

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA DO DIREITO
À SAÚDE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Clayton Maranhão

Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais


Direito Processual Civil

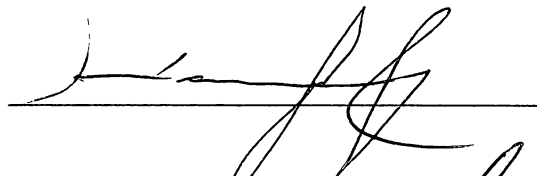
Tese apresentada no Curso de pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. Orientação do Professor Doutor Luiz Guilherme B. Marinoni.

Curitiba

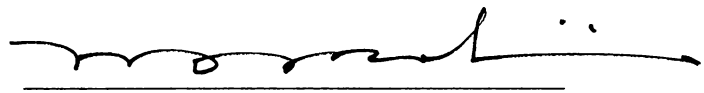
2002

BANCA EXAMINADORA











SUMÁRIO

Resumo/VI

Introdução/1

Premissas ao estudo da tutela específica/9

O problema da correlação necessária entre condenação e execução forçada /25

A correlação entre condenação e execução forçada: o estado da questão no direito brasileiro/57

A consagração das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* em relação processual unitária no direito positivo brasileiro /101

As formas de tutela específica no direito brasileiro /120

As técnicas de efetivação da tutela específica no direito brasileiro /134

O direito à saúde nas relações de consumo/162

A tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo/180

Conclusão/255

Bibliografia/258

Índice/275

RESUMO

O microsistema do Código de Defesa do Consumidor é um dos estatutos plurais de mercado que tem por objetivo *ampliar* o direito de acesso aos bens e serviços e *corrigir* as *market failures*, seja *prevenindo* condutas contrárias ao Direito, seja *reprimindo* fatos danosos mediante a internalização de custos sociais. Para tanto, vem dotado de formas substanciais de tutela específica. Diante da essencialidade de muitos desses bens e serviços à dignidade da pessoa humana – cujo direito à saúde deve ser realçado –, e considerando-se que o Código de Defesa do Consumidor parte da premissa da vulnerabilidade do indivíduo homogêneo, concede-lhe a regra básica de ter facilitada a defesa de seus direitos. Nesse contexto, a tese analisa as diversas técnicas processuais de acesso à Justiça para concluir que, na sociedade de consumo, somente a conjugação das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* com adequadas técnicas de efetivação da tutela é possível construir formas jurisdicionais de tutela efetivas e adequadas às formas substanciais de tutela específica. Para demonstração da tese, procede-se à análise da efetividade e adequação das formas jurisdicionais de tutela específica em diversos setores de mercado onde há oferta de bens e serviços essenciais à saúde humana. Quando a oferta é escassa, o dirigismo contratual sugere a adoção de formas jurisdicionais de tutela preventiva. Quando a procura é massificada, aumentam os riscos e as externalidades negativas exigindo-se formas jurisdicionais de tutela *preventiva* – *adequadas aos interesses difusos e coletivos* – que corrijam tais falhas de mercado para o futuro e formas jurisdicionais de tutela *repressiva* – *adequadas aos direitos individuais homogêneos* – para justa distribuição social dos danos causados.

INTRODUÇÃO

O direito tende a funcionar em qualquer sociedade em uma ou mais das seguintes direções: (i) a repressão de comportamentos; (ii) a criação e a distribuição de poder; (iii) a distribuição e às vezes a criação de bens. Não é comum em teoria geral do direito uma análise da função distributiva de bens e dos critérios de justiça adotados, mas apenas a sua função repressiva, função essa que para alguns sociólogos somente justificar-se-ia em sociedades muito primitivas.¹

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro é um microssistema de normas de direito substancial e processual em que são previstas formas e técnicas de tutela jurisdicional específica voltadas para a realização de justiça econômica comutativa e distributiva. Visualizar nesse microssistema apenas uma função repressiva do dano é ir contra o critério de justiça econômica adotado pelo legislador, como significa desconsiderar toda a historicidade do sujeito, antes oprimido pelo mercado em ascensão no modelo liberal.

Note-se que, segundo TARELLO, o direito pode assumir uma tríplice função: repressiva de condutas sociais, criadora e distribuidora de poder estatal e distribuidora de bens e até criadora de bens. Estão presentes na função do direito as noções de sociedade, Estado e mercado.

Desde as sociedades primitivas até a sociedade feudal os critérios de justiça econômica davam-se segundo o *status social*. O modelo econômico era agrícola (primário) e as fontes produtivas eram concentradas nas mãos dos nobres, os chamados *sujeitos proprietários* que exploravam os servos e os escravos, sujeitos não proprietários. O sujeito era visto pelo que tinha: o *ter* condicionava o *ser*.²

¹ “Alguns sociólogos do direito entendem que sociedades muito primitivas eram caracterizadas por um direito que cumpria somente uma função de repressão; outros, ao contrário, entendem que o direito de uma sociedade muito primitiva cumpria somente uma função de distribuição. [...] É comum nos estudos de teoria do direito que se dê muita atenção à função repressiva.” Cf. Giovanni Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni. Analisi economica del diritto privato [a cura de Guido Alpa et alii]*, Milão: Giuffrè, 1998, p. 55.

² No mesmo sentido Sérgio Cruz Arenhart, tratando da tutela preventiva do direito à vida privada, cf. *A tutela inibitória da vida privada*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 62-67; sobre a condição humana na era da globalização e a constitucionalização do direito privado, ver também Carmem Lucia Silveira Ramos, a constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *Repensando fundamentos do direito civil*

Até então não havia Estado e o *status social* é que servia de critério para alocação e distribuição de bens.³ Havia desigualdade social, econômica e jurídica entre os sujeitos posto que inclusive as leis eram diferenciadas segundo o *status social* do destinatário. Mesmo com o surgimento do Estado moderno, segundo a concepção absolutista, tal estado de coisas não se alterou substancialmente.⁴

A classe social burguesa dos comerciantes emergiu e deflagrou a revolução francesa, com as idéias universalizantes e abstratas da codificação moderna. Surgia o Estado liberal, onde todos seriam formalmente iguais perante a lei codificada.⁵ Foi um avanço significativo, porém insuficiente para evitar novas desigualdades sociais e econômicas. A lógica de mercado também ascendia em substituição à lógica do *status social*.⁶

Deveras, a codificação, por intermédio dos contratos, outra coisa não propiciou senão a circulação da propriedade imobiliária, então transmissível, quase que exclusivamente, segundo o princípio hereditário monárquico. Mas a possibilidade de acesso à propriedade imobiliária ficou restrita à classe social emergente dos comerciantes. A abstenção do estado contribuiu para que houvesse nova concentração de riquezas. O mercado livre realçou a desigualdade sócio-econômica entre os sujeitos, uma vez que a igualdade possível, segundo os códigos modernos, era apenas jurídico-formal. Tornava-se retórica a afirmação liberal segundo a qual

brasileiro contemporâneo [coord. Luiz Edson Fachin], Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-29; Antônio Carlos Efig [coord.], *Direito constitucional do consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal. Direito do Consumo, vol. 1*, Curitiba: Juruá, 2001, p. 15-36.

³ “Os recursos materiais e a cota de trabalho que deveriam caber a cada indivíduo eram determinados por sua posição na sociedade tribal ou imperial. O papel de cada um no processo produtivo dependia simplesmente de sua posição na sociedade. ... Todavia a transição para uma economia de mercado cada vez mais impessoal estava fadada a exercer um efeito desagregador sobre as sociedades imperiais e rudimentares.” Cf. C. B. Machperson, *Ascensão e queda da justiça econômica*, p. 16-21.

⁴ “Onde persistia a velha organização por classes distintas, isto é a nobreza e a burguesia distintas dos camponeses, esta organização funcionava como suporte do constrangimento legal dos camponeses na terra (e da denegação de liberdade de locomoção aos camponeses) e da não liberação dos ônus incidentes sobre a terra e pagáveis ao senhor feudal ... Muitas das normas legais que constituíam a ‘grande segregação’, particularmente aquelas que reprimiam a vagabundagem, a mendicância e a doença mental, nada mais eram que elementos acessórios (em relação aos instrumentos oferecidos pelo direito feudal e pelo direito ‘privado’) de uma organização generalizada que tendia a legar os camponeses à terra.” Cf. Giovanni Tarello, *Assolutismo e codificazione*, p. 44-45. Sobre tais desigualdades, ver José Eduardo Faria, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 323. Sobre o processo de codificação como origem do direito privado contemporâneo, ver R. C. van Caenegem, *Uma introdução histórica ao direito privado*, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 1-16; sobre a influência do jusracionalismo na formação do direito privado, ver Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, 2ª, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 1-14, p. 279 et seq.

⁵ “Na existem os ‘estados’ nem as ‘castas’. Não há ninguém com privilégios civis. O homem médio aprende que todos os homens são legalmente iguais”, cf. Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, cit., p. 75.

os sujeitos não proprietários de bens tornavam-se proprietários de sua mão de obra.⁷

Emergia, por outro lado, a economia industrial (secundária), desenvolvendo-se técnicas de produção em escala. A produção, a publicidade, a distribuição e o consumo de massa não demoraram muito a surgir. Inicia-se a criação de falsas necessidades de consumo.⁸

As sociedades industrializadas enriquecem rapidamente. As sociedades periféricas ficam, em um primeiro momento, excluídas do processo desenvolvimentista, não havendo a prometida igualdade de oportunidades.⁹ As sociedades economicamente avançadas atingem um estágio de saturação e começam a pensar em direito ao lazer e ao tempo livre,¹⁰ mas para consumirem ainda mais. O homem-massa, indivíduo-homogêneo¹¹ e consumidor do efêmero, leva-nos à reflexão do fim hegeliano da história.¹² A sociedade de consumo tornou-se uma

⁶ “... nos séculos XVII e XVIII ... o mercado triunfou nas sociedades tradicionais...”. Cf. C. B. Machpherson, *Ascensão e queda*, cit., p. 14.

⁷ “... mesmo quando existem bens privadamente apropriados ou apropriáveis, nem todos são ou podem ser seus proprietários, nem todos têm bens a respeito dos quais possam praticar atos jurídicos, nem todos são sujeitos de direito... a propriedade que cada homem tem no seu próprio trabalho é a fonte original de toda a outra propriedade, e por isso a mais sagrada e inviolável. O patrimônio de um homem pobre consiste na força e destreza das suas mãos (Adam Smith)”. Cf. Ana Prata, *Tutela constitucional da autonomia privada*, p. 8 e nota 2.

⁸ Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 96.

⁹ “A base informacional do utilitarismo tradicional é o somatório das utilidades dos estados de coisas. Na forma clássica do utilitarismo, a forma benthamista, a ‘utilidade’ de uma pessoa é representada por alguma medida de seu prazer ou felicidade... Indiferença distributiva: o cálculo utilitarista tende a não levar em consideração desigualdades na distribuição da felicidade (importa apenas a soma total, independentemente do quanto sua distribuição seja desigual)... “Descaso com os direitos, liberdades e outras considerações desvinculadas da utilidade: a abordagem utilitarista não atribuiu importância intrínseca a reivindicações de direitos e liberdades (eles são valorizados apenas indiretamente e somente no grau em que influenciam as utilidades). É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassalos delirantes.” Cf. Armatya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, p. 77, 81.

¹⁰ “Caso se queira encontrar realmente casos concretos, precursores da sociedade criativa que eu tenho mente, certamente não será nos círculos indianos de bridge, nem nos grupos napolitanos, feitos de barões ... Mas os lugares e os casos de referência para uma civilização do tempo livre não são nem mesmo a Seattle de Bill Gates ou a Tóquio de Akio Morito, onde a corrida ao sucesso gera uma sociedade desequilibrada e infeliz. Apesar de anacrônico, se desejamos um modelo, este é ainda o da Atenas de Péricles, onde o ócio criativo incluía equilíbrio e beleza... Segundo Enzesberger, seis coisas serão escassas: o tempo, a autonomia, o espaço, a tranquilidade, o silêncio e o ambiente ecologicamente saudável. A estes bens cada vez mais ‘luxuosos’, porque cada vez mais raros, eu somaria também a convivialidade e a beleza. Como pode ver, trata-se de bens cuja disponibilidade depende mais da sensibilidade, da formação e da cultura do que do dinheiro.” Cf. Domenico de Masi, *O ócio criativo*, p. 330-333.

¹¹ “... o que mais nos interessa em Stuart Mill é a sua preocupação com a homogeneidade de má categoria que via crescer em todo o Ocidente. ... a história agonizou sob o império homogêneo da vulgaridade por ter desaparecido a fértil ‘variedade de situações.’” Cf. Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, p. 19-22 e 73 et seq.

¹² “... há ainda um outro fator, na minha opinião o determinante para o conceito de transmodernidade: a idéia do fim da história que, de certa forma, corresponde a uma releitura pós-moderna da filosofia hegeliana. ... Com efeito, é no plano propriamente histórico ... que a filosofia hegeliana parece indentificar-se com a história recente; tanto é assim que os marcos desse contexto, representativos do fim das ditaduras e dos despotismos nos eufemisticamente chamados segundo e terceiro mundos, caracterizam a civilização pós-moderna também como

realidade.¹³

A produção em escala gera a colocação diária de novos produtos e serviços no mercado. O modelo neoliberal concita à desestatização no setor da saúde pública e parques são os recursos públicos destinados à pesquisa no setor de medicamentos genéricos. A publicidade é

pós-totalitária e pós-alienada. Pós-totalitária sim, mas não pós-alienada, pois é dubitável que a sociedade atual do mundo ocidental seja menos alienada do que as anteriores, na medida em que não tem consciência do mal estar que a pós-modernidade tem provocado.” Cf. Luiz Fernando Coelho, *Saudade do futuro*, p. 48. Para uma leitura diversa de fim da história, ver François Châtelet, *Hegel* [tradução da edição de 1968 por Alda Porto], Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.152-154. “Nossa herança nos foi deixada sem nenhum testamento.” A partir dessa citação, Hannah Arendt analisa, segundo Celso Lafer, “a lacuna profunda entre o passado e o futuro – a crise profunda do mundo contemporâneo – que se traduz no campo intelectual, pelo esfacelamento da tradição”, cf. Hanna Arendt, *Entre o passado e o futuro* [apresentação de Celso Lafer], 5ª, São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 10 e 28. “... o homem do presente sente que a sua vida é mais vida que todas as antigas ou, dito de maneira inversa, que o passado inteiro se tornou pequeno para a humanidade atual... Nossa vida sente-se, de repente, de maior tamanho que todas as vidas. Como poderá sentir-se decadente ? Muito pelo contrário: o que aconteceu é que, pelo fato de se sentir mais vida, perdeu todo o respeito, toda a atenção para com o passado, Eis a razão de nos encontrarmos pela primeira vez numa época que faz tábuas rasas de todo o classicismo, que não reconhece em nada passado um possível modelo ou norma, época que, sobrevinda após tantos séculos sem descontinuidade de evolução, parece, no entanto, um começo, uma alvorada, um início, uma infância. ...Essa grave dissociação entre o passado e o presente é o acontecimento comum de nossa época e nela está incluída a suspeita, um pouco confusa, que leva à conturbação peculiar da vida nestes anos. Os homens atuais sentem de repente que ficaram sozinhos sobre a terra; que os mortos morreram de fato; que já não podem ajudar-nos. O resto do espírito tradicional se evaporou. Os modelos, as normas, as linhas de conduta já não nos servem. Temos que resolver nossos problemas sem a colaboração ativa do passado, em pleno atualismo – sejam eles da arte, de ciência ou de política”. cf. Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, cit., p. 57-58. “... nossa vida, como conjunto de possibilidades, é magnífica, exuberante, superior a todas as historicamente conhecidas. Mas, pelo próprio fato de seu forma ser maior, transbordou todos os leitos, princípios, normas e ideais legados pela tradição. É mais vida que todas as vidas, e por isso mesmo mais problemática. Não pode orientar-se no passado. Tem que inventar seu próprio destino... Em nosso tempo é o homem-massa que domina; é ele quem decide ... O homem-massa é um homem cuja vida carece de projeto, segue à deriva.”, cf. Ortega y Gasset, *idem*, cit., p. 67-69.

