Enquadramento Constitucional
Das Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas

Professora Mestre Andréa Boari Caraciola
Professora da Faculdade de Direito - UPM

Versa o tema ora proposto para estudo e análise, a questão relativa ao fundamento e enquadramento constitucional das denominadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, decodificadas sob o prisma do amplo acesso à Justiça e inafastabilidade do controle jurisdicional enquanto mecanismos alternativos às clássicas tutelas ordinarizadas do processo de cognição plena e exauriente, à conferir maior efetividade às decisões judiciais, bem como maior agilização na entrega da prestação jurisdicional.

O Estado brasileiro, redesenhado pelos princípios positivados na atual Carta Constitucional, é dotado de inequívoca fisionomia democrática, sendo inquestionável o resgate da proteção irrestrita aos direitos humanos, focalizando-se o homem e a dignidade da pessoa como centro das atenções jurídicas.[1] Nesse sentido, traz a Constituição Federal de 1988 um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que, pela doutrina vêm catalogados em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, subsumindo-se, por completo, na noção de Estado Social, também denominado *Welfare State*[2]. Tomando-se por base a

[1] RAMOS, Glauco Gumerato. *Assistência Integral ao Necessitado, In.* Revista dos Tribunais *(765):*49.

[2] Interessante a categorização dos direitos humanos fundamentais em "gerações". A doutrina insere em direitos de primeira geração: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O século XIX foi tomado pela normatização do primeiro desses ideais: os direitos fundamentais de liberdade, por isso denominados direitos de primeira geração. O liberalismo individualista - *substrato ideológico dos direitos de*

titularidade, alude-se a direitos de primeira geração, aqueles pertencentes ao indivíduo; de segunda, ao grupo; de terceira, à comunidade e; de quarta, este último, pertencente ao gênero humano; assinalando-se, neste contexto, que os direitos humanos de primeira geração caracterizam-se como direitos de defesa, enquanto que os de segunda, terceira e quarta, encontram-se adstritos aos direitos de participação.[3]

Inserido nos direitos humanos fundamentais de primeira geração, surge revigorado o amplo acesso à Justiça, decodificado no rol dos direitos e garantias relativos à tutela constitucional do processo e inserto no dispositivo contido no inciso XXXV do artigo 5° da nossa atual Carta Constitucional. No entanto, cumpre-nos ressaltar que os mecanismos tendentes à operacionalização do propalado acesso à Justiça estão longe de representar a satisfação do comando constitucional e da realidade social, de sorte a exsurgir a necessidade do aperfeiçoamento do ordenamento

---

primeira geração - tinha como princípio político o de que os homens e a sociedade por eles formada deveriam realizar diretamente o seu próprio destino. Ao Estado caberia, apenas, deixar as pessoas agirem livremente. Relativamente aos direitos de segunda geração, podemos elencar os direitos econômicos e sociais. Sem renunciar aos direitos de liberdade e, sem retroceder no longo caminho percorrido, o novo século nasceu iluminado pela necessidade de implementar os direitos econômicos e sociais. A doutrina social da Igreja, as filosofias igualitárias e humanistas, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919, foram marcos importantíssimos na configuração de uma segunda geração de direitos fundamentais: os chamados direitos econômicos e sociais. Na verdade, operou-se um fenômeno de expansão qualitativa dos próprios direitos de liberdade. Já não se buscava, apenas, assegurar a liberdade do indivíduo em face do Estado, mas, mais do que isso, procuravam-se os meios aptos para assegurar a liberdade do indivíduo em face dos demais indivíduos. Os direitos sociais e econômicos entraram na história do constitucionalismo pela indeclinável obrigação ética e jurídica de serem estabelecidos padrões mínimos de uma sociedade igualitária. Modelado à base dessa segunda geração de direitos fundamentais, nasceu o chamado Estado do bem-estar social. E, assim, o século XX foi caracterizado pela força propulsora dos direitos fundamentais inspirados na igualdade. Os Estados, outrora omissos, proclamam compromissos solenes de estabelecer políticas públicas destinadas a eliminar desigualdades sociais e de promover, em todos os seus aspectos, a dignidade da pessoa humana. Porém, neste final de século, também os direitos sociais foram tomados por uma profunda crise de efetividade. Nascem, neste contexto, os chamados direitos de terceira geração, relativos ao meio ambiente hígido, à intimidade e a todos os direitos que hoje ganham explicitação nos textos constitucionais modernos. Mister salientar que hoje já se cogita em uma nova categorização de direitos, os de quarta geração, direitos estes que compreendem aqueles derivados da bioética, da paz mundial, do desarmamento, da ausência do uso de drogas, dentre outros. Cf. NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*, Editora FTD, p. 90.

