

ASPECTOS ESPECIAIS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES¹

*Nelson Luiz Pinto**

SUMÁRIO: 1. A tutela jurisdicional efetiva; 2. Os modos pelos quais pode ser veiculada a tutela jurisdicional; 3. O conteúdo jurídico dos princípios da isonomia e da proporcionalidade em relação à prestação da tutela jurisdicional; 4. O caráter especial da proteção aos consumidores; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A outorga da tutela jurisdicional exige o respeito a determinados princípios fundamentais ou gerais do Direito Processual Civil, muito deles alçados à categoria constitucional.

Partindo-se desses princípios, divisa-se uma tutela constitucional do processo, cujo significado e escopo são os de assegurar a conformação dos institutos processuais aos postulados que advém da órbita constitucional.

Antes, porém, de abordar os aspectos pertinentes à função da tutela jurisdicional, é necessário delimitar o conceito da própria tutela jurisdicional, elemento que pode ser inferido, ainda que implicitamente, das considerações apresentadas anteriormente a respeito da jurisdição e dos postulados indispensáveis para o seu exercício, dos quais releva destacar, dentre outros o da necessária imparcialidade do magistrado.

A respeito da tutela jurisdicional, colocando esse conceito como função jurisdicional, nos diz Giuseppe Chiovenda, partindo do pressuposto de que a elaboração de leis e a manifestação sobre o direito são monopólios estatais, que “o Estado moderno considera, pois, como sua função essencial à administração da justiça, somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder que se denomina ‘jurisdição’. Para isso ele organiza órgãos

¹ Trecho extraído de parecer do autor oferecido nos autos da Ação Civil Pública nº 200.61.13.000870-0 da 1ª Vara Federal de Franca, estado de São Paulo, em maio de 2000.

* Doutor e Mestre em Direito processual Civil pela PUC/SP. Professor dos Cursos de Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação da PUC/SP.

especiais (jurisdicionais), o mais importante dos quais são os juizes (autoridades judiciárias). Perante estes deve propor a sua demanda aqueles que pretenda fazer valer um direito em juízo. A tarefa dos juizes é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios considerem existentes como vontade concreta, dado os fatos que eles considerem realmente existentes”. (*Principi di diritto processuale civile*, § 2º, reimp., Padova, 1965).

Sendo, pois, a função dos juizes essa de afirmar a vontade abstrata da lei, tornando-a realidade da função jurisdicional, que “parece-nos que o que é característica da função jurisdicional seja a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada de outrem. Essa substituição tem lugar de dois modos, referentes a dois estágios do processo, a cognição e a execução”. (op. cit., p. 296)

A principal objeção apresentada contra o entendimento de Chiovenda está resumida na crítica elaborada por Galeno Lacerda ao caráter substitutivo atribuído pelo jurista italiano à atividade jurisdicional, dizendo que “essa tese absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiverem por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil inquisitório – v.g. nulidade de casamento), senão que deixa *in albis* também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questões de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como as relativas à competência e à suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de ‘substitutividade’ a uma atuação originária, direta e própria das partes”. (*Comentários ao código de processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 1980, p. 22)

A doutrina de Chiovenda está permeada de méritos que serviram, e ainda servem com proposições fundamentais da ciência processual. Contudo, a crítica mais séria que se poderá fazer a essa doutrina. Sem que isto a desmereça, evidentemente, está em que o grande processualista italiano, sob a influência das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas a função de legislar e a função de aplicar a lei ao caso concreto. Assenta-se seu pensamento na postulação de que o ordenamento jurídico estatal é um dado prévio, uma situação existente completa e imutável que se coloca pela norma jurídica para o magistrado, restando a ela a exclusiva tarefa de aplicá-la ao caso concreto.

As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora de direito, na medida em que o preceito legal

abstrato como ele é, em sua formulação genética, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta da pessoa (natural ou jurídica), projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento.

Essa crítica, entretanto, de modo algum invalida o entendimento esposado por Chiovenda quanto ao caráter de substitutividade da jurisdição, desde que se entenda essa concepção como significando a imparcialidade do juiz, que deve ser sempre estranho aos interesses sobre os quais incida sua atividade, mantendo-se numa posição equidistante e de naturalidade em relação às partes.

Nesse sentido é a posição de José Joaquim Calmon de Passos que, ao analisar as posições de Chiovenda, entende que o que distingue a jurisdição das demais atividades desempenhadas pelos órgãos do Estado é o fato de manter-se o juiz como terceiro imparcial, em relação ao objetivo do processo. (*Da jurisdição*, p. 31 e p. 22, s. 1., 1957)

A propósito, ressalta Ovídio A. Baptista da Silva que o “caráter substitutivo da jurisdição decorre de um pressuposto à atividade jurisdicional, que é o fato do monopólio da jurisdição. Em ter percebido esta óbvia circunstância inerente à função jurisdicional, que a torna necessariamente substitutiva, posto que aqui a atividade do Estado será sempre secundária de uma atividade primária dos interessados, que o próprio Estado proibira, reside o mérito da doutrina de Chiovenda”. (*Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, v. 1, 1998, p. 41)

Podemos dizer que há prestação da jurisdição, assim significando a definição do direito em relação ao caso concreto pelo Poder Judiciário, tanto nos casos em que a demanda é extinta sem apreciação do mérito, por falta de pressuposto ou condição de admissibilidade, como também e principalmente quando é extinta com a apreciação do mérito.

No primeiro caso, quando o processo é extinto por falta de cumprimento de pressuposto processual (CPC, art. 267, IV = pressupostos processuais de existência e validade) ou de condição da ação (CPC, art. 267, VI = legitimidade de partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido), a jurisdição é prestada no sentido de expressar que a demanda não possui condições de ser apreciada em seu mérito, sendo justamente este o resultado da aplicação da lei ao caso concreto.