¹³ “Destrua o carro, o seguro fará o resto !” ... “A sociedade de consumo precisa dos seus objetos para existir e sente sobretudo necessidade de os destruir. O ‘uso’ dos objetos conduz apenas ao seu desgaste lento. O valor criado reveste-se de maior intensidade no desperdício violento. Por tal motivo, a destruição permanece como a alternativa fundamental da produção: o consumo não passa de termo intermediário entre as duas. No consumo, existe a tendência profunda para se ultrapassar, para se transfigurar na destruição. Só assim adquire sentido. Na quotidianidade atual, quase sempre permanece subordinado, como consumptitibilidade dirigida à ordem da produtividade. Eis o motivo por que, na maior parte das vezes, os objetos lá se encontram por ausência, enquanto a abundância significa paradoxalmente a penúria. O ‘stock’ é a redundância da privação e sinal de angústia. Só na destruição é que os objetos existem por excesso, danto testemunho da riqueza no próprio ato de desaparecimento. De qualquer maneira, é evidente que a destruição, quer sob a forma violenta e simbólica (*‘happening’*, *‘potlatch’*, *‘acting out’* destrutivo, individual ou coletivo) quer sob a forma de destrutividade [constitui] uma das funções preponderantes da sociedade pós-industrial”, cf. Jean Baudrillard, *A sociedade de consumo*, p. 42-43. “... o espectro de uma verdadeira sociedade de consumo é mais alarmante como ideal da sociedade de hoje que como realidade presente. O ideal não é novo: estava claramente contido na premissa incontestada da economia política clássica de que o objetivo final da vida ativa é a riqueza crescente, a abundância e a ‘felicidade da maioria”, cf. Hannah Arendt, *A condição humana*, 10ª, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 145. Ver, também, Pierre Bourdieu, *A economia das trocas simbólicas*, São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 99-181.

cada vez mais agressiva.¹⁴ A qualidade dos produtos e serviços de saúde colocados no “mercado” nem sempre é satisfatória. O consumo massificado de produtos não registrados e a utilização de serviços sem vigilância são fatores que aumentam o risco de danos à saúde humana.

Os serviços de saúde tendem à terceirização ao mesmo tempo que os planos privados de saúde praticam aumentos abusivos das mensalidades e impõem limites de cobertura também abusivos. Cogitou-se da “morte”¹⁵ do contrato na medida em que os contratos de massa também se disseminavam como uma prática comercial abusiva, com cláusulas unilateralmente elaboradas a impedir liberdade contratual e, portanto, a instaurar um desequilíbrio entre as partes contratantes.¹⁶

Era, mesmo, necessária uma intervenção (regulamentadora) do Estado na economia, objetivando promover justiça econômica na sociedade. Um dos maiores desafios da contemporaneidade reside em saber-se até que ponto pode o Estado fazer frente à hegemonia do mercado nas relações sociais.¹⁷

A revolução tecnológica e, em especial, a robotização, está substituindo o trabalho humano pelas máquinas, gerando desemprego e exigindo a irrupção de novos setores de mercado, notadamente na prestação de serviços autônomos. A economia de serviços (terciária

¹⁴ Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 78, 96, 100, 121, 129 e 132; Fernando Gherardini Santos, *Direito do marketing*, São Paulo: RT, 2000, p. 17-39.

¹⁵ “*This has been a study in what might be called the process of doctrinal disintegration. The process is one with which we have been, until now, relatively unfamiliar. The reduction of the basic fields of law to self-contained and logically consistent systems of rule and doctrine was, I suggest, the principal feature, as it was the greatest achievement, of our late nineteenth century and early twentieth century jurisprudence. What went on in Contract is merely a special instance of what went on everywhere*”, cf. Grant Gilmore, *The death of contract*, p. 110 e 111; “... *Gilmore’s little work is akin to a Common Law for postmodern times. Now, some twenty years after its original publication, The Death of Contract may itself appear dead...*”, cf. Ronald K. L. Collins, *Foreward*, março de 1995; “*O contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou*”, cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 350. Sobre as diferenças entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual, cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 45 *et seq* e 118 *et seq*. Sobre a contratação difusa e a liberdade contratual, ver Joaquim de Souza Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁶ Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 101-138.

¹⁷ Para Adam Przeworski, quando Estado intervém na economia o faz para reproduzir o capitalismo. Lembra a concepção de Habermas, para quem o capitalismo liberal de mercado desapareceu (em alguns setores) em virtude da falta de competitividade (oligopólios e monopólios) surgindo o capitalismo tardio, regulado pelo estado; para Offe dita intervenção estatal é consequência da natural desmercantilização a que tende o mercado, cf. Cf. Adam Przeworski, *Estado e economia no capitalismo*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 87 *et seq*.

e quaternária)¹⁸ alcança o seu auge. As prestações de dar perdem a hegemonia para as prestações de fazer.¹⁹

Ao mesmo tempo em que pensadores ligados aos países de capitalismo avançado conclamam para um modelo neoliberal (terceira via),²⁰ onde a ascensão do mercado deve ser mantida, as sociedades de capitalismo periférico (con)vivenciam, quase que simultaneamente, os modelos econômicos primário, secundário e terciário (de serviços), sem entenderem muito bem o que está acontecendo.

Proclamam-se – para nós a um só tempo – direitos civis e políticos (de primeira geração), econômicos, sociais e culturais (de segunda geração), mediante tratados internacionais. Afirmam-se direitos ambientais (de terceira geração) e direitos à informação, à democracia pluralista e ao direito bioético (de quarta geração), os quais, na realidade, não têm sucessão cronológica, mas sim coexistem no tempo, sendo, por isso, mais adequado falar em dimensões do direito, antes que em gerações dele²¹ – e com maior razão para os países de economia dependente, onde tais direitos eclodiram quase que simultaneamente.

Não há como negar que a historicidade dos direitos é diferenciada entre as nações avançadas e as nações dependentes. É nesse contexto que emerge a importância do estudo da tutela específica dos direitos não patrimoniais. Os direitos não patrimoniais envolvem situações substanciais de vantagem que não encontram valor no mercado e, por conseguinte, não são monetizáveis segundo o binômio condenação-execução forçada.

Surge, por outro lado, o problema das técnicas de tutela jurisdicional específica desses novos direitos.

Não por outra razão, muito se tem discutido sobre a instrumentalidade substancial do processo civil. Defende-se que todo cidadão tem direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada.

¹⁸ Para Gottmann, “As atividades quaternárias consistem em transações de tipo abstrato cujo conjunto naturalmente dirige, orienta, administra, guia a produção e a distribuição de produtos concretos, mas o trabalho essencial se resolve agora no conceber, controlar, organizar, modificar todos os circuitos, e todas estas tarefas empenham um grande número de pessoas”, cf. Giancarlo Cepollaro, *Gottmann: a metrópole transacional. A sociedade pós-industrial* [org. Domenico de Masi], São Paulo: Senac, 1999, p. 236.

¹⁹ Cf. Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 70, 91e 95; Marcelo Lima Guerra, *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. Processo de execução e assuntos afins* [org. Teresa Arruda Alvim Wambier], São Paulo: RT, 1998, p. 297, nota 2.

²⁰ Sendo essencialmente um projeto anglo-saxão, muito embora não se aceite tal crítica, cf. Anthony Gidens, *A terceira via e seus críticos*, Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 33 e 38.

²¹ Cf. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 525.

É corrente a observação segundo a qual as técnicas processuais de tutela e as formas jurisdicionais de tutela não têm sido dotadas de uma clara conceituação científico-doutrinária. Deveras, desde que CHIOVENDA importou do direito alemão a classificação processual das ações e das correspondentes sentenças de procedência, dando-lhes, contudo, nova roupagem,²² a doutrina italiana pós-chiovendiana redimensionou ainda mais os respectivos conceitos. Pode-se afirmar que a preocupação de CHIOVENDA estava em dar autonomia ao direito de ação processual.

Contudo, a doutrina pós-chiovendiana retirou o elemento “*ordem*” da eficácia condenatória alemã, assim como construiu a idéia segundo a qual a tutela preventiva dos direitos poderia ser funcionalizada por intermédio das sentenças meramente declaratórias, condenatórias para o futuro e cautelares.

Como as relações sociais e econômicas são dinâmicas, a partir da segunda metade do século XX novas tendências exigiram modificação de postura nos estudos do processo civil.

Não demorou muito, pois, para que surgissem críticas doutrinárias clamando por uma revisão conceitual de condenação e na busca de técnicas processuais que pudessem funcionalizar adequadamente a tutela preventiva dos direitos.

Como a tradição do direito processual brasileiro tem forte ligação com o direito italiano, o diálogo constante com a doutrina daquele país também tem permitido uma reflexão sobre os pontos críticos do nosso direito legislado.

O estudo por nós elaborado é apenas seguimento dessa tendência.

Fazemos uma análise crítica nos primeiros seis capítulos sobre toda a evolução da problemática da tutela específica dos direitos e a adequação e efetividade das formas e técnicas de tutela jurisdicionais.

Nos últimos dois capítulos, tratamos do problema do direito à saúde inserido nas relações de consumo e da tutela jurisdicional adequada à proteção desse direito fundamental, reduzindo, diante dos limites desta pesquisa, a amplitude dos direitos não patrimoniais e formulando, por outro lado, algumas hipóteses aplicativas das novas formas de tutela e técnicas de tutela

²² “*Si deve alla moderna dottrina tedesca del processo civile la classificazione delle sentenze in sentenze di condanna (Verurteilungsurteile), in sentenze di accertamento (Feststellungsurteile) e sentenze costitutive (Bewirkungsurteile o Gestaltungsurteile). Ora per giudicare il valore di questa classificazione (che fu accolta pienamente nella dottrina italiana per opera essenzialmente del Chiovenda), uno dei punti essenziali consiste nel determinare che cosa sia la sentenza di condanna*”, Cf. Francesco Invrea, *La sentenza di condanna, Rivista di Diritto Processuale*, 1935, p. 30-53

predispostas no ordenamento jurídico brasileiro.

Entendemos que por intermédio dessas novas formas e técnicas de tutela é possível pensar-se em eficiência no acesso à Justiça, na realização jurisdicional dos direitos humanos e na consecução de uma das principais aspirações da nação brasileira que é a sua emancipação social.

Na medida em que o Estado-administração assuma os deveres que a Constituição Federal proclama, menor será a necessidade do cidadão acessar à Justiça. Em paralelo, o Estado-jurisdição há de estar dotado de técnicas processuais efetivas e adequadas – e, mais do que isso, há de estar consciente na utilização de tais técnicas – objetivando corrigir as falhas do mercado.

CAPÍTULO 1

PREMISSAS AO ESTUDO DA TUTELA ESPECÍFICA

SUMÁRIO: 1.1 O problema da prioridade natural, lógica e jurídica da tutela específica das obrigações: historicidade. 1.1.1 Da regra da condenação pecuniária à regra da prioridade da tutela específica no direito romano (condenação *ad ipsam rem*). 1.1.2 O brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*. 1.2 O problema da prioridade da tutela específica dos direitos e a inadequação das normas de processo no direito moderno. 1.3 O problema da neutralidade da jurisdição.

1.1 O problema da prioridade natural, lógica e jurídica da tutela específica das obrigações: historicidade.

A efetividade da tutela específica das obrigações, nos sistemas de tradição romano-canônica, tem encontrado diversos obstáculos surgidos ao longo de um processo histórico complexo caracterizado ora pelo abandono das fontes romanas, ora mediante interpolações dos glosadores e pós-glosadores ao *Corpus Iuris Civilis*, e que se consolida no projeto revolucionário burguês da codificação moderna.

O dissenso doutrinário essencial – nem sempre explícito – diz respeito ao problema da prioridade *natural, lógica* e sobretudo *jurídica* da tutela específica sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, em nosso sentir fundamental nas relações sociais contemporâneas, especialmente para a tutela da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de questão que envolve, sobretudo, variados compromissos doutrinários que, de um lado, foram – e ainda são – de discutível razoabilidade jurídica mas, por outro, encontraram – e no direito comparado ainda encontram – na literalidade das fontes normativas muitas

possibilidades para duvidar²³ do primado da tutela específica sobre uma tutela que hodiernamente tem sido chamada de *mercadológica*²⁴ dos direitos.

Mas a doutrina descompromissada com a ascensão do mercado reafirma a prioridade lógica, natural e jurídica da tutela específica sobre a tutela por perdas e danos:

“Ocorre considerar em primeiro lugar o princípio da chamada prioridade (lógica, antes que jurídica) do adimplemento em relação ao ressarcimento do dano. O emergir do princípio em questão, com autoridade formulado na Itália por Chiovenda (‘o processo deve dar, no que for possível praticamente a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de obter’) e depois retomado entre as linhas do código civil de 1942, mas repentinamente comprimido pela doutrina na camisa de força da chamada correlação necessária entre condenação e execução forçada, marca, de fato, o reavivar da velha regra de inspiração *vetero-liberal*, formulada pelo *Code Napoléon* e reafirmada pelo código civil italiano de 1865, segundo a qual em caso de inadimplemento qualquer obrigação diversa do *dare* se resolve em *dommages-intérêts*; e constitui a um só tempo o termo *a quo* (lógico e histórico) das inovações normativas e das construções doutrinárias e jurisprudenciais em tema de técnicas de tutela em forma específica. Como já se teve a oportunidade de considerar, a centralidade da sanção ressarcitória deriva, na dimensão puramente garantística que à origem da experiência liberal identifica as relações entre estado e mercado, da igualdade em sentido formal e do abstencionismo do estado de direito.”²⁵

²³ É o caso de Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milão: Giuffrè, 1980, p. 152-154; ID, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, ‘in’ *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* [a cura di Salvatore Mazzamuto], Nápoles: Jovene, 1989, p. 190.

