência universal, faz com o eixo do processo se desloque do binômio segurança-certeza para o da rapidez-probabilidade”.[60]

2.1.4 Efetividade Processual x Segurança Jurídica

Enveredando pela linha de raciocínio a qual privilegiamos a efetividade e a rapidez do processo, em detrimento da segurança-certeza, poderíamos vislumbrar uma colisão entre princípios fundamentalmente garantidos, como a efetividade do processo e a segurança jurídica.

Algumas considerações fazem-se necessárias, a primeira é que tanto o direito a efetividade do processo como o direito a segurança jurídica encontram-se ambos previstos e reconhecidos pela Constituição Federal, razão pela qual desencadeia como conseqüência imediata a noção de ausência de hierarquia entre ambos no plano normativo, o que leva-nos a concluir que tanto um como o outro são auto-executáveis e possíveis de serem observados ao caso concreto.

A segunda revela-se na hipótese de conflitos aparentes entre as disposições, para tomarmos como escolha um ou outro deveremos sobrepesar as situações do caso concreto e então utilizarmos a proporcionalidade entre as figuras normativas.

Portanto, casos existirão em que o julgador terá de optar entre prestar a tutela jurisdicional urgente, com fulcro na possibilidade do direito invocado, inclusive sacrificando um direito menos provável em benefício de um mais provável, com a finalidade de realizar a efetividade ao processo ou denegar o pedido de tutela urgente, preservando-se os princípios relativos ao processo e afirmando com isso a segurança jurídica.

A solução, portanto, em regra, é que o legislador ou o juiz, ao praticarem atos destinados a harmonizar os princípios ou direitos conflitantes, deve, dentro do possível,

---

[60] ALVIM, E. C. **Tutela Antecipada na Reforma Processual** :antecipação de tutela na ação de reparação de dano, 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999. 21-22p.

adotar posicionamento tendente à conciliação. Deverá atender ao princípio da necessidade e ao princípio da proporcionalidade.

2.1.5 Efeitos da demora do processo

Diversas são as maneiras ou possibilidades nos quais o autor poderia ser prejudicado em decorrência da demora na prestação jurisdicional eficiente. Uma delas e talvez a mais evidente seria aquela em que o autor obtém a sentença condenatória, mas não tem o seu direito realizado em razão da dissipação dos bens do devedor. Ou seja, houve uma decisão favorável, porém, devido a longo tempo transcorrido entre a demonstração do direito e sua efetiva garantia pelo Poder Judiciário; neste lapso temporal o devedor dissipou todos os seus bens que funcionariam como garantia patrimonial da demanda, o que em tese estaria frustrado todo o procedimento.

Para evitar isto, existem tutelas tidas como sumárias que funcionam como garantia para efetivação do principal (cautelares). Dependendo do caso, onde se exige uma real satisfatividade, a aplicação não seria uma ação cautelar (característica acautelatória), mas uma tutela diferenciada satisfativa como a tutela antecipada.

Independentemente de o autor obter através da sentença (execução) aquilo que fora perseguido, a demora na sua obtenção é por si só fonte de dano.

Existe uma relação benefício-prejuízo, característica esta inerente às relações processuais. Pois se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial, durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. Seria então o processo um constante instrumento o qual prejudica o autor e beneficia o réu. Vejamos o que nos informa Marinoni acerca do assunto:

> Há, no procedimento comum, um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Para que o autor não seja prejudicado, em demasia, pela demora do processo, deve atuar, no interior do procedimento de cognição pleno e exauriente, uma técnica que permita a antecipação da tutela executiva. Ora, se é irrevogável a existência do conflito entre o direito à tempestividade da tutela e o direito à cognição definitiva, é sabido que o réu tem interesse em utilizar o processo para conservar o “status quo”pelo maior espaço de tempo possível, deve ser admissível a antecipação da tutela executiva nos casos de direitos evidentes e de

> defesas infundadas. Não há outra alternativa para o processo não prejudicar, além da conta, o autor que tem razão.[61]

2.2.Institutos Essenciais do Processo Civil

2.2.1 Função Jurisdicional do Estado

Basicamente são 3 (três) as funções desempenhadas e ou atribuídas ao Estado (considerando um ente personificado): a função legislativa, função executiva (administrativa) e função jurisdicional. Isto tudo, entendido como o exercício originário, uno e indivisível dos poderes estatais.

Cada função daquelas supra citadas é executável por meio de um Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com atuação harmônica e independente. Todos devidamente estruturados.

A função legislativa incumbe, grosso modo, a criação ou formulação da ordem jurídica, mediante a elaboração de leis direcionadas ao disciplinamento do convívio social. Por intermédio da função Executiva, o Estado desenvolve o denominado poder de administração e manutenção do bem comum. E por último, não menos importante que os dois anteriormente citados visualizamos a função jurisdicional. Esta tem a legitimidade de aplicação, execução e fiscalização do ordenamento jurídico vigente ao território. Representa verdadeira autorização da lei.

A partir do momento que o Estado proibiu a tutela privada dos direitos, transferiu para si toda a carga de responsabilidade na prestação jurisdicional. Porque através da jurisdição que o direito é dito ou exercido.

Passou então o Estado, com exclusividade, a declarar a existência ou inexistência de direitos.

---

[61] MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 24p.

2.2.2 Jurisdição

2.2.2.1 Conceituação

A definição precisa e universalmente de jurisdição ainda não fora detida pelos doutrinadores. Assim como em qualquer outra ciência inexata, o Direito com relação as conceituações também não apresenta unanimidades de opiniões.

É exatamente o que acontece com a tentativa de conceituação da expressão "jurisdição". Vários foram os doutrinadores que tentaram definí-la, havendo, no entanto, algumas divergências entre eles.

Dentre as teorias que mais se destacaram, encontramos as de CARNELUTTI e de CHIOVENDA. Ambos tidos como dois expoentes e ou referências sobre o tema.

Nas palavras de Julio Ricardo de Paula Amaral, este autor de maneira simples e interpretada, nos trás uma noção da concepção destes dois grandes juristas italianos:

> Segundo a doutrina de CARNELUTTI, a jurisdição constitui função que tem por escopo a justa composição da lide. Essa teoria pressupõe a existência de lide, definida como conflito de interesses caracterizado pela pretensão de uma parte resistida pela outra. Em síntese, a atividade jurisdicional exercida pelo Estado tem por objeto a composição do conflito de interesses posto à sua apreciação.
>
> Já a teoria construída por CHIOVENDA traz como traço marcante da função jurisdicional a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada, sendo que esta substituição ocorre tanto no processo de cognição como no processo de execução.[62]

A conclusão que tiramos desta abordagem exposta acima é que tanto a teoria formulada por CARNELUTTI quanto a teoria enquadrada por CHIOVENDA, são antagônicas entre si no que refere-se a forma como vislumbram o ordenamento jurídico.

A primeira mantém relação com a teoria unitária do direito, segundo a qual as normas de direito material não têm força de criarem direitos, mas funcionam tão somente como explicativas de direitos. Visto que apenas se afirmam após sua declaração por meio de uma sentença.

---

[62] AMARAL, J. R. P. de. ob. cit. 24-25p.

Enquanto a segunda, esta mantém liame ou ligação com a teoria dualista, que afirma que a sentença não tem a força de criar direitos substanciais, ao contrário, atua apenas na declaração de direitos preexistentes. O juiz meramente aplica a lei ao caso concreto.

Ambas as concepções teóricas apresentam críticas, entre as que merecem destaque são as do jurista gaúcho Ovídio Baptista da Silva, onde aponta:

> A crítica mais séria que se poderá fazer a doutrina de Chiovenda refere-se ao pressuposto doutrinário. A objeção a ser feita à célere doutrina chiovendiana sobre jurisdição, está em que o grande processualista italiano... concebia como funções separadas, e até antagônicas a função de legislar e a função de aplicar a lei.
>
> Já o vício da doutrina Carneluttiana reside, à semelhança daquela anteriormente exposta, em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou a sua finalidade. A composição dos conflitos de interesses pode dar-se de inúmeras formas, por outros agentes do Estado que não sejam juízes.[63]

Diversos outros autores apresentam-nos definições jurídicas acerca da expressão jurisdição, entre eles prestigiaremos a da professora Ada Pelegrini Grinover, que assim expõe:

> Podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito.[64]

Concluindo, assim entendemos que a jurisdição seria a função do Estado que, representado por seus funcionários, os quais efetivamente possuem o poder de jurisdicionalizar (ditar o direito), em substituição a atuação dos particulares, aplicando as normas ao caso concreto, objetivando a uma ordem mais justa e equilibrada.

---

[63] SILVA, O. A. B. da. **Curso de Processo Civil.** V. I, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 29p.
[64] CINTRA, A. C. A. de., GRINOVER, A. P.de., DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 129p.

2.2.3 Jurisdição Voluntária e Jurisdição Contenciosa

Quando falamos de jurisdição, devemos ter a idéia que ela poderá ser exteriorizada de duas maneiras, quais sejam, contenciosa e voluntária.

A primeira é a jurisdição comum que conhecemos, caracterizada por uma lide onde exista uma pretensão resistida. Existem partes delimitadas, as quais demonstram interesses opostos exteriorizados numa relação jurídica instalada (autor e réu). Toda relação encontra-se instrumentalizada num processo. O objetivo de toda situação é a obtenção de um provimento final declaratório ou condenatório, que possa ser executável.

A idéia de conflitos de interesses traz em si a de contendo, contestação, litígios. E de ordinário, a jurisdição se exerce em face e pretensões contestadas, de litígios. Daí a denominação de jurisdição contenciosa, que é a verdadeira e legítima jurisdição, a que tem por objeto a composição de conflitos de interesses.[65]

Por outro lado, a jurisdição voluntária, como veremos, não reúne estes atributos descritos acima, os quais representam os efeitos da litigiosidade presentes em uma relação jurídica. Ao revés, de forma quase unânime, os autores comungam da opinião de que a jurisdição voluntária tem por fim a administração de interesses privados, via judiciária, pelo Estado.

Ada Pelegrini Grinover desenvolve o seguinte magistério sobre o presente assunto:

> A independência dos magistrados, a sua idoneidade, a responsabilidade que têm perante a sociedade levam o legislador a lhe confiar importantes funções em matéria dessa chamada administração pública de interesses privados. É a finalidade de formação de situações jurídicas novas que os diferencia. A tais atos praticados pelo juiz, a doutrina tradicionalmente dá o nome de jurisdição voluntária ou graciosa.[66]

Entende a doutrina majoritária que a jurisdição voluntária não seria jurisdicional pelo fato de não apresentar objeto à apreciação de interesses conflitantes e também pelo fato de inexistirem partes ou caráter substitutivo para solução do impasse, ao contrário, há mera apresentação dos fatos ao judiciário, que terá o condão apenas de homologar a vontade das partes.

---

[65] SANTOS, M. A. dos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, V. I, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 76p.
[66] CINTRA, A. C. A. de.; GRINOVER, A. P.de.; DINAMARCO, C. R. ob. cit. 153p.

Quanto a ausência de partes, o que na verdade existe são simples interessados, que almejam um comando tipicamente constitutivo. Além disso, a questão da voluntariedade recebe críticas, visto que o fato posto em discussão dependerá sempre da provocação das partes.

2.2.4 Tutela Jurídica e Tutela Jurisdicional

Cabe-nos neste tópico, estabelecermos uma distinção entre o que venha a ser Tutela Jurídica e Tutela Jurisdicional.

O Estado, como ente personalizado, soberano e detentor do poder de organização, possui em seu bojo deveres como o da manutenção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Além desses, outros surgem como cultuar um Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, dignidade da pessoa humana, respeito ao ordenamento jurídico, etc. Todos estes insculpidos nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988.

Portanto, toda esta proteção atribuída ao Estado, aditada também ao controle de todas as atividades administrativas, poderíamos deduzí-las como sendo a tutela jurídica.

A tutela jurídica então, englobaria todas essas tribulações primárias e inerentes ao Estado.

Micheli apud Amaral, por outro lado, demonstra-nos a tutela jurisdicional:

> A regra seria o cumprimento voluntário das disposições contidas no ordenamento jurídico; porém, nos casos em que não ocorra essa observância, incumbe ao Estado assegurar a atuação do direito objetivo, ressalvando que é imprescindível a solicitação pelo interessado. Eis, aí, a tutela jurisdicional.[67]

De maneira simplista, poderíamos afirmar que a tutela jurisdição seria aquela tutela aplicada pelos órgãos jurisdicionalizantes, representados pelos juízes. Para tanto, atuando ao caso concreto, onde o magistrado faz a aplicação das normas e leis, objetivando a pacificação social.

---

[67] AMARAL, J. R. P. de. ob. cit. 32p.

Concluindo, a tutela jurídica e a tutela jurisdicional não se confundem, posto que a primeira é gênero, enquanto a segunda é espécie.

2.2.5 Ação

2.2.5.1 Teorias sobre a natureza jurídica da ação

Várias foram as teorias que surgiram para tentar explicar a real natureza do direito de ação. Entretanto, para não delongar nossos estudos, procuramos separar apenas quatro, sendo elas: teoria civilista da ação, teoria da ação como direito concreto, teoria da ação como direito abstrato e teoria eclética.

2.2.5.2 Teoria Civilista

A teoria civilista da ação também é conhecida como imamentista ou teoria clássica. Teve sua origem a partir do vocábulo *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, indicium persequendi*, expresso por CELSO, e significa "A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido".

Para esta teoria, não há distinção entre o direito material e o direito processual, pois este último não era considerado uma ciência autônoma. Pelo contrário, para que pudesse ser exercitado ou tivesse legitimidade, condição anterior era que existisse comprovadamente o direito material. Caso contrário, o direito de ação encontrar-se-ia impossibilitado, inviabilizado.

Moacyr Amaral dos Santos ressalta-nos:

> Para a doutrina a ação era o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou violação. O que caracteriza essa teoria não obstante as variantes imprimidas por seus adeptos, é que a ação se prende indissoluvelmente ao direito que ela se tutela. Toda esta doutrina consolidou-se em Savigny.[68]

---

[68] SANTOS, M. A. dos. Ob. cit. 150p.

Esta teoria apresenta vícios, uma vez que não explica situações como a sentença que julga improcedente o pedido formulado, e ainda nas hipóteses de procedência do pedido em ações declaratórias negativas, caso em que o autor não objetivava um provimento favorável, pelo contrário, objetivava ver reconhecida a inexistência de qualquer obrigação.

Prevaleceu esta teoria durante muito tempo, apenas sucumbindo após o incidente ou polêmico entre Windscheid e Müther.

Incidente este o qual serviu como marco para abertura de exceções àquela conceituação rígida de que o direito processual era dependente e estático em relação ao direito material.

2.2.5.3 Teoria da Ação como direito concreto

Foi publicado por Büllow. Nesta obra, pela primeira vez, o jurista conseguiu identificar a existência de duas relações distintas no processo: uma relação jurídica de direito processual e outra de direito material.

Mas foi somente em 1885, com a publicação da obra pertinente a Wach, o qual em sua monografia sobre a Ação Declaratória, onde era defendido o posicionamento o qual pregava a existência de autonomia entre o direito de ação e o direito material, preexistindo e ou coexistindo também um direito independente de tutela.

Em sua obra, demonstrou que o direito de ação não se encontrava adstrito e dependente a um direito material, ao contrário, afirmou que o direito a uma pretensão judicial por si só poderia existir.

Concluindo suas exposições, o mestre Wach, após reafirmar a autonomia do direito de ação fez consideração acerca do mesmo, dizendo para que existisse o direito de ação, o autor deveria ao final obter um provimento jurisdicional positivo. Por isso se diz direito concreto à tutela.

Apesar da importância dessa teoria, ela padece de críticas, visto que, mesmo a hipótese em que o provimento galgado seja negativo, nem por isso o indivíduo deixou de

exercitar seu direito de ação. E mais, a prova de que realmente o tenha exercitado, é a presença de um provimento.

2.2.5.4 Teoria da Ação como Direito Abstrato

Para esta corrente, a existência do direito de ação era algo incondicionado, ou seja, para existir não havia necessidade do interessado ser titular de um direito material. Aqui, tanto aquele que tem seu pedido julgado procedente ou improcedente exercera seu direito de ação. É o verdadeiro direito público subjetivo incondicionado.

2.2.5.5 Teoria Eclética

Esta teoria fora formulada por Liebman, partindo das concepções da teoria da cão como direito abstrato.

Segundo esta corrente, o autor tem direito a um provimento jurisdicional, onde haja ou não apreciação do mérito, no entanto, este direito de ação, diferentemente das outras teorias faria exigível a observância de alguns requisitos. Requisitos estes que Liebman quis chamar de condições da ação.

Percebe-se que a teoria criada por Liebman é uma espécie de intermediária entre as outras, porque procurou aproveitar a independência do direito de ação pregada pela teoria do direito de ação concreto e a teoria do direito de ação abstrato e inserir algumas condicionantes.

Diga-se de passagem, que as condições por ele elencadas são 3 (três): possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse processual.

Por possibilidade jurídica do pedido devemos entender a existência de uma providência jurídica correspondente à pretensão do autor, presente em nosso ordenamento ou de alguma maneira recepcionado (ex: tratados).

Já a legitimação *ad causam*, refere-se a titularidade que dispõe o autor ou réu para figurarem nos respectivos pólos ativo ou passivo da ação determinada. Representa sua legitimação em esfera judicial.

Por último, o interesse de agir consiste na inexigibilidade de procedimento diverso para solução do impasse jurídico, ou seja, se o meio judicial é a única esfera hábil a resolver a situação (lide) instalada. Caso contrário, se existir outra competente, a título de exemplo a esfera administrativa; necessário se faz que esgotamos esta antes de pleitearmos aquela.

2.3 Classificação da Ação

A doutrina costuma utilizar a classificação clássica das ações, quais sejam: ação de conhecimento, de execução e cautelar.

2.3.1 Ação de Conhecimento

Este tipo de ação caracteriza-se por um traço bastante marcante, qual seja, tem por finalidade a obtenção de um provimento jurisdicional acerca de uma situação submetida a apreciação, além disso com este pronunciamento ocorrerá eliminação da incerteza jurídica, visto que a cognição impetrada será exauriente horizontal.

As ações de conhecimento são divididas em: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Apesar desta divisão clássica, a doutrina mais moderna vem incluindo mais outras duas: Mandamental e Executiva *lato sensu*.

Como o próprio nome sugere, as declaratórias têm função-finalidade a declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação processual. Também, utilizada ou aplicada para declarar a autenticidade ou falsidade de documentos.

Sobre as ações declaratórias Araken de Assis revela-nos a seguinte lição:

> Mediante a força declaratória, objetiva o demandante extirpar incerteza. Deseja tornar indiscutível, no presente e no futuro, graças à autoridade da coisa julgada,

> a existência ou inexistência da relação jurídica, a autenticidade ou a falsidade de documento, consoante dispôs, fortemente inspirado no direito germânico, o art. 4º do CPC. Quem só pleitea declaração ao juiz, e obtém êxito, dar-se-á por satisfeito, e cabalmente, desde o curso em julgado da sentença.[69]

A ação constitutiva também apresenta esta carga declaratória, porém, ela não se limita ou encerra-se nesta qualidade, ao contrário, complementando esta qualidade, outro efeito irradia-se, o qual resume-se na autoridade de criar, modificar ou extinguir uma dada relação jurídica.

Ainda aproveitando as lições do autor citado acima, assim nos ensina em relação às constitutivas:

> A ação constitutiva implica mudança (criação, modificação ou extinção) na relação jurídica.
>
> Tal ação provém da eficácia inovadora existente em certos direitos subjetivos. Nas hipóteses listadas, o efeito principal da sentença de procedência é um estado jurídico novo. No que interessa, ou seja, relativamente à satisfação do demandante, claro está que o estado novo se incorpora, de logo, ao mundo jurídico e de nenhuma complementação prática, ulterior a eficácia constitutiva.[70]

Na ação condenatória ocorre também aquele efeito de declaração de uma situação, mas esta declaração possui o condão de atribuir uma imposição sancionatória ao réu, como espécie de punição pela violação de determinado preceito inerente àquela relação inicial.