No segundo caso, superado o juízo de admissibilidade da demanda, em outras palavras, após se verificar que o processo preencheu os pressupostos processuais necessários para a sua regular constituição e desenvolvimento, bem como a presença das condições necessárias que autorizam a apreciação das questões de direito material invocado pelas

partes, o magistrado analisa a *causa pretendi* da demanda, assim definida pelos fatos e fundamentos jurídicos narrados pelo autor na peça vestibular e respectivo pedido, consolidados pelo réu ao apresentar a contestação que tiver, em consonância com as provas consideradas nos autos e, após formar a sua convicção a respeito, segundo o princípio processual da livre convicção motivada, associado ao da persuasão racional do juiz, emite em juízo de valor a respeito do processo, proferido sentença escolhendo ou rejeitando o pedido do autor, dentre outras hipóteses, definindo o direito aplicável ao caso concreto.

Por outro lado absolutamente de nada adianta a prestação da jurisdição, como atuação concreta da lei por intermédio do órgão do Poder judiciário competente, se essa atividade carecer de efetividade, ou seja, se for inócua para aquele que é o titular do direito tudo aquilo e principalmente aquilo que ele tem o direito de obter”. (Dellázio nascente dal contratto preliminare. *Revista del diritto commerciale*, v. 9, p. 1)

Nessa perspectiva, foi abandonada pela ciência processual a vetusta idéia no sentido de que a simples prestação jurisdicional, consubstanciada em uma sentença de mérito, seria suficiente para caracterizar a outorga da tutela almejada pela parte, passando a agregar a esse conceito as noções de *utilidade e efetividade* como elemento dessa tutela.

Entendemos, assim, a tutela jurisdicional como sendo o pronunciamento judicial emanado da autoridade competente dado a favor de quem esteja amparado no plano do direito material, de modo a ser útil e efetivo, assegurando-lhe a sua existência e o seu exercício.

A noção de tutela pode dizer respeito, amplamente, às regras de conduta que compõem um ordenamento jurídico (direito objetivo), visto que ele deve encontrar atuação nos fatos, proporcionando a passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser.

Em sentido mais restrito, a mesma expressão pode referir-se a situações jurídicas concretas, que devem ser garantidas por critérios adotados pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual parece correto admitir maior abrangência à locução examinada – tutela jurisdicional – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado, devendo ser consideradas, neste aspecto, as chamadas tutelas diferenciadas.

Observa Donaldo Armelin que “dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’. Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado.

Outro, m qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no ‘iter’ procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”, (Tutela jurisdicional diferenciada, in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, 23/105, São Paulo, jun. 1995)

Consideração análoga pode ser feita quanto ao emprego da locução tutela específica que, embora se refira essencialmente ao resultado do processo, não deixa de considerar os meios ordenados à produção desse resultado. Basta, para tanto, considerar que a especificidade da tutela considera que os meios atuam diretamente sobre o objeto do direito exequendo ou coisa devida, para que assim se atinja uma restauração idêntica à da situação violada.

A regra contida no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil é bastante expressiva neste aspecto e estabelece, para a prestação da tutela específica expressiva neste aspecto e estabelece, para a prestação da tutela específica concernente ao resultado prático almejando, uma série de medidas de suporte, algumas delas atuando indiretamente e outras proporcionando diretamente o bem da vida postulado pelo demandante.

Impende dizer, diante disso, que a tutela jurisdicional não é apenas o pronunciamento judicial dado em favor daquele que afirma ser titular de um direito subjetivo desrespeitado por outrem, mas também um pronunciamento que seja efetivo e útil, sob pena de ser frustrada a pretensão daquele que, em face da violação de seu direito, busca guarida junto ao Poder Judiciário.

Diante disso é inexorável a conclusão no sentido de que a eficiência da justiça civil, como valor ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito.

Ressalta Giorgio Constantino ser a ineficácia do processo equivalente à inexistência de regras gerais e predeterminadas, com retorno ao sistema feudal “*nell’ambito del qual ela tutela delle situazioni subietive reside esclusivamente neel’appartenenza ad un gruppo (a uma lobbie, a um partido, ad uma associazione più o meno secreta) e non nell’applicazione, per tutti i consociati; è abolizione nen solo del processo, ma del diritto stesso*”. (11 processo incivile nel 1995, p. 225 – note sulla applicazione dimezzata della riforma. 11 foro italiano, maio, 1995)

As regras que compõem o devido processo constitucional destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro, conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos que necessitam recorrer à atividade jurisdicional do Estado.

O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil.

Daí decorre a idéia de efetividade como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que alicerçam os fundamentos do sistema processual brasileiro. Não basta assegurar, portanto, a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele.

Em razão disso, a inafastabilidade do processo não deve representar garantia formal de exercício do direito de ação, absolutamente o contrário é que deve ocorrer, no sentido de que sejam oferecidas e defendidas condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário.

Absolutamente nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos a utilização dos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.

Do mesmo modo, também de nada adianta possibilitar o acesso ao Poder Judiciário daqueles considerados hipossuficientes, se não tiverem condições plenas para o exercício da postulação ou da defesa em juízo, por carecerem de recursos financeiros suficientes para sustentar a questão levada a juízo.

Com o intuito de dar efetiva aplicação à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), dando a cada uma das partes mecanismos processuais que as coloquem numa situação de igualdade, é que a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, prevê, por exemplo, em seu art. 6º, inciso VIII, possibilidade de inversão do ônus da prova, com o fim de facilitar a defesa do consumidor em juízo, pois não teria ele condições econômicas para arcar com o custo para a produção de determinada prova.