[3] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social,* São Paulo: Malheiros, 1997, 10ª edição, prefácio.

infraconstitucional no que concerne à estruturação de técnicas e à construção de novas formas de tutela jurisdicional à conferir maior agilidade e economia ao processo, sem que nos esqueçamos de revisitar[4,5,6,7] institutos processuais clássicos, já assimilados pelo ordenamento, mas que necessitam ser *(re)*potencializados, na consecução do dever do Estado de prestar a devida tutela jurisdicional e do direito assegurado a todo indivíduo, consumidor dos serviços judiciais[8], à adequada tutela jurisdicional. O perfil da sociedade atual impõe a agilização e a dinamização dos mecanismos

---

[4] Por influência da doutrina italiana os processualistas brasileiros adotaram o termo "revisitação" para designar postura mais moderna orientada no sentido de reler e rever os institutos fundamentais do Direito Processual Civil, objetivando conferir novas respostas e soluções a problemas processuais. José Carlos Barbosa Moreira, na sessão de encerramento do IX Congresso Internacional de Direito Processual, em Lisboa, aos 30 de agosto de 1991, discursando como orador oficial, deu ênfase à necessidade de revisitar a técnica processual, sugerindo que a disciplina dos velhos institutos e a solução de antigos problemas fossem orientadas com o apoio das conquistas efetivadas nos recentes Congressos de Direito Processual Civil.

[5] Enfatiza Cândido Rangel Dinamarco que por meio da revisitação dos institutos processuais tradicionais e de sua técnica, objetiva-se buscar e alcançar soluções novas para velhos problemas a partir de uma releitura dos institutos tradicionais: "E assim é que, ao lado das disposições tradicionais do direito processual civil e mesmo na sua interpretação teleológica, vão surgindo soluções reveladoras de uma sensibilidade social antes inexistente". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo,* São Paulo: Malheiros, 1996, 5ª. edição, pp. 226/227.

[6] José Roberto dos Santos Bedaque afirma que por meio dessa revisitação, "Evidentemente, não se resolverão todas as grandes questões processuais. Mas, sem dúvida, a solução delas se torna mais fácil com a mudança de metodologia no estudo do processo e na concepção de seus institutos fundamentais. Essa revisitação requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-la às necessidades externas. Trata-se de tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo,* São Paulo: Malheiros, 1997, 2ª edição, pp.13/14.

[7] Afirma João Batista Lopes que "Essa tentativa de atualização *(aggiornamento*) se faz presente na doutrina mais autorizada, que, reconhecendo embora a importância da contribuição de autores clássicos como CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI E LIEBMAN, procura avançar em busca de um modelo de processo mais moderno ajustado aos anseios e reclamos da sociedade. Para alcançar o fim colimado, sentiram os autores a necessidade de *revisitar* os institutos processuais no sentido de lhes dar nova visão ou configuração em harmonia com as exigências da vida moderna. Assim, os institutos da jurisdição, ação e processo, além dos princípios do acesso à justiça, do contraditório, da igualdade das partes, do dispositivo etc., foram submetidos a rigorosa revisão ou reformulação a que se convencionou chamar de *revisitação".* LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2001, p.14/15).

[8] Luiz Guilherme Marinoni lança entendimento segundo o qual a questão da tutela jurisdicional dos direitos evidencia a necessidade da prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 7. Cf. também CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizis come programma di riforma e come metodo di pensiero, Rivista di diritto processuale*, 1982, pp. 243/245.

de entrega da prestação jurisdicional, tendo em vista o resgate da credibilidade do Judiciário.