A mandamental tem como escopo a obtenção de um provimento jurisdicional, verdadeira ordem emitida pelo Estado. Trata-se de um preceito estatal onde há a imposição de uma obrigação de fazer ou não fazer. Não há condenação, mas simples ordem de cumprimento. Exemplo fidedigno desta classe de ações é o Mandado de Segurança (*mandamus*).

Por último temos as executivas *lato sensu*, estas por sua vez são caracterizadas pela enorme carga de executividade que dispõe. Visto que elas se contentam tão somente com a sentença, isto é, não exige-se a instauração de um processo de execução autônomo, uma vez que a sentença já prevê esta auto executoriedade; sem necessidade de provocação pela parte beneficiada. Contrariando assim as demais ações de conhecimento, as quais sem exceções necessitam de provocação para movimento do processo executório. Exemplos os

---

[69] ASSIS, A. de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 49p.
[70] ASSIS, A. de. ob. cit. 50-51p.

quais poderíamos citar são as denominadas ações possessórias (reivindicatórias, reintegração de posse, etc).

2.3.2 Ação de Execução

Trata-se da complementação da carga condenatória, constitutiva ou declaratória, desde que descumprido a obrigação judicialmente imposta.

A ação executiva tem a força de impor o devido cumprimento da respectiva situação decidida. Verdadeira execução do adimplido. O real significado da expressão seria o mesmo que levar a efeito o ato, realiza-lo, tornar efetivas as prescrições do que fora estabelecido, cumprir.

Para complementar nossa exposição, utilizamos ainda as citações do iminente jurista Araken de Assis:

> A força executiva retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante. Ela é imediata (eficácia) quando a inversão na esfera jurídica do réu mira valor identificado, que lá se encontra de maneira já reconhecida como ilegítima no pronunciamento judicial, e portanto, dispensa novo processo, e diferido (efeito), quando a penetração executiva atinge a esfera patrimonial e jurídica legítima do executado.[71]

2.3.3 Ação Cautelar

Finalmente, sobre a ação cautelar, podemos afirmar que seu caráter acautelatório é o traço preponderante.

Esta cautelaridade não apresenta vestígios de satisfatividade como alguns às vezes erroneamente imaginam.

As ações cautelares visam assegurar a pretensão que se encontra em situação de perigo, em face da morosidade do processo de conhecimento, portanto, a fim de evitar lesões ou ameaças de lesões (*periculum in mora*) e desde que presente a probabilidade da

---

[71] ASSIS, A. de. ob. cit. 59p.

efetivação do direito (*fumus boni juris*) as cautelares são utilizados como garantia do objeto das ações principais.

Dentro das classificações vigentes são espécies das tutelas jurisdicionais diferenciados como já demonstramos em oportunidade anterior.

2.4 Conceito de Ação

Após o exame de todas as teorias que tentam explicar a real natureza da ação e ainda depois de termos analisados as diferentes classificações, faz-nos oportuno empregarmos uma definição terminológica. Para isso, desfrutaremos da célebre cátedra do mestre e brilhante jurista Moacyr Amaral Santos:

> Dado a ocorrência do conflito, vedado autodefesa a não ser em casos especialíssimos e previstos em lei, e dado que o Estado reservou para si, como um dos seus poderes, a função jurisdicional, surge para o prejudicado o direito de fazer valer aquela pretensão por via do próprio Estado, ou seja, o direito de exigir-lhe a prestação jurisdicional, fazendo atuar a vontade da lei. Há, pois, um direito de exigir do Estado, do seu órgão jurisdicional, a declaração, quando necessária, da vontade da lei e fazê-la realizada, direito que assiste a todos os indivíduos sempre que assim o reclamarem os seus interesses. Esse direito subjetivo, de caráter público, pois diz respeito ao exercício de uma função pública e tem por sujeito passivo o próprio Estado, é o direito de Ação. É um direito que se confina na provocação do exercício da função jurisdicional.[72]

É um direito subjetivo público, já que o Estado tem o interesse de resolver os conflitos instaurados na sociedade. É autônomo, em vista da sua característica de não encontrar-se vinculado ao direito material. Existe por si só. É considerado também constitucional, visto que é um direito fundamentalmente garantido pela constituição.

---

[72] SANTOS, M. A. dos. Ob. cit. 160p.

2.5 Processo

2.5.1 Teorias sobre a natureza jurídica

Como todo estudo que se objetiva concluir, anteriormente faz-se exigível uma prévia abordagem a respeito de sua natureza jurídica.

Assim como ocorreu com o direito de ação, referentemente ao Processo, existem algumas teorias as quais tentam explicar sua natureza jurídica, entre elas, as que consideram o processo como: contrato, quase contrato, relação jurídica e instituição.

2.5.2 Processo como contrato

Esta teoria inicial que considerava o processo como um contrato, é tida as primeiras idealizações sobre o tema, portanto, sem muito valor teórico, a não ser sua importância histórica. Considera toda relação judicial como se fosse um juízo arbitral. Vejamos as palavras de Julio Ricardo de Paula Amaral:

> A teoria que concebia o processo como um contrato vigorou durante os séculos XVIII e XIX, especialmente, na doutrina francesa, a qual adotava a concepção romana de processo. Baseava-se num texto de Ulpiano e teve como maior defensor Pothier. Segundo essa concepção, as partes submetiam-se de forma voluntária ao processo, similarmente ao que ocorria na 'litis contestatio'.[73]

2.5.3 Processo como quase-contrato

Essa teoria teve como precursor Guényvou. Vigorou durante o século XIX. O autor dessa teoria utilizava-se de um conceito de exclusão, porque aplicava o raciocínio de que se o processo não era um contrato, nem um delito, só lhe restava a posição quase-contrato.

Mesmo essa segunda teoria, também partia do pressuposto do *litis contestatio*.

---

[73] AMARAL, J. R. P. de. ob. cit. 61p.

2.5.4 Processo como relação jurídica

Esta teoria teve êxito, a partir dos estudos e identificações empreendidas por Büllow, segundo o qual identificou a existência de duas relações distintas dentro do processo: uma relação jurídica de direito material e outra relação jurídica de direito processual.

De acordo com esta teoria, as duas relações não se confundem ou misturam, pois, o processo seria uma relação existente entre as partes que o compõe, gerando direitos e deveres processuais, os quais receberam o nome de pressupostos processuais; além disso tem a força de vincular as partes e o Estado-juiz.

Moacyr Amaral Santos assim desenvolve em sua obra:

> A esse complexo de direitos e deveres das partes e do juiz, que se objetivam em atos, que se sucedem até a sentença, formando o processo, e que se vinculam pelo fim a que se destinam, Büllow deu o nome de relação jurídica processual. Assim, o processo será uma relação jurídica, ou, ao menos, nele se contém uma relação jurídica.[74]

Majoritariamente a doutrina tem aceito a natureza jurídica do processo como fruto de uma relação jurídica. O que provoca algumas divergências ainda, no mundo acadêmico, é a maneira como efetivamente desenvolve-se ou estrutura-se esta relação entre as partes e o Estado-juiz. Dessa forma, três são as formas de concepção desta relação jurídica processual: linear, angular e triangular.

A linear, parte da idéia de que a relação processual ocorre tão somente entre autor ↔ réu. Foi preconizado por Köhler. Hoje não é aceita.

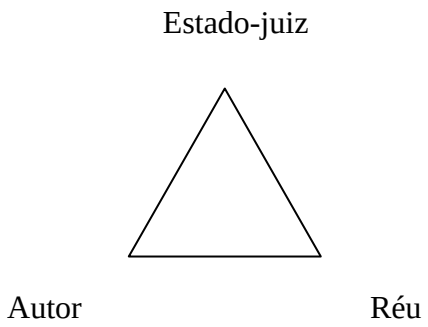
Já a concepção angular, desenvolvida por Hellwig, difere da anterior, por que insere dentro da relação a figura do juiz. Prego a relação estritamente bilateral entre autor e juiz (autor ↔ juiz) e entre réu e juiz (réu ↔ juiz).não havendo, portanto, relação direta entre o autor e o réu, posto que o juiz funcionaria sempre como intermediário das partes.

Por fim, existe a concepção triangular, esta desenvolvida por Wach. Para esta existe reciprocidade tanto em relação as partes como entre elas e o Estado-juiz. Portanto,

---

[74] AMARAL, J. R. P. de. ob. cit. 278p.

surgindo a hipótese de três vínculos dentro da própria relação jurídica. (Réu ↔ autor, Autor ↔ juiz e réu ↔ juiz).



Na doutrina brasileira predomina a concepção triangular, até mesmo devido a critérios legais impostos pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 265, III, quando menciona:

> Art. 265 (...)
> III – (a) as partes têm o dever de lealdade recíproca;
> b) a parte vencida tem a obrigação de reembolsar as custas despendidas;
> c) podem as partes convencionar entre si a suspensão do processo.

2.5.5 Processo como Situação Jurídica

Esta teoria tentaria claramente contrapor-se àquela descrita acima, defendendo aqui, a idéia de que o processo não mantinha uma relação jurídica, mas que existia sim uma situação jurídica. Foi elaborado por GOLDSCHIMDT.

Partia do pressuposto de que o processo era algo excepcional, ou seja, apenas fundamentado ou justificado numa situação de expectativa quanto à prolação de um provimento favorável. Era algo mutável conforme a situação concreta apresentada.

2.5.6 Processo como instituição

Foi desenvolvida por Jaime Gausp. Para esta teoria, o processo, como tantas outras, era concebido ou vislumbrado como sendo uma instituição. Verdadeiro instituto o qual se caracterizava por suas normas específicas aplicáveis, sua expressividade e amplitude em todo o ordenamento. No entanto, não prosperou.

2.6 Conceito de Processo

O professor Moacyr Amaral Santos é quem nos empresta suas célebres e renomadas palavras de modo a fornecer-nos uma definição precisa com referência ao discutido:

> Então se disse que por processo se entendia a operação por meio do qual se obtinha a composição da lide. Compor a lide significa resolvê-la conforme a vontade da lei reguladora da espécie. Compor a lide é função da jurisdição.
> Processo, assim, é o meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, para solução das lides e, em conseqüência, das pretensões. Processo é o instrumento da jurisdição.[75]

Conclui-se, portanto, que o processo é instrumento por meio do qual o Estado, substituindo a vontade dos particulares, aplica a lei ao caso concreto.

2.7 Procedimento x Processo

Os conceitos de processo e procedimento não se confundem.O primeiro seria a forma ou alternativa como se exterioriza, ou melhor, dizendo, o meio pelo qual se materializa a pretensão buscada em juízo.

Já o procedimento, por sua vez, caracteriza-se pelo caminho previamente traçado, no qual todo o processo (material) transcorrerá. Até a obtenção de um decisório favorável ou desfavorável. O procedimento, na maioria das vezes é composto por fases, e assim

---

[75] AMARAL, J. R. P. de. ob. cit. 273-274p.

sendo, são realizadas através do cumprimento ou movimentação de atos que darão vida ao instrumento processual (o processo).

Humberto Theodoro Junior informa com precisão esta relação entre os dois conceitos:

> Processo e Procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto. E o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, ou a relação processual, revelando-lhe o 'modus faciendi' com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional.[76]

2.8 Tutela Antecipada (art. 273, CPC).

2.8.1 Origem do instituto

O instituto da Antecipação da Tutela foi inserido formalmente em nosso ordenamento pela reforma do Código de Processo Civil, com o advento da Lei 8.952/94, a qual provocou profunda alteração no art. 273 do citado diploma legal.

Dentre os vários países do mundo, não se trata de inovação jurídica, posto que, no direito europeu, por exemplo, o presente instituto já existe há mais de 40 anos. Entre os países podemos citar a Itália (1942) – *Códice de Procedure Civile*; Alemanha (ZPO), etc.

Historicamente, no curso normal do processo só se concebia a execução posterior à sentença definitiva. O que gerava sempre uma morosidade insuportável por parte do autor que tivesse plenas razões.

Na tentativa de superar e contornar esta posição tradicional do trâmite jurisdicional, e ultrapassar também a intolerável lentidão da justiça, inicialmente começaram a desfrutarem da sumariedade e provisoriedade das cautelares, posteriormente, passando a exercitar a antecipação do mérito através da tutela antecipada.

O pioneirismo na descoberta, desenvolvimento e exercício deste instituto devem-se sem sombra de dúvidas aos italianos.

---

[76] THEODORO, H. J. **Curso de Direito Processual Civil.** V. I. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 40p.

Inclusive, o próprio direito Romano já dispunha em sua época de instrumentos hábeis a fornecer antecipação de mérito nas pretensões apresentadas à apreciação dos órgãos competentes.

O primeiro deles são os interditos (interdita), seriam ordens que expedidas pelo pretor, não na pessoa de um juiz, mas como autoridade investida de poder administrativo. É a idéia que João Batista Lopes nos fornece:

> O termo interdito provém do latim inter = entre; dicere = dizer, indicando a manifestação da autoridade entre as partes em conflito. As características dos interditos geralmente apontadas pelos romanistas podem assim ser resumidas:
> a) eram condicionais, porque em caso de desobediência, obrigavam ao exame detido dos fatos;
> b) tinham caráter administrativo;
> c) sumariedade;
> d) a ordem do pretor tinha caráter provisório;
> e) ostentava caráter proibitório.[77]

Existiam também a *missio in possessionem* (imissão na posse de bens do devedor) a *cautio damni infecti* (evitar dano irreparável mediante prestação de caução), *restitutio in integrum* (desfazia a lesão e revertia-se ao estado anterior), *addictio* (sujeitava ainda o devedor à prisão provisória), *nexus* (ato que legalizava a venda do devedor ao credor, etc).

Anteriormente a edição da Lei 8.952/94, que regulamentou a tutela antecipada em nosso ordenamento, já era possível em determinados casos específicos, a antecipação da providência que se buscava, como por exemplo, nos casos de pedido liminar de reintegração de posse, na própria lei de locação (8.245/91), no caso da venda antecipada de bens penhorados, se sujeitos a deterioração e etc.

Portanto, a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil mais fez do que regular, de modo generalizado e sistemático, o uso do instituto da antecipação da tutela, onde até o momento era aplicada tão somente em hipóteses excepcionais.

Sem dúvida nenhuma, o antecedente mais próximo de incidência dos efeitos da antecipação da tutela seja o art. 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor. Mais a frente estudaremos este tema, devido as suas notáveis peculiaridades.

---

[77] LOPES, J. B. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2001. 34p.

2.8.2 Conceito

Poderíamos, de maneira simplista, definir tutela antecipada como sendo o deferimento provisório dos efeitos do pedido inicial, com reflexos totais ou parciais, inclusive, autorizando a execução ao caso, quando se mostrar necessário.

O art. 273, I e II do CPC traz:

> O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou
> II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices), um provimento liminar, que provisoriamente assegure-lhe os efeitos do bem jurídico o qual é preterido como interesse principal na demanda.

Com isto, o juiz antes mesmo de complementar a instrução e findá-la com o julgamento, antecipa uma decisão do mérito, revestida com a provisoriedade, dará atendimento ao pedido, no todo ou em parte.

José Roberto dos Santos Bedaque formula os seguintes entendimentos sobre a tutela antecipada:

> O legislador processual, com a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil, nada mais fez, portanto, do que possibilitar, de forma genérica, a concessão de decisões antecipatórias dos efeitos do provimento pleiteado, até mesmo em caráter liminar, toda vez que tal medida seja necessária para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional ou se mostre aconselhável ante o manifesto propósito protelatório do réu.[78]

---

[78] BEDAQUE, J. R. S. dos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, [s.n.]. 291-292.

O autor conclui: “A antecipação dos efeitos da sentença, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, nada mais é do que medida de urgência construída segundo técnica cautelar, destinada a conferir eficácia ao provimento final.”[79]

Nas palavras de Julio Ricardo de Paula Amaral expomos:

> Tem-se, portanto, que a tutela antecipatória é aquela fundada em cognição sumária, que tem por final da de realizar, provisoriamente, o direito material invocado, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.[80]

Portanto, a decisão proferida em fase de tutela antecipada é considerada uma decisão interlocutória, onde há concessão pelo juiz do autor de adiantamento de efeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo.

Além disso, a atividade jurisdicional não se reveste dos efeitos da coisa julgada o que leva-nos a concluir que a cognição exercida pelo juiz é sumária.

2.8.3 Características da tutela antecipada

A tutela Antecipada apresenta-nos algumas características próprias, as quais, digam-se de passagem, não são exclusivas do novel instituto. Entre elas temos: urgência, sumariedade material e formal, revogabilidade e modificabilidade, provisoriedade e satisfatividade.

2.8.3.1 Urgência

Assim como as cautelares, o requisito do *periculum in mora* (perigo na demora) também faz parte da matéria exigida pela tutela antecipada.

A tutela antecipatória consiste em uma das espécies de tutela de urgência.

---

[79] BEDAQUE, J. R. S. dos. op. cit. 292p.
[80] AMARAL, J.R. P. de. ob. cit. 77p.

O próprio art. 273, I do CPC, como já citado, revela esta característica quando diz “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

O que caracteriza esta urgência, então, é a necessidade da presença evidente da situação de perigo de dano (irreparável ou difícil reparação).

Não obstante, em alguns casos, a própria lei abandona a exigência da situação preexistente de dano para hipótese de concessão da tutela antecipada, qual seja o art. 273, II do CPC (abuso de direito ou propósito protelatório do réu).

2.8.3.2 Sumariedade Formal – Material

A sumariedade aqui encontra ligação direta com a tutela de urgência, pois, nestas situações é exigida do Estado uma posição mais célere, onde as decisões sejam tomadas de maneira consciente e revestidas com a superficialidade característica da sumariedade.

Dentre a sumariedade existem duas: a material e a formal. A primeira versa sobre a cognição. A cognição sumária apresenta como ponto essencial, o fato da matéria a ser apreciada envolver mera superficialidade, posto que, busca-se apenas um juízo de probabilidade. Até mesmo porque, na maioria das vezes, almeja-se uma decisão emergencial, o que não seria compatível com a cognição plena e exauriente. Este reservado para o tipo de procedimento onde se busca desde o início a certeza.

Já a sumariedade formal é aquela ligada ao procedimento adotado para as tutelas antecipatórias. Levando-se em consideração a própria característica das tutelas de urgência que se resume na concessão de um procedimento hábil em curto espaço de tempo com finalidade de evitar danos iminentes, neste caso, exige-se também um procedimento abreviado. É por isso que no caso das tutelas antecipadas, o procedimento adotado foi o sumário e não o ordinário. Visto que, somente o primeiro revela este efeito de sinteticidade e objetividade superficial.

2.8.3.3 Revogabilidade e Modificabilidade

Estas duas características da tutela antecipada encontram previsão legal expressa no art. 273, § 4º do CPC, afirmando que "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

Esta característica indica nada mais, do que a possibilidade que dispõe o juiz de revogar ou modificar uma situação ainda vigendo.

Apesar de parecerem expressões jurídicas similares, apresentam diferenciações técnicas.

A revogação pressupõe a extinção e interrupção de todos os efeitos decorrentes da tutela antecipada. Uma vez decretada a revogação, o juiz colocará término à concessão do benefício, onde ver-se-ão as partes em retorno ao estado anterior dos fatos (*status ante quo*). Com isso, a relação volta a ser discutida inicialmente.

Na hipótese de modificação, ao contrário da primeira, a relação e os efeitos da concessão da tutela antecipada se mantém exercitáveis e válidas, só que, devido a modificação, haverá ligeira alteração na situação fática o que desencadeará alguma transformação no que anteriormente existia, porém, sem interromper na concessão e usufruto dos benefícios já concedidos e adquiridos frente a liminar de antecipação da tutela. Exemplo seria o fato do magistrado conceder a tutela antecipada frente a matéria incontroversa, porém, referentemente a sua totalidade. Posteriormente, constata-se que o mérito ou a antecipação a este mérito não era na totalidade, mas apenas em parte daquilo anteriormente concedido. Com isso, o juiz poderá modificar a situação fática, adequando-a ao de direito cabível.