A efetividade da tutela jurisdicional pressupõe, conforme será observado mais adiante, um tratamento igualitário entre as partes que estão litigando, em consonância com o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Tratamento igualitário não significa, evidentemente, tratamento idêntico, até porque, em determinados casos uma das partes apresenta-se em posição muito mais vantajosa do que a outra como ocorre, por exemplo, nas relações de consumo, motivo pelo qual é necessária uma intervenção legal, a fim de que igualdade seja estabelecida ou mantida.

Ressalta-se, desta forma, que isonomia não significa colocar em confronto as partes litigantes, de forma direta, pura e simplesmente, até porque cada uma delas possui uma realidade diferente da outra, particularmente quando há evidente desequilíbrio econômico entre elas, de modo que reduzi-las à mesma condição processual significaria, na verdade, colocar um dos litigantes em posição de extrema vantagem em relação ao outro.

Por esse motivo, as normas jurídicas de direito material e processual possuem uma *ratio legis* voltada para a tutela de interesses sociais, conferindo ao Poder Judiciário mecanismos que restabeçam o equilíbrio processual, levando em consideração, dentre outros, o princípio da proporcionalidade, conforme será observado mais adiante.

2. OS MODOS PELOS QUAIS PODE SER VEICULADA A TUTELA JURISDICIONAL

Efetividade da tutela jurisdicional significa que todos devem ter pleno acesso à atividade jurisdicional estatal, sem qualquer óbice; ter a seu dispor meios adequados para a obtenção de um resultado útil do processo, isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque “a garantia constitucional da ação representa, na verdade, garantia de tutela adequada à situação substancial, assegurando atuação e satisfação eficaz dos interesses reconhecidos no plano material”, (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 73)

O direito de agir em juízo, assegurado em sede constitucional, não se exaure em si mesmo, devendo ser examinado em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva, real, útil. O que interessa para o destinatário da prestação jurisdicional é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, e não, ao contrário, ser indenizado em razão das lesões sofridas, particularmente quando essas lesões são pulverizadas em função do grande número de pessoas atingidas, como, por exemplo, os consumidores, destinatários finais que são de produtos ou serviços, hipótese em que até a pretensão de ressarcimento é, muitas vezes, impossível, na medida em que é praticamente inviável a identificação de cada uma das pessoas que tenha sofrido prejuízo, bem como a aferição da extensão desse prejuízo.

Essa visão da garantia constitucional da ação leva à conclusão de que o Estado deve colocar à disposição das pessoas meios adequados para

concreta e integral satisfação dos direitos. É necessário proporcionar acesso à tutela jurisdicional *efetiva*.

Parece, então, ser conveniente sistematizar as formas de tutela em relação às diferentes situações substanciais dela carentes.

Diferentes critérios são utilizados para a classificação dos tipos de tutela jurisdicional, ora considerando apenas a eficácia processual do provimento, ora considerando aspectos relevantes sob a ótica do direito material.

A classificação tradicional, ou clássica, como a ela se referem os processualistas, é composta das tutelas de conhecimento, executiva e cautelar. Na tutela de conhecimento divisam-se as tutelas declaratória, constitutiva e condenatória.

As tutelas postuladas no processo de conhecimento são definidas e têm por objetivo o reconhecimento de um direito controvertido entre as partes (tutela declaratória); a criação, modificação ou extinção de um direito (tutela constitutiva em sentido *lato*) ou a condenação de alguém a cumprir uma determinada obrigação (tutela condenatória), sendo que as duas primeiras são atingidas com o trânsito em julgado da sentença. Enquanto que a última, no sistema vigente, exige a satisfação mediante a instauração de um outro processo, o de execução.

Ao lado das chamadas tutelas “tradicional”, a doutrina reconhece, cada vez com maior intensidade, a existência das tutelas denominadas de executiva em sentido *lato* e mandamental.

A tutela executiva em sentido *lato*, reconhecida pelo nosso sistema processual, determina a satisfação imediata do provimento jurisdicional independente da instauração de novo processo, no caso o de execução. A referida identificação ocorre a partir da autorização legal para que a ordem se cumpra por mandado, isto é, por ordem do juiz, *v.g.*, nos casos de despejo, reintegração de posse, ação de depósito.

Quanto ao provimento mandamental, ele tem sido identificado na regra do art. 461 do Código de Processo Civil, e reside no aspecto de que o juiz, em vez de *condenar*, emitiria um *ordem*, cuja inobservância daria ensejo a prática de sanções tendentes a compelir o devedor ao adimplemento da sua obrigação.

A tutela, por seu turno, tem por objetivo garantir a subsistência de um determinado bem ou direito, enfim, tem por objetivo garantir o objeto do processo de conhecimento em curso ou a ser oportunamente instaurado, enquanto as partes litigantes debatem sobre qual delas é a efetiva titular desse bem, surgindo, daí, as controvérsias no sentido de se saber se a tutela

poderia, ou não, satisfazer no plano material o direito postulado por uma das partes.

A controvérsia somente foi resolvida com a inserção do instituto da antecipação de tutela no Código de Processo civil, decorrente da reforma realizada, dentre outras, pela Lei nº 8.952/94.

Até a edição dessa norma, as ações cautelares eram utilizadas indiscriminadamente, não apenas para garantir o resultado útil da demanda principal já aforada ou em vias de sê-lo (cautelar incidente ou cautelar preparatória), mas também como meio de satisfação do resultado prático que somente seria alcançado com a tutela definitiva, via de regra “transita” em julgado, daí surgindo a controvertida questão das ações cautelares de natureza satisfativa. A antecipação de tutela veio resolver essa questão, propiciando o adiantamento dos efeitos práticos da sentença que, antecipando, somente poderiam ser deferidos após a verificação da formação da coisa julgada, conforme abordaremos logo a seguir.