²⁴ Michele Taruffo refere-se ao termo *monetização* dos direitos, cf. *Problemi in tema di esecutorietà*, *passim*, p. 806; João Calvão da Silva também se refere a *monetização* dos direitos não patrimoniais no sentido de *patrimonialização das obrigações* e de *lógica patrimonial quantitativista*, cf. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, *passim*, p. 165, 167 e 168; Luiz Guilherme Marinoni utiliza a expressão *mercificação* dos direitos, cf. *Tutela inibitória*, *passim*, p. 27, 317; Andrea Proto Pisani refere-se à ambas: “*monetização ou mercificação*”, cf. *Appunti sulla condanna*, *passim*, p. 133; José Carlos Barbosa Moreira denuncia uma perspectiva “*economicística*”, cf. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, ‘in’ *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 23; Sérgio Chiarloni é contrário ao significado dado pela doutrina na utilização dessas expressões, cf. *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milão: Giuffrè, 1980, p. 34-49.

²⁵ Cf. Salvatore Mazzamuto, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles: Jovene, 1978, p. 121. Também favorável a prioridade lógica e jurídica da tutela específica sobre a tutela monetista, João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, *passim*, p. 140-190, esp. p. 143: “*O melhor remédio contra o incumprimento, rectius, contra o atraso no exato cumprimento ou contra a não realização exata da prestação, é aquele que conduza ainda ao cumprimento, embora tardio, e evite a sua transformação em incumprimento definitivo. E é o melhor remédio porque ainda permite a específica satisfação do interesse primário do credor na realização do programa prestacional – ao assegurar o normal, ainda que retardado, fim da relação segundo a intenção das partes e a função econômica do negócio – e porque permite evitar que o incumprimento prejudique a finalidade que as partes tiveram em mira na conclusão do negócio. No final das contas, o cumprimento é a realização do sinalagma funcional, natural prolongamento do sinalagma genético, com a condenação do devedor à realização real da prestação devida, isto é, ao exato e específico cumprimento, a ter lugar como princípio natural e de índole primária. O princípio é óbvio e a sua prioridade ou primado relativamente à reparação dos danos é evidente.*” Sobre a prioridade jurídica, completa: “*Do que acabamos de ver sobre o cumprimento e execução específica como tutela ideal e, por isso, dotada de superioridade sobre o*

Ocorre, no entanto, uma rápida passagem pela tormentosa historicidade da questão.

1.1.1 Da regra da condenação pecuniária à regra da prioridade da tutela específica no direito romano (condenação *ad ipsam rem*).

A execução pessoal não era desconhecida no direito antigo. Porém, por influência dos princípios cristãos da caridade e da fraternidade, houve progressiva restrição da execução pessoal a ponto de ser possível somente a execução patrimonial por intermédio da regra da condenação pecuniária (*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*). Essa regra do processo formular romano é tida por “*um enigma*”, sendo controversa a sua razão de ser, “*um problema dos mais difíceis e obscuros de todo o processo*”.²⁶

No entanto, a inefetividade do sistema no direito romano já era percebida pelo pretor que, visando contornar a regra da condenação pecuniária e, assim, permitir ao credor a obtenção do cumprimento específico por parte do devedor, estabeleceu alguns meios indiretos, dentre os quais destacaram-se os seguintes: (i) o agravamento no dobro, no triplo ou no quádruplo da

ressarcimento do dano e execução por equivalente, nenhuma dúvida pode haver de que o ordenamento jurídico deve consagrá-lo como princípio jurídico positivo”, cit., *passim*, p. 171.

²⁶ Cf. Sérgio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milão: Giuffrè, 1980, p. 39; João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 209/210, notas 386 e 388, segundo o qual, “Na Babilônia, as leis de Hammourabi autorizavam o credor não pago a usar de constrangimento sobre a pessoa do devedor, sua mulher e filhos, podendo vendê-lo como aos seus bens. No Egito, a identificação da dívida com a pessoa do devedor foi levada tão longe que o seu cadáver ainda respondia, permanecendo o direito do credor sobre a pessoa do devedor até o momento em que Bocchoris erigiu em lei o princípio de que o devedor podia vincular os seus bens mas jamais a sua pessoa. Na Grécia, o credor podia fazer o devedor seu escravo. No arcaico período das *legis actiones* do direito romano - que seguiu à fase da *vindicta privata* e da pena de Talião -, é conhecida a *manus iniectio* (uma das *legis actiones*), pela qual o credor se apoderava da pessoa do devedor, mantinha-o preso em sua casa (prisão privada) durante sessenta dias - tempo em que o credor tem a obrigação de levar o devedor ao *Forum*, em três dias de mercado, e proclamar o montante da dívida, a ver se alguém paga -, transcorridos os quais o devedor ou ficava escravo do credor ou era vendido como escravo *trans Tiberim* ou era morto e, se fossem vários os credores, esquartejado o cadáver. A *obligatio* arcaica era, pois, como sublinha Sebastião Cruz, ‘um certo *dominium* do credor sobre a pessoa do devedor’. Só com a *lex Poetelia Papiria de nexis*, de 326 a.C., a incidência da vis coativa e executiva sobre a pessoa do devedor começa a transferir para os seus bens (*bona debitoris non corpus obnoxium esse*, nas palavras de Tito Livio). Sendo discutível o período exato em que a regra da condenação pecuniária (*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*) se impôs - se já no período das *legis actiones* ou se, apenas, na época clássica do processo formular (*agere per formulas*) -, já é mais pacífico que o devedor inadimplente não pode ser constrangido a uma execução *in natura*. Com efeito, a condenação é sempre pecuniária, não podendo a obrigação não cumprida ter outra sanção que não a indenização em dinheiro. Sistema imperfeito, sem dúvida, que encontra possível explicação na indulgente reação ao feroz e desumano processo anterior da execução pessoal.”

condenação pecuniária, procurando convencer o devedor que era mais vantajoso cumprir *in natura* a prestação a que se vinculava; (ii) a infâmia, uma *capitis diminutio* que privava o devedor de muitos dos seus direitos e que era muito temida por incidir sobre a dignidade e honorabilidade do devedor; (iii) o poder oficioso na aplicação de uma multa àquele que desprezava a autoridade da ordem emanada de um magistrado, meio esse que é considerado a origem do *contempt of Court*, até hoje aplicado nos países da *common law*; (iv) a criação de ações arbitrárias e da cláusula arbitrária, por intermédio das quais o pretor estabelecia uma prioridade jurídica da tutela específica sobre a condenação pecuniária; (v) o *juramentum in litem* pelo qual o próprio credor fixava, em complemento da fórmula arbitrária, a punição a ser infligida ao devedor desobediente da ordem do magistrado.²⁷

Essa tendência a execução patrimonial, porém com o uso de meios indiretos, se consolida no processo da *cognitio extra ordinem*, desaparecendo a regra da condenação pecuniária e afirmando-se a regra da condenação *ad ipsam rem*, consistente na vinculação do devedor ao exato cumprimento da prestação obrigacional. Nesse período do direito romano, a tutela específica era tida como prioritária em relação a tutela pelo equivalente monetário, sendo que ao mesmo tempo humanizava-se o processo, com a proscricção da execução sobre a pessoa (cárcere privado, redução à condição análoga de escravo, venda e morte do devedor). Com isso, conciliou-se “os dois princípios aparentemente opostos: o do respeito pelos contratos e pelas obrigações, que devem ser cumpridos sempre que possível nos termos em que foram celebrados e contraídas (princípio do cumprimento e execução específica), e o do respeito pela liberdade e pela dignidade do homem, proscrevendo-se a execução pessoal” e “legitimando-se a execução patrimonial e os meios de constrangimento indireto”.²⁸

No direito romano, sendo “escassa a importância das prestações de fato”, o brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest* ainda não era conhecido, “pelo que, sempre que possível, o fato deve ser prestado e a abstenção respeitada.”²⁹ A regra da condenação *ad ipsam rem* também não distinguia as obrigações de dar, de fazer e de não fazer, razão pela qual todas as obrigações submetiam-se prioritariamente aos mecanismos de execução *in natura*.³⁰

²⁷ João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 211.

²⁸ João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 213.

²⁹ João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 212.

³⁰ Para Crisanto Mandrioli, “não é necessário aqui a pesquisa de quando e como historicamente tenha começado a fazer-se sentir e a atuar-se a exigência da execução forçada na forma específica, para que se possa afirmar que quando isto vem a acontecer, a parábola da obrigação juntamente com a da execução

1.1.2 O brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Se por um lado o direito romano não conhecia a distinção entre as obrigações de dar e as obrigações de fazer e de não fazer, vigorando a regra da prioridade da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente monetário, percebeu-se no período medieval que se a execução *in natura* das obrigações de dar não oferecia maiores dificuldades³¹, o mesmo não se dava com as obrigações de fazer, cuja efetivação da execução específica era muito difícil ou quase impossível porque dependia de um fato exterior corporal da pessoa do devedor.

A partir desta constatação, e com a recepção do direito romano na Idade Média, os doutores bolonheses - glosadores (séculos XII-XIII) e comentadores (séculos XIII-XV) - procederam a uma interpolação de um fragmento de CELSO³² constante do Digesto, entendendo estar naquele texto a diferenciação entre as obrigações de dar e as de fazer. Segundo a interpolação, somente seria possível a execução específica das obrigações de dar ao passo que a regra da condenação pecuniária valeria para as obrigações de fazer. A doutrina aponta esse erro histórico como obscurecedor, por muito tempo e ainda hoje, da regra da condenação *ad ipsam rem* estabelecida pelo pretor romano e que se consubstanciava no

forçada tem o início do seu cumprimento: de uma primitiva responsabilidade pessoal ligada ao corpo do devedor, passando pela responsabilidade patrimonial, tornou-se a uma nova responsabilidade pessoal a partir de então ligada ao comportamento do próprio devedor, chegando-se assim a aproximarem-se tanto quanto possível a identidade da prestação com o instrumento de responsabilidade; de uma execução forçada pessoal, mas com natureza de medida coercitiva, passando a uma execução destinada a agir diretamente na esfera jurídica do devedor, todavia genérica, tende-se a uma execução forçada direta e específica”, mas completa que a exigência histórica de execução específica tem origem no direito justinianeu e, dali em diante, a condenação é “in ipsam rem, ou seja o comando secundário ou sanção consiste em uma renovação ou reforço do comando primário ou direito subjetivo”, cf. L’escuzione forzata in forma specifica, passim, p. 20 e nota 52.

³¹ Mas não se pode desconsiderar um outro problema fundamental consistente na uniformização, no plano do processo, das pretensões e ações de direito material, ignorando-se a diferença existente entre pretensões de crédito e pretensões reais, de modo que o titular do domínio ter que percorrer o caminho da sentença condenatória e da ação de execução para fazer valer uma pretensão reivindicatória. Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, p. 47, é possível apontar pelo menos dois fatores determinantes da crise do processo executivo e da desconsideração na diferenciação entre as ações executivas e as ações condenatórias: “a demanda por efetividade do direito que, como é compreensível, acaba concentrando-se no processo executório; e a tirania exercida pelo Direito Processual sobre os ramos do Direito Material, a ponto de sujeitar todas as pretensões e ações de direito material ao tratamento uniforme e obsoleto da ação condenatória.”

³² “Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et faciat ne quid ex ea re damnum ita habetur, facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus”, apud João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 216.

princípio da prioridade jurídica da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente monetário, fosse qual fosse a natureza da obrigação, de *dare* ou de *facere*.

“A exceção, com que os glosadores se depararam no texto de CELSIUS, à regra geral, mais não era do que a aplicação do regime comum (*condemnatio pecuniaria*) às obrigações de *facere*. Erro desculpável, todavia, pois ao tempo era desconhecido o fundamental manuscrito de GAIUS - ‘*Omnium autem formularum quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*’ -, só descoberto em 1816 por NIEBURH, que dissipou as dúvidas sobre a regra da condenação pecuniária.”³³

A interpolação, em outras palavras, retirou a possibilidade - então consagrada pelo pretor romano - de se buscar tutela específica prioritária, por intermédio de meios de coerção indireta, das obrigações de fazer e de não fazer, que, por isso, passaram a converter-se, imediatamente, em tutela pelo equivalente pecuniário.

Com BARTOLO (1314-1357) e a chamada escola dos pós-glosadores prevalece a idéia da interpolação segundo a qual coagir a vontade do devedor seria reduzir a sua pessoa a uma condição servil, cingindo-se a discussão doutrinária, a partir de então, em delimitar-se quais as obrigações que constituiriam um *dare* para fins de execução específica fundada na *condemnatio ad ipsam rem*. Para BARTOLO somente as prestações que tivessem por objeto a transferência de direito real é que seriam suscetíveis de execução específica, sendo que CUJÁCIO alargou essa noção para nela incluir outras obrigações de dar que não implicassem em ofensa à vontade humana.³⁴

Nesse quadro doutrinário é que FAVRE, no século XVI, canonizou o dogma da intangibilidade da vontade humana com a expressão *nemo ad factum praecise cogi potest, quia id fieri nequit citra vim et impressionem*.³⁵

“Numa tradução livre de FAVRE, ninguém pode ser coagido precisamente (de uma maneira absoluta) a realizar um fato, porque isso não pode ser feito *sine vi et impressione*, isto é, sem violência (coação) e sem opressão (impressão-choque), razão por que, nas obrigações de fazer, se sub-roga à prestação o pagamento do *id quod interest*. A razão de ser do adágio *nemo praecise* é, assim, logo na origem, bem explicitada

³³ João Calvão da Silva, *Cumprimento* ..., p. 216.

³⁴ João Calvão da Silva, *Cumprimento* ..., p. 217.

³⁵ João Calvão da Silva, *Cumprimento* ..., p. 218.

pelo seu autor, *rectius*, cunhador: afastar ou impedir a violência ou coação ao *facere* sobre a pessoa do devedor.”³⁶

A correlação estabelecida, inicialmente por BARTOLO e depois por FAVRE, entre coação ao fazer e uma condição servil, se tinha “*um fundo de verdade*”, era na realidade “*apenas uma noção estreita da obrigação de dar*”³⁷, como se apenas essa fosse suscetível de execução *in natura*.

Houve reação doutrinária a essa noção do dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*. VINNIUS, no século XVII, formulou distinção entre os fatos que consistem na prestação de alguma coisa, transferindo riqueza já existente, e os fatos puros e simples (*nuda facta*), consistentes em riqueza ainda não existente e, por isso, impossíveis de serem realizados sem o concurso do devedor e insuscetíveis de execução direta. Com isso, restringiu a incidência do dogma *nemo ad factum* somente às *nuda facta*, aos fatos puros, estritamente pessoais, retirando da sua órbita os fatos não pessoais, em adaptação às práticas comerciais fundadas nas relações de troca, muito comuns à época.³⁸

POTHIER retoma a doutrina de VINNIUS e restringe, ainda mais, o alcance do dogma *nemo ad factum*, a partir da idéia de fungibilidade material e jurídica da prestação de fato. Para POTHIER, nada impede que haja execução *in natura* do desfazer, isto é, do resultado da violação de uma obrigação de não fazer. Além disso, a obrigação de emitir declaração de vontade, como no contrato preliminar de compra e venda, pode ser suprida pela sentença judicial.