A locução a "qualquer tempo", inserida no texto de lei, reflete a facultatividade que dispõe o juiz de rever a situação em discussão (modificando-a ou revogando-a) enquanto ele possuir poder de jurisdição, ou seja, o limite de tempo para fazer atuar sua vontade motivada é enquanto durar sua jurisdição.

Outro requisito também exigido para que ocorra a revogação ou modificação é que a decisão seja motivada e que para tanto exista ainda um motivo ensejador da medida.

Por último, surge divergência e até mesmo discussão na doutrina acerca dos poderes que dispôs o juiz para revogar ou modificar a medida de tutela antecipada. Poderá agir ou não *ex-officio*?

A resposta à indagação é negativa. Simples é seu fundamento, pois, da mesma maneira que para concessão da antecipação da tutela exige-se manifestação direta da parte, também a sua revogação e ou modificação exigirá provocação da parte interessada. Não podendo, portanto, o juiz agir de ofício. Esta é a posição mais assente na doutrina, inclusive comungando deste entendimento J. J. Calmon de Passos: "Assim como a antecipação é requerida, sendo inviável a decretação de ofício, também sua revogação ou modificação reclama provocação, sendo inviável a atuação do magistrado de ofício".[81]

2.8.3.4 Provisoriedade

A exemplo da revogabilidade/modificabilidade, a provisoriedade encontra previsão legal no art. 273, § 5º: "Concedida ou não a antecipação da tutela**,** prosseguirá o processo até final julgamento". (grifo nosso)

Este traço de provisoriedade da tutela antecipada opõe-se ao de definitividade dos provimentos finais, os quais são recobertos pelos efeitos da coisa julgada. Além disso, a provisoriedade serve para reafirmar a fragilidade do provimento concedido nas tutelas antecipadas que dispõem da latente possibilidade de revogação ou modificação, conforme real alteração na situação fática.

Trata-se de decisão provisória, porque de acordo com o momento processual – fático, poderá ser alterada a decisão previamente concedida. Não tem, pois, o condão de regular a relação controvertida com contornos de definitividade. Sobre a provisoriedade comenta Athos Gusmão Carneiro:

> A provisoriedade do provimento está evidente da norma legal, quer porque revogável ou modificável a qualquer tempo durante o "iter" processual, quer porque, proferida a sentença de mérito irá esta, se procedente a demanda, implicar "subsunção" dos efeitos antecipados; se improcedente a demanda, tais efeitos serão cassados e o *status quo ante* restabelecido, com a decorrente responsabilidade objetiva do autor (porque postulara a providência antecipatória)

---

[81] PASSOS, J. J. C. de. **Da antecipação da tutela, in Reforma do Código de Processo Civil**. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. 211p.

> pelos prejuízos que a efetivação de tal providência tenha causado ao demandado ao final vitorioso.[82]

2.8.3.5 Satisfatividade

A respeito da satisfatividade, muito polêmica existe acerca do tema.Cabe-nos ressaltarmos que existem duas modalidades de satisfatividade: do plano fático e a do plano jurídico.

A satisfação decorrente do plano fático é aquela a qual obtém-se um provimento positivo, garantidor de algo, porém, intimamente relacionado ao valor social, ou seja, a satisfação do direito coincidente com a realização no plano social.

Já a satisfação decorrente do plano jurídico, efetivamente é a que interessa, pois esta, somente alcança a satisfação de um direito, quando exista sobre o assunto um provimento final-definitivo.

A satisfação do mundo jurídico materializa-se por meio de um processo o qual apresente uma sentença, afirmando um direito existente.

Aqueles que entendem pela satisfatividade da tutela antecipada buscam-na através do plano fático, porque, o que levam em consideração simplesmente os efeitos positivos obtidos com a concessão da medida antecipatória. Não analisando a fundo a técnica processual empregada e desenvolvida.

Se analisássemos a técnica processual empregada, optaríamos em não considerar a medida antecipatória como satisfativa, posto que trata de medida concedida em caráter provisório (art. 273, § 5º) fundada em cognição sumária e possível de revogação ou modificação (art. 273, § 4º); o que afastaria assim a satisfatividade presente e exigida apenas nos provimentos decisivos finais.

Apesar de todas as observações doutrinárias, tem-se entendido que a satisfatividade é traço distintivo e marcante nas tutelas antecipadas, mesmo que seja aquela satisfatividade fática presente em algumas tutelas de urgência.

---

[82] CARNEIRO, A.G. **Da antecipação de Tutela no Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 17p.

2.8.4 Natureza Jurídica

Este tema a respeito da natureza jurídica da tutela antecipada vem desencadeando calorosos debates na doutrina brasileira. É matéria que apresenta um panorama de contrastes.

Porém, predomina o entendimento dentre os estudiosos de que não se trata de tutela cautelar, apesar de poderem ser apontadas semelhanças entre essas duas espécies de tutela.Podemos citar os pronunciamentos de Antônio Cláudio da Costa Machado:

> Quase com unanimidade, os autores que abordam o tema sob enfoque na perspectiva do art. 273, inciso I, do CPC (...), têm afirmado que a natureza da tutela antecipatória nada tem de cautelar, mas sim de adiantamento do provimento de mérito, de pura antecipação satisfativa do resultado final do processo. Dentre os argumentos a freqüentemente expostos para fundamentar a tese, o principal é o de que a finalidade da antecipação não é resguardar a eficácia de outro provimento, nem assegurar a exigibilidade da sentença a ser proferida ao final, ou a razoabilidade de uma pretensão de direito material, e muito menos, preservar a utilidade prática de outro processo.[83]

Ponto marcante que toca a diferenciação de ambos os institutos mencionados acima, é sem dúvida, a questão da satisfatividade e cautelaridade. A primeira inerente à tutela antecipada e a segunda às cautelares.

Realmente a tutela antecipada não possui natureza cautelar porque entre outros argumentos, não se trata de medida destinada a impedir o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro, assim como se sucede nas medidas cautelares.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery a distinção entre a tutela antecipatória e tutela cautelar encontra-se assim traduzida:

> A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar; porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos.[84]

---

[83] MACHADO, A. C. C. da. **Tutela Antecipada.** 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 273p.
[84] NERY, N. J.; NERY, R. M. A. de. **Código de Processo Civil Comentado e legislação Processual Civil Extravagante**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. 730p.

Portanto, assim afirmamos, ou melhor, dizendo, excluímos a possibilidade de enquadrar a natureza jurídica da tutela antecipada como sendo cautelar.

Sendo assim, a pergunta que surge é qual seria a verdadeira natureza jurídica da tutela antecipada?

De forma ampla e elástica poderíamos afirmar que a tutela antecipada possui uma natureza jurídica satisfativa. Mas esta resposta não estaria completa. Portanto, para complementar essa lição de suma importância no estudo do presente tema, apresentamos as conclusões dos mesmos autores supracitados:

> Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *'lato sensu'*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.[85]

Concluindo, a natureza jurídica da tutela antecipada não é cautelar, ao contrário, apresentando características de serem efetivamente satisfatórias, de cunho provisório, no entanto, com feição mandamental.

2.8.5 Partes Legitimadas

Assim como qualquer medida judicial a ser pleiteada, existem os legitimados, ou seja, as pessoas especificadas as quais poderão utilizar-se do referido instituto.

Na tutela antecipada isto não é diferente, pois, como veremos, o legitimado para requerer a tutela é o próprio autor, mas excepcionalmente o réu dependendo da posição que ocupar na relação jurídica também encontrar-se-á autorizado a buscar os benefícios ou efeitos da antecipação do mérito.

Em casos específicos, o Ministério Público, os assistentes nas modalidades de intervenção de terceiros, também autoriza estas referidas pessoas a pleitearem a medida de tutela antecipada.

---

[85] NERY, N. J.; NERY, R. M. A. de. ob. cit. 730p.

2.8.5.1 Legitimidade do Autor

Como já salientamos, a concessão ou deferimento da tutela antecipada não pode ser concedida de ofício pelo juiz. É o próprio art. 273, caput, que eleva esta exigência a qualidade de requisito legal quando emprega a expressão "requerimento da parte". Com isso, encontramos a primeira vedação legal ou limitação ao poder instrutório do juiz referentemente ao instituto.João Batista Lopes é quem relata com mérito esta exigência legal e sua finalidade:

> Por expressa disposição legal, a tutela antecipada depende de pedido do autor, não se lhe aplicando, pois, a regra que permite a concessão de ofício das medidas cautelares.
> Em rigor, o instituto consulta o interesse público, por acelerar o julgamento da causa, mas o legislador o introduziu no Código com o escopo de beneficiar o autor cujo direito se mostra provável, razão porque a este cabe manifestar sua vontade de obter a medida.[86]

Na hipótese de desrespeito a esta exigência legal e caso o juiz deferisse de ofício a medida antecipatória, seria flagrante a ofensa ao princípio do dispositivo (CPC, art. 262), ao princípio da inércia da jurisdição e ainda ao princípio da adstrição.

Portanto, originalmente, a legitimidade para requerer a tutela antecipada encontra-se reservada ao autor. Até mesmo pela própria característica de direito de ação (inicial) que concentra a tutela antecipada.

Assim, como somente o autor deduz pretensão em juízo, de sorte que só ele pode fazer pedido. O próprio art. 273, caput, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial.

2.8.5.2 Legitimidade Excepcional do Réu

Como bem dissemos, a princípio ou em regra a legitimidade para pleitear a tutela antecipada encontra-se reunida toda na pessoa do autor, devido a característica da ação que possui a medida e ao motivo de ser sempre deduzida por meio de um pedido.

---

[86] LOPES, J. B. ob. cit. 82p.

No entanto, excepcionalmente, poderá o réu requerer a tutela antecipada. Isto ocorre principalmente nas hipóteses de reconvenção, ações dúplices e ações declaratórias incidentais. Porque nestes casos, assim como o autor em uma inicial, poderão também formular pedidos, autorizando assim a referida medida. É o que nos apontam Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> O réu quando age contra-atacando, transforma-se em autor e pode, de conseqüência, pedir antecipação dos efeitos da tutela de mérito deduzida na ação por ele proposta. Isto ocorre, por exemplo, quando o réu ajuíza reconvenção, ação declaratória incidental e quando, na contestação das ações dúplices, formula o pedido.[87]

2.8.6 Legitimidades Especiais

Dentro desse tópico legitimidade especial, utilizamo-o para incluir e fazer menção a possibilidade de dedução da medida antecipatória por outras pessoas jurídicas como o Ministério Público, os terceiros interessados (opoentes, assistentes, denunciantes) e discutir questão referente a autorização do requerimento da medida antecipatória de forma oral. Vejamos cada um deles.

Com referência ao Ministério Público, atuando este como parte (art. 81) ou como fiscal da lei (art. 82) poderá plenamente requerer os efeitos da tutela antecipada. Pois não existe nenhuma vedação expressa quanto a esta hipótese. O que é defeso em lei é a concessão *ex officio* da tutela. Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam neste sentido:

> Pode o MP requerê-lo, quer atue como parte, quer como fiscal da lei no processo civil, pois tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes. O promotor de justiça que atua na defesa de incapaz, por exemplo, pode requerer, em favor do incapaz, a tutela antecipada. O MP, neste caso, não está fazendo pedido em sentido estrito, pois este já foi feito pela parte, atuando o MP apenas na busca dos efeitos do pedido pleiteado pela parte.[88]

Já os terceiros interessados, a eles, a legitimidade para pleitear a antecipação da tutela é estendida, em tese, a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo, como por exemplo, o denunciante e ao opoente, respectivamente na denunciação à lide e oposição.

---

[87] NERY, N. J.; NERY, R. M. A. de. ob. cit. 731p.
[88] NERY, N. J.; NERY, R. M. A. de. ob. cit. 731p.

No entanto, ao assistente litisconsorcial, quando no pólo ativo, pode requerer a tutela antecipada, independentemente da vontade do assistido. Porque neste caso não estará ele fazendo pedido em sentido estrito, mas apenas pleiteando a concessão dos efeitos da medida a qual já fora objeto de pedido pela parte assistida.

Por último, surge discussão se a tutela antecipada poderia ser requerida oralmente. Neste sentido, concluímos que é legalmente autorizada esta atitude. Pois, o art. 273 do CPC refere-se a "requerimento da parte", sem fazer distinções, razão porque ao intérprete não caberá fazê-las.

O requerimento oral deverá ser formulado na audiência preliminar do art. 331 ou durante a audiência de instrução e julgamento. Além disso, deverá ser tomado por termo, inclusive possibilitando a manifestação do réu.

2.8.7 Requisitos da Tutela Antecipada

2.8.7.1 Requerimento da Parte

Como já tratamos em tópico anterior, de maneira exaustiva, acerca da necessidade de manifestação expressa e direta da parte para concessão da tutela antecipada, não nos convém estender ilimitadamente o assunto agora.

Gostaríamos apenas de reafirmar algumas posições já defendidas, como a vedação da concessão *ex officio* pelo juiz da antecipação de tutela. Bem sabemos que a tutela antecipada, nos termos da *caput* do art. 273 do CPC, exige pedido expresso da parte autora. Porque a sua concessão de ofício traz ofensa expressa a essa regra processual, além de hostilizar a princípio da adstrição do juiz ao pedido.

Portanto, este primeiro requisito ou pressuposto da tutela antecipada nada mais prega do que a determinação e exigência legal de manifestação da parte, por meio de requerimento ao juiz, afim de deferimento ou autorização da referida medida satisfativa.

2.8.7.2 Prova Inequívoca

Devemos salientar que o fato do art. 273, caput, aludir a prova inequívoca, revela-nos um conceito vago ou indeterminado, o que possa a exigir do juiz a cada caso concreto, necessidade de utilização e aplicação do bom senso jurídico. Visto que não apresentou a legislação uma definição precisa e objetiva do que venha a ser prova inequívoca.

Assim optando por esta flutuação do conceito jurídico, proporcionou uma maior flexibilidade na avaliação dos elementos apresentados pelo autor. Onde possa a exigir daquele um árduo trabalho interpretacional.

Segundo Aurélio, equívoco "é algo ambíguo (1), que dá margem a suspeito (2), engano (3)". [89] Portanto, a rigor, tomando por base o real significado da palavra, numa conceituação negativa, inequívoco é aquilo que não dá margem à ambigüidade, ou seja, seria na sua acepção uma prova incontestável. Porém, vale observarmos que não existem provas incontestáveis, o que se nos mantivéssemos fiel ao significado da expressão com toda certeza cairíamos em erro.

Então, qual seria o conceito de prova inequívoca? Para Athos Gusmão Carneiro seria: "A nós parece que a 'inequivocidade' da prova significa sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o 'juízo de verossimilhança, capaz de autorizar a antecipação da tutela".[90] Já Marinoni expõe:

> A denominada 'prova inequívoca', capaz de convencer o juiz da 'verossimilhança da alegação', somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.[91]

Sendo assim, não devemos tornar rígido o conceito de prova inequívoca, condicionando a concessão da tutela antecipada somente quando existir uma prova "absoluta". Ao contrário, a relatividade do conceito de prova inequívoca e sua flexibilidade devem ser conjugadas com o surgimento da situação "verossímil". E nas palavras de Marinoni, devendo ser entendido este último como o suficiente para criação de um estado

---

[89] HOLANDA, A. B. F. de. **Mini Aurélio – minidicionário da língua portuguesa – século XXI.** 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. 277p.
[90] CARNEIRO, A. G. ob. cit. 22p.
[91] MARINONI L. G. **A antecipação da Tutela.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 155p.

jurídico de probabilidade do direito preterido. Portanto, de acordo com as palavras de Bedaque:

> Existirá prova inequívoca toda vez que houver prova consistente, capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito. Se se tratasse de prova inequívoca da existência do direito à tutela não seria antecipatória, mas a própria tutela satisfativa final.[92]

O fato de entendermos que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional só não pode ser concedida antes do momento em que existam elementos suficientes para o julgamento do processo significaria desnaturação do próprio instituto da antecipação da tutela, que justamente baseia-se num grau de probabilidade alto e não na certeza jurídica; esta última resguardada a decisão satisfativa final. Por isso, não seria lógico atribuirmos esta exigência de certeza a tutela antecipada, que na maioria das vezes tem como finalidade evitar o risco de danos ao direito juridicamente tutelado.

Assim, a antecipação deve ser deferida toda vez que o pedido do autor apresentar provas inequívocas e as quais apresentem relativo grau de probabilidade e não certeza.

Bedaque conclui dizendo que "a exigência de prova inequívoca da verossimilhança, aparentemente paradoxal, visa a chamar a atenção para a necessidade de forte probabilidade de que os fatos sejam verdadeiros".[93]

O que a lei exige não é uma prova de verdade absoluta, mas que ao menos, a prova seja robusta, suficiente para demonstração da existência do direito tutelado em juízo, ou seja, que as provas apresentadas em juízo sejam possíveis de convencer o juiz das alegações expostas na inicial.

2.8.7.3 Verossimilhança da alegação

Conforme o art. 273, caput, do CPC, para que o juiz conceda a tutela antecipada, é necessário que "existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação".

---

[92] BEDAQUE, J. R. S. dos. ob. cit. 336-337p.
[93] BEDAQUE, J. R. S. dos. ob. cit. 336p.

A indagação que surge, então, é qual o real significado da expressão verossimilhança? Verossimilhança deriva de verossímil, o qual por sua vez quer dizer algo semelhante a verdade, que parece verdadeiro, provável.

No entanto, este juízo de probabilidade atinente às medidas antecipatórias não mantém relação de igualdade e sinonímia com o denominado *fumus boni júris* comum às medidas cautelares.

A verossimilhança, em sua acepção jurídico-processual é um estado mais elevado do que o *fumus boni juris.* Porém, vale ressaltarmos que não é preciso chegar a uma evidência indiscutível. Segundo Athos Gusmão Carneiro:

> Vale aditar que o 'juízo de verossimilhança' supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à matéria de fato exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausabilidade na subsunção dos fatos à norma de lei invocada – '*ex facto oritur ius'*-, conducente, pois, as conseqüências jurídicas postuladas pelo autor.
> Em suma: o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as '*quaestiones facti'* como as 'quaestiones iuris' induzem a que o autor, requerente da Antecipação de Tutela, merecerá prestação jurisdicional em seu favor.[94]

Conclui-se com isso, que a verossimilhança representa indícios ou caminhos apontados de que as questões tanto de direito quanto as de fato, suscitadas em juízo pelo autor-requerente, apresentam intenso grau de probabilidade relativamente a sua existência e também no que tange ao merecimento da prestação jurisdicional positiva.

2.8.7.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O caput do art. 273 do Código de Processo Civil, como precisamente demonstramos exige como requisitos necessários para concessão da antecipação da tutela, o requerimento da parte e existência de prova inequívoca a qual convença o juiz da verossimilhança.

Pois bem, acontece que aqueles não são os únicos requisitos para obtenção do referido provimento. Os incisos I e II do mesmo art. 273 exige outros requisitos para tanto, porém, estes funcionam de forma alternativa.

---

[94] CARNEIRO, A. G. ob. cit., 26p.

O primeiro deles é que o requerente da tutela possua "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

Cabe-nos a princípio explicar o que seja dano irreparável ou de difícil reparação.

Marinoni define que "há 'irreparabilidade' quando os efeitos do dano não são reversíveis". E continua logo em seguida mencionando que:

> O dano de 'difícil reparação' se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de difícil reparação se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão.[95]

Agora, depois de distinguido o significado de referidas expressões, importante afirmarmos que o fundado receio exigido pela lei não é qualquer receio, pelo contrário, deve representar verdadeiro temor, inquietação, ou seja, que exista medo concreto do autor sofrer desfalque ou danos ao seu direito jurisdicionalmente tutelado. Nas palavras de Gusmão Carneiro:

> O fundado receio será invocável com base em dados concretos, que ultrapassem o simples temor subjetivo da parte. São insuficientes os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitável dentro do sistema processual do contraditório e ampla defesa.[96]

Este fundado receio de dano, portanto, o qual nos referimos, mantém relações de sentido com o *periculum in mora* exigido nas medidas cautelares.