A doutrina e os estudiosos do Direito em geral já não mais se satisfazem com as teorias clássicas e procuram trilhar novos caminhos à superação do binômio tempo e processo, bem como à minimização da atual crise de Justiça que assola o Poder Judiciário, objetivando, pois, conferir maior tônus de efetividade ao processo e à tutela jurisdicional, na consecução dos valores e garantias processuais consagrados na Constituição Federal.

Consignamos, ainda, que o destinatário da atividade jurisdicional não está preocupado com as causas da crise do processo e da Justiça, nem tampouco com as soluções técnicas engendradas pela doutrina e jurisprudência abalizadas. Objetiva o jurisdicionado, com a expectativa natural de qualquer consumidor, tão-somente, uma solução rápida, barata e eficaz ao conflito de interesses posto à apreciação do Poder Judiciário. Reside o interesse mais imediato do cidadão comum, na resolução da controvérsia que lhe é pertinente, porquanto constitucionalmente assegurada a garantia do acesso à Justiça, garantia esta que, na atualidade, consoante se pode decodificar, abarca, não somente, o direito de "bater às portas" do Poder Judiciário, mas também e, principalmente, o direito à adequada tutela jurisdicional, ou seja, o direito a uma solução apta e adequada à natureza jurídica do direito material controverso, competindo ao aparelho estatal, por sua vez, reconhecer e proteger o direito de quem o tem. Neste contexto, importante destacar que, para o jurisdicionado, os óbices mais veementes que se antepõem à solução da controvérsia são o custo e a duração do processo, obstáculos estes que, atuando como fatores de pressão sobre a parte mais fraca da relação processual,

maculam a garantia constitucional do amplo acesso à Justiça. Conforme prelecionam Cappelletti e Garth, "a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um 'prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível".[9],[10]

Os sistemas jurídicos não mais se mostram idôneos, aptos e eficazes à realização efetiva dos direitos, de sorte a impor uma aproximação entre o direito material e o direito processual, tendo em vista uma conjugação, integração e harmonia entre estes dois sistemas, porquanto, embora distintos, inquestionável a imbricação entre os mesmos.[11]

Assim é que as exigências da vida moderna tornaram flagrante a necessidade de conferir ao processo, a par da segurança jurídica, a função social relativa à pacificação com Justiça, bem como ao acesso à ordem jurídica justa, expressões estas que traduzem e resumem os anseios da processualística contemporânea na adoção de um processo de resultados, em contraposição ao processo de filigramas[12], decodificado enquanto mero instrumento

---

[9] CAPPELLETTI, Mauro & GARTH Bryant. *Acesso à Justiça,* tradução portuguesa de Ellen Gracie Northflee, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, pp. 20/21.

[10] Assustadores os dados coletados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a respeito da situação da Justiça no Brasil. Para uma população superior a 150.000.000 de habitantes, o número de juízes em atividade é de, aproximadamente, 8.300, com estimativa de 25% de cargos vagos, sendo freqüentes as Varas que tramitam com mais de 10.000 processos por juiz. Cf. MARCATO, Antonio Carlos. *O processo Monitório Brasileiro,* São Paulo: Malheiros, 1998, p. 21.

[11] Sobre o tema conferir: José Manoel de Arruda Alvim Neto, Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado da do direito material, *In. As garantias do cidadão na Justiça,* obra coletiva, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 167 a 184. Cf. também kazuo Watanabe, Acesso à Justiça e sociedade moderna, *In. Participação e processo*, obra coletiva, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128 a 135.

[12] DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil: Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.94 e 8.953, de 12.12.94, São Paulo: Malheiros, 1995, 2ª. edição, revista e ampliada, p. 22.

técnico e formal, assim se ajustando às novas tendências do moderno direito ligado à família romano-germânica.