“Por um lado, no concernente às obrigações de *non facere* - até aí completamente confundidas com as obrigações de *facere* -, ao permitir a destruição da coisa criada em consequência da violação da obrigação negativa. Se é impossível impedir a violação do *non facere* sem violência, diz POTHIER, o mesmo já não acontece com a destruição do objeto resultante da violação, tarefa que terceiro ou o credor podem executar. Por outro lado, a propósito da promessa de venda, POTHIER diz que, embora se trate de uma obrigação *quae non in dando, sed in faciendo consistit*, não é todavia, ‘um fato exterior corporal da pessoa do devedor’ a que se aplique a regra *nemo praecise*; pode, portanto, ser suprida por um julgamento que valerá por contrato. [...] A evolução no sentido e alcance da regra *nemo praecise* tinha sido profunda.

³⁶ João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 219.

³⁷ João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 219.

³⁸ João Calvão da Silva, *Cumprimento ...*, p. 219/220: “Uma grande fenda era aberta no princípio da incoercibilidade do *facere*...”

Ficam, doravante, abertas as portas à execução específica das obrigações sempre que não seja necessário fazer violência sobre a pessoa do devedor, com atentado da liberdade e da dignidade humanas.”³⁹

A partir do instante em que POTHIER restringiu o círculo de intangibilidade da vontade humana, e portanto da necessidade de se utilizar de meios coercitivos indiretos, aumentou em igual proporção a possibilidade de execução específica por intermédio de meios de sub-rogação.

Com o advento da Revolução Francesa no século XVIII e do projeto liberal e individualista da codificação moderna, no início do século XIX, era de se supor a consagração universal: (i) do princípio da prioridade da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer sobre a tutela pelo equivalente pecuniário; (ii) da relativização da intangibilidade da vontade humana nas obrigações infungíveis;⁴⁰ (iii) de meios de coerção indireta para a efetivação da prioridade da tutela específica das obrigações infungíveis; e (iv) de meios de sub-rogação adequados para a efetivação da prioridade da tutela específica das obrigações fungíveis.

No entanto, não foi o que ocorreu com o advento do Código Civil Francês de 1804. Se por um lado a intangibilidade da vontade humana foi consagrada, em nome da liberdade e da dignidade do ser, omitiu-se o legislador do projeto de codificação moderna em prever, no Código de Processo Civil Francês de 1806, meios efetivos de pressão psicológica do devedor para o cumprimento específico das obrigações negativas e positivas infungíveis. Além disso, como é sabido, o legislador napoleônico estabeleceu expressamente no art. 1.142 do Código Civil de 1804 que “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout em dommages-intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur*”, isto é, a prioridade jurídica da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário em caso de inadimplemento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, contrariando a antiga regra pretoriana da condenação *ad ipsam rem* e prestigiando a interpolação bolonhesa ao texto romano de CELSO, sem qualquer consideração à doutrina restritiva do brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Portanto, a codificação napoleônica, enquanto paradigma da igualdade jurídico-formal de todos perante a lei, culminou por exacerbar a idéia de liberdade humana, alargando novamente

³⁹ João Calvão da Silva, Cumprimento ..., p. 221.

o campo da intangibilidade da vontade, na medida em que não preestabeleceu meios de coerção indireta adequados para a obtenção do resultado específico das obrigações de fazer e de não fazer.

Até hoje a codificação de alguns países se ressentem de técnicas efetivas e adequadas de coerção indireta para a obtenção da tutela específica do fazer e do não fazer, cujo exemplo mais marcante é o ordenamento jurídico italiano e, até recentemente, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro.

Paralelamente, o projeto de codificação moderna que influenciou os países de tradição romano-canônica veio caracterizado por formas típicas e rígidas de execução forçada por sub-rogação que impedem, como regra, a obtenção do resultado específico das obrigações fungíveis.

O CPC brasileiro de 1939, de origens lusitanas, foi influenciado na sua aplicação por uma doutrina apegada aos valores iluministas da revolução burguesa. O CPC brasileiro de 1973, diretamente influenciado pela doutrina italiana de LIEBMAN, CALAMANDREI e CHIOVENDA, recebeu em grande parte os vícios da codificação napoleônica e as deficiências do sistema italiano quanto a inefetividade da tutela específica das obrigações positivas e negativas.

Não causa nenhuma admiração a circunstância de a jurisprudência francesa, numa interpretação 'evolutiva' do Código Civil de 1804, ter um precedente no ano de 1841 pela aceitação das *astreintes*, agindo com fidelidade à doutrina de POTHIER, em prol do cidadão francês, ao passo que para os demais países de tradição romano-canônica que foram influenciados pelo projeto liberal se ressentiram, na codificação civil e processual, de meios de coerção adequados. Enquanto em França, logo no início do século XIX, a prioridade jurídica da tutela específica das obrigações era resgatada e mantida pela jurisprudência, na Itália e muito especialmente no Brasil, em estrita fidelidade com o Código de Napoleão, a prioridade que vinha sendo praticada ao longo de todo século XX ainda era a da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

⁴⁰ Contra, Sérgio Chiarloni, *Misure coercitive*, passim, p. 56, para quem o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* "encontra-se definitivamente canonizado", lembrando o provérbio "one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink".

1.2 O problema da prioridade da tutela específica dos direitos e a inadequação nas normas de processo no direito moderno.

O Código Civil brasileiro de 1916, ao contrário do que muitos supõe, não era infenso ao princípio da prioridade da tutela específica das obrigações, seja no plano da responsabilidade contratual, seja no plano da responsabilidade extracontratual.

Deveras, o art. 1534 do CCB, em tema de responsabilidade contratual, estabelece que “*Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação.*”⁴¹

Não há como negar que o legislador civil priorizou o adimplemento da obrigação em relação a resolução do contrato e a conseqüente indenização por perdas e danos.

Tampouco era indiferente ao ordenamento jurídico brasileiro o direito ao adimplemento coativo da proposta, uma vez aceita pelo oblato, como se percebe do art. 1.080: “*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.*”⁴²

Assim, muito embora o art. 1056 do CCB tenha disposto que “*Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos*”,⁴³ não é verdade que o legislador civil tenha priorizado a responsabilidade contratual mediante tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, no capítulo que trata das conseqüências da inexecução das obrigações.⁴⁴

Por outro lado, quando o art. 159 do CCB⁴⁵ estabeleceu a obrigação de reparar o dano decorrente de ato ilícito culposo, não estava negando a possibilidade de tutela ressarcitória na

⁴¹ Cf. art. 947 do CCB/2002.

⁴² Cf. art. 427 do CCB/2002.

⁴³ Cf. art. 389 do CCB/2002.

⁴⁴ Contra, Agostinho Alvim. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, 4ª ed., p. 1-2, segundo o qual o Código Civil “*parte do pressuposto de uma obrigação não cumprida, para disciplinar, unicamente, as conseqüências do não-cumprimento*” [...] “*ou seja, a obrigação de reparar o dano (Cód. Civ., art. 1.056) ...*”.

⁴⁵ Cf. art. 927 do CCB/2002.

forma específica. Mas um arraigado conceitualismo não tem permitido tutela específica no plano da cada vez mais superada responsabilidade extracontratual.⁴⁶

O entendimento dominante no sentido de que a única tutela possível para a responsabilidade civil extracontratual seria a ressarcitória pelo equivalente monetário, em verdade desconhece as opiniões, ainda que restritivas, quanto ao cabimento da tutela ressarcitória *na forma específica*, como por exemplo aquela, que remonta a *lex Aquilia* romana, segundo a qual “*o ressarcimento na forma específica poderia operar somente nas hipóteses de dano causado a uma coisa*”.⁴⁷

O CPC brasileiro, no texto originário de 1973, também não foi infenso a tutela específica das obrigações de fazer. Acatando as teses de POTHIER, por imediata influência da codificação napoleônica, possibilitou a tutela específica do desfazer derivado da violação de uma obrigação de não fazer (arts. 642 e 643) e a tutela específica das obrigações de emitir declaração de vontade (arts. 639 a 641).⁴⁸

Em se tratando de tutela do sujeito proprietário ou possuidor, o legislador jamais exitou em construir procedimentos especiais dotados de técnicas coercitivas e executivas, provisórias e finais, de tutela jurisdicional específica. As pretensões possessórias sempre comportaram tutela específica liminar e final, com manutenção e reintegração do sujeito na posse do bem.

Porém, não foi além disso. Os novos direitos emergentes nas relações sociais, muitos de natureza não patrimonial, permaneceram por bom tempo desamparados. O CPC brasileiro foi, para outros setores, absolutamente omissos quanto aos instrumentos efetivos e adequados de tutela específica preventiva, tanto que a jurisprudência se viu constrangida a expandir de forma anômala a função conservativa típica da tutela cautelar.

⁴⁶ Trata-se de antiga construção doutrinária, francamente restritiva, “*un accreditato ‘concettualismo’ imperniato ‘sulla dicotomia obbligazione/tutela espropriativa – diritto assoluto/tutela specifica’*”, cf. Angelo Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica [indagine in tema di responsabilità extracontrattuale]*, Milão: Giuffrè, 1993, p. 10. Tudo se resume nas premissas que se adote. Ninguém negaria, por exemplo, a fungibilidade da prestação ressarcitória para obtenção do resultado específico. Por outro lado, a sanção sucessiva reparatória teria como espécie a sanção sucessiva reparatória ressarcitória na forma específica e a sanção sucessiva reparatória ressarcitória pelo equivalente. Em outras palavras, não há nenhum óbice a que, no plano da teoria geral do direito, a sanção sucessiva reparatória seja o gênero do que seria uma de suas modalidades precisamente a sanção ressarcitória na forma específica. Em sentido contrário, Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo: RT, 2001, p. 166, nota 4; p. 184, 338.

⁴⁷ Angelo Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica [indagine in tema di responsabilità extracontrattuale]*, p. 14.

⁴⁸ João Calvão da Silva, *Cumprimento*, *passim*, p. 221; Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, *passim*, p. 70 *et seq.*

Seguramente, um dos maiores defeitos do sistema processual brasileiro estava em não predispor técnicas efetivas e adequadas de tutela jurisdicional preventiva. Por isso a afirmação no sentido de que o direito objetivo apenas prometia tutela *após* a violação dos direitos, nunca *antes*.⁴⁹

Além disso, as formas de tutela específica previstas, como por exemplo as previstas nos artigos 1080 e 1534 do CCB de 1916, careciam de instrumentos efetivos de tutela jurisdicional no plano da codificação processual, muito embora o modelo das relações sociais já estivesse demarcado pelo tipo da *sociedade de consumo*, com a decorrente sujeição às *falhas de mercado*.

A possibilidade de multa coercitiva apenas na sentença ‘condenatória’ (art. 287 do CPC), e não antes - por impossibilidade de tutela sumária satisfativa ligada a multa, antes da reforma de 1994 -, sempre foi obstáculo a que se atingisse a tutela específica das obrigações de fazer, diante da demora do processo. A tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, na prática, tornou-se sempre a única tutela jurisdicional possível, por falta de normas processuais adequadas ao plano do direito substancial.

Percebe-se, então, que o projeto de codificação moderna, na sua pretensão de liberdade e igualdade universais, logo revelou-se obsoleto pela rápida transformação das relações sociais conseqüentes à ascensão do mercado. Novas desigualdades sociais e econômicas emergiram na sociedade de consumo. A codificação civil, exclusivamente preocupada com a igualdade jurídico-formal dos sujeitos de direitos, revelou-se também inadequada para a tutela dos novos direitos, como por exemplo as questões que envolvem a vulnerabilidade do sujeito nas relações de consumo. A codificação processual esteve, ainda, mais atrasada que a própria codificação material, pois relegou a mera proclamação doutrinária o princípio da prioridade geral da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente monetário.⁵⁰

⁴⁹ A construção chiovendiana, que desvinculou a ação declaratória da violação do direito, “*continuou a estabelecer uma relação entre a violação do direito e o interesse de agir*” na ação condenatória, razão pela qual “*a elaboração dogmática da sentença condenatória não teve qualquer preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado*”, cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 271, 272 e 275.

⁵⁰ Na Itália, a influência da codificação napoleônica, a necessidade de interpretação extensiva dos conceitos e o atraso da codificação processual também foram observadas. Cf. Angelo Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 15, “*Algumas, entre as normas aqui elencadas, já se encontravam presentes no Código Civil de 1865 e derivam das regras contidas no Código de Napoleão (arts. 1144 do Código de Napoleão e 1220 do CC italiano de 1865 para as obrigações de fazer; arts. 1143 do Código de Napoleão e 1222 do CC italiano de 1865 para aquelas de não fazer). Mas é sabido que somente nos últimos decênios ditas normas têm*

1.3 O problema da neutralidade da jurisdição.

A fidelidade do direito moderno à concepção de jurisdição própria do período do direito privado romano é um importante fator para a neutralidade da jurisdição. Nos países de *civil law*, o juiz moderno é tratado como o juiz privado romano. Só há jurisdição onde há mera declaração. Não se vê diferença alguma entre *dizer* e *declarar* o direito. O dogma liberal da rígida divisão dos poderes impõe que os atos de império sejam exclusividade do Poder Executivo, assim como os interditos foram sub-repticiamente excluídos do conceito romano de jurisdição.

“Nosso interesse limita-se, com efeito, a demonstrar que, conservando o direito moderno as instituições do direito privado romano - relativas, porém, apenas ao procedimento da *actio*, com a supressão dos interditos -, e reproduzindo inteiramente a estrutura de tal procedimento, com a separação entre cognição e execução, provocada pela preservação da sentença condenatória -, não se terá como evitar a adoção de uma concepção análoga do fenômeno jurisdicional. Claro que não seria correto imaginar que as concepções modernas, a respeito de jurisdição, fossem uma resultante exclusiva dessa ligação doutrinária entre o procedimento da *actio* e os sistemas processuais contemporâneos, derivados do direito romano, através da mediação do direito canônico. Mesmo assim, parece-nos que o pensamento moderno ao conceber a jurisdição como declaração de direitos, separando *julgamento* e *ordem* - além de reduzir as ações apenas às três espécies formadoras do Processo de Conhecimento (declaratórias, constitutivas e condenatórias) - produtoras de conseqüências exclusivamente *normativas*, e não *fáticas* -, presta tributo excessivo àquele pressuposto teórico...”⁵¹

produzido maiores resultados de tutela do credor, seja porque integradas por correlatas normas de processo, seja porque interpretadas de modo sempre mais extensivo pela doutrina.”