Concluindo, este temor do interessado obrigatoriamente deve ser real e fundado, pois quando diz real, estamos nos referindo ao suficiente embasamento fático. Além disso, deveremos demonstrar assim, que a falta ou demora da célere prestação jurisdicional desperta a oportunidade de surgirem prejuízos concretos ao direito material preterido em ação autônoma.

---

[95] MARINONI, L. G. ob cit. 130-131p.
[96] CARNEIRO, A. G. ob. cit., 30p.

2.8.7.5 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Quanto a este requisito, cabe ao autor demonstrar que o réu, durante sua conduta processual, abusa do seu direito de defesa. Extrapolando todos os meios legais razoáveis previstos para sua defesa. Tudo isso, é claro, com intuito exclusivo de protelar o término da demanda judicial. Com isso, beneficiar-se com a manutenção do *status ante quo*, advindo pela instalação da demora no tempo do processo. Desequilibrando assim toda relação jurídica existente.

Sua previsão legal encontra-se disposta no art. 273, II do C.P.C.

O abuso de direito deve ser entendido como um exercício anormal da técnica defensiva, desleal e com propósito predominantemente lesivo a parte contrária.

Costa Machado fornece-nos um conceito preciso do que efetivamente vem a ser abuso do direito de defesa, mas, no entanto faz alguns alertas:

> Abuso do direito de defesa é o uso excessivo ou exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas ou indiretas, sem razoável fundamento ou articulação entre as defesas, o juiz deveria ser cuidadoso na sua avaliação, tendo em conta os princípios da concentração e da eventualidade consagradas no art. 300 do CPC.[97]

Esta questão do abuso do direito de defesa e propósito protelatório do réu mantém estreita relação com o tema referente a efetividade do processo. Segundo Marinoni deve existir uma racional distribuição do tempo do processo, e, além disso, afirma o autor que a defesa deve pautar-se dentro dos limites da razoabilidade para ser aceita:

> O sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão.
> A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.[98]

---

[97] MACHADO, A. C. C. da. ob. cit. 423p.
[98] MARINONI, L. G. ob cit. 137p.

Devemos ter em mente que o abuso do direito de defesa ofende de maneira precípua, exclusivamente, o autor que sempre tem razão na demanda. Por isso, o legislador procurou arranjar artifício para que referida situação não continuasse sendo óbice constante para efetividade processual em detrimento da demora processual que beneficia somente o réu.

A concessão da tutela antecipada toda vez que ficar evidenciado explícito abuso do direito de defesa e propósito protelatório do réu tem como finalidade resguardar e até mesmo auto-afirmar a supremacia do princípio da isonomia, que dever sempre existir entre as partes numa específica relação processual. Além disso, deve-se considerar ainda, que o princípio da lealdade processual será sempre marco divisório entre os interessados diretos na mesma relação processual.

Para completar e concluir nossa sucinta exposição, o mestre Marinoni desfecha:

> A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixa entrever a grande possibilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito.[99]

Para finalizar, é importante ressaltarmos que impossível se faz a confusão de direito de defesa com litigância de má-fé.

Porque para a antecipação da tutela não basta que o comportamento do réu configure ação descrita nos incisos do art. 17 do CPC. Importante se faz presente a evidência de probabilidade do direito do autor, abuso ou propósito protelatório do réu e ainda que exista uma debilidade da tese defensiva.

2.8.8 Questão da Irreversibilidade

Além de todos aqueles requisitos legais anteriormente analisados, todos necessários a concessão da antecipação da tutela; o legislador de maneira negativa coloca mais um, qual seja o do art. 273, § 2º do CPC. Vejamos o que o dispositivo legal menciona: “não se

---

[99] MARINONI, L. G. ob cit. 138p.

concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Extraí-se daí, que será óbice à afirmação dos efeitos de antecipação do mérito, toda vez que esta antecipação gerar um perigo de irreversibilidade do provimento final, ou seja, sempre que a antecipação do mérito impossibilitar ou impedir o retorno da relação ao *status a quo* (estado da relação anterior).

O objetivo essencial com a vinculação dessa condição jurídica tem como propósito resguardar o direito de defesa do réu, o qual justamente ainda não fora amplamente esgotado e analisado.

O que é importante ressaltarmos diz respeito ao vago conceito jurídico que representa a expressão irreversibilidade.

Na maioria das vezes, são as próprias circunstâncias peculiares a dado caso concreto, que indicaram ao juiz o caminho acertado em conceder ou não a tutela antecipada frente a questão da irreversibilidade.

Porque existem situações em que apesar da visível irreversibilidade na hipótese de concessão da medida, mesmo assim deverá o magistrado autorizá-la. Por exemplo: imaginemos um litígio envolvendo planos de saúde, do qual as empresas se recusam a cobrir despesas hospitalares e cirurgias específicas e no meio desta discussão existe o fato de uma necessidade emergencial por parte do paciente em sofrer respectiva intervenção cirúrgica. Perguntamos: seria humano, lógico e conveniente verificar o juiz se existe ou não perigo de irreversibilidade do caso?

A resposta com toda certeza seria negativa, visto que apesar de ser evidente o perigo da irreversibilidade (neste exemplo confundem-se o mérito e os próprios efeitos judicialmente tutelados), existem interesses muito mais importantes em discussão do que o mero interesse patrimonial. Esta em conflito o bem jurídico vida *versus* patrimonial. E neste paradoxo existencial, deve o juiz optar pelo primeiro, até mesmo por critérios lógicos.

Então, excepcionalmente, admite-se o sacrifício do valor segurança. Evidente aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

Cuida-se de aferir com razoabilidade os verdadeiros interesses em jogo, em contraste com os valores assegurados pelo sistema jurídico.

Diferente seria a situação o perigo de irreversibilidade estivesse presente como nas ações de despejo. Neste caso, decretado, os efeitos espraiam-se e dificilmente conseguiria-se retornar ao *status ante quo*.

Apesar disso, deve aqui ser negado a concessão da tutela, porque, ausente está o conflito de interesses fundamentais.

O deve ficar marcado é que a regra é se presente o perigo de irreversibilidade, defeso encontra-se a concessão da medida. Apenas excepcionalmente, como demonstramos, ela será deferida.

Bedaque cita o seguinte procedimento que o magistrado deve pautar-se, até mesmo para efeito de orientação:

> Verificada a possibilidade de a eficácia do provimento antecipado ser irreversível, deve o juiz tomar maior cuidado no exame da situação, talvez desenvolvendo atividade cognitiva mais profunda e principalmente, comparando os valores em conflito, para verificar da conveniência de conceder a antecipação. Convencido da necessidade de adiantar os efeitos do provimento final pode adotar medidas para reduzir o alcance da irreversibilidade, como determinar a prestação de caução.[100]

Na parte final da citação, o mesmo autor aponta-nos outra alternativa que disponibiliza o juiz para superar esta questão da irreversibilidade, qual seja, exigir do autor que pleiteia a tutela antecipada uma caução na mesma espécie do objeto de mérito. Com isso, garantindo a possibilidade de manutenção do *status ante quo* (reversibilidade).

2.8.9 Constitucionalidade da Tutela Antecipada

Após termos estudados todos os elementos intrínsecos que compõe a tutela antecipada (conceito, origem, natureza, requisitos, etc), nos compete esmiuçarmos questões extrínsecas relativas ao presente instituto. A primeira da qual trataremos será o debate acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da referida medida.

Alguma parte da doutrina, diga-se de passagem, desavisada, sustenta a idéia de que a tutela antecipada encontra-se eivada de inconstitucionalidade.

---

[100] BEDAQUE, J. R. S. dos. ob. cit. 346-347p.

Os defensores desta corrente utilizam como principal argumento a ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. Tecnicamente recebendo atributo de devido processo legal.

Segundo estes pensadores, afirmam que com a possibilidade de antecipação dos efeitos do mérito, estaríamos frustrando e até impedindo a possibilidade de apresentação de defesa pelo réu. Com isso, favorecendo exclusivamente o autor, visto que o mesmo benefício de requerer a medida não é estendida ao réu.

Apesar destes argumentos "aparentemente" convincentes, o entendimento predominante entre a doutrina é de que não existe inconstitucionalidade na hipótese de concessão do benefício.

Os contra-argumentos por parte desta corrente são os mais variados possíveis. Inicialmente rebatem o fato de impossibilitar a ampla defesa. Estes afirmam que não ocorre sucumbência do devido processo legal, mas o que de fato sucede é que o direito de defesa por parte do réu fica postergado, ou seja, o réu não se encontra impedido de defender-se, no entanto, esta defesa será deslocada para uma fase futura do procedimento vigente (audiência de instrução).

Inclusive, ocorre situação semelhante à antecipação de tutela nas medidas liminares e cautelares. E nem por isso poderíamos afirmar que nesses casos também ocorre afronta a *Magna Carta*, conforme o entendimento da melhor doutrina. Pois nesses casos (cautelares e liminares) dependendo do caso e circunstâncias exigidas(*periculum in mora*) é autorizado o deferimento destas medidas *inaudita altera pars* isto é, sem que a parte contrária tome ciência.

Um segundo contra-argumento que serve para descartar posicionamento favorável a inconstitucionalidade é o próprio caráter de revogabilidade e modificabilidade que integra a tutela antecipada.

De acordo com isso, o fato da antecipação ser passível de revogação e modificação a qualquer tempo, não ofende o direito de defesa do réu, já que percebendo a cessação de motivos autorizadores da medida pode pleitear a sua inutilização e todos os efeitos dela decorrentes.

João Batista Lopes expões sobre o tema:

> Não há vislumbrar, porém, inconstitucionalidade na providência antecipatória porque, ostentando caráter provisório e revogável, de modo algum poderá implicar perda de bens ou direitos em caráter definitivo.
> Do mesmo modo que não se pode cogitar de inconstitucionalidade nas liminares possessórias, na busca e apreensão, na liminar da ação civil pública, no despejo liminar etc...[101]

Concluindo nossa sintética exposição vislumbramos que de fato não existe inconstitucionalidade na concessão da tutela antecipada, porque o direito de defesa do réu não fica vedado, mas apenas postergado à outra fase não frustrando assim o princípio da ampla defesa. Além disso, a possibilidade e revogação e modificação da antecipação funcionam como regulador do instituto. Não gerando assim definitividade do provimento antecipado.

Busca-se assim equilibrar toda a relação processual, evitando delongas disputas judiciais, as quais conjugadas com a efetividade processual avaliaram sempre beneficiando somente o réu.

2.8.10 Oportunidade para concessão da medida

A pergunta que surge é: qual seria o momento adequado à antecipação dos efeitos do mérito?

No que concerne ao momento hábil à concessão da tutela antecipatória, referentemente as nossas exposições, procuraremos nos ater a quatro vertentes; as quais de certo modo indicam as oportunidades reais de manifestação do instituto dentro do processo. São elas: o art. 273, I, CPC; 273, II, CPC; à fase sentencial e à fase recursal.

O CPC não estabeleceu um momento específico para a concessão da tutela antecipada. Contudo, para estabelecermos uma exposição didática, optamos em dividi-la em quatro vertentes, como já ressaltamos anteriormente.

A princípio, o que pode determinar a incidência da antecipação de tutela, é o disposto no art. 273, I. Nesta hipótese, o autor fará o pedido na própria petição inicial, contando, que o mesmo demonstre todos os pressupostos autorizadores da medida, inclusive a presença da prova inequívoca e verossimilhança. O mesmo artigo faculta à

---

[101] LOPES, J. B. ob. cit 42p.

parte interessada, desde que demonstre também uma situação de emergência, iminente; inclusive com a existência do risco ou ameaça de lesão; requerer ainda que o juiz decida *in limine litis*, isto é, de maneira liminar e dependendo do caso *inaudita altera parte* (sem oitiva do réu).

Neste ponto, a doutrina diverge se poderia ou não o juiz conceder a antecipação sem ouvida do réu.

Parte da doutrina entende não ser possível anteciparem-se os efeitos do mérito antes da oitiva do réu, sob pena de gritante transgressão ao princípio do contraditório e ampla defesa.

O outro entendimento é no sentido de se possibilitar a antecipação *inaudita altera parte*, no entanto, reservando esta manobra para os casos excepcionais, nos quais apresentem significativo risco de dano, situações de extrema urgência; as quais inclusive de maneira reflexa acabariam frustrando a própria efetividade processual. Neste sentido é o entendimento do ilustre jurista José dos Santos Bedaque, da qual comungamos:

> A concessão da tutela antecipada 'inaudita altera parte', embora negada por boa parcela da doutrina que já se ocupou do assunto, não encontra óbice legal. Se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação, nada impede que seja a antecipação concedida antes mesmo do ingresso do réu no processo.
> Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuportável à posição ora adotada. São inúmeras as hipóteses de liminar 'inaudita'no sistema processual... não viola o contraditório, pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para alterá-la.
> Embora admissível a antecipação antes de o réu integrar o contraditório, tal solução mostra-se absolutamente excepcional, pois o juiz terá, como elementos de informação, apenas a visão unilateral do fenômeno apresentado pelo autor. Mas em casos extremos pode a situação mostrar-se verossímil de plano.[102]

Sem sombra de dúvidas, realmente este seja o cerne da questão, a concessão da medida antecipatória em regra deve seguir coma ouvida do réu, no entanto, em casos excepcionais e de urgência é autorizada o deferimento sem ouvida do réu.

Outra oportunidade em que pode ocorrer a concessão da tutela antecipada tem como incidência o art. 273, II, CPC, relativamente na existência de "abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu", onde o momento adequado seria após a apresentação da defesa pelo réu.

---

[102] BEDAQUE, J. R. S. dos. ob. cit. 365p.

Com base no art. 273, II, entendemos que fica vedado a concessão *initio litis*, ou seja, liminarmente ou ao início do processo. Porque nestes casos, o legislador teve a intenção inequívoca de coibir as práticas protelatórias de defesa mediante a antecipação de tutela. Além do mais, seria impossível vislumbrarmos um abuso de defesa ou vontade de frustrar a defesa, ambos decorrentes de iniciativa do próprio réu, sem que antes, ele tenha ao menos concorrido para sua defesa.

Assim é o posicionamento de Costa Machado:

> A primeira é no sentido de que, obviamente, não é possível pensar em requerimento de antecipação na própria petição inicial, porque o abuso de direito de defesa pressupõe o oferecimento de contestação pelo réu e a caracterização do propósito protelatório depende necessariamente de atividade processual do demandado que se desencadeia a partir do ato citatório.[103]

A terceira vertente relacionada ao momento da concessão da tutela antecipada diz respeito à fase sentencial, ou seja, pode a tutela antecipada ser concedida juntamente com a sentença?A matéria agora em discussão é polêmica e dividem as opiniões entre os juristas.

Segundo o entendimento de Guilherme Marinoni, nada mais obsta que sejam antecipados os efeitos do mérito depois de terminado a fase instrutória (posteriormente advém a sentença), no entanto, faz questão de frisar que esta antecipação da tutela não pode dar-se em ocasião da própria sentença, porque assim estaríamos suprimindo e condicionando o direito de recorrer do réu. Pois neste caso, caberia ao réu apenas a apelação.

É o que explana:

> A antecipação não pode ser concedida na sentença, não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o de agravo de instrumento. Admitir a antecipação na sentença seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais, e retirar do réu – em caso de antecipação da sentença – o direito ao recurso adequado.[104]

Já Bedaque, admite a possibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença, inclusive em ocasião da mesma. No entanto, afirma que como conseqüência desta manobra

---

[103] MACHADO, A. C. C. ob. cit. 530p.
[104] MARINONI, L. G. ob. cit. 134p.

jurídica, “a antecipação concedida na própria sentença tem como conseqüência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação”.[105]

Conclui dizendo que “para obtenção desse resultado, não há necessidade de decisão interlocutória em separado”.

Dentre os autores apontados, partilhamos da opinião de Gusmão Carneiro, para quem, procura estabelecer critérios e padrões lógicos:

> Em nosso ver, se o juiz, ao término da instrução, se convence da premente necessidade de deferir imediata tutela ao autor, ante a iminência do dano ou pela ostensividade do propósito protelatório revelado pela conduta pessoal do demandado, ou ainda porque eventual recurso irá contra súmula ou orientação sedimentada do tribunal, deverá ele juiz adotar o seguinte procedimento:
> a) Se pretende proferir sentença por ocasião da audiência, fará lançar em ato primeiro a decisão de antecipação da tutela, e somente depois tomará os debates orais.
> b) Se pretende lavrar por escrito a sentença e entrega-la em cartório, proferirá a decisão interlocutória, e somente após ordenará a conclusão dos autos ou a dilação para oferecimento de memoriais pelas partes.[106]

Por fim, cabe analisarmos a última vertente citada, qual seja, à fase recursal. Questão das mais interessantes é sabermos se fica autorizada a concessão da tutela antecipada, também após a sentença, ou seja, num segundo grau de jurisdição?

A resposta para esta indagação é positiva. Sim, é plenamente possível a antecipação do mérito em fase recursal. Pois, não existe nenhuma limitação temporal expressa em lei vedando referido artifício. No entanto, o requerimento da tutela em fase recursal assume algumas peculiaridades, como por exemplo, a exigência que se faz de requerê-la somente ao relator do processo da 2ª instância. Sob pena de invalidade da medida requerida de forma diversa.

Ainda com base neste mesmo raciocínio, revelamos a visão doutrinária do professor de Direito Processual Civil da PUC/SP, Dr. Roberto Armelin, na oportunidade citada na obra de Tereza Arruda Alvim Wambier, o qual apoiando-se em princípios gerais do direito e também em princípios enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, reforça nosso posicionamento relativo ao cabimento da tutela antecipada em 2ºgrau de jurisdição:

---

[105] BEDAQUE, J. R. S. dos. ob. cit. 367p.
[106] CARNEIRO, A. G. ob. cit. 71p.

> Conseguintemente, garantindo aos litigantes, pela Lei Maior, o uso de todos os meios inerentes à ampla defesa, assim como já estabelecera a Declaração Universal dos Direitos do Homem ('toda pessoa tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo') não se pode negar à parte a utilização do instituto da tutela antecipada.
> Tanto é efetiva essa conclusão que a redação do art.273 do CPC não impede a utilização do instituto em segundo grau de jurisdição, pois nenhum momento explicita tal restrição, que, ademais, à luz do princípio geral insculpido na Constituição Federal, geraria antinomia cuja dissipação somente poderia ser obtida mediante a exclusão da norma restritiva do ordenamento jurídico.
> Da mesma forma, finalmente em face da força do princípio geral de Direito espelhado no instituto da antecipação, sua posição geográfica não lhe impõe qualquer limite de eficácia.Aliás, estando previsto no capítulo que disciplina as disposições gerais do processo e do procedimento, somos autorizados a concluir que inexiste qualquer restrição de aplicabilidade do instituto exclusivamente ao processo de conhecimento em primeiro grau de jurisdição.[107]

2.8.11 Forma de Execução da Tutela Antecipada

Algumas considerações devem ser feitas quanto a execução da tutela antecipatória. O próprio art. 273, § 3º prevê: "A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588". (grifo nosso)

O artigo 588 e seus incisos II e III estabelecem:

> Art. 588 – A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:
> I – (...)
> II – não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea o levantamento de depósito em dinheiro;
> III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Portanto, extraímos do texto legal a dependência estrutural da tutela antecipada em relação ao procedimento da execução provisória. No entanto é importante mencionarmos que esta dependência é flexibilizada, porque como bem observamos, o próprio art. 273, § 3º utiliza a expressão "ao que couber", o que denota um sentido de relativização. Isto, até mesmo em decorrência dos parâmetros que orientam a aplicação do presente instituto.

Referentemente a tutela antecipada, como bem dissemos, aplica-se apenas "no que couber", o procedimento de execução provisória. Com isso, não se mostra conveniente em

---

[107] WAMBIER, A. A. T. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela.** Colaborador Roberto Armelin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.448-449p.

fase de antecipatória a exigência de citação para necessidade de instauração de novo processo. Porque aqui, a execução processa-se nos próprios autos do processo no qual fora concedido.