O instinto da antecipação de tutela, previsto no Código de Processo Civil em seus arts. 273 e 461, possui origens que remontam à lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 – Lei da Ação Popular – e na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública – e possui nítida influência da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A antecipação de tutela tem por objetivo a imediata outorga de parte dos efeitos práticos que somente seriam alcançados com a edição da sentença de mérito, via de regra após o seu trânsito em julgado. Essa tutela diferenciada pode ser defendida quer em razão da urgência na obtenção do resultado prático postulado pela parte, e que somente seria alcançado na sentença, quer em função do abuso do exercício do direito de defesa da parte contrária, e destina-se à própria satisfação da pretensão deduzida em juízo, no plano do direito material.

Segundo Nelson Nery Jr. “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. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente chamadas ‘cauteladas satisfativas’, que constitui uma *contraditio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa, *ipso facto*, não é cautelar. É espécie do

gênero tutelas diferenciadas”. (*Código de Processo Civil Comentado*, nota 2 ao art. 273, 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 546)

Ademais, conforme foi observado alhures, ainda que não houvesse expressa previsão legal no sentido de ser possível concessão de tutela provisória, quer no âmbito cautelar, quer no âmbito da antecipação de tutela, ainda assim poder-se-ia cogitar a outorga de provimento jurisdicional equivalente, em função das regras pertinentes à inafastabilidade do poder judiciário quanto à apreciação de lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, inciso XXXV) e à garantia do exercício constitucional de petição, nele incluindo o exercício do direito de ação (CF, art. 5º, inciso XXXIV, a), invocando, inclusive, os princípios constitucionais da isonomia, assim entendido como o de paridade de armas para que haja igualdade processual e, ainda, o princípio da proporcionalidade, na medida em que não seria razoável sacrificar o direito daquele que tem razão, apenas e tão somente para se prestigiar o formalismo processual.

Esses tipos de tutela são, pois postulados em função do direito de ação que compreende, como visto, o poder de pleitear a tutela jurisdicional para determinado direito material; o poder de se valer de todos os meios para a demonstração desse direito e, se tiver sucesso, o direito de obter provimento tecnicamente idôneo a assegurar a tutela adequada, que será efetiva se puder ser satisfeita, plenamente, no plano empírico.

Assevera Luigi Paolo Comoglio que o “poder de ação garantido a todos é, na verdade, um conjunto de poderes imprescindíveis à obtenção da tutela jurisdicional efetiva, considerados desde a propositura da demanda até o julgamento de processo” e acrescenta que “esse poder não assegura, *a priori*, um resultado favorável, mas a possibilidade de desenvolver em juízo todas as atividades técnicas, ente idôneas à obtenção do resultado favorável, bem como a real proteção ao direito, caso consiga demonstra-lo, mediante tutela adequada”. (*Giurisdizione e processo*, p. 1072-1074 e p. 1078)

A garantia constitucional do direito de ação, portanto, não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar e as chamadas tutelas diferenciadas, merecendo destaque a antecipação de tutela, estão incluídas no âmbito de proteção que a Constituição Federal defere ao direito de ação que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional.

A possibilidade de o juiz determinar medidas provisórias, cautelares ou antecipatórias de tutela, está ligada ao poder geral de cautela do julgador.

Evidentemente que a efetividade da tutela jurisdicional, como garantia constitucional de todas as pessoas, impõe a admissibilidade da tutela cautelar e da tutela antecipada também contra a Admissibilidade Pública,

naquelas situações em que haja risco de dano irreparável ao direito pleiteado. Não fosse assim, sucumbiria o particular diante do Poder Público, ainda que afinal, seu direito viesse reconhecido em sede jurisdicional.

Salienta José Roberto dos Santos Bedaque que “não há razão para que a efetividade da tutela constitua garantia constitucional de direito frente aos particulares e não em face do Estado. A proteção é única, motivo pela qual não se justificam restrições infraconstitucionais à concessão de tutela contra a Administração”. (op. cit. *Supra*, p. 83)

Quando aos bens suscetíveis de proteção cautelar, informa Vicente Greco Filho que eles podem ser variados, dos quais se destacam “as conseqüências ou efeitos práticos da tutela jurisdicional, que podem ser assegurados para que a decisão tenha utilidade para o vencedor ou não lhe cause prejuízo”. (*Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 3, p. 157-158)

Acrescenta Rodolfo de Camargo Mancuso que “a tutela de tipo cautelar há de ser muito utilizada no campo dos interesses meta individuais, onde uma vez o que interessa é a prevenção do dano, antes que sua reparação, esta última tornada às vezes impossível ou ineficaz”. (*Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 146, grifamos)

O modelo processual estabelecido pela Constituição Federal inclui, sem qualquer margem para a dúvida, a garantia das tutelas cautelar e antecipatória, ao estabelecer a inafastabilidade da atividade jurisdicional do Estado para as hipóteses de lesão e ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV).

A previsão no sistema normativo de medidas processuais adequadas e úteis para a efetividade do processo, para, com isso garantir a existência do próprio direito material, além de afastar o perigo de ineficácia decorrente da demora da prestação jurisdicional à ampla defesa.

3. O CONTEÚDO JURÍDICO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO À PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

As discussões travadas em torno do princípio da isonomia têm ocupado lugar de destaque entre os filósofos, filósofos do direito, processualistas, constitucionalistas, enfim, entre os juristas que se preocupam não apenas com o direito no seu aspecto formal, mas também e principalmente com seu aspecto de Justiça.

Durante muito tempo foi corrente a acepção ditada por Aristóteles de que isonomia seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, com a qual, de modo geral, concordavam os juristas sem, contudo, se

aperceberem que havia apenas transferido para outro patamar o grau de discussão, sem resolver a questão de se saber, efetivamente, o que seria isonomia.

Isto porque é necessário identificar as pessoas que seriam consideradas iguais, daquelas que seriam consideradas desiguais para, a partir daí, outorgar-lhes tratamento diferente.