⁵¹ Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 32. Em outra passagem, Ovídio Baptista da Silva, atribuindo o problema da neutralidade da jurisdição à excessiva veneração ao princípio dispositivo em sentido material, tece as seguintes considerações: “*Esta análise revela-nos uma dimensão assumida pela função jurisdicional que nossa tradição, culturalmente formada para tratar o Direito Processual Civil como coisa do interesse exclusivo das partes, em geral não tematiza. Vem à pêlo considerar a conhecida comparação feita por Alf Ross, entre o Estado, como poder constituinte da ordem jurídica, e o inventor das regras do jogo de xadrez. Para o filósofo, o Estado estaria, para a ordem jurídica por ele criada, na mesma condição em que estaria para o inventor das regras de xadrez em relação à sorte daqueles que praticam o jogo. A única diferença vislumbrada por Ross estaria na maior emotividade que costuma associar-se aos conceitos jurídicos, mas o Estado nenhum interesse teria na sorte dos litigantes, como seria inteiramente indiferente ao inventor das regras de xadrez a vitória de um ou de outro dos competidores*”; cf. O processo civil e a sua recente reforma, *passim*, p. 426.

A teoria liberal da divisão dos poderes,⁵² de grande importância histórica para superação do modelo absolutista do Estado, cuja estrutura judiciária estava desacreditada, exagerou em fazer do juiz um mero funcionário estatal, desprovendo-o da possibilidade de emitir ordens, as quais, segundo a doutrina clássica, já estariam contidas na lei.

Muito embora tenha havido, a muito custo, a aceitação pela doutrina moderna de que a tutela executiva também é jurisdicional,⁵³ continua dominante o dogma no sentido de que o juiz não emite *ordens*. Se no direito romano a execução estava fora da jurisdição e, séculos depois, ao tempo da codificação francesa ainda afirmava-se que era função de agentes do Poder Executivo,⁵⁴ pouca diferença há no afirmar a doutrina contemporânea que a *execução é jurisdicional* mas que as *ordens* já estão contidas na *lei*.

A questão da parcialidade dos julgamentos foi radicalmente confundida com a instituição de uma jurisdição absolutamente *neutra* para com a realidade social. Seguramente, o dogma da divisão dos poderes contribuiu para perpetuar a idéia segundo a qual o Poder Judiciário não emite ordens quando executa as suas decisões.

Daí a conhecida afirmação da doutrina tradicional no sentido de que “*Houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. [...] Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente. Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória.*”⁵⁵

⁵² Que tem sido questionada por recente doutrina: “*Os poderes em que se divide e articula atualmente o estado não são mais os três característicos do modelo liberal. Contam-se, em relação às novas funções fundamentais confiadas ao estado, pelo menos cinco: o governo ou Poder governante; o legislativo; a administração pública; o judiciário: o Tribunal Constitucional, último garante da Constituição. Nos ordenamentos com governo parlamentar o chefe de estado (monarca ou presidente) constitui – como já era na época liberal – um Poder a parte, tendenciamente apolítico e ‘neutro’, com poderes genéricos de garantia em relação ao bom funcionamento das relações entre os outros Poderes. Quanto mais rigorosamente parlamentar é a forma de governo, tanto mais ‘neutralizada’ resulta ser naquele quadro o cargo do chefe de estado (como é o caso, atualmente, por exemplo, da Grã-Bretanha, da Suécia, da Áustria republicana). Por outro lado, o chefe de estado desenvolve uma função em medida de maior ou menor relevância política, embora no contexto de preponderantes deveres de garantia [...] Poder ‘neutro’, presente como ‘sexto’ somente nas formas estritamente ‘parlamentares’ [...]*”, cf. Giovanni Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milão: Giuffrè, 1994, p. 76.

⁵³ Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. 2, 4ª ed., p. 340.

⁵⁴ Ovídio Baptista da Silva, Jurisdição e execução ..., p. 43/44.

⁵⁵ Enrico Tullio Liebman, Processo de execução, p. 15/16.

Não há como concordar com esse tipo de afirmação, sendo necessário revisitar o conceito de jurisdição, que foi reduzido a *notio* pelo iluminismo liberal. A verdadeira jurisdição é aquela indissociável de dois elementos: *notio* e *imperium*.⁵⁶ A noção de condenação é uma ficção jurídica elaborada ao longo do tempo para justificar a ausência de *imperium* do juiz continental e, via de consequência, propiciar a separação radical das funções de cognição e execução.

Note-se que o poder de o juiz dar ordens ainda era possível no direito medieval. Menciona-se que os praxistas do direito medieval não desconheciam a diferença entre o juiz ordinário e o árbitro, tal qual ocorria entre o pretor e o *judex* do direito romano clássico, consistente na circunstância de o juiz ordinário ter o poder de *imperium* para impor multa pecuniária ao desobediente de ordem judicial, ao passo que o árbitro detinha apenas *notio*.⁵⁷

Na verdade, a culto da noção moderna de condenação tem um compromisso com os ideais do iluminismo e que não são mais condizentes com os novos direitos carentes de tutela na sociedade de consumo.

Mesmo em França, onde a resistência a noção de *imperium* esteve ligada a negação de que as *astreintes* fossem verdadeiro ato jurisdicional⁵⁸, o próprio legislador do final do século XX acolheu a prática jurisprudencial da ordem sob pena de multa para efetivar a tutela jurisdicional específica das obrigações de fazer e de não fazer.

“São conhecidos os acontecimentos que, na França, levaram à criação jurisprudencial da *astreinte*, superando o princípio da incoercibilidade das prestações de fazer infungíveis e aquelas de não fazer, prescrito pelo art. 1142 do C. Civ., e à transformação da própria *astreinte*, pela Lei n. 72.626 de 1972, em uma “medida de coerção” (*measure de contrainte*) a disposição de qualquer juiz civil. Sintetizando a evolução do instituto, pode-se recordar que um ulterior passo adiante foi dado com a Lei n. 80.539 de 1980, que atribuiu também ao Conselho de Estado o poder de emanar *astreintes* contra as pessoas jurídicas de direito público (*personnes morales de droit public*) com o escopo de assegurar a execução de uma decisão pronunciada por um juiz administrativo. O reconhecimento legislativo da *astreinte*,

⁵⁶ Ovídio Baptista da Silva, *Sentença e coisa julgada*, 2ª e., p. 79.

⁵⁷ A. Esmein. *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, 'in' *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 2, 1903, p. 5-53.

⁵⁸ Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, p. 28, “*Um dos exemplos de ato não jurisdicional contido na jurisdição contenciosa, segundo Vizios, seria a concessão de uma 'astreinte' contra o devedor de uma obrigação de fazer*”.

indubitavelmente, favoreceu uma cada vez mais freqüente utilização deste meio de execução indireta, tanto que foi definida (por Perrot - não sem uma pitada de ironia) como um tipo de ‘remédio milagroso’.⁵⁹

Além disso, sobreveio a Lei n. 91.650 de 9 de julho de 1991,⁶⁰ que entrou em vigor a partir de 01º de janeiro de 1993, ab-rogando os arts. 5º a 8º da Lei n. 72.626 de 1972, a qual passou a reger a *astreinte* nos arts. 33 a 37, sem prejuízo da *astreinte* prevista no art. 491 do *Nouveau Code* de 1976, para efetivação das *ordonnances de référé*.

Finalmente, o legislador francês reconheceu que o juiz pode emitir ordens, aparelhando a decisão judicial com multa diária. Com isso, o conceito de jurisdição foi profundamente modificado no final do século XX, iniciando-se o resgate definitivo, na europa continental, da noção de *imperium* como elemento integrante da *jurisdiction*.

Na Itália, progressivamente a doutrina também vem formulando críticas à noção tradicional de condenação, muito embora naquele país ainda não haja técnica de coerção indireta a vontade do devedor como regra geral. Devido a semelhança, não porém plena identidade, entre o direito positivo italiano e o direito positivo brasileiro, é preciso analisar com cuidado os fundamentos científico-doutrinários formulados para uma realidade normativa diferenciada, como a italiana, e que vêm impedindo, entre nós, o abandono da correlação necessária entre condenação e título executivo ou da correlação necessária entre condenação e execução forçada, para uma adequada tutela dos novos direitos na sociedade de consumo.

⁵⁹ *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Rivista di diritto civile, 1988, p. 533-552, esp. p. 534.

⁶⁰ Destaca-se o disposto no art. 36: “A quantia da *astreinte* provisória é liquidada tendo-se em conta o comportamento daquele a quem a injunção tenha sido endereçada e as dificuldades encontradas para executá-la. O valor da *astreinte* definitiva não pode jamais ser modificada por ocasião de sua liquidação. A *astreinte* provisória ou definitiva é suprimida no todo ou em parte se for estabelecido que a não execução ou o atraso da execução da injunção do juiz provenha, no todo ou em parte, de uma causa alheia.” Textualmente: “Art. 36. Le montant de l’*astreinte* provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l’injonction a été adressée et des difficultés qu’il a rencontrées pour l’exécuter. Le taux de l’*astreinte* définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation. L’*astreinte* provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s’il est établi que l’inexécution ou le retard dans l’exécution de l’injonction du juge provient, en tout ou partie, d’une cause étrangère.” De sua vez estabelece o art. 491 do *Nouveau Code de Procédure Civile*: “O juiz decidindo em *référé* pode pronunciar condenações à *astreintes*. Pode liquidá-las à título provisório. Decide sobre as custas.” Textualmente: “Art. 491. Le juge statuant en *référé* peut prononcer des condamnations à des *astreintes*. Il peut les liquider, à titre provisoire. Il statue sur les dépens.” Como se observa, o *Nouveau Code* referiu ao meio de coerção como uma condenação, ao passo que a Lei n. 91.650/91 expressou-se em termos de injunção, mais ligada à idéia de ordem, como na *injunction* da *equity law*.

CAPÍTULO 2

O PROBLEMA DA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO FORÇADA

SUMÁRIO: 2.1. Premissas. 2.2. Origens da crítica à noção da técnica condenatória e a polêmica estabelecida na doutrina italiana. 2.2.1. As teses de ANDREA PROTO PISANI e CRISANTO MANDRIOLI. 2.2.2. A tese de GIROLAMO MONTELEONE. 2.2.3 A tese de MICHELE TARUFFO.

2.1. Premissas.

A noção moderna de condenação implica na construção doutrinária da correlação necessária entre condenação e execução forçada ou na sua variante de correlação necessária entre condenação e título executivo, na unificação dos títulos executivos, na construção legal de formas rígidas de execução e, portanto, na radical diferenciação entre as atividades de cognição e execução, por intermédio da *separação* entre o Processo de Conhecimento e o Processo de Execução e da *distinção* entre a ação de conhecimento e a ação de execução.

O Código de Processo Civil brasileiro, como se sabe, vem caracterizado pelo individualismo abstrato e universalizado do Estado de Direito Liberal. A opção ideológica pela unidade da ação - desconsiderando a diversidade da ação de direito material -, assim como pela universalização do procedimento ordinário e da sentença condenatória e, também, pela unificação dos títulos executivos, fez com que o processo viesse estampado pela radical separação e distinção das funções de cognição e execução.

Esse arbítrio dos conceitos universais e abstratos estabelece uma indevida concepção dualista entre direito e sociedade, através da qual o direito é o ordenante e a sociedade é por ele ordenada.⁶¹

A separação kantiana entre direito e moral resultou na separação entre teoria e prática e, no processo civil, a criação de um processo de conhecimento purificado de atividades executivas⁶², o que tem por decorrência a noção de o processo de execução vir purificado de atividades cognitivas.⁶³

Daí porque, na era napoleônica das codificações, sob os auspícios de uma desejada segurança jurídica, permeada pelo dogma da intangibilidade da vontade humana (*liberté*) e pela igualdade meramente formal dos sujeitos de direitos (*égalité*), esta praticada pela abstrata previsão de normas universalizantes, o processo civil tornou-se um processo de conhecimento de meras exigibilidades.⁶⁴

A unificação e padronização das ações de direito material na rígida classificação trinária da ação no plano do processo ‘consagrou’ a inadequação da tutela jurisdicional dos direitos.⁶⁵

Afirma-se a existência da chamada correlação necessária entre condenação e título executivo⁶⁶ e de uma correlação necessária entre condenação e execução forçada⁶⁷. Criou-se a

⁶¹ Para Pietro Barcellona, a pretendida emancipação e laicização do fenômeno jurídico faz com que a resposta tradicional do jurista sobre o fundamento do direito seja permeada de um racionalismo de qualquer maneira externo à comunidade social regulada pela norma jurídica. Racionalismo esse informador de imagens culturais consolidadas cuja tendência é de conservação, sem qualquer discussão crítica. Um racionalismo segundo o qual sem a norma jurídica a comunidade social não seria capaz de estabelecer uma convivência. Os homens não seriam capazes de instituir relações pacíficas entre eles fora do direito. O direito seria o ordenante e a sociedade por ele ordenada. Um dualismo, cuja imagem já era implícita na coercibilidade da norma jurídica, enquanto governo externo da norma sobre a sociedade em si e que prescindia de qualquer consideração sobre a eficácia social da norma, confiada a uma razão universal inatingível (racionalidade normativa). Ver *La creazione sociale dei significati e la regola giuridica*, ‘in’ *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 05-06.

⁶² Ver Ovídio A Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 45, 156 e 201.

⁶³ É corrente a idéia no sentido de que no processo de execução a cognição é rarefeita.

⁶⁴ Referindo-se à confusão entre direito subjetivo, pretensão de direito material e ação de direito material, como se tudo fosse direito subjetivo, o qual seria uma promessa de direitos feita pelo direito objetivo (norma), asseverou Ovídio Baptista da Silva: “O processo, nessa curiosa perspectiva, contraditória e ambígua, passa a ser instrumento de simples exigibilidades, ou de meras exigências. Não é o Estado, através da função jurisdicional, que realiza o direito, restaurando-o em seu estado primitivo, de modo a reparar-lhe a lesão, mas segundo a doutrina dominante, é o condenado que, voluntariamente, satisfaz a pretensão (*obligatio, actio*) do ‘credor’, cf. *Reivindicação e Sentença Condenatória*, ‘in’ *Sentença e Coisa Julgada*, 2ª, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 248-249.

⁶⁵ Ver, por exemplo, Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1969.

⁶⁶ Essa é a tese de Crisanto Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 1342-1357.

⁶⁷ Andrea Proto Pisani, *L’effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all’attuazione della sentenza di condanna*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 621; ‘Id’, *Appunti sulla tutela di condanna*,

figura do título executivo extrajudicial, equiparando-o a sentença de condenação e, deste modo, unificando-se as formas executivas.

O CPC brasileiro de 1973 adotou a tipicidade das formas executivas de todas as modalidades das obrigações (entrega de soma e coisa, prestação de fazer e de não fazer),⁶⁸

A partir de então, o credor, assim declarado na sentença rotulada de condenação, não mais obteve satisfação do seu direito, dependendo para tanto do vontade do devedor em observar a eficácia da sentença (execução *ex intervallo* - art. 580 do CPC).