No entanto, se o réu emprega manobras astuciosas, com intuito exclusivo de frustrar a referida execução da medida, deve a parte diretamente interessada promover, aí sim, um processo de execução por quantia certa, reunindo em seu bojo o atributo da citação do réu para que pague, sob pena de penhora de bens.

Afinal de contas, para esses efeitos, a tutela antecipada equipara-se a um título judicial com força executiva.

Em se tratando, porém, de decisão mandamental, a execução se dará através de um mandado judicial, o qual deverá ser cumprido. Na hipótese de descumprimento, pode inclusive ao réu caracterizar crime de desobediência.

Já as decisões declaratórias e constitutivas, a elas, a execução também se dará por meio de um mandado, porém, este mandado terá feições de obrigações de fazer ou não fazer e ou negativas. Podendo na hipótese de descumprimento ensejar a imposição de multa.

Por último, analisaremos a questão da exigência de caução para efetivação da tutela antecipada. Nas antecipatórias, a caução não deve ser entendida como condição essencial, até porque o próprio artigo 273, § 3º, usa a expressão no que couber; e é evidente que em matéria de antecipação dos efeitos do mérito, na maioria das vezes justificada em uma situação de risco e emergência, não haveria compatibilidade entre os institutos (caução x antecipação). Por isso, é com esclarecimento que em matéria de tutela antecipada ocorre a dispensa da caução. Mas vale frisarmos que esta dispensa somente ocorrerá quando presentes todos os pressupostos autorizadores da medida e desde que para isso encontra-se o juiz convencido da necessidade do deferimento do instituto.

2.8.12 Validade da Antecipação

Não existe na lei um tempo pré-definido de validade da tutela antecipada. Diferente do que ocorrem nas medidas cautelares, as quais conforme dispõe o art. 807 do CPC, fazendo remissão ao art. 806, que estipula um prazo de 30 dias de validade até a propositura do processo principal.

No entanto, a tutela antecipada não pode ser eterna. Por isso surge a pergunta: quanto tempo permanece válida a medida?

Para responder esta indagação, o que devemos levar em conta são critérios apresentados pela própria lei, que de maneira implícita, acaba nos revelando orientações preciosas quanto ao tempo de validade da medida.

O primeiro deles talvez seja a razão no qual se funda o instituto, ou seja, seu fundamento. Como exaustivamente expusermos, a finalidade da tutela antecipada é basicamente antecipar os efeitos do mérito, desde que para isso estejam presentes seus pressupostos autorizadores e também exista uma situação de risco e emergência. Este, então, é o primeiro critério que orientará o tempo de validade da medida, isto é, enquanto existir situação de risco e emergência que justifica a antecipação, ela se efetivará. Cessando esta justificativa fática, também perde a legitimidade a medida antecipatória, uma vez que a mesma fora instituída em razão daquela. Faltar-lhe-á interesse jurídico.

Além disso, a provisoriedade da tutela antecipada acaba justificando em partes, a sua revogabilidade e ou modificabilidade.

Concluindo, o tempo de validade da antecipatória é tipicamente fático, porque fica condicionada a existência de situação de risco de lesão e emergência, a qual serve de justificativa de concessão e aplicação da medida.

2.9 Diferenças entre a antecipatória de mérito e a cautelar

No início, enquanto ainda não existia a figura jurídica da tutela antecipada, a tutela cautelar era utilizada de forma indiscriminada, inclusive nas situações em que se exigia do poder jurisdicional a obtenção de um provimento dotado de sumariedade e incluindo uma

satisfatividade no que referia aos efeitos presentes de mérito. No entanto, o que percebíamos era que estava ocorrendo uma visível desnaturação do próprio instituto das medidas cautelares, que guardam uma relação de natureza não de antecipação de provimentos, mas de efetivo provimento meramente acautelatório.

Somente com o advento da lei 8.952/94, que trouxe nova definição jurídica para o art. 273, é que começamos a conviver com mudanças práticas no contexto jurídico até então indefinido e confuso no que tange a aplicabilidade desses dois institutos (cautelar e antecipação).

Apesar dos institutos serem ambos autônomos e apresentarem sentidos e aplicabilidades práticas e teóricas diferenciadas, é possível estabelecermos algumas semelhanças entre eles. Júlio Ricardo de Paula Amaral, neste sentido, aponta-nos estas proximidades:

> De início, é numérico mencionar que ambas são instrumentos de grande valia para a efetividade do processo.
> Dentre as várias características da tutela antecipatória e da tutela cautelar, pode-se afirmar que ambas tem em comum as seguintes: a) provisoriedade; b) sumariedade; c)cognição; d) modificabilidade e revogabilidade; e) preventividade; e f) reversibilidade.[108]

Todas essas semelhanças apontadas pelo autor decorrem de um só fato, qual seja, a característica de tutela emergencial comum tanto às cautelares quanto à antecipatória.

Trataremos, agora, das principais diferenças existentes entre as duas medidas. A primeira divergência entre os dois conceitos seria a forma de requerimento. Pois, a tutela cautelar é requerida de forma autônoma, ou seja, existe uma maior liberdade para concessão da medida. Além disso, normalmente, tanto o requerido quanto o requerente tem legitimidade para pleiteá-la, inclusive, podendo ser deferida *ex officio* pelo juiz. Por outro lado, a tutela antecipada é mais inflexível neste quesito, visto que, a legitimidade para requerê-la reúne-se exclusivamente na pessoa do autor interessado; apenas excepcionalmente deslocando-se esta legitimidade para o réu (nas ações dúplices e hipótese de reconvenção). E ainda quanto à possibilidade de deferimento de ofício pelo juiz, aqui, esta manobra encontra-se defesa.

Outro critério diferencial seria a rigidez referente à exigência de requisitos de uma e outra medida. Para tutela antecipatória são exigidos o fundado receio de dano irreparável

---

[108] AMARAL, J. R. P. de. ob. cit. 147-148p.

ou de difícil reparação; abuso de direito ou intuito protelatório do réu; prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação e conjugado a tudo isto, que não apresente risco de irreversibilidade da situação fática. Enquanto à cautelar, são exigidos apenas o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

A questão da referibilidade, também é fator diferencial. O que marca as cautelares é sua íntima e necessária relação com um processo principal. É esta existencial necessidade de referência a uma ação principal que a distingui das antecipatórias. Pois a tutela antecipada, ao contrário da primeira, não mantém relação de dependência com outro processo, podendo inclusive ser deferida e executada nos próprios autos originais.

Por fim, talvez o traço distintivo mais relevante entre os institutos ora abordados, seja a finalidade.

A finalidade da tutela cautelar é eminentemente assecuratória, ou seja, tem como fundamento resguardar, assegurar a utilidade de um processo principal, enquanto a tutela antecipada pretende antecipar os próprios efeitos do mérito do processo principal em que atua. Apresenta a cautelar características de provimento de segurança a futura efetividade do processo. Já a antecipatória representa verdadeira satisfação provisória dos efeitos do mérito.

José Roberto dos Santos Bedaque, numa exposição sintética, reforça nossa idéia quanto à finalidade de uma e de outra medida:

> Além disso, a conservativa satisfaz a necessidade de urgência quanto à futura certificação ou execução do direito. Já a antecipatória é adequada nas hipóteses em que a urgência for relacionada a própria satisfação do direito afirmado. Por isso no que se refere à eficácia, uma coincide com o resultado final, ao passo que a outra guarda autonomia quanto ao conteúdo.
> O resultado prático da medida antecipatória se identifica, ainda que parcialmente, com a satisfação espontânea do direito; na conservativa, o resultado, o resultado prático não se confunde com a satisfação do direito, mas tão somente com sua garantia.[109]

Podemos concluir então, que evidente são as semelhanças entre as medidas cautelares e antecipatórias, justificadas em ambas pela sua natureza de medida emergencial. Apesar das semelhanças, podemos presenciar claramente as diferenças existentes entre os institutos, entre elas a questão da referibilidade, requerimento, requisitos exigidos e principalmente pela diferença entre as reais finalidades das duas medidas. Uma

---

[109] BEDAQUE, J. R. S. dos. ob. cit. 313p.

eminentemente assecuratória do próprio processo, representado por um processo de conhecimento ou de execução; enquanto a outra (antecipatória), responsável pela satisfação ou antecipação dos efeitos do mérito.

2.10 Antecipação face à Fazenda Pública

Muito se discute sobre a possibilidade de concessão da medida antecipatória contra a fazenda pública, ou se este ato jurisdicional seria defeso frente aos entes públicos.

O que existe de concreto são posicionamentos favoráveis e desfavoráveis, inclusive com acirradas disputas doutrinárias e jurisprudenciais.

O que poderíamos de pronto sustentar é que se existe a efetividade desta medida contra os particulares, nada impediria que fosse concedida a antecipatória também contra a Fazenda Pública.

Os principais argumentos de peso negando a antecipação dos efeitos de mérito contra os entes públicos são: Lei 8.437/92 – art. 1º; art. 475, CPC e art. 100, caput, CF.

O art. 1º da Lei 8.437/92 diz não ser "cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva...". No entanto, no seu § 2º, abre exceção à concessão de liminares quando se tratar de "ação popular e de ação civil pública".

Posteriormente, foi editada a medida provisória nº 1.570/97; a qual tentou compatibilizar, em algumas situações, a concessão da antecipatória contra a Fazenda Pública.

No entanto, esta orientação legal não pode proceder, porque o que está em jogo é a efetividade do processo e o direito a uma defesa justa. De fato, se limitamos a defesa do ofendido em face da Administração Pública e ou seus órgãos, na verdade estaremos cerceando o direito de defesa. Ofendendo no mínimo o princípio da ampla defesa e devido processo legal. O que em tese, eiva esta limitação imposta pela Lei 8.437/92 de inconstitucionalidade. Além disso, utilizando-nos de um critério técnico, também poderíamos concluir pela improcedência do conteúdo da norma ora examinada, visto que o referido artigo não impede a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda impossibilita sim a concessão de liminares em ações cautelares ou preventivas. Concluindo, podemos

vislumbrar a exclusão da tutela antecipada deste rol, pois, como bem sabemos, a antecipatória não se confunde com as cautelares, muito menos com tutelas preventivas. O que, portanto, estaria autorizado o uso da tutela antecipada.

Reforçando esta contra-argumentação apresentada, citamos as brilhantes palavras do professor Marinoni, que chama nossa atenção para eventuais conseqüências oriundas da negação à concessão da medida antecipatória contra a Fazenda:

> Dizer que não há o direito a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de "fundado receio de dano" é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.
> Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo e a demora do processo.[110]

Como bem enumeramos, outro dispositivo que poderia ser considerado óbice a concessão da tutela antecipatória contra a Fazenda seria o artigo 475, I do CPC.

Este artigo refere-se ao denominado duplo grau de jurisdição que devem ultrapassar, as sentenças proferidas contra entes públicos, afim de que possam produzir seus efeitos legais.

O dispositivo legal prevê:

> Art. 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmado pelo Tribunal, a sentença:
> I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

De acordo com o artigo supracitado, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública estaria vedada, visto que a lei exige que a sentença proferida contra entes públicos, para que assuma validade, deverá ser remetida a reexame em 2º grau, com isso, haveria incompatibilidade entre a prorrogação da reanálise e a característica liminar das antecipatórias (urgência), o que geraria em impasse jurídico.

No entanto, mesmo "aparentemente" justificado este argumento, inclusive com respaldo legal, não deve esta orientação prosperar.

---

[110] MARINONI, L. G. ob. cit. 211p.

Novamente apelamos para a explicação técnica. Conforme expõe a própria lei, o artigo 475 fala em "sentença", e não em decisão, o que nos leva a concluir, que somente a sentença que não pode gerar efeitos antes do reexame necessário pelo órgão *ad quem*. Portanto, o conceito decisão seria o gênero, onde as liminares, sentença, etc, são espécies do mesmo.

Colhemos os ensinamentos de João Batista Lopes, para reafirmar nosso posicionamento:

> O duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475 do CPC) está reservado apenas a hipótese de 'sentenças' proferidas contra a União, Estado e Município, não se estendendo às liminares, cuja execução não comporta delongas ou adiantamentos. Sujeitar as liminares ao duplo grau de jurisdição implicaria neutralizar sua eficácia com sacrifício do direito que a lei deveria proteger.[111]

Outro argumento também utilizado pelos autores contrários a concessão da antecipatória frente à Fazenda, reside na disposição do art. 100, caput, da CF. Vejamos o que diz:

> Art. 100 – À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Esta consideração também deve ser recalcada, mais uma vez, apelando para a boa técnica legislativa, o constituinte não fora feliz nas palavras empregadas no texto constitucional.

O art. 100, caput, da Constituição Federal, ao contrário do que muita gente entende, não impede a concessão da tutela antecipatória, posto que em seu bojo diz que "a exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, decorrentes de sentença judiciária" (grifo nosso), serão executados através de precatórios, conforme sua apresentação cronológica. O que os opositores alegam é que como a execução contra a Fazenda procede-se mediante precatórios, se houvesse antecipação dos efeitos do mérito, não haveria possibilidade de se executar esta medida,

---

[111] LOPES, J. B. ob. cit. 100p.

frustrando assim as expectativas do requerente. Mas o que deve ficar registrado é que a tutela antecipada, mesmo frente a exigência dos precatórios, pode sim ser executado contra a Fazenda. Além disso, o legislador utilizou a expressão “sentença judiciária”, o que daria margem a inserção inclusive das antecipatórias.

Óbice surgiria se tivesse utilizado a expressão “sentença com trânsito em julgado”, o que tornar-se-ia incompatível com a finalidade provisória das tutelas emergenciais.

Isto posto, nosso entendimento, conforme exaustivamente afirmado, é no sentido de admitirmos a antecipação de mérito em face da Fazenda Pública. Onde ficam completamente afastados os argumentos daqueles que, ao contrário de nós, não comungam a idéia de viabilização do presente instituto contra entes da Administração Direta e Indireta. Não devem assim, vigorar as justificativas por eles apresentadas, as quais concentram-se exclusivamente nos artigos 475 do CPC, art. 100, caput da CF e Lei 8.437/92 e ainda MP 1.570/97.

3 TUTELA ANTECIPADA ESPECÍFICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 84, § 3º DA LEI 8.078/90).

3.1 Considerações Gerais

Depois de termos abordado os temas referentes ao Direito Material do Consumidor e breves considerações a respeito do direito processual, especificamente quanto ao desenvolvimento e aplicabilidade do instituto da tutela antecipada prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, e ainda analisando alguns assuntos polêmicos atinentes a própria tutela antecipada, como: legitimidade, questão de constitucionalidade, da tutela frente a Fazenda, etc); iniciaremos neste capítulo final o estudo sobre a tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, § 3º.

Durante estas considerações, será dada relevância à análise do art. 83, "caput" e art. 84, §1º, 2º, 3º e 4º do CDC, desenvolvendo inclusive o estudo comparativo entre a tutela antecipada disposta no CDC e a tutela geral prevista no art 273 do CPC.

Além do mais, levantaremos a discussão a respeito da questão da flexibilidade da tutela específica (CDC) em face da tutela geral (art. 273, CPC); inclusive destacando as semelhanças dos requisitos exigidos no Código de Defesa com os requisitos das tutelas cautelares (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

Por último, discutiremos sobre a necessidade da "obrigatoriedade ou facultatividade na concessão da tutela antecipada em face das relações consumeristas", visto que as expressões empregadas pela lei leva-nos a uma interpretação mais favorável ao consumidor. Considerações também serão tecidas sobre a previsão legal de utilização de todo e qualquer tipo de ação para defesa do consumidor em juízo.

3.1.1 Visão Geral das Tutelas Específicas no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa, principalmente no capítulo que tange à defesa do consumidor em juízo procurou inovar em suas orientações.

Uma norma que chama a atenção e merece ser destacada é o art. 83, caput; que dispõe: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Este dispositivo revela a intenção primordial do legislador em tutelar o consumidor, tido como parte hipossuficiente nas relações de consumo. Além disso, o presente dispositivo legal vem de encontro com os princípios que regem as relações consumeristas, entre eles o da efetividade processual, proteção integral ao consumidor, reparabilidade dos danos surgidos na relação, inversão do ônus probatório e a assertiva sobre a vulnerabilidade do consumidor (hipossuficiência). Kazuo Watanabe expõe com segurança a respeito:

> Uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo. No dispositivo que estamos comentando (art. 83), o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no código.
> Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio Chiovendiano, segundo o qual o 'processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir', a segunda... retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores.[112]

Este deve ser o referencial da lei, ou seja, propiciar uma ampla e irrestrita acessibilidade a abstenção de uma pretensão jurisdicional, isto toda vez que o consumidor, considerado pessoa física-natural, for lesado em seu patrimônio e até mesmo nas relações obrigacionais, onde existe apenas como objeto a prestação de um serviço. Trata-se aqui de simples desdobramento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito

---

[112] KAZUO, W. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. 764-765p.

no inciso XXV do art. 5º da CF, onde é lícito ao consumidor utilizar todos os meios processuais não defesos em lei. Com isso, viabilizando sua defesa em juízo.

3.2 Amplitude e alcance do art. 84 §§ e justificativas

Como podemos observar, todos os dispositivos legais responsáveis pela sistemática de defesa do consumidor em juízo, possuem uma integração, isto significa que não estão isolados dentro do ordenamento jurídico, pelo contrário, mantém uma interdependência lógica entre si. É o que ocorre principalmente entre os artigos 81, 82, 83, 84 e respectivos parágrafos. Acontece que para efeitos desta obra, interessamos apenas o estudo dos dois últimos.

O art. 83, como já vimos, põe a disposição do consumidor um ilimitado e amplo leque de alternativas e ou medidas judiciais para uma maior tutela jurisdicional dos seus direitos consumistas. Por outro lado, o art. 84 e §§, procurando dar reforço a esta assertiva, com intenção exclusiva de ligar os dois provimentos, autoriza nas hipóteses de obrigações de fazer e não fazer, se necessário, verdadeira alteração ou modificação de toda estrutura fática que circunda a relação de consumo. Tudo isto com a intenção precípua de dar garantias ao consumidor de uma prestação jurisdicional efetiva e convincente. Na pior das hipóteses, reparadora. Já que esta resolutiva não é o fim principal a ser alcançado na ação intentada pelo lesado.

Vejamos o conteúdo do art. 84, caput do CDC:

> Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz <u>concederá</u> a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.(grifo nosso)

Fizemos questão de destacar a expressão utilizada pela lei, para demonstrar a natureza jurídica destas medidas modificativas a serem tomadas pelo juiz, as quais possuem uma considerável carga mandamental. Com isso, fica claro que a intenção do legislador fora realmente prestigiar a parte mais fraca nas relações de consumo, qual seja, o consumidor, fornecendo-lhe meios processuais ilimitados e certos para a sua maior tutela em juízo. Alguns autores entendem inclusive ser estas medidas de cunho mandamental, uma espécie de direito subjetivo do lesado em matéria de consumo.

Hélio Zaghetto Gama, realçando esta idéia, expõe abalizada lição:

> Diz a lei que o juiz concederá a tutela específica, ou determinará (mandando) a solução que permita ao consumidor obter o resultado prático equivalente a do adimplemento com ele contratado ou consistente na obrigação de não fazer ou na obrigação de fazer do fornecedor.[113]

Assim dispõe os parágrafos do artigo anteriormente mencionado:

> § 1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
> §2º - A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do CPC).
> § 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.
> 4º - O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente e compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 5º - Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Antes de destrincharmos o mérito de cada uma destas medidas subsidiárias de efetivação da tutela jurisdicional, as quais disponibiliza o juiz a cada caso concreto, algumas observações devem ser levantadas.

O que deve ser entendido pelo intérprete, é que a lei traçou um cronograma a ser obedecido na defesa do consumidor em juízo, e que somente na hipótese de frustração das etapas lógicas, é que se encontra o consumidor (lesado) autorizado a pleitear medidas seguintes. Tudo isto, sob pena de supressão do provimento judicial.

Melhor explicando, significa que a ordem, ou o fim almejado e arquitetado pelo legislador fora a obtenção do resultado principal, ou seja, conforme o "caput"do artigo 84, o efetivo cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer; somente na hipótese de inviabilidade da efetivação destas obrigações, é que passa então o interessado a ter a sua disposição outras medidas de cunho subsidiárias – satisfativas, quais seriam, os parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do mesmo diploma legal (conversão das obrigações em perdas e danos, e indenização por perdas e danos, tutela antecipada, multa e outras medidas).