Ademais, tanto aqueles que estariam encartados numa posição de igualdade, como aqueles encartados numa posição de desigualdade, possuiriam entre si peculiaridades que os tornariam diferentes uns dos outros, motivo pelo qual é pragmaticamente impossível dar-lhes um tratamento igualitário ou diferenciado, sem que, adotando uma ou outra posição, houvesse o risco de se causar prejuízos a uns ou a outros decorrentes de uma injusta discriminação.

Enfim, quem são os iguais e quem são os desiguais?

Uma solução para essa questão é encontrada na Constituição Federal Vigente, observada em Cartas anteriores, que determina: “todos são iguais perante a lei (...)”, locução a respeito da qual já havia se manifestado com aguda percepção Francisco Campos, no sentido de que “malgrado a infelicidade da redação, tem como principal destinatário o legislador, pois de nada adiantaria uma aplicação igual do direito a pessoa, coisas ou fatos que vieram arbitrariamente desequilibrados na lei – sem dúvida o mandamento constitucional tornar-se-ia inocuo”. (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 16)

Prossegue o eminente jurista dizendo que “assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em conseqüência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações”. (op. cit. *Supra*, v. II, p. 30)

Pondera Hans Kelsen, a respeito da questão da isonomia, que “a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres”. (*Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1992, p. 190)

Acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo,

consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversas categorias, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. Exemplificando, cabe observar que às sociedades comerciais guardam, por lei, prerrogativas e deveres diferentes dos que pertinem às sociedades civis; aos menores; aos advogados se diferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos, também diferenciados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres”. (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 5ª triagem, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 12-13)

Conclui-se, diante disso, que somente a lei pode apresentar elementos válidos de discriminação entre as pessoas, reciprocamente consideradas, bem como em relação às coisas e aos fatos juridicamente relevantes.

Tal discriminação legal, entretanto, não é absoluta, pois encontra limite na própria Constituição Federal e aos princípios por ela adotados, conforme se depreende dos termos do § 2º do art. 5º.

Evidentemente que o princípio da isonomia deve ser considerado não apenas pelo legislador, momento da elaboração da norma jurídica, mas também e principalmente pelo Poder Judiciário, que tem a função fundamental de interpretar a norma jurídica e aplicá-la, de acordo com a finalidade social a que se destina.

É preciso ainda, considerar que o legislador, ao editar uma lei reguladora de condutas humanas, o faz sempre em atenção a uma finalidade específica, mesmo que esta não esteja previamente fixada na Constituição, porém nunca contrária a ela. O fim pretendido pela lei tem de ser obtido por um processo de interpretação no momento em que ela é questionada.

Sob esse enfoque, o problema da igualdade na lei é solucionado pelo princípio da proporcionalidade que, segundo Suzana de Toledo Barros “foi cunhado como forma de limitação do poder de polícia, no âmbito administrativo, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos (...). Tem por conteúdo os sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a *adequação* traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da *necessidade* é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela

proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus”. (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 210, destaques do original)

Diante do princípio da proporcionalidade, extraído da Constituição Federal de seus arts. 1º, inciso III; 5º, *caput*, e incisos II, XXXV e LIV, e seus §§ 1º e 2º; 60, § 4º, inciso IV, correlato dos princípios da isonomia e da reserva legal, para a verificação do respeito de uma lei ou decisão judicial ao postulado da isonomia, estas devem ser analisadas nos seus aspectos intrínsecos, em consonância com a *mens legis*.

Desta forma, são passíveis de reavaliação as valorações efetuadas pela lei, analisadas em consonância com a Constituição Federal, sendo que esta conclusão não autoriza uma outra, a lei de que o juiz possa substituir os valores legais pelos seus próprios valores.

Isto ocorre também evidentemente, em relação às decisões judiciais, quando submetidas à revisão por meio de recurso e, se trata de sentença “transita” em julgado, por meio de ação rescisória proposta dentro do Biênio legal.

Com efeito, constata-se o respeito, ou não, aos princípios da isonomia e da proporcionalidade quando se analisa a decisão judicial confrontando-a com os aspectos fáticos da causa e com a qualificação jurídica que lhes foi dada, em outras palavras, se foi correto o procedimento de substituição dos fatos à norma jurídica aplicável, ou que deveria ser aplicada ao caso concreto.

Havendo conflito aparente de normas, posto que é extremamente raro o conflito real (antinomia de segundo grau), é preciso definir qual delas deve prevalecer para ser aplicada ao caso concreto, sendo que essa definição é atingida mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Este procedimento é imprescindível em relação àquelas hipóteses em que dois interesses juridicamente tutelados, mas conflitantes entre si, são colocados um diante do outro, sendo que apenas um deles poderá ser prestigiado pelo Poder Judiciário, circunstância que implicará, evidentemente, no sacrifício do outro interesse.

Importa saber, neste caso, qual interesse deve prevalecer em detrimento do outro, que acabará sendo desprestigiado e, para tanto, não é admissível das ao caso uma solução aleatória ou, pior ainda, uma solução que acabe protegendo o interesse que não deveria sê-lo.

Quando as partes envolvidas nesse tipo de conflito não chegam a um denominador comum, qualquer que seja a razão, será imprescindível a utilização dos mecanismos processuais colocados à disposição das partes, mecanismos esses que, como visto, devem propiciar um resultado útil e efetivo, sob pena de ser inócua a própria tutela jurisdicional.

4. O CARÁTER ESPECIAL DA PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES

O próprio Código de Processo Civil, para refletir o princípio constitucional da isonomia e, ainda, prestar-se efetivamente à sua finalidade, qual seja a de ser instrumento efetivo e eficaz para a prestação da tutela jurisdicional, teve que sofrer uma série de modificações e, a despeito disso, foi necessário editar uma série de normas para amparar direitos que não teriam condições de ser satisfatoriamente garantidos, caso fosse utilizado única e exclusivamente as regras originariamente contidas nesse Código, marcadamente individualista.