Como essa vontade não estava sujeita a qualquer meio de coação antes da decisão fundada em cognição plena e exauriente, na medida em que uma jurisdição assim concebida estava destituída de *imperium*, o devedor permanecia recalcitrante porque tinha a '*segurança jurídica*' dos dogmas *nemo ad factum praecise cogi potest* e *nulla executio sine titulo* (vedação de julgamento fundado em verossimilhança e de execução fundada em cognição sumária).

Na perspectiva da separação e distinção das funções de cognição e de execução, cada vez mais prestigiada na codificação do direito continental europeu, o que remanesceu no direito brasileiro em termos opostos, através da ação executiva do CPC de 1939⁶⁹, cedeu espaço à 'nova' técnica da ação executória, ou melhor, da ação de execução⁷⁰. As particularidades de cada ação de direito material estavam absorvidas pela universalidade de um processo cada vez mais infenso à realidade social.

'in' Appunti sulla giustizia civile, p. 133/134; Ovidio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. 2, 4ª ed., p. 436; José Carlos Barbosa Moreira, Tutela sancionatória e tutela preventiva, 'in' Temas de Direito Processual, Segunda Série, p. 22; Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória, p. 276 *et seq*, especialmente p. 279, 283, 317.

⁶⁸ Ver Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Bushatski, 1976, p. 33-78. ID, *Processo de Execução* [tradução e notas de Joaquim Munhoz de Mello], 5ª, São Paulo: Saraiva, 1986.

⁶⁹ José Carlos Barbosa Moreira recorda, todavia, que uma concepção mais efetiva da tutela cominatória prevista no art. 302, XII, do CPC de 1939, especialmente quanto ao termo inicial de incidência da multa diária, proclamada pela 'boa' doutrina da época, teve uma versão mais piorada pela jurisprudência, que diferiu a incidência para depois do trânsito em julgado da sentença, uma vez citado o vencido no processo de execução; cf. A tutela específica do credor nas obrigações negativas, 'in' Temas de Direito Processual, Segunda Série, p. 41, nota 16; Tutela sancionatória e tutela preventiva, 'in' Temas de Direito Processual, Segunda Série, p. 28, nota 14.

⁷⁰ "O código processual em vigor aboliu, como se sabe, a distinção entre execução e ação executiva e unificou a execução, empregada, hoje, tanto para o título judicial como para o título extrajudicial. Aderiu, assim, o legislador brasileiro à maior parte dos países europeus, eliminando a denominada 'ação executiva', ao mesmo tempo em que conferiu igual eficácia ao título judicial e ao extrajudicial e unificou, sob a mesma disciplina, o processo de execução por um ou por outro título", cf. nota introdutória de Ada Pellegrini Grinover ao ensaio Execução e ação executiva de Enrico Tullio Liebman, 'in' Estudos sobre o processo civil brasileiro, p. 31.

A causa de pedir da ação de execução ficou circunscrita ao próprio título executivo à ela aparelhado, sendo este um requisito essencial de validade da prática de atos executivos (*nulla executio sine titulo*).⁷¹

O autor que provavelmente tivesse razão só poderia almejar satisfatividade após cognição plena e exauriente e, além disso, somente depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (segurança jurídica informadora da opção político-ideológica pela execução imediata incompleta do art. 588, II, do CPC).⁷²

A tutela cautelar, embora funcionalmente identificada com a segurança da futura execução, passou a admitir um uso satisfativo anômalo do poder geral de cautela na prática forense, já premeada pelo paradigma de uma sociedade massificada pela lógica da economia de mercado.⁷³

Essa utilização expansiva da função cautelar era, na verdade, consequência direta e imediata da proibição ideológico-normativa de execução fundada em cognição sumária, decorrente do dogma da *nulla executio sine titulo*.

Além disso, acreditou-se, por muito tempo, que a tutela preventiva dos direitos pudesse ser adequadamente prestada por intermédio da mera declaração, da condenação para o futuro e da cautelaridade.⁷⁴

O excessivo formalismo do processo, estruturado em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar, prestigiou a monetização dos direitos a quem se dispusesse a violar direitos alheios pagando uma soma em dinheiro equivalente.

É preciso, pois, analisar mais detidamente a construção doutrinária que conduziu a falsa prioridade e quase exclusividade da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário sobre a tutela específica dos direitos.

⁷¹ Para uma compreensão do assunto é indispensável a leitura dos textos de Liebman, *Processo de Execução*, cit., p. 1-41; ID, *Execução e ação executiva*, 'in' *Estudos*, cit., passim, p. 33-78 (tradução e notas de Ada Pellegrini Grinover) e também na Revista Forense 94/214.

⁷² Sobre essa questão, ver a crítica de Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: RT, 1997.

⁷³ Sobre a expansão anômala da função cautelar, para além da mera segurança, ver Giuseppe Tarzia, *Considerazioni conclusive* 'in' *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile* [Atti del Colóquio Internazionale, Milano 12-13 ottobre, 1984]. Milano: Giuffrè, 1985, p. 313 e ss.

⁷⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, 'in' *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, p. 25-28; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 189-217.

2.2 Origens da crítica à noção da sentença condenatória correlacionada com execução forçada e a polêmica estabelecida na doutrina italiana.

O art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores, editado em 1970, previu que a ordem de reintegração do emprego viesse ligada à técnicas de coerção indireta. Além disso, estabeleceu a norma que o decisão judicial de reintegração seria imediatamente executiva. A partir de então a doutrina italiana iniciou a uma revisão teórica da correlação necessária entre condenação e execução forçada, suscitando uma profunda discussão sobre as formas de tutela executiva e não executiva e sobre as modalidades executivas e de efetivação das sentenças.

Como a doutrina italiana é fiel à classificação processual das ações e das sentenças de procedência, e como essa classificação, conhecida como trinária, apenas aceita as eficácias meramente declaratória, constitutiva e condenatória, não é difícil imaginar as dificuldades que emergem no plano científico doutrinário, no que se refere a harmonização dos conceitos.

Como se infere do chamado dogma da correlação normal ou necessária entre condenação e execução foçada, somente a sentença condenatória permitiria o acesso ao processo de execução, dado que as sentenças declaratória e constitutiva contém a eficácia bastante no plano jurídico, sem qualquer necessidade de atuação de efeitos no plano dos fatos, de modo a não comportar e mesmo a prescindir de execução.

Sem entrar no problema, por ora, de a condenação ser, na realidade, mera declaração de uma sanção, a ser atuada, concretizada, no processo radicalmente separado de execução, o fato é que o ordenamento jurídico italiano procurou reforçar a sentença condenatória com o crime de desobediência, mas com limitações à fraude e à simulação aos atos do processo de execução, cujo tipo legal recebeu interpretação ainda mais restritiva dada doutrina majoritária.⁷⁵ Ou seja, negada a incidência do crime de desobediência para os casos de

⁷⁵ É conhecida a tese de Giuliano Vassali (*La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Turim, 1938), o único que vislumbrou no art. 388 do Código Penal italiano uma regra geral de reforço da imperatividade da jurisdição civil: “Na visão de Vassali, a função do art. 388 seria aquela de garantir o interesse, imediatamente publicístico e mediamente privado, à observância da força obrigatória do julgado e não (como é a opinião que atualmente prevalece) da sua eficácia executiva, devendo-se identificar o objeto jurídico tutelado pelo tipo penal ‘na autoridade das decisões judiciais e não na exequibilidade dessas decisões’. Assim entendido o art. 388, parágrafo primeiro, teria exercitado um conspícuo ‘poder de prevenção mediante intimidação’, ainda que por efeito da séria pena. reforçando a tenção ao exato adimplemento por parte daqueles obrigados ‘privilegiados’ pela natureza incoercível da prestação prometida”, cf. Massimo D’Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro [art. 18 dello statuto dei lavoratori]*, Pádua: CEDAM, 1979, p. 235-236, nota 105. Segundo Massimo D’Antona, a redação literal do art. 388, parágrafo primeiro, do CP italiano, colocou em primeiro plano “não o simples descumprimento ao *dictum* judicial, mas o conteúdo qualificado da simulação ou da fraude”, criando

descumprimento da condenação de prestações infungíveis, somente nos casos de urgência, que demandassem uma tutela antecipatória (ou cautelar), e mesmo assim limitadamente à posse e aos direitos de propriedade e de crédito – direitos de conteúdo patrimonial -, é que a desobediência à ordem judicial emanada ensejaria prisão penal por ofensa ao art. 388 do Código Penal italiano.⁷⁶

Verificam-se, pois, duas questões de particular interesse para o nosso estudo: (i) muito embora a doutrina italiana se refira como sendo condenatória a sentença nesses limitados casos em que cabível a tutela penal em reforço da imperatividade da jurisdição civil, na verdade de condenação verdadeira e própria não se trata, o que se confirma pela extrema dificuldade de os autores manterem a coerência entre a noção de condenação e as técnicas de coerção indireta; (ii) a constatação pela qual os casos em que o ordenamento jurídico italiano, sem lacunas, instrumentaliza e reforça a imperatividade da jurisdição civil mediante técnicas de coerção indireta, circunscreve-se, paradoxalmente, aos direitos *patrimoniais*, deixando de lado os novos direitos, invariavelmente de conteúdo *não patrimonial*.

Essa disparidade no ordenamento jurídico italiano tem exigido de parcela da doutrina um esforço hermenêutico e de revisitação conceitual, por intermédio de uma interpretação

“um irremediável estreitamento no caminho interpretativo do emprego generalizado da norma como medida de coerção indireta na tutela da imperatividade da sentença civil”; em face dessa “tormentosa formulação literal da norma”, doutrina e jurisprudência convergiram no sentido oposto ao sugerido por Vassali, entendendo que o art. 388, parágrafo primeiro, “não tutele a autoridade da jurisdição, e sim ‘aquela posição de vantagem de caráter processual [...] consistente ‘na possibilidade de invocar utilmente a execução forçada’”. Esta conclusão, acrescenta Massimo D’Antona, “é inútil dizer, tem por fundamento a bem conhecida **correlação entre condenação e execução forçada**”, uma vez que “a *fattispecie* criminosa – este é o argumento – se realiza quando o obrigado não obedeça à *ingiunzione* de executar a sentença condenatória, do que se deveria inferir que o art. 388, parágrafo primeiro, não incidiria quando – contendo a sentença o *accertamento* imperativo de obrigações incoercíveis – o credor não possa iniciar a ação executiva notificando a *ingiunzione* (*rectius*: o preceito) nos moldes previstos pelos arts. 479 e seguintes do CPC”, cf. La reintegrazione nel posto di lavoro, cit., p. 236-237. É muito evidente que toda a discussão na doutrina italiana esteve centrada em dar maior efetividade a ‘execução’ dos provimentos jurisdicionais, vislumbrando uma oportunidade para revisão de conceitos clássicos, encontrando resistências que, com o tempo, estão se arrefecendo, como veremos adiante. Também é fora de dúvida que a superação ou não do dogma da correlação necessária entre condenação e execução forçada é a questão central dessa importante revisão conceitual, o que exige e justifica a abordagem mais aprofundada contida neste estudo.

⁷⁶ Assim redigido, na parte que interessa: “Art. 388 (*Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*). *Chiunque, per sottrarsi all’adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l’accertamento dinanzi l’Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire duecentomila a due milioni. La stessa pena si applica a chi elude l’esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l’affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso e del credito.*”

conforme ao art. 24 da Constituição Italiana,⁷⁷ onde se acolhe o princípio da tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Mas, justamente diante das dificuldades em se harmonizar a noção doutrinária clássica de condenação – dado que não há um conceito previsto em lei – com as técnicas de coerção indireta, de sua parte previstas somente para direitos patrimoniais, é que outra parcela da doutrina resiste, *de jure constituto e de jure condendo*, na previsão geral e atípica dessas técnicas, preferindo conservar a essência da condenação, o dogma da intangibilidade da vontade humana (*nemo ad factum praecise cogi potest*) e a concepção segundo a qual não compete ao juiz emitir ordens às partes.

Percebe-se, desde logo, o alto preço que se paga na insistência da classificação processual das ações e das sentenças de procedência.

No entanto, é difícil harmonizar a visão pretérita do processo civil, radicalmente abstrato, formalista e, por isso, distante das relações sociais, econômicas e políticas contemporâneas, com os valores constitucionalmente estabelecidos, especialmente com os direitos humanos e, porque não dizer, com o compromisso que a sociedade de massas deve ter com as futuras gerações.

Preocupação essa que se acentua no direito brasileiro, como de resto nas sociedades de capitalismo periférico e dependente.

Há que se notar, ainda, que o direito positivo italiano apresentou, por muito tempo, algumas vantagens em relação ao direito brasileiro, e vice versa. No entanto, a doutrina e a jurisprudência brasileiras majoritariamente não atentaram a esse fato, de extrema relevância em termos de efetividade do processo.

Por isso, a transposição da crítica doutrinária formulada no âmbito do direito positivo italiano há de ser feita com a necessária prudência para que não se incorra em equívocos, advertência essa válida obviamente para qualquer outro sistema normativo de direito comparado.

Vejamos algumas dessas vantagens, ligadas ao tema que ora estamos tratando: (i) o CPC italiano contém uma norma – o art. 612 –,⁷⁸ que dá amplos poderes ao juiz em definir as

⁷⁷ Assim redigido, na parte que interessa: “24. Todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é direito inviolável em qualquer fase e grau do procedimento.”

⁷⁸ Com a seguinte dicção: “Art. 612. Decisão. Quem pretenda obter a execução forçada de uma sentença condenatória por violação de uma obrigação de fazer ou de não fazer [arts. 2931 e 2933 do Código Civil],

modalidades executivas na forma específica para determinado caso concreto; como não havia similar no direito brasileiro, até recentemente (art. 84, § 5º, do CDC e art. 461, § 5º, do CPC), podemos afirmar, com segurança, que o nosso direito pecava em estabelecer formas e modalidades típicas e rígidas de execução específica por sub-rogação, com evidente prejuízo em termos de efetividade do processo; (ii) em contrapartida, o direito brasileiro há muito tempo conhece a técnica coercitiva indireta da multa diária, como regra geral para a tutela específica dos deveres positivos e negativos (por exemplo, art. 287 do CPC de 1973), cuja técnica veio de ser melhorada, com a previsão de formas e modalidades nominadas e inominadas de efetivação da tutela específica (art. 84, §§ 4º e 5º, do CDC e art. 461, §§ 4 e 5º, do CPC), de que até hoje o direito italiano se recente.

Note-se, todavia, que o dogma da correlação necessária entre condenação e execução forçada, com todos os seus desdobramentos, esteve muito presente na doutrina brasileira até a reforma processual de 1994, o que se justifica pela direta influência exercida pela doutrina italiana.