---

[113] GAMA, Z. H. **Curso de Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. 150p.

Portanto, estes parágrafos e suas respectivas medidas, assumem dentro da estética processual consumerista, posição de "soldados de apoio". Tudo isto visando a uma completa efetivação jurisdicional.

A primeira destas medidas alternativas que merece ser comentada é a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos. O próprio parágrafo realça a natureza secundária deste dispositivo quando menciona que o deferimento da mesma ficará autorizado somente se impossível a tutela específica (obrigação de fazer ou não fazer). Inclusive, esta é a orientação de um dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:

> A conversão da obrigação em perdas e danos somente se dará em último caso, quando jurídica ou materialmente impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Ou quando o próprio credor por elas optar.[114]

Posso neste caso, a obrigação a adquirir natureza não mais pessoal, mas agora com características pecuniárias.

O § 2º, disciplina que a indenização por perdas e danos se efetivará sem prejuízo ou inviabilização da multa, ou seja, a multa, não assumirá caráter indenizatório, impossibilitando a obrigação principal. É o que diz Kazuo Watanabe:

> A medida coercitiva, ou seja, a multa... sua imposição não prejudica o direito do credor a realização específica da obrigação ou o recebimento do equivalente monetário, e tampouco a postulação das perdas e danos.[115]

Quanto ao § 3º, este não será comentado nesta ocasião, visto que se refere a objeto de nosso estudo em tópico a parte.

Por sua vez, o § 4º prevê na hipótese de descumprimento do § 3º, imposição de multa diária. O que deve ser exaltado deste dispositivo é sua característica de independência e oficialidade, ou seja, sua aplicação independe de requerimento da parte interessada, podendo ser deferido de ofício, conforme precisar a situação fática. Para confirmar esta orientação, vejamos a citação a seguir:

---

[114] WATANABE, K. ob. cit. 772p.
[115] WATANABE, K. ob. cit. 772p.

> O § 4º confere ao juiz o poder de adaptação do provimento jurisdicional à natureza e às peculiaridades do caso concreto. O dispositivo confere maior plasticidade ao processo, principalmente quanto ao provimento nele reclamado, permitindo que o juiz, em cada caso concreto, através da faculdade prevista no parágrafo em análise, proceda ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso.[116]

Finalizando, temos o § 5º que como os anteriores citados, apresenta mais medidas alternativas para efetivação e garantia do adimplemento da obrigação de fazer e não-fazer. Entre elas temos a busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. Como podemos perceber, estas últimas dispõe de uma carga muito mais repressiva do que as primeiras. Visto que são indicadas em casos extremos a ser sobrepesado pelo julgador.

3.3 Tutela Antecipada nas relações de consumo (art. 84, § 3º do CDC)

Conforme pudemos apurar, evidente foi a preocupação do legislador em preferir a efetividade da tutela consumerista, inclusive dando margem a um direito de ação de cunho universalista, ou seja, garantindo ao interessado irrestrito acesso a justiça com finalidade de ampla possibilidades para reparação.

É neste diapasão que se subsume a tutela antecipada a ser aplicada especificamente a relação de consumo. O legislador não satisfeito coma universalidade, no que tange o acesso ao judiciário, tratou de cercar os consumidores e os próprios órgãos responsáveis pela aplicabilidade dos provimentos, de medidas jurídicas de apoio, quais sejam, aquelas esmiuçadas no tópico anterior.

Dentre elas, a que mais interessa o conhecimento aprofundado será a do § 3º do artigo 84, que com feição *limini litis*, realça o nome da tutela antecipada. Prevê o dispositivo:

> Art. 84 (...)
> § 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.

---

[116] WATANABE, K. ob. cit. 773p.

Em si, a tutela antecipada já fora amplamente debatida e analisada, em capítulo anterior. No entanto, alertamos o leitor para as diferenças e peculiaridades entre este instituto momentaneamente visto e a tutela antecipada geral prevista no art. 273 do CPC. Em hora, basta a simples menção da não confusão entre os institutos, posto que adiante serão oportunamente apresentadas suas peculiaridades.

Em se tratando de relação de consumo, a medida antecipatória prevista no dispositivo legal supracitado, em muito não diferindo do instituto geral[117] reúne os atributos, ou melhor, se expressando, a possibilidade do juiz, conforme o caso concreto, presente todos os requisitos exigidos pela lei, na consciência da medida pleiteada, antecipar provisoriamente, total ou parcial, os efeitos do mérito. Assim, por exemplo, numa situação inesperada, com características de emergencialidade, esta última, materializada numa situação de risco ou ameaça de lesão ao consumidor, encontra-se o juiz autorizado a atuar antecipadamente, com a intenção precípua de se evitar o evento danoso e certo. É o caso do cidadão, que necessitando de uma intervenção cirúrgica iminente, não poderia aguardar ou suportar evento futuro no qual ainda se discutirá se a cláusula que impede respectiva cirurgia recebe ou não a devida cobertura de seu plano de saúde. Existe no caso, oposição entre o direito patrimonial x vida, o qual, sensatamente, inclusive com respaldo legal, autoriza o julgador a optar pelo de maior significância, inclusive, antecipando-o.

Assim como nós, a maioria dos autores não nega a característica da tutela antecipada em sede das relações de consumo, inclusive associando-a a do art. 273, o que não poderia ser diferente. É a orientação de Belinda Pereira da Cunha:

> Neste sentido, a antecipação da tutela do art. 84 do Código do Consumidor permite que o juiz adiante a tutela de mérito, o que segundo a doutrina, equivale ao julgamento provisório de procedência do pedido. Isso deverá ser feito diante do relevante fundamento de demanda e do justificado receio de ineficácia do provimento final.
> Justifica-se, assim, a concessão da antecipação da tutela prevista no art. 84 para a defesa dos direitos do consumidor, entendendo serem normas que se

[117] É importante termos a idéia de que não existe absoluta identidade entre o art. 273 e 83, § 3º do CDC, pois, esta identidade ou semelhança reside apenas na ideologia e finalidade da antecipação da tutela, que em ambos reúne as características de medida satisfativa antecipatória dos efeitos do mérito. Visto que fora esta ideologia, estruturalmente falando, eles são diferentes, já que o art. 83, § 3º exige uma quantidade inferior de requisitos, até mesmo pela sua feição e origem tutelatória de uma classe social diferenciada – consumidores. Além disso, como veremos, a concessão ou não do instituto em sede de relações de consumo, deixa de lado a facultatividade e abrange sinais de obrigatoriedade e até mesmo deve de concessão, se presentes todos os requisitos, por parte do magistrado que figura no feito.

> complementam, atribuindo poderes ao juiz a fim de que se atinja a eficácia, a efetividade tempestiva da tutela pretendida.[118]

Ainda numa análise genérica e teleológica do artigo 84, § 3º, percebemos que o legislador utilizou a expressão "cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Numa percepção bastante superficial, poderíamos até mesmo conclui, que esta medida jurisdicional, nas relações de consumo, seriam direcionadas unicamente as obrigações, excluindo de sua abrangência os direitos puramente considerados. O que se tornaria um grande equívoco. Na verdade, objetivou o legislador tutelar o direito material como um todo, e não apenas determinadas classes desse mesmo direito material. Se assim entendêssemos, estariam fora da proteção ou incidência da proteção antecipatória, os direitos referentes a personalidade do indivíduo, os próprios direitos coletivos e difusos e os direitos imateriais.

É o que defende Ragazzi, onde na oportunidade, aproveita-se dos ensinamentos do destacável jurista Guilherme Marinoni, vejamos:

> O art. 84, da Lei 8.078 fala em ação destinada ao "cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Marinoni nos coloca interessante questão, imaginando que alguém poderia supor que tal artigo permitisse apenas a tutela das obrigações e não de direitos que não têm correlação com obrigação, uma obrigação, como, por exemplo, os direitos de personalidade e os direitos difusos. Ele rechaça de pronto tal suposição, afirmando que 'verdade, o legislador, ao desenhar as referidas normas, criou apenas técnicas processuais voltadas a permitir a efetividade de determinadas tutelas, que decorrem naturalmente do direito material'.[119]

3.4 Requisitos

Da mesma forma que a tutela prevista no art. 273, §§ seguintes do CPC, exige para sua materialização, alguns requisitos legais, a antecipatória disciplinada no art. 84, § 3º da Lei 8.078/90 não poderia ser diferente. O dispositivo faz alusão ao preenchimento de dois requisitos, os quais devemos entendê-los como condições de procedibilidade à concessão da antecipação dos efeitos do mérito.

Como podemos perceber, a formalidade na exigência de pré-requisitos para constituição da antecipatória, em matéria de consumo; comparativamente a tutela geral

---

[118] CUNHA, P. B.da. ob. cit. 157p.
[119] RAGAZZI, J. L. ob. cit. 84p.

disciplinada no CPC, é bem menor, posto que devem estar presentes apenas: relevante fundamento de demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final.

3.4.1 Relevante Fundamento da Demanda

O Código de Defesa do Consumidor, no que concerne a este primeiro requisito, até mesmo em virtude de toda a principiologia consumerista, que se encontra rastreado na idéia de parte mais fraca, conceitos de hipossuficiência técnica, inversão do ônus da prova, a própria vulnerabilidade atribuída aos consumidores, em suma, em decorrência de todos os mecanismos processuais e também de toda a política nacional das relações de consumo, tratou de alargar a incidência deste requisito.

Isto significa que diferentemente do art. 273 do Código de Processo Civil, onde a correlação com esta expressão, prega a existência de "prova inequívoca", e ainda, que o "juiz se convença da verossimilhança da alegação", aqui em sede de consumo, para que seja deferida a antecipatória de mérito, contentou-se o legislador que as circunstâncias deduzidas pelas partes sejam ao menos relevantes ao fundamento da demanda. Ou seja, não há a necessidade da produção de provas categóricas ou inequívocas (devendo ser entendida como cabais), suficientes que as provas sejam indiciárias ou simplesmente indicativas.

É este o espírito do dispositivo ora examinado, isto é, a intenção do legislador quando idealizou a medida, certamente quis facilitar ao máximo a concessão da mesma, quando presente uma situação emergencial que a justificasse. Além do mais, devemos trabalhar com a idéia de que está envolvido simples juízo de probabilidade e não de certeza, o que passa a ser incompreensível para cada caso em concreto, a exigência de provas absolutas. Se assim preferíssemos, acabaríamos inviabilizando a própria aplicação e uso da tutela antecipada.

Portanto, o que deve ficar registrado, é que para o atendimento a este requisito do "relevante fundamento da demanda", é plenamente aceitável que disponha o consumidor de um mínimo de provas da probabilidade de ocorrência e existência do seu direito; não lhe desferindo o encargo de apresentar provas incontestáveis. Até mesmo, porque na maioria das vezes, o consumidor não possui condições técnicas-econômicas de concorrer

com a parte agressora, seja porque as provas a serem produzidas reúnem-se exclusivamente na posse contrária, seja porque sua produção tornar-se-ia economicamente inviável, etc. Basta imaginarmos um lide onde envolva uma grande montadora de veículos e um simples adquirente do produto. Nesta hipótese, é lógico que a desproporção entre ambos é gritante, isto em todos os aspectos. Ou você realmente acredita que se o consumidor, ainda referentemente ao exemplo dado, precisasse produzir provas acerca de um problema mecânico no sistema de freios, seria fácil? A resposta evidente que seria negativa.

Corroborando com todas esta sistemática, existe ainda em favor do consumidor a responsabilidade objetiva da empresa. Posto que, basta ao interessado apenas demonstrar o dano e o nexo causal, ficando ao encargo do fornecedor eximir-se da responsabilidade.

A diferença entre a "prova inequívoca" (do art. 273, caput) e a "prova do relevante fundamento da demanda" é tênue, mas nem por isso imperceptível. Apesar disto, o que temos percebido é uma confusão estabelecida na jurisprudência, no entanto, enquanto consideram ambas as expressões como sinônimas, ao mesmo tempo fazem questão de realçar a desnecessidade de interpretação com rigor das provas inequívocas em matéria de consumo. Ronald Sharp Jr., em obra anotada, seleciona um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual relata o tema em discussão:

> TUTELA ANTECIPADA. RELAÇÕES DE CONSUMO. INTERPRETAÇÃO DA PROVA, SEM RIGOR. A prova inequívoca, para o efeito de antecipação de tutela, quando se trata de relação de consumo, é de ser interpretada sem rigorismo, pois nessa matéria, mesmo em sede de cognição plena, dispensa-se juízo de certeza, bastando a probabilidade extraída de provas artificiais da razão. No conflito entre direitos fundamentais, a regra da irreversibilidade deve ser interpretada com atenuação, atendendo ao interesse preponderante. (TJRS, Ac. Unân. da 9ª Câm. Civ., de 25.08.99, Al. 599.374.303, Rel. Dês. Mara Larsen, Shering do Brasil Química e Farm. Ltda X Jane Zuleica Andrade de Vargas).[120]

Realmente, este é o entendimento que deve prevalecer, qual seja: o relevante fundamento da demanda reúne um grau de probabilidade mediano, enquanto a prova inequívoca, deve ser entendida como indicação cabal do direito do demandante. O que isto em sede de Direito de Consumo, para efeitos de concessão da tutela antecipada não mantém compatibilidade ou incidência. Devendo prevalecer o favorecimento ao consumidor.

---

[120] SHARP, R. J. **Código de Defesa do Consumidor Anotado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 180p.

Assim, importante ressaltar, que não transformaremos os meios probantes da tutela antecipada numa balbúrdia ou verdadeira miscelânea, ao contrário, o que se objetiva é exatamente diminuir o rigorismo, mas mantendo um mínimo de referência do direito provável a ser demonstrado. Seria uma adaptação e interpretação teleológica dos princípios e normas consumeristas com o instituto da tutela antecipada, que assume posição especial em face do instituto geral do art. 273.

3.4.2 Justificado receio de ineficácia do provimento final

Refere-se ao segundo requisito exigido pela lei para concessão da antecipatória. Como podemos observar, a própria expressão utilizada pelo legislador não oferece resistência alguma à sua inteligência.

A exemplo do art. 273, devemos compreender este "justificado receio de ineficácia do provimento final" como sendo uma situação fática a qual esteja apta a desencadear um risco de dano ao interessado direito, tudo isto, na hipótese de haver inércia do poder jurisdicional no que tange a concessão de medida hábil a impedir o fatídico.

Dias apud Ragazzi, consegue retratar bem este significado:

> Não deve o fundado receio ser entendido apenas como um temor subjetivo da parte, mas como aquele apto a gerar um risco efetivo, originado de fatos concretos, isto é, aquele receio que pode ser objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança ou que demonstra haver grande probabilidade de advir grave prejuízo.[121]

Portanto, quando falamos em "fundado receio de dano, deve prevalecer realmente o temor de um risco iminente, caso não sejam tomadas as cabíveis providências. Deve o juiz, quando na análise deste requisito em particular, pautar-se pelo conceito da plausibilidade, que em verdade encarna não uma certeza do direito alegado, porém indícios da afirmação do mesmo, legitimando assim a concessão da tutela emergencial para se evitar danos à parte e conseqüente frustração do direito pleiteado".

É exatamente neste ponto que convergem nossas exposições com as do autor José Luiz Ragazzi:

---

[121] RAGAZZI, J. L. ob. cit. 87p.; DIAS, B. C. **A jurisdição na tutela antecipada** 78p.

> O receio de dano fundamentado, embora não enseja ao juiz certeza incontestável, deve, pelo menos, demonstrar-se plausível de ocorrer, podendo o magistrado, seguindo as regras de livre convencimento, conceder a tutela, levando em conta também de que modo a concessão da tutela pretendida poderá atingir os direitos do réu.[122]

O mesmo autor complementa:

> O receio referido na lei indica a apreensão em torno de um dano não ocorrido, porém prestes a ocorrer, pois, para ser fundado, deve estar cercado de circunstâncias fáticas objetivas, suficientes para mostrar que a falta da tutela ensejará efetivamente a ocorrência daquele dano, que será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação.[123]

De maneira objetiva Belinda Pereira da Cunha desfecha:

> O justificado receio da ineficácia do provimento final encontra-se amparado na idéia de impossibilidade de a execução da sentença de procedência do pedido não chegar em tempo de atender ao direito da parte ameaçada ou até mesmo lesada em seu direito.[124]

3.5 Semelhanças e proximidade com o *fumus boni juris* e *periculum in mora*

Nossa intenção, sem maiores delongas, é apenas demonstrar a relação de proximidade dos requisitos do art. 84, § 3º do CDC com o *fumus boni juris* e *periculum in mora,* estes últimos comuns às medidas cautelares.

Segundo alguns autores, esta identidade é tão grande, que inclusive admitem até mesmo a chamada cautelaridade do art. 84 da Lei 8.078/90, a exemplo de Antônio Cláudio da Costa Machado[125] e também Rodolfo de Camargo Mancuso.[126]

No entanto, a discussão acerca da existência de uma certa carga de cautelaridade, parece-nos em tanto quanto doutrinária, além do que, com a recente modificação no Código de Processo Civil, inclusive com a inserção do § 7º do art. 273 do CPC,

---

[122] RAGAZZI, J. L. op. cit. 87p.
[123] RAGAZZI, J. L. op. cit. 87p.
[124] BELINDA, P. C. da. ob. cit. 157p.
[125] MACHADO, A.. C. C. da. ob. cit. 337-338p.
[126] MANCUSO, R. C. **Manual do Consumidor em juízo.** São Paulo: 2000. 85p.

acrescentado pela Lei 10.444/2002, a qual acabou admitindo ao juiz, quando a "título de antecipação de tutela, requerer providências de natureza cautelar, poderá, o quando presentes os respectivos pressupostos, deferira medida cautelar"; faz com toda a divergência sobre o tema perdesse seu sentido. Nada mais autorizou do que a denominada fungibilidade entre os dois institutos.

Tudo isto, serve para reforçar nossa tese da proximidade dos requisitos de ambos os institutos (cautelar e antecipação de tutela). O *fumus bonis juris* de acordo coma corrente doutrinária predominante, é entendido como a fumaça do bom direito, ou seja, a plausabilidade da existência do direito pleiteado. Onde estabelecendo uma linha de conexão, reúne os mesmos atributos e sentido que o "relevante fundamento da demanda". Assim como o *periculum in mora* (perigo na demora), mantém similitude com o "justificado receio de ineficácia do provimento final (ou seja, o evidente risco na demora da concessão da medida eficaz)".

A autora Belinda Pereira da Cunha deixa transparecer essa idéia de semelhança entre os requisitos de ambos os institutos quando menciona:

> As soluções por meio dos processos hão de ser efetivas e tempestivas, sob pena de não servirem para algo mais que um jogo técnico; todavia, as lesões devem diminuir, o controle às ameaças aos direitos deve existir, sendo esse o pensamento dos legisladores do Código do Consumidor, que criaram um controle externo para as abusividades e, quanto ao processo, geraram uma antecipação de tutela. Esta, com requisitos próximos aos da cautelar, não está meramente a serviço de outro processo, dispensando ação nova, permitindo o adiantamento do provimento final, embora provisório. (grifos nossos)[127]

A autora acima mencionada ultrapassa nossas considerações, inclusive, depois de afirmar e destacar a proximidade entre os requisitos das cautelares e antecipatória vai muito além, quando brilhantemente traça um paralelo de distinções no que se refere a estruturação de um e de outro instituto. Isto significa, que ela reconhece a proximidade apenas quanto a exigência dos requisitos, e negando semelhança aos outros pontos pois fez questão de citar que a tutela antecipatória regulada no art. 84, § 3º do CDC, a exemplo do que ocorre com o instituto geral disciplinado no art. 273 do CPC, não serve para assegurar ou instrumentalizar outro processo e que também não se confunde absolutamente com as

[127] BELINDA, P. C. da. ob. cit. 159p.

cautelares, visto que dispensa ação nova para existência. Podendo surgir como anexo de uma ação já em curso.