Inevitável a revisão do sistema jurídico processual objetivando-se uma mudança de perspectiva de seus escopos, bem como a criação de novas técnicas[13] [14] de agilização do processo e mecanismos que lhe confiram maior efetividade, dando vida às denominadas ondas renovatórias[15], decodificadas pela processualística como movimentos direcionados ao acesso à Justiça.

---

[13] José Roberto dos Santos Bedaque afirma que "A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado". Assevera, ainda, que "É preciso conciliar a técnica processual com seu escopo. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, São Paulo: Malheiros, 2ª. edição, 1997, pp. 44/45).

[14] Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a técnica há de ser entendida como a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados, de sorte a revelar a instrumentalidade entre o processo e o direito material controverso. A técnica deve estar a serviço da eficiência do instrumento, ou seja, do processo. Assim, define técnica processual como sendo "a predisposição ordenada de meios destinados aos escopos processuais". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 1996, 5ª. edição, pp. 224 a 229).

[15] Cf. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça,* tradução portuguesa de Ellen Gracie Northflee, Porto Alegre: Sérg[15] José Roberto dos Santos Bedaque afirma que "A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado". Assevera, ainda, que "É preciso conciliar a técnica processual com seu escopo. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, São Paulo: Malheiros, 2ª. edição, 1997, pp. 44/45).

[15] Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a técnica há de ser entendida como a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados, de sorte a revelar a instrumentalidade entre o processo e o direito material controverso. A técnica deve estar a serviço da eficiência do instrumento, ou seja, do processo. Assim, define técnica processual como sendo "a predisposição ordenada de meios destinados aos escopos processuais". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 1996, 5ª. edição, pp. 224 a 229).

[15] Cf. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça,* tradução portuguesa de Ellen Gracie Northflee, Porto io Antônio Fabris Editor, 1988.

Assim, a temática relativa à efetividade do processo exsurge na atualidade como a preocupação mais angustiante da doutrina processual, o que nos revela o empenho sempre crescente de transformar o processo num instrumento de realização de Justiça.[16]

Neste passo, impõe-se decodificar a garantia assecuratória do acesso à Justiça, partir do direito à adequada tutela jurisdicional que, neste sentido, há de estar compromissada com o direito material e com a realidade social, devendo a entrega da mesma ocorrer de forma plena, completa e integral, veiculada, ademais, por meio de uma decisão judicial clara e precisa, sem permitir que remanesçam áreas controvertidas irresolvidas no âmago desta ou na sua periferia, de forma a não ensejar a persistência de resquícios de controvérsias a toldar a indispensável transparência da prestação jurisdicional. [17]

A efetividade do processo e da tutela jurisdicional estatal constitui preocupação nuclear do processualista e dos operadores do direito em geral, sendo certo que não há mais como conciliar a prestação jurisdicional à lentidão e ao custo do processo, fatos estes

---

[16] Sobre o tema discorre José Carlos Barbosa Moreira: "A preocupação de tornar mais efetivo o processo vem sendo ultimamente, em nosso país e no estrangeiro, nota constante na produção doutrinária e no pensamento de quantos participam da atividade forense. Congressos nacionais e internacionais têm feito dela tópico de seus temários". E, dando continuidade, ao asseverar que o termo "efetividade" comporta grande dose de fluidez, elenca um "ideário" , sintetizando cinco itens a compor um "programa básico" da campanha em prol da efetividade do processo: "a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias". BARBOSA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual, *In. Temas de Direito Processual Civil,* 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1985, pp.17/18.

[17] PADILLA, Luiz R. Nuñes, *apud* Donaldo Armelin. *Embargos declaratórios contra despachos, In. Revista de Processo (82):* 223.

que se somam à recalcitrância e insubordinação injustificada às decisões judiciais.[18] [19]

Nesse sentido impõe-se o estudo do tema em apreço - *tutelas jurisdicionais diferenciadas* - à conferir maior efetividade ao processo.