A exata compreensão de toda a controvérsia seria muito mais fácil se a doutrina não dissentisse tanto no que se refere à técnica condenatória, enquanto categoria processual absolutamente diversa das técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.

Como sério empecilho a que isso venha a ocorrer um dia, há que se registrar que o direito positivo dos países de tradição romano-canônica ainda estão fortemente influenciado pela fase autonomista da ciência do processo civil.

Na medida em que se tem pregado, com acerto, uma maior relativização entre direito material e processual, o problema se acentua ainda mais, no que se refere a um entendimento doutrinário, pois ao lado das técnicas do processo, não se pode olvidar das formas adequadas de tutela.

Toda essa problemática será abordada no momento oportuno, incumbindo-nos a seguir o exame das tomadas de posição na doutrina italiana quanto ao dogma da correlação necessária entre condenação e execução forçada e seus desdobramentos.

após a citação [art. 479], deve pedir ao juiz que sejam determinadas as modalidades executivas [art. 26]. O juiz decide ouvida a parte contrária. Na sua decisão, designa o oficial judiciário que deve proceder à execução e as pessoas que devam providenciar a realização da obra não executada ou ao desfazimento do ato.”

2.2.1. As teses de ANDREA PROTO PISANI e CRISANTO MANDRIOLI.⁷⁹

CRISANTO MANDRIOLI, em um ensaio publicado em 1975, fez referência a constatação óbvia no sentido de que o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores teria se utilizado de um instrumento de execução indireta, “operando mais ou menos no mesmo plano das *astreintes da jurisprudência francesa ou das Zwangstrafen do direito germânico ou do contempt of Court que, nos países de legislação anglo-saxônica, realiza a specific performance.*”⁸⁰

Nesse texto, MANDRIOLI afirma que a novidade da ordem de reintegração do trabalhador no emprego, estabelecida pelo art. 18 do Estatuto, residiu na circunstância de a norma atribuir a qualidade de *título executivo*,⁸¹ e portanto de natureza *condenatória*, a uma *ordem* judicial voltada para uma prestação *infungível* por parte do obrigado.⁸²

Dessa novidade teria resultado uma *anomalia*, pois rompeu com a regra do sistema consistente na correlação necessária entre condenação e execução forçada segundo as formas típicas previstas no Livro do Código de Processo Civil, que trata da ação e do processo de execução forçada. Em outras palavras, da correlação necessária entre condenação, título executivo e execução forçada, específica ou não, deriva a exclusiva utilização das formas típicas executivas, previstas no Código, que sendo sub-rogatórias ou mediante a prestação de terceiro, pressupõe a fungibilidade da prestação. No entanto, o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores expressamente atribuiu a eficácia de título executivo à sentença que ordena ao “devedor” o cumprimento de uma prestação infungível, mediante a imposição de uma técnica de coerção indireta, o que seria um *unicum* no ordenamento italiano, insuscetível de interpretação analógica.

MANDRIOLI rejeita a doutrina que relaciona a chamada *tipicidade das formas de execução forçada específica* com a regra da responsabilidade patrimonial e, em especial, a

⁷⁹ Houve polêmica entre Proto Pisani e Mandrioli, como observar-se-á no curso desta exposição.

⁸⁰ L’*esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 10.

⁸¹ Note-se que o art. 18 do *Statuto dei Lavoratori* apenas se refere a executividade imediata do provimento: “*La sentenza pronunciata nel giudizio di cui al primo comma è provvisoriamente esecutiva.*”

⁸² L’*esecuzione*, cit., p. 18.

regra geral de igualdade de direitos de todos os credores em satisfazerem-se sobre todos os bens do devedor, a qual somente poderia ser excepcionada nos casos expressamente previstos em lei. Isso porque, a regra da responsabilidade patrimonial é estranha aos créditos diversos daqueles a conteúdo pecuniário, notadamente aos deveres e obrigações de fazer e de não fazer.

Isso não significa que MANDRIOLI concorde com a consagração de uma atipicidade das formas de execução forçada específica no ordenamento, por intermédio da norma especial do Estatuto dos Trabalhadores, *pois somente uma regra geral no CPC conduziria aquele resultado*. Muito embora defenda o acolhimento normativo do princípio da máxima tutelabilidade específica dos direitos, segundo a consagrada máxima chiovendiana da efetividade do processo, entende, porém, que a regra geral da intangibilidade da vontade humana (*nemo ad factum praecise cogi potest*) funciona como um limite à tipicidade das formas de execução específica.⁸³

“Em conclusão, se por um lado é verdadeiro que as formas de execução específica (e não específica) são aquelas e somente aquelas predispostas pelo código de processo civil, por outro é também verdadeiro que o nosso sistema recepcionou e traduziu em normas [...] a orientação de política legislativa expressada nas célebres palavras chiovendianas, ou seja, manifestou a precisa vontade que as obrigações sejam, nos limites do possível, executadas especificamente em uma das sobreditas formas.”⁸⁴

Entendendo que há impossibilidade lógica, antes que jurídica, de condenação e formação de título executivo para a execução específica de prestações infungíveis, em virtude da impossibilidade de transpor-se o limite da liberdade humana – para MANDRIOLI o verdadeiro, fundamental e ineliminável obstáculo à uma tutela específica geral e atípica das obrigações -, acrescenta que essa vedação no ordenamento também ocorre mesmo que as formas executivas típicas previstas no Código sejam eventualmente inadequadas para determinada situação substancial.

“Esta eventualidade não pode ser descartada em relação à reafirmada e identificada tipicidade das formas de tutela específica. Se, todavia, se leva em consideração que as formas procedimentais de que se trata também são estruturadas com amplo alcance, parece difícil imaginar obrigações cuja impossibilidade de

⁸³ L'esecuzione, cit., p. 22-24.

⁸⁴ L'esecuzione, cit., p. 24.

execução específica por falta de formas adequadas não deva reconduzir-se a uma impossibilidade por infungibilidade da prestação.”⁸⁵

Foi na mesma *Rivista di Diritto Processuale*, onde foi publicado o ensaio de MANDRIOLI, que PROTO PISANI externou opinião em sentido contrário, analisando o problema da efetividade da ordem judicial de reintegração do trabalhador no emprego, tendo como premissa o postulado chiovendiano do “...*tutto quello e proprio quello...*”, e, em consequência, aplicando-o no discurso teórico da tutela preventiva e específica dos novos direitos.⁸⁶ Para tanto, PROTO PISANI alargou a noção de condenação para entender superado o princípio tradicionalmente aceito da correlação necessária entre condenação e execução forçada.

A preocupação de PROTO PISANI residiu em estabelecer uma tutela jurisdicional adequada e, portanto, preventiva para os novos direitos, em particular os direitos não patrimoniais, em contraposição a clássica afirmação no sentido de que, na ausência de técnicas coercitivas indiretas no ordenamento jurídico, as obrigações material e juridicamente infungíveis não poderiam ser tuteladas na forma específica, mas somente mediante as formas residuais da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

⁸⁵ L'escuzione, cit., p. 25. Em nosso sentir, a tutela específica dos deveres e das obrigações de fazer e de não fazer conexas aos direitos a conteúdo não patrimonial e, em especial, do direito à saúde, cuja demanda progressiva é típica do modelo político e econômico vigente, é a maior demonstração da exigência de formas adequadas de tutela que superem a o limite da impossibilidade por infungibilidade da prestação. A efetividade do processo e a necessidade da máxima coincidência entre a pretensão de direito material e o resultado da tutela jurisdicional prestada, nada mais são do que corolários da máxima chiovendiana. É curioso que Mandrioli defenda a efetividade do processo e, ao mesmo tempo, tenha por excepcional o rompimento da correlação entre condenação e execução forçada, aceitando, por isso e ainda assim, que as formas típicas executivas possam ser inadequadas em determinado caso concreto. É certo, todavia, que Mandrioli argumenta com alguma vantagem, pois o direito positivo italiano conhece modalidades executivas atípicas. No entanto, o art. 612, parágrafo primeiro, do CPC italiano nenhuma viabilidade apresenta para as prestações infungíveis. De nossa parte, preferimos as demandas unitárias e a tipicidade aberta das formas e modalidades de efetivação porque são essas técnicas que fornecem maior adequação e flexibilidade ao procedimento, em contraposição ao excessivo formalismo do modelo clássico. Por outro lado, as prestações, notadamente as de fazer, são cada vez mais complexas, muitas delas sendo parcialmente fungíveis. Por isso, há que se abandonar a visão apriorística de que toda prestação é inteiramente infungível.

⁸⁶ Andrea Proto Pisani, L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna, *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 620-634. As referências que seguem contidas no texto foram extraídas desse ensaio. Proto Pisani aprofundou-se no tema em La tutela di condanna, 'in' *Appunti Sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982, p.119-207, expressamente redigido em resposta às críticas formuladas por Mandrioli, cf. observação contida no mesmo texto antes publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, p. 1.104 *et seq.*, sob o título *Appunti sulla tutela di condanna*.

“A tutela ressarcitória se, de fato, apresenta-se como forma de tutela jurisdicional adequada a situações de vantagem de conteúdo exclusivamente patrimonial, é, ao contrário, forma de tutela jurisdicional completamente inadequada quando o bem a ser garantido se refira a situações de vantagem de conteúdo exclusivamente (ou prevalentemente) não patrimonial [...]”⁸⁷

PROTO PISANI sustentou que a correlação necessária entre condenação e execução forçada estaria superada no ordenamento jurídico italiano, extraindo de uma norma especial um princípio geral aplicável para todo o sistema normativo. Como o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece técnicas de coerção indireta, e se a Constituição estabelece o princípio da efetividade da tutela, haveria uma regra geral no sistema suscetível de ser aplicada para outras situações de direito substancial não tuteláveis adequadamente pelas formas típicas de tutela executiva previstas no Livro III do CPC italiano, especialmente aquelas infungíveis e a conteúdo não-patrimonial, onde a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário apresenta-se inadequada.

Como consequência de sua análise de que não há correlação necessária entre condenação e execução forçada (que só consente técnicas de sub-rogação), PROTO PISANI vislumbrou *de jure constituto* no direito italiano a existência de uma tutela inibitória geral e atípica e de uma técnica coercitiva indireta geral, consistente no crime de desobediência às liminares e às sentenças condenatórias que impusessem deveres de fazer e de não fazer na tutela de direitos não patrimoniais. Somente dessa forma encontrariam tutela efetiva e adequada os direitos dependentes do espontâneo cumprimento de prestações infungíveis a cargo do devedor.

⁸⁷ Andrea Proto Pisani, *L'effettività*, cit., p. 625. Em outra oportunidade, reafirmou a tese: “[...] a relevância de direito positivo que, posteriormente a Constituição de 1948, tem assumido os aspectos não patrimoniais implicados em muitas situações de vantagem (algumas das quais também elevadas a estatura constitucional), exclui que o operador jurídico, diante de fenômenos do tipo ora examinado, possa concordar com a afirmação – resultante de uma ideologia economicista bem datada historicamente – segundo a qual quando a prestação não seja suscetível de execução forçada na forma específica (arts. 605 et seq, 612 et seq), seria tutelada unicamente pela forma do equivalente monetário. A tutela pelo equivalente monetário [...], é, ao contrário, forma de tutela jurisdicional completamente inadequada quando o bem a ser garantido se refira a situações de vantagem de conteúdo exclusivamente (ou prevalentemente) não patrimonial [...]”, cf. *La tutela di condanna*, cit., p. 169; *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1164.

Discordando, MANDRIOLI houve por bem em explicitar alguns pontos de seu pensamento, fazendo publicar, um ano depois, um outro ensaio, dessa vez dedicado à questão da chamada correlação necessária entre condenação e execução forçada.⁸⁸

MANDRIOLI não nega que possa haver uma superação da correlação necessária entre condenação e execução forçada, porém diverge do modo como PROTO PISANI faz essa proposição.

Para MANDRIOLI, há diversos modos possíveis de entender-se a tese da superação da correlação necessária entre condenação e execução forçada, tal como proposta por PROTO PISANI : (i) a intenção do ordenamento jurídico vigente em prestigiar a execução forçada na forma específica, cujo propósito nunca foi negado pelo próprio MANDRIOLI; ou (ii) a superação da correlação necessária entre condenação e execução forçada entendida como *superação* da tipicidade das formas executivas, o que só é possível com expressa referência legal, o que parece ser confirmado pela própria fundamentação feita por PROTO PISANI; ou, ainda, (iii) a superação da correlação necessária entre condenação e execução forçada entendida como *ampliação* da noção de condenação.

MANDRIOLI vê algumas perplexidades sobre a tese do alargamento da noção de condenação feita por PROTO PISANI quanto (i) às vantagens sistemáticas e práticas desse alargamento da noção de condenação e (ii) à fundamentação dessa tese do alargamento da noção de condenação.

Conclui procedendo à orientações de *jure condendo* e sugerindo a oportunidade de aprofundar a pesquisa de outras *verdadeiras* formas de tutela executiva, diversas das formas típicas de tutela executiva atualmente previstas no Livro III do CPC italiano. Esse o conteúdo do ensaio, que tem importantíssimas passagens e reflexões do autor, a seguir objeto de nossa análise.

Segundo MANDRIOLI a definição tradicional de condenação traz implícita a idéia de correlação necessária entre condenação e execução forçada e, mais precisamente, a (também implícita) de correlação entre condenação e título executivo, no sentido de que não pode ser definido como condenação aquela decisão à qual a lei não atribua eficácia executiva, enquanto fundante de um dos procedimentos executivos disciplinados no Livro III do CPC italiano. A

⁸⁸ Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, págs. 1342-1357. As referências que seguem contidas no texto foram extraídas desse ensaio.

definição tradicional de condenação seria “*aquela provimento judicial que, ao declarar um direito, declara a ulterior exigência de tutela mediante execução forçada, declarando, outrossim, o pressuposto da concreta exequibilidade daquela direito*”.⁸⁹

O que MANDRIOLI propõe-se a demonstrar é que, inobstante possa ser superada a correlação necessária entre condenação e execução forçada, não obrigatoriamente se deva superar também a correlação necessária entre condenação e título executivo. Aliás, aqui reside a sua crítica dirigida à tese de PROTO PISANI, que ao ampliar a noção de condenação, superou as duas correlações, quando não obstante tenha afirmado que com a sua tese superava apenas a correlação necessária entre condenação e execução forçada, omitindo-se, de resto, sobre as conseqüências sobre aquilo que MANDRIOLI chama de correlação necessária entre condenação e título executivo.

Deveras, para MANDRIOLI a correlação necessária entre condenação e título executivo poderia ser mantida ou abandonada, conforme houvesse um alargamento da noção de título executivo ou, ao contrário, uma ampliação da noção de condenação, tese esta última que foi defendida por PROTO PISANI.