José Luiz Ragazzi, também faz alusão a proximidade quando diz:

> Por fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, guarda correspondência com lesão grave e de difícil reparação ("periculum in mora"), aplicável, segundo o art. 798, no âmbito da tutela cautelar, traduzindo ambas, no fundo, situações análogas, ensejadoras de uma tutela de urgência.[128]

3.6 Maior flexibilidade na exigência dos requisitos do art. 84, § 3º, em relação ao instituto geral.

Esta maior flexibilidade, a que nos referimos, fica muito mais fácil de aferição, quando observado o seu elemento quantitativo.

Enquanto a tutela antecipada disciplinada no art. 273 do CPC exige para sua concessão a presença de provas inequívocas, verossimilhança da alegação e alternativamente fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; portanto, um mínimo de três requisitos variáveis; a antecipatória, presente no art. 84, § 3º, contenta-se com o relevante fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento legal, totalizando dois requisitos fixos.

A exigência de apenas dois requisitos fixos na tutela antecipada disposta no CDC, não se trata de inovação legislativa, já que a lei que regulamenta o Mandado de Segurança, vigente desde 1951 já trazia em seu bojo os mesmos pressupostos exigidos no diploma legal para deferimento de necessário provimento liminar. Conforme dispõe o art. 7º, II do *mandamus:*

> Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferido. (grifos nossos)

---

[128] RAGAZZI, J. L. ob. cit. 86p.

Constatamos então que o Código do Consumidor, de maneira vinculada, procurou reproduzir fidedignamente as mesmas condições para concessão da tutela liminar.

Reforçando a idéia de um *plus* na exigência dos requisitos do art. 273 em face do art. 84 da Lei 8.078/90, apresentamos a respeitada opinião de Luiz Ragazzi:

> Para concessão da antecipação da tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, exige-se mais do que para a concessão prevista nos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 da Lei 8.078/90, pois no art. 461 exige-se tão-somente mera probabilidade e, no art. 84, somente a relevância do fundamento da demanda.[129]

Ultimando este tópico, não poderíamos deixar de ressaltar a questão da "irreversibilidade do provimento antecipado", disposto no art. 273, § 2º do CPC, que funciona como requisito complementar na concessão da antecipatória pelo art. 273; e que não existe correspondência no art. 84, § 3º da Lei 8.078/90.

Portanto, esta limitação material existente no art. 273 do CPC, de forma unânime é mencionada pela doutrina como ponto chave de diferenciação entre os dois institutos. Inclusive, seria inviável exigir para concessão da tutela antecipada em matéria de consumo, a possibilidade de irreversibilidade do provimento, até mesmo, porque se assim fosse, contrariar-se-ia todos os princípios orientadores das relações consumeristas, em especial a frustração da efetividade do processo.

3.7 Especificidade do art. 84, § 3º, CDC sobre o art. 273, CPC.

Após todas as considerações suscitadas acerca das diferenças entre a tutela antecipada prevista no art. 273, a qual preferimos intitulá-las de ato normativo geral; e a tutela antecipada disciplinada no art. 84, § 3º da Lei 8.078/90; temos condições suficientes para defender a tese da especificidade desta última modalidade, quando a lide versar sobre relações eminentemente de consumo. Significa dizer que, o aplicador da lei, no caso concreto, havendo necessidade e interesse, na utilização da medida antecipatória, deverá

---

[129] RAGAZZI, J. L. ob. cit. 108p.

sempre optar pela sua concessão nos moldes do art. 84, § 3º, CDC; descartando assim a incidência do dispositivo geral (art. 273), desde que a relação envolvida seja consumerista.

É neste ponto que surge toda a polêmica e discussão doutrinária, isto é, definir em sede de relações de consumo, qual dos institutos tem aplicabilidade? O art. 84, §3º ou art. 273?

Temos aqui, o que a doutrina denomina de conflito aparente de normas, a qual tecnicamente recebe o *nomen juris* antinomia jurídica real e ou aparente, respectivamente de 2º ou 1º grau.

Uma vez instalado o conflito aparente entre normas – utilizam justamente a expressão "aparente" para representar a precariedade deste conflito, posto que a qualquer momento, com a simples integração normativa passa a ser solucionado – surge a necessidade proeminente de saná-la por meio de um procedimento de integração e interpretação das normas e fato envolvido, com a finalidade de alcançar-se uma pacificação da relação.

Neste contexto ganha importância e aplicação a hermenêutica. Esta ciência, harmoniosamente interligada com a ciência jurídica, nos fornecerá instrumentos hábeis a solução daqueles conflitos. Adotando como critérios referências alternativamente, o hierárquico, cronológico ou da especialidade.

A respeito do conceito e campo de atuação da hermenêutica, Carlos Maximiliano menciona:

> A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.
> As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica, e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que no mesmo se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.[130]

[130] MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 1p.

Este deve ser, portanto, o conteúdo a ser retirado da norma, qual seja seu verdadeiro sentido, sua finalidade precípua, aquela que motivou primordialmente sua gênese. É função do juiz, fixar todos os parâmetros, implícitos ou explícitos na norma, a fim de que tenha efetiva aplicação ao fato demonstrado.

Retornando a indagação apresentada pouco atrás, afirmamos categoricamente a especialidade do art. 84, §3º em face do art. 273. Como conseqüência disso, tem preferência à aplicabilidade o primeiro em detrimento do segundo. Isto porque neste conflito de normas deve predominar a regra especial em face da regra geral (*lex specialis derrogat generalis*).

Não obstante a oposição enfrentada, não temos dúvida de que neste conflito do art. 84, §3º do CDC *versus* art. 273 do CPC, o critério hermenêutico lógico que deverá prevalecer será o da especialidade. Conforme supracitado, diz que as normas de ordem específicas ou especiais sobrepõem-se às de conteúdo. Resolvendo assim o conflito, já que o Código do Consumidor, que contém a tutela antecipatória do art. 84, §3º disciplina de maneira especial o Direito Consumerista.

O conflito entre os dois dispositivos reúne todos os pressupostos autorizadores à incidência do brocardo latino (*lex specialis derrogat generalis*), já que: tratam os institutos da mesma matéria jurídica (tutela antecipada) e encontram-se ambos os diplomas legais num grau hierárquico (ambas leis ordinárias).

Refutando a tese referente a especialidade, parte da doutrina defende a prevalência do art. 273 do CPC. Como contra-argumentos afirmou que para o conflito normativo entre os dois dispositivos, o princípio geral a ser aplicado não é o *lex specialis derrogat generalis*, mas *lex posteriori derrogat priori* (lei posterior revoga a anterior). Completando, dizem que o Código de Defesa do Consumidor remonta de 1990, enquanto o Código de Processo Civil (contendo o art. 273) é posterior aquele, datando da lei 8.952/1994. Assim prevaleceria o critério cronológico e não o da especialidade.

Apesar de todos os fundamentos técnicos invocados pelos defensores desta corrente, *data vênia*, não deve referido entendimento perdurar.

Talvez, o grande equívoco daqueles que se opõem à especialidade do art. 84, § 3º, quando se tratar de relação de consumo, seja o fato de desconhecerem a possibilidade de existirem conflitos, mesmo em sede de hermenêutica (no caso e, concreto, lei posterior revoga anterior x lei especial derroga geral). Definido pela doutrina como “antinomia de 2º

grau”. Neste caso, qualquer critério que contrarie o da especialidade, seja o cronológico ou o hierárquico, deve ser dada preferência aquele destacadamente. Assim leciona Magalhães Filho:

> As antinomias aparentes ou de 1º grau são solucionadas pelos seguintes critérios: o hierárquico (‘a norma especial prevalece sobre a geral naquilo que dispõe’).
> As antinomias reais ou de 2º grau (conflito entre normas e entre os critérios de solução) são resolvidos pelo seguinte modo: no conflito entre critério hierárquico e o cronológico, prevalece o hierárquico. No conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico, prevalece o da especialidade. (grifo nosso)[131]

Com isso, evidente que a lei posterior não revogaria a anterior, mas ao contrário, prevalecerá a especial sobre a geral, inclusive, atendendo-se vasta antinomia de 2º grau ou real ao critério exclusivo da especialidade.

Concluindo, em decorrência da aplicação do princípio geral do direito *lex specialis derrogat generalis* em detrimento da *lex posteriori derrogat priori*, na hipótese de concessão da tutela antecipada em eventual relação de consumo, é utilizado o texto legal disciplinado no art. 84, § 3º do CDC, cumulando-se a aplicação do art. 273 do CPC. Atendendo assim ao critério da especialidade.

Além de todas justificativas levantadas, vale a pena sublinharmos que o Código de Processo Civil tem aplicação apenas subsidiária ao diploma consumerista.Isto significa que, a utilização dos dispositivos processualista somente serão utilizados quando o Código de Defesa do Consumidor for omisso relativamente a alguma matéria.Isto posto, no caso da tutela antecipada, a utilização do instituto geral tornar-se-ia defeso, já que existe previsão expressa sobre a antecipatória na lei especial(CDC).Com isso, o exercício e incidência do Código de Processo Civil, em matéria de antecipação dos efeitos do mérito, ficaria obstacularizado. Própria vedação material. Apenas reafirmando, com isso, a especialidade do dispositivo.

Importante ressaltarmos que para efeitos de processamento da medida específica disciplinada no artigo 84, §3° do CDC, em nada se diferenciará daquele procedimento comum previsto às ações processuais; até porque, as regras processuais são gerais.O fato de considerarmos a tutela antecipada do CDC, em preferência ao instituto geral, gerará alguns reflexos significativos apenas na órbita das garantias e requisitos de atendibilidade

---

[131] MAGALHÃES, B. F. G. **Hermenêutica Jurídica Clássica.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 81p.

do direito material, posto que este último, em comparação aquele, oferece, por exemplo, maiores vantagens na sua concessão,entre outras, conforme podemos constatar ao longo da exposição.

3.8 Obrigatoriedade ou facultatividade na concessão?

Diz o §3º, art. 84 que é "lícito ao juiz conceder" a tutela liminarmente desde que preenchidos os requisitos legais.

Analisando a redação deste dispositivo mencionado, surge a indagação se a concessão do presente instituto é faculdade do juiz ou deve ser entendido como uma obrigação?

Para Belinda Pereira da Cunha, trata-se de pura obrigação, assumindo o juiz, o dever da concessão se presentes os requisitos autorizadores da antecipatória, podendo inclusive concedê-la até de ofício:

> São situações em que é insuscetível de traduzir-se com propriedade em termos pecuniários ou exclusivamente em tais, os direitos lesados ou ameaçados, que podemos fartamente relacionar, mas não exaurir, pois a vida é um bem difuso e assim tudo que envolve, sendo este o fundamento em si da antecipação e o dever de fazê-lo o juiz diante da percepção dos requisitos da relevância e do fundado receio, mesmo que não requeira expressamente o titular do direito lesado ou ameaçado.[132]

Diferentemente do art. 273 do CPC, em que é utilizada a palavra "poderá" ensejando uma faculdade; a redação do art. 84, §3º foi omissa em suas reais intenções, gerando confusão ao intérprete. Assim, passa a ser essencial estabelecermos interpretações e algumas integrações normativas, a fim de alcançar-se um resultado final pretendido e correto.

O dispositivo legal fala apenas que é "lícito ao juiz conceder", o que literalmente não pode ser entendido como mera faculdade. Até porque, em sede de interpretação gramatical e ou literal, o texto analisado não pode oferecer reflexões, pelo contrário, desde a primeira leitura, deve revelar seu significado e conseqüências jurídicas, sem que seja

---

[132] CUNHA, P. B. da. ob. cit. 158-159p.

necessária para isto, a aplicação de outra técnica interpretativa, como por exemplo, a extensiva.

No caso em voga, a simples análise literal da expressão “é lícito ao juiz conceder”, não traduz este sentido de facultatividade, ao contrário, desperta na cabeça do intérprete um sentido ambíguo, qual seja, se a “licitude na concessão da medida deve ser uma referência fixa a ser seguida pelo juiz” ou “se esta licitude encontra-se dentro do seu critério íntimo de discricionariedade”. Assim, a simples literalidade do dispositivo não soluciona o impasse, fazendo com que o exegeta faça a aplicação de outro elemento interpretativo, assumindo importância o critério extensivo.

Ocorre que esta interpretação extensiva deve sempre versar estritamente, apenas sobre os elementos da figura fática, não podendo o intérprete inovar para alcançar um resultado pretendido. A interpretação extensiva, ao contrário do que muitos imaginam, possui limitações, e uma delas com certeza é a criação de uma situação de prejudicialidade excessiva a uma das partes. Assim, deve a extensividade da norma ser utilizada para a busca de um resultado comum aos envolvidos; não devendo extrapolar aos elementos fáticos que envolvem cada caso em concreto. Assim, se permitíssemos a extensividade do art. 84, §3º e conseqüentemente, considerássemos uma faculdade, estaríamos ao mesmo tempo negando-lhe um direito subjetivo, o qual está inserido em um panorama maior, que seria o direito a ampla defesa. Que nos moldes constitucionais, desde que lícitos os meios, esta ampla defesa goza de efeitos irrestritos.

Outras técnicas interpretativas assumem aplicabilidade ao problema levantado, como as interpretações teleológicas, sociológicas e declarativas.

Para se buscar uma melhor compreensão dos dizeres da lei o hermeneuta deve sempre ter em mente o fim da lei, pois toda ciência humana, primariamente, dispõe de uma finalística. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, até mesmo pela sua característica protecionista, não poderia ser diferente; suas normas institucionalmente a tutela integral dos consumidores, assim, todas as regras enfeixadas em seu diploma devem sempre convergir para um só ponto comum, qual seja a efetividade da relação processual consumerista.

Portanto, com base nesta concepção é que a concessão da tutela antecipada não pode ser um ato discricionário do juiz, pelo contrário, acompanhando toda a principiologia

do código, deve ser encarada como uma obrigatoriedade, servindo inclusive de somatória aos consumidores dentro da esfera de garantia de direitos difusos.

A respeito da interpretação teleológica, Magalhães Filho expõe:

> A interpretação teleológica ou finalística é a interpretação da norma a partir do fim (vantagem) social a que ela se destina, o que faz da norma em meio para atingir um fim, sendo que o meio será valorado pela sua aptidão para atingir o fim do modo mais efetivo possível de acordo com as circunstâncias dadas. Nessa premissa, o sentido literal do dispositivo ganha maleabilidade para subordinar ao fim colimado.[133]

O autor resume toda a sistemática empregada quando fala que "o sentido literal do dispositivo ganha maleabilidade para subordinar ao fim colimado". Este deve ser o sentido, qual seja, o sentido teleológico da norma destaca-se e sobrepõe-se ao literal, quando estiverem envolvidos interesses indisponíveis e difuso-coletivos.

Complementando esta visão doutrinária, outra técnica interpretativa incidente seria a sociológica. Nela, deve o legislador adequar a norma jurídica ao ambiente social que a envolve. A própria criação da norma jurídica sofreu influências diretas do meio social no qual fora introduzido. É o que aconteceu com o Código de Defesa do Consumidor, sua gênese fora motivada pelo surgimento e intensificação maçante das relações de consumo, chegando a ponto de despontar-se uma legislação específica para disciplinar o tema.

Toda interpretação das normas contidas no estatuto do consumidor, por regra, deve inclinar-se a estas origens sociológicas da própria norma. Segundo Maximiliano, "o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social".[134]

3.9 Responsabilidade por atos jurisdicionais gravosos

Certamente este é um tema que divide opiniões entre os doutrinadores. O que se procura discutir é até que ponto pode o juiz ou mesmo o Estado ser responsabilizado em decorrência de atos jurisdicionais gravosos às partes.

---

[133] MAGALHÃES, G. B. F. ob. cit. 40p.
[134] MAXIMILIANO, C. ob. cit. 157p.

Parte da doutrina nega esta responsabilidade, utilizando como argumentos: a soberania do poder judiciário; autonomia de conduta por parte do magistrado, até para que possa existir a denominada imparcialidade no julgamento; o fato do juiz não ser funcionário público e por último a tese do risco de ofensa da coisa julgada, visto que reconhecendo o vício da decisão, automaticamente estaríamos negando existência e validade ao decidido.

Evidente que tais argumentos não devem prosperar. Relativamente a soberania, trata-se de uma qualidade inerente ao Estado, considerado uno, ou seja, a soberania não incide isoladamente sobre cada poder constitucional garantido (Executivo, Legislativo e Judiciário), pelo contrário, a reunião de todos aqueles que compõe o Estado, sendo tão somente este o detentor da referida soberania.

Quanto à independência do magistrado, vale frisarmos que ela não é atributo tão somente do Poder Judiciário, uma vez que a independência funcional, orienta toda a estrutura dos três poderes constituídos, inclusive, esta independência deve ser conjugada com a harmonia.

Dizem também que o juiz não é funcionário público, por isso não estaria abrangido pelo art. 37, §6º da CF, o qual utiliza a expressão "agente público" para responsabilizar o Estado pelos atos de seus funcionários, desde que esteja no exercício da função. Afirmando ser a responsabilidade objetiva. No entanto, quando o citado dispositivo legal utilizou a palavra agente, ao invés de restringir a abrangência, deu uma interpretação ampla, já que a palavra agente reúne toda espécie de funcionários que prestam serviços à Administração Pública, seja direta ou indiretamente, cargo, função, ou emprego público. Assim, abarcando inclusive os juízes.

Talvez o argumento mais convincente seria aquele o qual afirma que a atribuição de responsabilidade aos magistrados ofenderia a coisa julgada. Apesar disso, nem mesmo este é capaz de afastar a obrigação reparatória pelo ato gravoso, posto que, segundo Zanella Di Pietro:

> O fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial, a decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado

> que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.[135]

O art. 37, §6º da Constituição Federal prevê:

> Art. 37 – (...)
> §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como podemos observar, a responsabilidade decorrente de atos lesivos, ocasionados por agentes da administração direta ou indireta, é objetiva. Isto significa, que para reparação basta que o interessado demonstre o dano sofrido, além disso, que esteja presente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente público. O que em tese obrigaria o Estado ao adimplemento. Podendo, posteriormente, discutindo-se culpa ou dolo, cobrar regressivamente do funcionário o que efetivamente desembolsou.

O entendimento não poderia ser outro, toda vez que o magistrado, em virtude de sua conduta, comissiva ou omissiva, provocar danos as partes, pelo fato de ser funcionário público, estaria o Estado vinculado objetivamente à reparação do mesmo. Neste sentido expõe José Cretella Júnior:

> O sujeito de direito responsável é sempre a pessoa jurídica pública do qual o magistrado é o representante; correspondendo à expressão funcionário público da Constituição Federal.
> Atualmente, a orientação só pode ser uma. O Poder Judiciário é um dos Poderes do Estado. O órgão judicante é órgão do Estado. Havendo prejuízo comprovado, o Estado responde, de acordo com a teoria objetiva, independentemente da culpa ou dolo do juiz.
> O Estado é representado pela pessoa do juiz, órgão judicante a quem se confia a nobre função de julgar. No entanto, o juiz é humano e se *in agendo* ou *in omittendo*, ocasionar danos, responderá o Estado civilmente pelos prejuízos patrimoniais ou morais causados.[136]

Apesar de toda exposição técnica, cumpre salientarmos, que a jurisprudência brasileira não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que, conforme as palavras de Zanella Di Pietro, "é lamentável porque podem existir erros flagrantes não

---

[135] DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 534p.
[136] CRETELLA, J. J. **O Estado e a obrigação de indenizar.** Rio de Janeiro: Forense, 1998. 285p.

só em decisões criminais, em relação as quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também em relação às áreas cíveis e trabalhistas".[137]

Zanella apud Maria Ercília Mendes Alcântara, relaciona algumas hipóteses onde existam atos jurisdicionais os quais poderíamos considerá-los gravosos à parte, vejamos:

> (...) prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízos à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado.[138]

Destas hipóteses de atos jurisdicionais potencialmente lesivos e desencadeadores da obrigação por parte do Estado de indenizar a parte objetivamente, o que mais nos interessa no momento, em fase dos estudos desenvolvidos acerca da tutela antecipatória, seria "a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível". Como exemplo seria o caso de estarem presentes todos os requisitos autorizadores da antecipatória, em sede de relação de consumo, e o juiz por capricho, ou desconhecimento do próprio dispositivo e sua "carga de obrigatoriedade", deixa de adiantar ao consumidor parte ou a totalidade dos efeitos do mérito. Neste caso, poderia tranqüilamente, ao menos, em tese, ser o magistrado responsabilizado. No entanto, como podemos constatar, infelizmente a jurisprudência não tem reconhecido esta potencialidade de dano advindo ou surgido a partir dos atos jurisdicionais gravosos.