Tem-se empregado com certa frequência a expressão *tutela jurisdicional diferenciada*, sem que, contudo, se tenha, precedentemente, delimitado os limites de sua extensão, alcance e conteúdo. Neste sentido, mister se nos afigura, antes de adentrarmos ao tema, especificar o sentido da locução ora em comento, afastando, por conseguinte, a equivocidade do termo, tendo em vista sua exata compreensão. A locução *tutela jurisdicional diferenciada*, cunhada por Andrea Proto Pisani, é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos, estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais, de natureza plenária ou sumária (cautelar ou sumária *tout court*), e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pelo texto constitucional.[20] [21]

---

[18] BERMUDES, Sérgio. A efetividade do processo, *In. Direito Processual Civil,* 2ª. série, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 104-109.

[19] Assevera Luiz Fux que: "O pressuposto da 'efetividade' representa, sem dúvida, a atual ótica do processo, historicamente da mesma importância da época em que o processo era analisado sob a ótica da 'relação jurídica'. São dois marcos referentes a duas épocas de franca evolução da ciência processual. A hodierna observância do processo sob o ângulo da efetividade tem conduzido os juristas a estudos de funda aproximação dos fins do processo aos novos reclamos sociais". Cf. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 51/52.

[20] José Rogério Cruz e Tucci, *Tutela monitória*, São Paulo, Ed. RT., 2001, p. 18

[21] Cumpre destacar neste contexto que a simples especialização de procedimentos não representa necessariamente diferenciação de tutela, como bem assevera Eduardo Talamini.

Donaldo Armelin admite que "a temática de uma tutela jurisdicional diferenciada posta em evidência notadamente e em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela. Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há por que se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade". [22]

Certo é que, adotada a técnica da tutela jurisdicional diferenciada, regra geral, opera-se a precipitação temporal dos efeitos da decisão final, o que vem gerando muita controvérsia entre os processualistas e estudiosos do direito, dado o risco de ensejar a sumarização generalizada do processo de conhecimento.

Não obstante tais discussões, mister considerar que a adoção da técnica de tutela jurisdicional diferenciada vem de encontro à determinação contida na Convenção Americana de Salvaguarda dos Direitos do Homem, também denominada Pacto de São José da Costa Rica que, firmado em 1969 e, ratificado pelo Brasil em 1992, preceitua no teor de seu artigo 8 que: *"Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável ...",* à introduzir em nosso ordenamento a garantia da tutela num prazo razoável e do processo sem dilações indevidas.

---

[22] Donaldo Armelin, *Tutela jurisdicional diferenciada*, Repro, 65(1992):45.

Ademais, impõe ressaltar que, "Toda a controvérsia em torno da necessidade de diferenciação da tutela jurisdicional e, na verdade, a busca da superação das limitações genéticas do processo de conhecimento ordinário e de sua adequação ao mundo contemporâneo. Quaisquer das perspectivas adotadas tende à reforma do ordenamento processual. Em outras palavras, o estudo das tutelas jurisdicionais diferenciadas é o estudo da busca da forma adequada da prestação da tutela jurisdicional em face da pretensão deduzida".[23]

Introduzida a antecipação dos efeitos da tutela na sistemática do Código de Processo Civil quando da modificação do artigo 273 em decorrência da reforma processual instituída no ordenamento pela Lei no. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, importante ressaltar a precedente sistematização do instituto no Código de Defesa do Consumidor - *Lei no. 8.078/90* - que, em seu artigo 84, § 3° , já previa este expediente processual às relações de consumo. A tutela antecipatória, espécie do gênero tutela diferenciada, caracteriza-se como provimento jurisdicional destinado à satisfazer e realizar, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida pelo autor - *daí distinguindo-se da tutela cautelar* - de sorte à operar, no plano fático, a pronta e efetiva entrega do bem da vida objetivado pelo requerente ao término da demanda cognitiva, desde que, existindo prova inequívoca, convença-se o juiz da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

---

[23] Rogério Aguiar Munhoz Soares, *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 141-142.