Com efeito, o Código de Processo Civil veda expressamente o ingresso em juízo por aqueles que não tenham legitimidade ou interesse para litigar, segundo a dicção de seus arts. 3º e 6º. Em outras palavras, se não houver uma correspondência entre o direito material invocado e aqueles que o invocam em juízo e, ainda, se a tutela almejada (entende-se ação utilizada) não for a adequada para a finalidade postulada, a consequência jurídica será a extinção da demanda sem a apreciação do seu mérito.

Esse dispositivo, reflexo da feição estritamente individualista do nosso sistema processual, deixou desamparada a tutela daqueles direitos chamados de meta-individuais, postos que de interesse geral, mas que, muitas vezes, ficavam sem a necessária proteção judicial, por não se saber quem teria legitimidade para defendê-los em juízo, ou mesmo sendo identificados os titulares do direito subjetivo, legitimados para propor a demanda, estes não teriam condições de postular a defesa dos seus direitos porque o processo civil não comportaria a participação de grandes quantidades de sujeitos em um ou ambos os pólos da demanda ou, ainda, porque o valor econômico do bem da vida discutido desautoriza o ingresso em juízo individualmente.

Este último aspecto acaba sendo de extrema relevância porque, muitas vezes, os detentores do poder econômico, via de regra, acabam abusando dos seus direitos, na certeza de que as pessoas atingidas absolutamente nada farão, em função do diminuto valor do prejuízo. Entretanto, somados esses valores, aferidos em relação a milhares ou milhões

de pessoas, atingir-se-ão cifras espantosas, revertidas em proveito de uns poucos, em detrimento de uma imensa maioria.

Com a finalidade de suprir a lacuna do sistema, pertinente à defesa dos interesses difusos, coletivos e mesmo dos individuais homogêneos, foi editada a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, denominada de Lei da Ação Civil Pública, com o objetivo de disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por valor artístico, estético, histórico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, merecendo destaque a defesa da ordem econômica, concedendo legitimidade extraordinária às pessoas mencionadas no art. 5º para propor a demanda.

A Constituição Federal, por seu turno, sensível à necessidade de outorgar legitimização para pessoas e instituições voltadas para a defesa dos interesses coletivos, concedeu legitimização extraordinária para as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus associados ou filiados nos âmbitos judicial e extrajudicial (CF, art. 5º, inciso XXI) e, ainda, a possibilidade de impetrarem mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, inciso LXX *a e b*).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominado de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, deferindo legitimização extraordinária para as pessoas mencionadas no seu art. 82, a fim de que atuem em juízo para dar guarida aos interesses dos consumidores.

Revela destacar que figuram entre os legitimados para a propositura de ação coletiva, com o objetivo de defender os interesses coletivos da sociedade e, particularmente dos consumidores, o Ministério Público Federal e Estadual, as associações constituídas para essa finalidade e, ainda, as organizações sindicais.

Consumidores, na definição de Fábio Konder Comparato, “são aqueles que não dispõem do controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”. (A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, in: *Defesa do consumidor – conceito e extensão*. 1. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 20-21)

A Lei da Ação Civil Pública e o código de proteção e defesa do consumidor utilizam as expressões *direito* e *interesse* difuso como sinônimas. Difuso é o direito de natureza trans-individual, indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato (CDC, art. 81, parágrafo único, inciso I); coletivos são os direitos trans-individuais, de natureza indivisíveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (CDC, art. 81, parágrafo único, inciso II); individual homogêneo é o direito que tem origem comum,

porém disseminado, cuja tutela pode ser pleiteada por ação coletiva em juízo (CDC, art. 81, parágrafo único, inciso III).

Observa Nelson Nery Jr. Que a Lei da Ação civil Pública “em sua edição original, em 1985, previa apenas a possibilidade de serem ajuizadas ação de responsabilidade civil para reparação dos danos causados aos direitos por ela protegidos, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer, bem como eventual ação cautelar antecedente ou incidente. Com o advento do Código de Proteção e defesa do Consumidor, o âmbito de abrangência da lei da ação popular foi ampliado, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos por esta protegidos (CDC, 83, 909; LACP, 21). Assim, hoje é possível, *v.g.*, a propositura de ação de contrato administrativo lesivo ao meio ambiente. São admissíveis as ações constitucionais, como por exemplo o mandato de segurança coletivo e o mandato de injunção. Não há mais limitação ao tipo de ação, para as entidades enumeradas na LACP 5º e CDC 82 estejam legitimadas à propositura da ação civil pública para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. (op. cit. *supra*, nota 10 ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, p. 1128)

Tanto a Lei da Ação Civil Pública como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor possuem mecanismos que permitem a concessão útil e eficaz da tutela jurisdicional almejada pelo substituto processual, quer seja ele o representante do Ministério Público, quer seja ele sindicato ou associação.