Acredito que as garantias ou prerrogativas inerentes à função do magistrado, de certa forma, contribuíram diretamente à produção de uma falsa idéia acerca da intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, o qual desfruta, na concepção de pessoas de um órgão autônomo e independente, o qual encontra-se acima de qualquer suspeita, onde para alguns seja o sinônimo da justiça perfeita, afastando de sua esfera de atuação, qualquer possibilidade de erro. O que esbarra num grande equívoco dedutivo.

Por fim, importante registrarmos que o art. 133 do Código de Processo Civil tem aplicação apenas no caso de Ação Regressiva contra o magistrado. Na ação regressiva, o

---

[137] DI PIETRO, M. S. Z. op. cit. 535p.
[138] DI PIETRO, M. S. Z. op. cit. 535p.

Estado tentará cobrar do juiz aquilo que arcou objetivamente em face do dano ocorrido. Acontece que nesta segunda relação (regressiva) entre Estado/Magistrado, a responsabilidade será subjetiva, o que implica em dizer que cabe ao Estado demonstrar, no caso específico dos juízes (art. 133, CPC), o dolo ou fraude na sua ação ou omissão. Não respondendo o juiz subjetivamente pelo elemento culpa (entendida em sentido estrito).

Seguindo esta orientação doutrinária, José Cretella Júnior procura traçar um parâmetro entre a aplicação do art. 133 do CPC e seus reflexos no âmbito reparatório:

> O Código de Processo Civil, art. 133, capitula a responsabilidade do juiz, diretamente, mas na realidade, ocorrendo o dano e o nexo causal, antes de tudo, o Estado é responsável, pagando as perdas e danos, em conseqüência da condenação, na ação correspondente que o prejudicado move contra o Estado.
> Apura-se depois a responsabilidade pessoal do juiz combinando-se o que dispõe a Constituição, art. 133, I e II, porque o magistrado age em nome do Estado e, se causa prejuízo ao administrado, o Estado indeniza exercendo depois, obrigatoriamente, o direito de regresso contra o agente público – o juiz – causador do dano, sem prejuízo de outras medidas, penais e administrativas, cabíveis na hipótese.[139]

[139] CRETELLA, J. J. ob. cit. 245p.

4 CONCLUSÃO

É impossível não reconhecermos a evolução nos últimos tempos das denominadas relações de consumo.Podemos citar como fatores impulsionadores a explosão demográfica ocorrida ao longo dos tempos, a intensificação das relações de comércio (podendo serem entendidas com relação de consumo) e a própria globalização. Todos fatores conjuntos e interligados.

Como conseqüência dessa multiplicidade das relações consumeristas, nas palavras do mestre CAPPELLETTI, “fenômeno de massa”, surgem os conflitos de interesses entre as partes conflitantes, nascendo a figura do consumidor e fornecedor. Este último tido como parte mais forte da relação, o que ensejou uma atuação mais protetiva por parte do Estado, no sentido de garantir o equilíbrio de forças. Isto tudo desencadeou a idealização de instrumentos de proteção integrais dos consumidores, dando origem, principalmente no Brasil, ao Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90).Além do código, outros mecanismos podem ser elencados, entre esses, órgão especializados e também a figura das ONG’s (PROCON, IDEC e etc.) O próprio estatuto de defesa do consumidor prevê alternativas processuais para uma maior proteção dos consumidores, trazendo dispositivos de conteúdo protetivo como a possibilidade de inversão do ônus da prova, ampla solidariedade entre os fornecedores, desconsideração da personalidade jurídica, todo um contexto principiológico garantidor das relações , a própria tutela antecipada específica e etc.

Constatamos que o conceito de consumidor adotado pelo código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente a característica do sujeito que adquire bens ou então contrata a prestação de serviços Enfatizando a destinação final. Imaginando que o indivíduo age com o fim exclusivo de atendimento de uma necessidade própria e não para práticas comerciais, por exemplo. Segundo nosso entendimento, o conceito mais apropriado para consumidor seria: indivíduo, considerado como pessoa física, que detém poder de contratação, com fim precípuo de adquirir bens (mercadorias) e ou prestação de serviço, tendo como condição o atendimento de uma necessidade própria ou alheia. E que seu conceito deve ser aplicado em todas as situações onde haja relações de consumo. Já o fornecedor seria a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolvem atividades típicas de fornecimento, as quais possuem caráter de

profissão e habitualidade. As normas consumeristas são de natureza pública e também com características de Direitos Difusos e Coletivos.

Além de todos os princípios gerais de direito aplicáveis as relações consumeristas, existem princípios específicos elencados no art.1º ao 7º do C.D.C. Como exemplos podemos citar:Dignidade Humana, Vulnerabilidade do Consumidor, Ação Governamental m prol dos Consumidores, da Educação e Informação, Responsabilidade Objetiva, Boa Fé e etc.

Aferimos que o Código de Defesa do Consumidor possui um sistema diferenciado e inovador de responsabilização dos atos danosos ocorridos nas relações de consumo, prevendo inclusive a responsabilidade objetiva dos fornecedores. Enquanto isso, dispõe que o comerciante possui uma responsabilidade subsidiária, no entanto, uma subsidiariedade taxativa. Por outro lado, o estatuto dos consumidores, a título de exceção, coloca que a responsabilidade dos profissionais liberais prestadores de serviços, será apurada mediante culpa, ou seja, para esta classe que fornecedores, foi adotada a teoria subjetiva da culpa, que exige a comprovação dos danos e efetiva culpa por parte dos prestadores dos serviços.

Verificamos dois grandes tipos de responsabilidade no C.D.C.: a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e a decorrente do vício do produto. A responsabilidade pelo fato do produto, refere-se exclusivamente aos defeitos referentes a segurança do bem. Enquanto a responsabilidade pelo vício do produto faz referência, enquanto a àquela advinda do vício do produto atinge diretamente a segurança ou integridade física do consumidor, relacionando-se com sua saúde.

Apesar da responsabilidade objetiva ser a regra nas relações de consumo não assume características de responsabilidade absoluta, a ponto de equiparar o fornecedor a um total assegurador do produto. Por isso, a própria legislação trata de enumerar algumas situações nas quais exclui-se obrigação de reparação por parte do fornecedor.Vêm expressas no art. 12, § 3º da Lei 8.078/90: a não colocação do produto no mercado; a inexistência do defeito ou a culpa pelo evento ser exclusivo do consumidor ou de terceiro.A indagação que surge é se este rol que elenca as excludentes seria taxativo, respeitados os posicionamentos contrários, compartilhamos do entendimento de que se trata de rol exemplificativo, porque seria uma grande incongruência não considerarmos, dentro do tema da responsabilidade civil, a possibilidade de ocorrência de outras modalidades de excludentes como o Caso Fortuito e a Força Maior. Modalidades essas,

que para critério doutrinário e jurisprudencial é assunto pacificado. Além do mais, se não as considerássemos, estaríamos criando uma modalidade de responsabilidade absoluta. O que feriria princípios constitucionais básicos.

Com o surgimento dos conflitos de interesses, decorre a necessidade de pacificação de tais conflitos. Como o Estado não autoriza a justiça por mãos próprias, o interessado, frente à imposição legal da inafastabilidade da jurisdição, encontra como exclusiva alternativa à solução do seu problema a via processual instrumental. Confirmando assim, a noção da expressão Acesso a Justiça. No entanto, este acesso à justiça deve ser efetivo, suficiente para proporcionar um provimento justo e célere, a fim de atender aos anseios das pessoas que os almejam. Com isso, este conceito de efetividade processual vai de encontro à morosidade judicial, caracterizada por procedimentos complexos e excessivamente extensos. O que como conseqüência leva a um inchaço do órgão judicante. Foi como meio alternativo à solução dessa morosidade que teve êxito a criação de procedimentos mais reduzidos e eficazes aos problemas apresentados. Podemos citar as Ações Cautelares e a própria Tutela Antecipada, objeto do nosso estudo.

Poderíamos, de maneira simplista, definir tutela antecipada como sendo o deferimento provisório dos efeitos do pedido inicial, com reflexos totais ou parciais, inclusive, autorizando a execução ao caso, quando se mostrar necessário. Os elementos caracterizadores da Tutela Antecipada são: urgência, sumariedade material-formal, revogabilidade e modificabilidade, provisoriedade e satisfatividade.

Apesar muita discussão doutrinária, é consoante que a tutela antecipada, quanto a sua natureza jurídica, não é cautelar., porque entre outros argumentos, não se trata de medida destinada a impedir o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro, mas suficiente para antecipação dos próprios efeitos do mérito a uma relação em particular. A natureza jurídica da tutela antecipada não é cautelar, ao contrário, apresentando características de serem efetivamente satisfatórias, de cunho provisório, no entanto, com feição mandamental

Com relação à legitimação para requerer a antecipatória, concluímos que cabe ao autor pleiteá-la, mas excepcionalmente o réu dependendo da posição que ocupar na relação jurídica também encontrar-se-á autorizado a buscar os benefícios ou efeitos da antecipação do mérito. Em algumas situações específicas, também terá o Ministério Público poderá pleiteá-la; assim como os assistentes.nas intervenções de terceiro.

Como qualquer medida exigida em juízo, a tutela antecipada disposta no art. 273 do CPC, prevê o preenchimento de alguns requisitos, , são eles: o requerimento da parte(já que não pode ser deferida de ofício pelo juiz), deve haver prova inequívoca do direito (aferimos que este conceito de prova inequívoca deve ser entendido como àquela que desperta no magistrado um juízo de verossimilhança, ou seja , proporciona-lhe segurança em decidir; no entanto, essa noção de inequivocidade, não deverá assumir caráter de rigidez absoluta, dependendo do caso concreto, deve ser flexibilizado.), verossimilhança da alegação(entendemos ela é caracterizada pela certeza realização do direito, aproximando-se do *fumus bonis juris,* no entanto não existe relação de identidade, já que a verossimilhança exige uma grau mais elevado de probabilidade se comparado ao *fumus bonis juris.),*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A tutela antecipada não se encontra eivada de inconstitucionalidade, não ofendendo assim o devido processo legal. Não ocorre sucumbência do devido processo legal, mas o que de fato sucede é que o direito de defesa por parte do réu fica postergado.Além disso, o fato da antecipação ser passível de revogação e modificação a qualquer tempo, não ofende o direito de defesa do réu, já que percebendo a cessação de motivos autorizadores da medida pode pleitear a sua inutilização e todos os efeitos dela decorrentes.

Com relação ao momento adequado para concessão da tutela antecipada, o CPC não estabeleceu um momento específico para a concessão da tutela antecipada. Para efeitos didáticos, apresentamos 4 momentos oportunos: formulação do pedido na petição inicial (art.273,I, CPC); outro momento para requerer a medida seria após a apresentação da defesa por parte do réu, se presente abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art.273, II, CPC); o terceiro momento para concessão da tutela antecipada seria após os debates orais, antes da sentença, desde que o juiz entenda estarem presentes os seus requisitos autorizadores; por último, é possível a concessão do benefício em fase recursal.

Constatamos que a forma de execução da tutela antecipada se dará na forma do art. 588, II e III do CPC (execução provisória). A tutela antecipada se diferencia das cautelares nos seguintes quesitos: a cautelar é pleiteada em ação autônoma, enquanto a antecipatória e requerida nos autos do processo principal; é legitimado para requerer a medida cautelar tanto o autor quanto o réu, já nas satisfativas, em regra somente o autor; por último podem

as cautelares ser deferido de ofício pelo juiz, nas antecipatórias este procedimento não se encontra autorizado.

Concluímos pela possibilidade de concessão da tutela antecipada face à Fazenda Pública. Os principais argumentos de peso negando a antecipação dos efeitos de mérito contra os entes públicos são: Lei 8.437/92 – art. 1º; art. 475, CPC e art. 100, caput, CF, todos devidamente rebatidos durante a exposição. O que deve prevalecer é o princípio constitucional da ampla defesa, de incidência geral e irrestrita, caso contrário, qualquer vedação legal a concessão da antecipatória frente a Fazenda, deverá ser encarado como cerceamento de defesa.

O art. 83, caput; que dispõe: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela". Este dispositivo revela a intenção primordial do legislador em tutelar o consumidor, tido como parte hipossuficiente nas relações de consumo. Além disso, o presente dispositivo legal vem de encontro com os princípios que regem as relações consumeristas, entre eles o da efetividade processual, proteção integral ao consumidor, reparabilidade dos danos surgidos na relação, inversão do ônus probatório e a assertiva sobre a vulnerabilidade do consumidor (hipossuficiência). Assim como na tutela antecipada disposta no artigo 273 do CPC, existe previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor de medida antecipatória do mérito. Apresenta os seguintes requisitos: relevante fundamento da demanda (diferentemente do art. 273 do Código de Processo Civil, onde a correlação com esta expressão, prega a existência de "prova inequívoca", e ainda, que o "juiz se convença da verossimilhança da alegação", aqui em sede de consumo, para que seja deferida a antecipatória de mérito, contentou-se o legislador que as circunstâncias deduzidas pelas partes sejam ao menos relevantes ao fundamento da demanda. Ou seja, não há a necessidade da produção de provas categóricas ou inequívocas (devendo ser entendida como cabais), suficientes que as provas sejam indiciárias ou simplesmente indicativas.) e justificado receio de ineficácia do provimento final. Percebemos que aqueles dois requisitos retro-citados possuem grande semelhanças com o *fumus bonis juris e periculum in mora.* Além disso, mantém relação direta com os requisitos do mandado de segurança disposto na lei 1.533/51.

Concluímos pela existência de uma maior flexibilidade quanto aos requisitos do art. 84 do CDC. Enquanto a tutela antecipada disciplinada no art. 273 do CPC exige para sua concessão a presença de provas inequívocas, verossimilhança da alegação e

alternativamente fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; portanto, um mínimo de três requisitos variáveis; a antecipatória, presente no art. 84, § 3º, contenta-se com o relevante fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento legal, totalizando dois requisitos fixos.

Concluímos também pela especialidade da tutela antecipada disposta no art.84, § 3º do CDC comparado ao art.273, caput do CDC, quando se tratar da concessão da tutela antecipada em sede de relações de consumo, tudo isto fundamentado em princípios gerais do direito e também conforme aplicação de regras de hermenêutica clássica. Além disso, percebemos que as normas de direito processual civil são aplicadas com função meramente subsidiária ao código de defesa do consumidor, isto quando existir previsão legal expressa. O que não ocorre no caso em debate, visto que o próprio estatuto consumerista traz norma sobre a antecipação dos efeitos do mérito, o que conseqüência faz dele, pelo menos nesta matéria, auto aplicável, não ensejando a necessidade de utilização do código de Processo Civil.

Outro ponto de diferenciação das tutelas antecipadas dispostas no art.273 do CPC e art.84 do CDC seria a questão da facultatividade que dispõe o juiz na concessão. No entanto, concluímos que relativamente ao segundo diploma, o juiz não teria mera faculdade de concessão, ao contrário, aquela discricionariedade apregoada no Código de Processo Civil, ganha atributos de obrigatoriedade em juízo de consumo. Podendo, inclusive, ser considerado um direito subjetivo do autor.

Ultimando nossa pesquisa, conferimos a possibilidade de responsabilização objetiva do Estado pelos atos judiciais gravosos às partes. Dentre estes atos judiciais gravosos inclui-se a não concessão de medidas de cunho liminar quando presentes seus requisitos autorizadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. B. de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, E. C. **Tutela Antecipada na Reforma Processual** :antecipação de tutela na ação de reparação de dano, 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

ALVIN. A. **Código do Consumidor e Legislação Correlata.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL, J. R. P. de. **Tutela Antecipatória**, São Paulo: Saraiva, 2001.

ASSIS, A. de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BEDAQUE, J. R. S. dos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, [s.n.].

BENJAMIN, A. H. V. de. *et al*- **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do ante projeto. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

BONATTO, C.; MORAES, P. V. D. P. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.119p apud FREITAS, A. O. de. **Revista Direito do Consumidor:** responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPPELLETTI , M. Formações sociais e interesses coletivos diante da justificativa civil. **Revista de Processo, [S.I.],** v. 5, ano 2, n. 130 jan./mar, 1988.

CAPPELLETTI, M.; GORTH, B. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

CARNEIRO, A.G. **Da antecipação de Tutela no Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO, F. da C. N. **O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAVALIERE, S. F. **Programa de Responsabilidade Civil.** 3. ed. [S.I.]: Saraiva, 2000.

CINTRA, A. C. A. de., GRINOVER, A. P.de., DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COMPARATO, F. K. **A Proteção do Consumidor**: importante capitulo do direito econômico, in Defesa do consumidor: textos básicos. Brasília: MJ/CNDC, 1998.

CRETELLA, J. J. **O Estado e a obrigação de indenizar.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA, B. P. da. **Antecipação da Tutela no Código de Defesa do Consumidor:** Tutela Individual e Coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.

DENARI, Z. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 7. ed. São Paulo: Forense, 2001.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FILOMENO, J. G. B. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAMA, Z. H. **Curso de Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, M. K. **Responsabilidade Civil**: dano e defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HOLANDA, A. B. F. de. **Mini Aurélio – minidicionário da língua portuguesa – século XXI.** 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

KAZUO, W. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

LÔBO, P. L. N. **Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço.** 1 ed. [S.I.]: Brasília Jurídica, 1996.

LOPES, J. B. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, A. C. C. da. **Tutela Antecipada.** 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAGALHÃES, B. F. G. **Hermenêutica Jurídica Clássica.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MANCUSO, R. C. **Manual do Consumidor em juízo.** São Paulo: 2000.

MARINONI L. G. **A antecipação da Tutela.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, C. L. **In Contratos no Código de Defesa do Consumidor** : o novo regime das relações contratuais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, C. L. ***in*** **Revista Jurídica**, nº 268.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, S. M. V. de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização**: a descoberta da cidadania. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil**: Direito das Obrigações 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, J. C. B. **A efetividade do processo de conhecimento**, Revista de processo, ano19, n.74 São Paulo: 1994.

NERY, N. J. **Em Revista do Consumidor.** n. 3 setembro/dezembro, 1.ed. [S.I.]: Editora dos Tribunais,1992.

NERY, N. J. **Código Brasileiro do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NERY, N. J.; NERY, R. M. A. de. **Código de Processo Civil Comentado e legislação Processual Civil Extravagante.** 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

NORRIS, R. **Responsabilidade Civil do Fabricante pelo fato do produto.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUNES, L. A. R. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 1. ed. [S.I.]: Saraiva, 1996.

PASSOS, J. J. C. de. **Da antecipação da tutela, in Reforma do Código de Processo Civil**. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

PEREIRA, C. M. da S. **Em Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Vol.I São Paulo: Forense, 1997.

RAGAZZI, J. L. **Tutela Antecipada nas Relações de Consumo**. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, .2002.

ROCHA, S. L. F. da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto do Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSA, J. S. **Relações de Consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores .** São Paulo: Atlas, 1995.

ROTHEMBURG, W. C. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

SAAD, E. G. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078 de 11.09.90**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, M. A. dos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, V. I, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SHARP, R. J. **Código de Defesa do Consumidor Anotado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

SHIDOU, O. **Proteção ao Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22.ed. [S.I.]: Forense, 2002

SILVA, O. A. B. da. **Curso de Processo Civil.** V. I, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO, H. J. **Curso de Direito Processual Civil.** V. I. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, S. de. S. **Direito Civil -Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, A. A. T. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela.** Colaborador Roberto Armelin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, K. **Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 22 São Paulo: 1