Conforme se pode depreender, duas as espécies de tutela antecipatória consagradas pelo legislador processual no artigo 273 do Código de Processo Civil: a de urgência, que exige o fundado receio de dano ou de difícil reparação e, a de proteção ao autor que, neste sentido vem tutelado face às consequências da demora do processo decorrente do abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu. [24]

Destarte, ao viabilizar no bojo de qualquer ação, "initio litis" ou no curso da demanda, o deferimento antecipado da pretensão objeto da causa ao autor, sensível às dificuldades processuais e aos danos de indução processual, o legislador processual civil manejou expediente capaz de estreitar o "iter" processual ordinariamente previsto para o curso das ações, redistribuindo o ônus do tempo no processo, uma vez que, concedida a antecipação dos efeitos da tutela, a pressa passa a ser também do réu e não mais apenas do autor da demanda.[25]

Controversa a questão acerca da possibilidade da concessão da antecipação da tutela "inaudita altera pars", antes mesmo da integração do réu no pólo passivo da relação processual, tendo em vista a garantia constitucionalmente assegurada a todo cidadão relativamente ao devido processo legal, garantia esta que abarca em seu conteúdo, o direito ao contraditório e ampla defesa.

---

[24] Ensina Nelson Nery Júnior que "Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC, 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a *efetividade do processo*, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar-se utilizando do processo com propósito protelatório. Daí por que o instituto brasileiro é singular, diferindo, na extensão e profundidade, dos *provvedimenti d'urgenza* do sistema italiano (CPC ital. 700) e da *einstweilige Verfugung* do processo civil alemão (ZPO §§ 935 e 940)". Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o processo civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

[25] Cf. Benedito Pereira Filho, *Antecipação da tutela antes da citação do réu*, Revista de Direito Processual Civil, Editora Gênesis, vol.

Ocorre que, não obstante o nosso ordenamento jurídico ter acolhido a tutela constitucional do processo, a lei processual admite, em situações excepcionais, a concessão de liminares sem a oitiva da parte contrária. Mister considerar que o artigo 273 do Código de Processo Civil não menciona a possibilidade de concessão liminar antes da citação e consequente oitiva da parte contrária, sendo certo que, tão-somente o artigo 461,§ 3º, que também se constitui em forma de antecipação da tutela, prevê esta possibilidade. Neste sentido, impõe-se a reflexão acerca da aplicabilidade do permissivo contido no artigo 461 às hipóteses do artigo 273 do Código de Processo Civil, sem se perder de vista a teleologia que enseja a concessão de medida liminar, qual seja, a necessidade de garantia da efetividade do processo.

Segundo entendimento do professor **Nelson Nery Júnior,** " Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars,* que não constitui ofensa, mas sim *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. Se para a concessão da liminar o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia ".[26]

Interessante assinalar que, embora o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, via de regra, venha deduzido no bojo da inicial, óbice inexiste quanto à possibilidade de seu requerimento em sede recursal, uma vez que " esta medida de tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer

[26] Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de processo civil comentado*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 749.

fase do processo, *inaudita altera pars* ou depois da citação do réu "[27] , desde que presentes "in casu" os requisitos autorizadores de sua concessão. Por essa perspectiva impõe-se a **análise das inovações relativas à antecipação de tutela face à sistemática recursal,** sendo certo que, no que atina ao agravo de instrumento, ao qual por expressa disposição legal contida no artigo 527, inciso II do Código de Processo Civil permite-se a concessão de efeito suspensivo à decisão recorrenda, necessária se nos afigura a construção interpretativa segundo a qual viabiliza-se, pela mesma via do agravo de instrumento, quando interposto à decisões interlocutórias negativas, a concessão de **efeito ativo** ao pedido que originariamente fora objeto de indeferimento pelo órgão prolator do julgado.

Neste sentido a lição de **José Roberto dos Santos Bedaque**[28], ao prelecionar que o direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade substancial, de sorte que todos os seus institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional. E é exatamente isso o que se busca quando da concessão da antecipação dos efeitos da tutela em sede recursal, pela concessão de efeito ativo ao agravo de instrumento interposto à decisões interlocutórias dotadas de conteúdo negativo.

---

[27] Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o processo civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 53

[28] José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo, a influência do direito material sobre o processo*, São Paulo, ed. Malheiros, 1995, p. 117.