

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

ROBERTO DEL CLARO

**A TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA
ESPECÍFICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA
2004**

ROBERTO DEL CLARO

**A TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA
ESPECÍFICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito, Curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme
Marinoni**

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO DEL CLARO

A TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA ESPECÍFICA NA
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no
Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Alvaro J. Perez Ragone
Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, Argentina

Curitiba, 15 de outubro de 2004.

Aos meus pais
José Claudio e Nilcéa,
pelo amor e dedicação!

Agradecimentos

Agradeço imensamente a todos os que colaboraram para que a presente dissertação fosse possível, em especial:

ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, amigo e mentor intelectual, pela orientação e apoio que sempre me outorgou;

ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, pela amizade, pelos ensinamentos e pela paciência inesgotável;

aos amigos e professores Alcides Munhoz da Cunha, Alexandre Reis Siqueira Freire, Eduardo Talamini, Elton Venturi, Guilherme Soares e Vinícius Klein, pelos constantes debates e críticas que em muito contribuíram para o presente trabalho.

*Then you better start swimmin'
Or you'll sink like a stone
For the times they are a-changin'.*

(...)

*And the first one now
Will later be last
For the times they are a-changin'.*

Bob Dylan
The Times They Are A-Changin'

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
1 INTRODUÇÃO	1
1.1 Crise da Noção de Jurisdição no Sistema da <i>Civil Law</i>	1
1.2 Judicialização Social.....	8
1.3 A Judicialização como Corolário de uma Democracia Participativa.....	13
1.4 A Legitimação da Atuação Jurisdicional.....	16
1.5 Em Busca de uma Nova Concepção de Jurisdição.....	19
2 A TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA ESPECÍFICA	25
2.1 Importância do Tema.....	25
2.2 Conceito de Tutela Específica.....	31
2.3 Conceito de Tutela Ressarcitória na Forma Específica	33
2.4 Provimentos que a Veiculam.....	35
2.5 Em Face da Tutela Inibitória.....	40
2.6 Em Face da Tutela Reintegratória.....	47
2.7 Delimitação do Tema.....	48
3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL	50
3.1 Introdução.....	50
3.2 <i>Procedural e Substantive Due Process</i>	51
3.3 Existe um <i>Substantive Due Process</i> no Brasil?.....	57
3.4 Na Constituição Brasileira de 1988.....	60
3.5 Como Direito Fundamental.....	62
3.6 Como Princípio Constitucional.....	74
3.7 Como Cláusula Aberta.....	77
3.8 Conclusões.....	83
4 DEVIDO PROCESSO SUBSTANCIAL?	86
4.1 Introdução.....	86
4.2 Histórico.....	89
4.3 Críticas.....	105
4.4 A Doutrina de Carlos Roberto de Siqueira Castro.....	107
4.5 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	110
4.6 Vigência do <i>Substantive Due Process</i> no Brasil.....	112
4.7 Conclusões.....	115
5 A TUTELA JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	117
5.1 O Reconhecimento da Importância do Devido Processo Legal	117
5.2 Devido Processo como Questão de Princípio.....	118
5.3 O Devido Processo não é Procedimento Ordinário.....	120
5.4 As Regras Processuais Positivas em Face do Devido Processo.....	122
5.5 <i>The Right Remedy Gap</i>	128

6	IMPOSIÇÃO DO RESSARCIMENTO	137
6.1	Ressarcimento na Forma Específica e Atividade Executiva.....	137
6.2	Precisão Conceitual.....	139
6.3	A Opção do Demandante ao Ressarcimento pelo Equivalente.....	143
6.4	A Opção do Demandado ao Ressarcimento pelo Equivalente.....	144
6.5	A Excessiva Onerosidade e a Análise Econômica do Direito	147
6.6	A Opção do Demandado ao Ressarcimento na Forma Específica.....	151
6.7	Tutela Ressarcitória Específica Antecipada.....	152
6.8	Cumulação de Tutelas.....	153
7	CONCLUSÕES	158
	REFERÊNCIAS	162

RESUMO

Esta dissertação analisa o tema da tutelas jurisdicionais aptas a conseguir o ressarcimento do dano na forma específica. O tema foi restrito ao ressarcimento dos danos derivados de atos ilícitos. Propositamente não foram enfrentados os casos de ressarcimento na forma específica derivados de danos decorrentes do descumprimento de obrigações *stricto sensu* (*breach of contract*). É certo que somente com a adequada compreensão do devido processo legal, qual direito fundamental à tutela jurisdicional, é possível compreender o problema na sua totalidade. Conclui-se que a tutela ressarcitória na forma específica é exigência do próprio ordenamento jurídico, aceita pelas normas substanciais, e prestada pela regras processuais, em especial os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direito; Processo Civil; Devido Processo Legal; Ilícito; Tutela Jurisdicional; Tutela Ressarcitória; Ressarcimento na Forma Específica.

ABSTRACT

This essay analyses the topic of the judicial remedies able to provide the indemnification of damages in the specific form. The theme was restricted to the indemnification of damages originates from torts. Deliberately were not faced the cases of indemnification in the specific form derived from the inexecution of *stricto sensu* obligations (breach of contract). It is certain that only through a total comprehension of the due process of law, as a fundamental right to judicial protection, it is possible to understand the problem as a whole. It reaches the conclusion that the remedy to indemnification in the specific form is a demand of the legal code, it is accepted by the substantive rules, and it is given by the procedure rules, specially by the articles 461 of the Civil Procedure Code and 84 of the Consumer's Rights Code.

Key-words: Law; Civil Procedure; Due Process of Law; Tort; Remedies; Indemnification Remedy; Indemnification in the Specific Form.