Cabe ressaltar. Desde logo, que o art. 4º da Lei da Ação Civil Pública contém uma peculiaridade, qual seja, a tutela nele prevista não é apenas preventiva, mas pode conter um comando, uma determinação para um não fazer, para uma abstração ou, ao contrário, um comando determinativo de um fazer, com o objetivo de assegurar a eficácia da tutela deferida em função dessa lei ou do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nesse exato sentido é a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso, destacando que o escopo da norma não é apenas preventivo, mas pode conter um provimento de conteúdo executório. Esclarece que, “dir-se-á que há possibilidade da tutela cautelar ficar descaracterizada, colorida que resta com matrizes de uma ação de conhecimento, de conteúdo predominantemente executivo. Não será de uma cautelar cuja força coercitiva se faz necessária, a fim de que a tutela pretendida seja eficaz”. (op. cit., p. 147)

Logo adiante ressalta que “é preciso não esquecer que estamos em sede de proteção a interesses difusos, não intersubjetivos: sendo assim, oi

que interessa é evitar o dano, até porque o sucedâneo da reparação pecuniária não tem o condão de resistir o *statu quo ante*". (op. e p. cit. *supra*)

Também merece destaque a observação feita por Hugo Nigro Mazzili, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, no sentido de que "é comovente o provérbio que lembra poder uma criança, matar um escaravelho, mas não poderem todos os sábios do mundo recriá-lo". (*Ação Civil Pública*, p. 59, op. cit., p. 147)

Estas considerações são necessárias para dizer que em determinadas situações o dano é simplesmente irreparável, particularmente quando envolve tutela destinada a amparar interesses dos consumidores que, acaso não deferida quando a postularem, importará em absoluta irreversibilidade nas relações de consumo, sendo ele, evidentemente, a parte mais fraca.

Desta forma, sendo o consumidor a parte mais fraca, deverá receber tratamento diferenciado nas ações em que figure como parte um representante de seus interesses, isto com o objetivo de ser garantida a isonomia, o equilíbrio processual.

Tanto isto é verdade que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sob o pálio da Constituição Federal, apresentam uma série de mecanismos utilizados para a tutela dos interesses dos consumidores em juízo, tais como a inversão do ônus da prova, a legitimação concorrente para a propositura de ações coletivas, a antecipação de tutela, a relativização dos efeitos da coisa julgada, etc.

Tudo isto para garantir o resultado útil e efetivo das demandas nas quais estejam sendo discutidos interesses de consumidores.

Reconhece-se que o legislador possui uma ampla liberdade de valorar as situações da vida, as relações entre as pessoas e coisas, estabelecendo regras diversas de distribuição de vantagens e ônus, segundo as notas características colhidas e o fim por ele eleito para a satisfação de necessidades práticas.

Esta liberdade de conformação ampla deve guiar-se pela Constituição, sopesar os valores e metas eleitos como fundamentais e, também, realizar o programa ideológico nela contido, relevando destacar o respeito ao princípio da isonomia acima mencionado e, caso haja eventual colidência de interesses juridicamente tutelados, deve ser tutelado aquele cujo sacrifício seja de difícil ou impossível reparação.

Assim, nos casos em que houver conflito de interesses tutelados sendo que de um lado estejam interesses de consumidores e de outro os interesses de um lado estejam interesses de consumidores e de outro os interesses de fornecedores de produtos ou serviços, na medida em que

somente um deles poderá ser tutelado, por opção legislativa, devem ser prestigiados os interesses dos primeiros em detrimento dos segundos.

A antecipação de tutela apresenta-se, neste aspecto, não apenas como um meio para assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e de poderes, visando propiciar um verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar, assegurando o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes, em decorrência, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante “mais forte” sobre o “mais fraco”.

Nesse sentido, Santiago Dantas já advertia para o problema da igualdade na criação da lei, asseverando que “quanto mais progredem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. *A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral.* Todas essas situações, inspiradas no argumento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário”. (Igualdade perante a lei e *due process of law*: uma contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. RF 116/364, Rio de Janeiro: Forense, 1948).

Quanto aos valores considerados, revela destacar que a Constituição Federal declara que a ordem econômica é fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” observados os princípios da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa do meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros mencionados no art. 170.

Isto significa que a Constituição Federal consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Em segundo lugar significa que, apesar de

adotar o regime capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado, enfatizando a necessidade de se atribuir uma função social à propriedade.

Ressalta-se, ademais, que o respeito à livre concorrência encontra limite na defesa do consumidor e do respeito à livre concorrência encontra limite na defesa do consumidor e do meio ambiente; na redução das desigualdades regionais e na busca do pleno emprego.

Estes aspectos todos evidenciam que há uma desigualdade entre aqueles que são detentores do poder econômico, titulares dos meios de produção e de fornecimento de bens e serviços de um lado, e os consumidores desses bens e serviços de outro.

Por este motivo, não por outro, que a própria Constituição Federal determinou, nos seus arts. 5º, XXXII e 17º, IV, a defesa do consumidor.

Ademais, a própria Constituição Federal procura assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Esta tarefa, evidentemente, não é fácil num sistema de base capitalista, ainda mais quando possui contornos essencialmente individualistas.

Conforme pondera José Afonso da Silva, “a justiça social só se realiza mediante eqüitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela”. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 669)

Desta forma, apesar de consagrar a livre iniciativa como categoria constitucional, esta não deve prevalecer em detrimento dos direitos dos consumidores e o dos detentores dos meios de produção de bens e serviços, evidentemente que deverão os primeiros ser tutelados.

Essa tutela, como visto acima, é outorgada pelo Poder Judiciário mediante a instauração de processo judicial.

Esse processo deve ser utilizado como meio efetivo de assegurar o resultado prático almejado, ou seja, o bem da vida que se busca receber e, caso haja risco de frustração dessa pretensão, devem ser utilizados os

mecanismos processuais postos à disposição, quais sejam as tutelas cautelares ou antecipatórias, postulados dos princípios constitucionais do acesso à justiça, mediante o exercício do direito de ação, e da garantia de receber uma tutela jurisdicional útil e eficaz, determinada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Em relação à antecipação de tutela, esta sempre poderá acarretar risco de irreversibilidade no plano empírico. Esse risco, entretanto, pode decorrer tanto do deferimento, como do indeferimento da tutela antecipada. De qualquer forma, quer seja deferida, quer seja indeferida a antecipação de tutela, o juiz ou tribunal estará beneficiando uma das partes da demanda, em detrimento da outra. Nestes casos, atua o princípio da proporcionalidade, devendo o juiz ou tribunal evitar o risco ou o prejuízo maior, protegendo aquela parte da demanda processual considerada mais fraca, cujo interesse prepondera em relação ao da outra parte, por ter menor possibilidade de suportar o risco da irreversibilidade.

O Poder Judiciário, por conseguinte, aparelho com leis que viabilizam uma rápida e eficaz proteção àquelas que se encontram em situação de desvantagem econômica, ou em relação a bens e interesses relevantes para a sociedade, assim considerada em seu conjunto, não deve vacilar em outorgar a tutela jurisdicional almejada, *máxime* quando se colocam em confronto os interesses dos grupos econômicos voltados apenas e tão-somente para a aferição de lucro, decorrente de formação de cartéis e restrição da livre concorrência, de um lado, e os interesses coletivos de outro.

5. CONCLUSÕES

O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil.

A idéia de efetividade como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que alicerçam os fundamentos do sistema processual brasileiro, decorrem da necessidade de serem efetivos e adequados os mecanismos destinados à solução de controvérsias.

Absolutamente nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos a utilização dos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício, garantia de existência e utilidade dos direitos postos em discussão em juízo.

Do mesmo modo, também de nada adianta possibilitar o acesso ao Poder Judiciário daqueles considerados hipossuficientes, se não tiverem condições plenas para o exercício da postulação ou da defesa em juízo, por carecerem de recursos financeiros suficientes para sustentar a questão levada a juízo.

A garantia constitucional do direito de ação não está limitada às tutelas definidas e satisfativas. A tutela cautelar e as chamadas tutelas diferenciadas, merecendo destaque a antecipação de tutela, estão incluídas no âmbito de proteção que a Constituição Federal refere ao direito de ação que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional. A efetividade da tutela jurisdicional, como garantia constitucional de todas as pessoas, impõe a admissibilidade da tutela cautelar e da tutela antecipada também contra a Administração Pública, naquelas situações em que haja risco de dano irreparável ao direito pleiteado. Não fosse assim, sucumbiria o particular diante do Poder Público, ainda que, afinal, seu direito viesse reconhecido em sede jurisdicional.

Somente a lei pode apresentar elementos válidos de discriminação entre as pessoas, reciprocamente consideradas, bem como em relação à coisas e aos fatos juridicamente relevantes.

A discriminação legal não é absoluta. Encontra limite na própria Constituição Federal e nos princípios por ela adotados.

Havendo conflito aparente de normas, posto que é extremamente raro o conflito real (antinomia de segundo grau), é preciso definir qual delas deve prevalecer para ser aplicada ao caso concreto, sendo que essa definição é atingida mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

A Constituição federal consagra a economia de mercado, de natureza capitalista.

Apesar de adotar o regime capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado, enfatizando que o respeito à livre concorrência encontra limite na defesa do consumidor e do meio ambiente; na redução das desigualdades regionais e na busca do pleno emprego.

Estes aspectos evidenciam que há uma desigualdade entre aqueles que são detentores do poder econômico, titulares dos meios de produção e de fornecimento de bens e serviços, de um lado, e os consumidores desses bens e serviços de outro.

Havendo colidência entre os interesses dos consumidores e o dos detentores dos meios de produção de bens e serviços, evidentemente que

deverão os primeiros ser tutelados, como meio efetivo de assegurar o resultado prático almejado.

Caso haja risco de frustração da pretensão deduzida em favor do consumidor, devem ser utilizados os mecanismos processuais postos à disposição pelo sistema processual, para que se verifique a efetiva garantia de ser recebida uma tutela jurisdicional útil e eficaz, determinada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

A antecipação de tutela apresenta-se, portanto, não apenas como meio de assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e poderes, visando propiciar um litígio autêntico, com verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar e de assegurar o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições de poderes entre os litigantes; em razão, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante “mais forte” sobre o litigante “mais fraco”. Estes aspectos também justificam não apenas a concessão, mas também a manutenção da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela sempre poderá acarretar o risco de irreversibilidade no plano fático, material. Esse risco pode decorrer tanto da concessão, como também da não-concessão da antecipação de tutela.

Na verdade, tanto ao deferir como ao indeferir ou revogar a antecipação de tutela, o juiz de tribunal estará beneficiando um pólo da relação processual em detrimento do outro, gerando uma situação de perigo às vezes irreversível.

Nestes casos, ante o princípio da proporcionalidade, devendo o juiz ou tribunal evitar o risco maior, deverá proteger aquele pólo da relação processual considerado mais fraco, ou cujo interesse prepondera em relação a outro, posto que terá menos condições de suportar o risco da irreversibilidade.

Assim, concluímos que existem hipóteses especiais em que a antecipação de tutela se impõe, não apenas como garantia de efetividade do processo, mas também e principalmente como condição de estabelecimento da isonomia processual.

6. REFERÊNCIAS

ARMELIN, D. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. 23/105. São Paulo, jun. 1995.

BARROS, S. de T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAMPOS, F. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

COMPARATO, F. K. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Defesa do Consumidor, textos básicos*. 2. ed. Brasília: CNDC, 1988.

DANTAS, S. Igualdade perante a lei e *due process of law*: uma contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. *Revista Forense*. V. 116/364. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

DONATO, M. A. Z. *Proteção do consumidor – conceito e extensão*. 1. ed. São Paulo: RT, 1994.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1992.

LACERDA, G. *Comentários ao código processual civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 1980.

MANCUSO, R. de C. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, C. A. B. de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 5ª triagem, São Paulo: Malheiros, 1998.

NERY JÚNIOR, N. *Código de processo civil comentado*, nota 2 ao art. 273. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, v. 1, 1998.