E explica que a correlação entre condenação e título executivo pode ser *mantida* através do *alargamento da eficácia do título executivo*, admitindo-se execução forçada para além das formas de tutela executiva previstas no Livro do Código de Processo Civil italiano, dedicado ao Processo de Execução. Ao contrário, *abandona-se* essa mesma correlação quando *o que se amplia é a noção de condenação*, incluindo-se nesse conceito sentenças não suscetíveis de execução forçada, isto é, sentenças que não são título executivo.

Segundo MANDRIOLI, passou despercebido à PROTO PISANI a redação do art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores que expressamente atribui à ordem de reintegração do trabalhador no emprego como sendo *título executivo*.

Em nosso entender aqui cabe uma crítica à MANDRIOLI, porque a sua noção de correlação entre condenação e título executivo é algo de discutível fundamentação normativa, havendo, quando muito, suporte doutrinário restrito àqueles que perfilham da *classificação pan-processual das ações*.

Deveras, percebe-se de sua teoria que está ele adstrito ao dogma da *nulla executio sine titulo*.

⁸⁹ Crisanto Mandrioli. Sulla correlazione, cit., p. 1344.

Assim, MANDRIOLI é partidário da radical separação e distinção das funções de cognição e execução, propondo duas relações processuais distintas com todas as conseqüências daí decorrentes.⁹⁰

O que MANDRIOLI apenas defende é a pesquisa de *verdadeiras* formas atípicas de execução direta, isto é, de novas técnicas executivas, para além da entrega de soma em dinheiro, adjudicação e usufruto, que contribuam para a efetividade da atuação da sanção no processo de execução.

PROTO PISANI, ao contrário, é partidário das *demandas unitárias*, não obstante as dificuldades de sua tese diante das limitações do ordenamento jurídico italiano, especialmente a generalização no sistema das formas e modalidades atípicas de efetivação das sentenças, com o reconhecimento *de jure constituto* da prisão penal⁹¹ como regra geral no sistema e com proposta *de jure constituendo* da multa diária.

Não obstante, MANDRIOLI continuou a sustentar que o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores, *ao considerar expressamente a ordem judicial como título executivo e*, ao mesmo tempo, *aparelhá-la com técnica de coerção indireta*, culminou por *superar* a correlação necessária entre condenação e execução forçada e, portanto, em *superar* o princípio da tipicidade das formas executivas, sendo porém uma *exceção* no sistema.⁹²

No âmago da polêmica instaurada, objetou PROTO PISANI com aquilo que denominou de conseqüências práticas da instauração de uma correlação necessária ou normal entre condenação e execução forçada:

“1) todos os direitos cuja fruição é assegurada por obrigações (originárias ou derivadas) não suscetíveis de execução forçada, podem ser tuteladas somente por intermédio da forma de tutela pelo equivalente monetário: esta monetização ou mercificação dos direitos obrigacionais, se poderia encontrar alguma justificação quando em vigor uma norma constitucional como o estatuto albertino ‘o qual refletia estruturas sociais fundadas sobre a propriedade dos bens de produção, proclamada e tutelada como bem

⁹⁰ Especialmente se adotamos a tese no direito positivo brasileiro, onde os embargos do devedor suspendem *ope legis* a execução.

⁹¹ Posteriormente, Andrea Proto Pisani abandonou a tese da prisão penal fundada no art. 650 do Código Penal italiano, defendendo apenas a prisão penal fundada no art. 388 do Código Penal italiano como técnica coercitiva indireta de efetivação dos provimentos (*rectius*: das ordens) judiciais provisórios e finais desobedecidos e que impusessem prestações positivas ou negativas, cf. *L'attuazione dei provvedimenti di condanna, 'in' Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989, p. 54.

⁹² Crisanto Mandrioli, *Sulla correlazione*, cit., p. 1347.

sacro e inviolável', perdeu. por certo, qualquer possibilidade de justificação teórica sob o vigor da constituição republicana de 1948, que coloca como valores centrais e supremos do ordenamento o trabalho e a pessoa: [...] 2) a tutela condenatória pode exercitar somente uma função de tutela repressiva da violação já efetuada, nunca uma função de tutela direcionada a prevenir a violação: para que a condenação, de fato, possa assumir inclusive uma função preventiva, é necessário que a sua atuação seja garantida não somente por intermédio da técnica da execução forçada (a qual pressupõe que a violação já tenha ocorrido), mas também pela via da técnica das medidas coercitivas direcionadas a provocar o adimplemento espontâneo do obrigado [...]”⁹³

Cotejando-se as teses de MANDRIOLI e PROTO PISANI, percebe-se, também, que suas opiniões são divergentes quanto à noção de condenação.

MANDRIOLI segue a definição tradicional de condenação: só é condenatória a sentença que a lei atribua eficácia de título executivo o qual serve de fundamento para as formas de execução forçada. Logo também haveria correlação necessária entre condenação e título executivo.

Para PROTO PISANI a condenação não necessariamente é um título executivo, como, por exemplo, nos casos em que não se aplicam as formas típicas de execução, descartando, por isso, uma correlação necessária entre condenação e título executivo. Desconsiderou a qualidade de título executivo da sentença que ordena a reintegração do trabalhador, por certo ao visualizar a tutela jurisdicional adequada no plano do direito substancial, tanto que argumenta seu raciocínio, antes de tudo, no art. 24 da Constituição Italiana.⁹⁴

Note-se, ainda, que MANDRIOLI parece definir título executivo não só como aquele dotado de eficácia executiva – segundo a visão tradicional, atuado mediante execução forçada -, mas também aquele dotado de técnicas de coerção indireta, desde que expressamente previstas em lei, do que seria exemplo, nessa construção teórica, e *de jure constituto*, apenas o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores. Esta definição superaria a correlação necessária entre condenação e execução forçada e o princípio da tipicidade das formas de tutela executiva, segundo as regras do Livro III do CPC italiano, destinado ao processo de execução, embora MANDRIOLI não tenha sido muito claro em seu texto anterior, já mencionado.⁹⁵

⁹³ Proto Pisani, *La tutela di condanna*, cit. p. 133-134.

⁹⁴ Similar ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹⁵ Mas pode-se, validamente, interpretar a opinião pessoal de Mandrioli em um sentido diverso e paradoxal. Nesse sentido discorreu Michele Taruffo: “Uma vez superado, pelo menos na matéria que aqui se considera, o princípio da tipicidade, trata-se de extrair disso algumas conseqüências. A propósito, parece inadequada e

Este ponto do pensamento de MANDRIOLI revela, na verdade, um outro problema teórico, ainda não resolvido pela doutrina, consistente no enquadramento adequado da técnica de coerção indireta como uma forma de tutela executiva.

“Não que – é bom esclarecer, para evitar equívocos – eu adira à opinião daqueles que vêem na coerção indireta uma forma de tutela executiva. Se assim fosse, o problema da superação da tipicidade das formas de tutela executiva já estaria resolvido, ou melhor, superado. Mas é claro que assim não é, porque a execução indireta pode somente provocar o adimplemento espontâneo; e, de resto, na mesma norma em questão, o recurso à medida coercitiva é vislumbrado como um expediente.”⁹⁶

MANDRIOLI também entende que a tese de PROTO PISANI não supera o princípio da tipicidade das formas executivas para além do Livro III do CPC italiano, porque amplia a noção de condenação no sentido de que, mesmo não sendo título executivo, se submete às formas executivas estabelecidas em lei. MANDRIOLI entende que PISANI se refere aos

quase paradoxal a conclusão formulada por Mandrioli, para quem referida superação levaria a identificar uma só forma (a sua vez típica) de execução forçada da ordem de reintegração, que teria lugar somente quando o empregador procedesse espontaneamente (isto é, em virtude dos efeitos compulsórios ínsitos na condenação como tal) à reintegração do trabalhador.” E Taruffo prossegue a crítica afirmando que Mandrioli “não se preocupa com a dificuldade ínsita de qualificar como forma de execução forçada o exemplo típico de execução não forçada, como é aquela em que o empregador cumpre espontaneamente em ausência de coação direta: com isso permite a afirmação de que a condenação à reintegração é exequível coativamente, salvando, por outro lado, o princípio da tipicidade, sem colocar em dúvida o poder do empregador de não obedecer à condenação. A situação é idêntica a que ocorreria se afirmasse *apertis verbis* não coercível a própria condenação [...]”, Michele Taruffo, Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore, ‘in’ *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 802 e nota 41. Mandrioli responde à crítica afirmando que apenas procedeu a uma “tentativa de utilizar algumas experiências dos ordenamentos anglo-saxões no atribuir ao devedor inadimplente uma função pública na execução contra si mesmo”; além disso, afirma não concordar com a opinião de Taruffo no sentido de que “o princípio da tipicidade das formas de tutela executiva já estaria superado, pela presença, no nosso sistema, do art. 612, parágrafo 1º, ou seja, de uma norma com previsão atípica”, pois “esta norma, enquanto se refere às ‘modalidades de execução’ concerne a um momento sucessivo àquele da tipicidade das ‘formas’, ou seja, pressupõe já resolvido, pelo menos em linha de princípio, o problema da execução específica e da coercibilidade do ‘fazer”, cf. Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione, cit., p. 1348-1349, notas 16 e 17.

⁹⁶ Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione, cit., p. 1346-1347. A afirmação de Mandrioli de que as técnicas coercitivas indiretas seriam um ‘expediente’ (também a p. 1352) recebeu pronta crítica de Proto Pisani, segundo o qual referidas técnicas “não merecem a qualificação desprezível de ‘expediente’ na exata medida em que somente por intermédio delas é que se pode almejar uma autêntica tutela preventiva da violação dos direitos, ao contrário da técnica da execução forçada, tão defendida por Mandrioli, pela qual a violação, já pressuposta como consumada, permite apenas uma tutela repressiva, cf. La tutela di condanna, cit., p. 134 e nota 25. Por outro lado, quanto ao difícil problema da noção de tutela executiva como compreensiva, ou não, da chamada execução indireta, cf. Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 22-23; ID, Prefácio, ‘in’ *Sentença e Coisa Julgada*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988, p. 10; ID, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT, 1996, p. 182, 187, 188, 189 e 190;

resultados da tutela executiva e não às *formas* da tutela executiva. Para MANDRIOLI há que se alargar a noção de título executivo e não a noção de condenação, para que se possa superar a correlação necessária entre condenação e execução forçada e também o superar o princípio da tipicidade das formas executivas.

PROTO PISANI entende que não há necessária correlação entre condenação e execução forçada porque há sentenças condenatórias - segundo a sua noção alargada de condenação, que poderíamos designar de condenação atípica, no sentido de anômala - que não se submetem às formas típicas, exclusivamente sub-rogatórias, de execução forçada do Livro III do CPC italiano.

Para MANDRIOLI, no plano sistemático, a tese de PROTO PISANI tem mais custos que benefícios porque entre mera declaração e *condenação-título-executivo*, surgiria um vazio preenchido por um *tertium genus*, como sendo a *condenação-não-título-executivo*.⁹⁷ Essa condenação-não-título-executivo seria uma condenação em sentido amplo.⁹⁸ E, de qualquer modo, a ampliação da noção de condenação não levaria à ampliação das formas executivas diretas (*rectius*: mediante técnicas de sub-rogação).

Outra divergência entre MANDRIOLI e PROTO PISANI, decorrente da postura de cada um quanto a correlação entre condenação e execução forçada, reside na técnica coercitiva indireta como regra geral, *de jure constituto*, especialmente a prisão penal. MANDRIOLI lembra a advertência de CARNELLUTTI, pela qual, “a violência esta à base daquilo que se chama medidas de coerção contra o obrigado”⁹⁹, defendendo apenas *de jure condendo* a utilização parcimoniosa da prisão penal.

PROTO PISANI, partidário *de jure constituto* da prisão penal fundada no art. 388 do CP italiano¹⁰⁰, seja para a desobediência a condenação de obrigações infungíveis, seja para a

Enrico Tullio Liebman, *Execução e ação executiva, passim*, p. 59 e 69; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, São Paulo: RT, 1988, p. 23, 24, nota 16, e p. 34.

⁹⁷ Crisanto Mandrioli, *Sulla correlazione*, cit., p. 1352.

⁹⁸ O rótulo de “condenação em sentido amplo” dado por Crisanto Mandrioli equivale àquilo que, a partir de Pontes de Miranda, a doutrina brasileira vem chamando de executividade *lato sensu* e mandamentalidade. Deveras, no direito positivo brasileiro os arts. 461, §§ 4º e 5º do CPC, e 84, §§ 4º e 5º do CDC, conduzem à esse raciocínio, abandonando a clássica noção de condenação para admitir a executividade *lato sensu* e a mandamentalidade, que não tem atribuição legal de título executivo, tampouco são suscetíveis de modalidades típicas e rígidas de efetivação.

⁹⁹ Crisanto Mandrioli, *Sulla correlazione*, cit., pág. 1356, nota 32.

¹⁰⁰ Não sem negar a má redação do art. 388 do CP italiano: “Uma coisa, repito, é dizer que o art. 388, parágrafo primeiro, podia ser melhor formulado, outra coisa é negar-lhe aprioristicamente qualquer possibilidade de aplicação às hipóteses de obrigações não suscetíveis de execução forçada (em especial quando – como

desobediência ao provimento de antecipação dos efeitos da tutela de obrigações infungíveis, defende, todavia, como limite insuperável para o recurso à coerção penal, a sua utilização somente em função da atuação de um direito que assuma uma esfera de liberdade.¹⁰¹

Da análise conjunta das teses de MANDRIOLI e de PROTO PISANI, pode-se tirar algumas conclusões parciais.

Para MANDRIOLI só se pode superar a correlação necessária entre condenação e execução forçada mantendo-se a correlação necessária entre condenação e título executivo, ou seja, alargando-se não a noção de condenação, mas a eficácia própria do título executivo para além das formas típicas de tutela executiva previstas no Livro III do CPC italiano, alargamento esse que depende de expressa previsão legal.¹⁰²

Essa *expressa* previsão legal é o que subentende MANDRIOLI como *verdadeiras*¹⁰³ formas executivas diversas daquelas tipificadas no livro III do CPC italiano, com clara preferência pela separação entre os processos de conhecimento e de execução, na medida em que defende a conservação de uma correlação necessária pelo menos entre condenação e título executivo.¹⁰⁴ De outro lado, é freqüente no pensamento de MANDRIOLI a pouca simpatia com as técnicas de coerção indireta, ora mediante explícita parcimônia à prisão penal,¹⁰⁵ ora pelo entendimento de que a multa diária é sujeita a muitas limitações, embora com utilidade para alguns setores,¹⁰⁶ o que demonstra a sua preferência pela generalização apenas das

corretamente sustenta Padovani – não subsista qualquer obstáculo ontológico a que obrigações de tal espécie sejam objeto de sentenças condenatórias se a atuação da própria condenação esteja garantida pela técnica das medidas coercitivas”, cf. La tutela di condanna, cit., p. 177, nota 127.

¹⁰¹ Proto Pisani, L’effettività, cit., p. 628-629.

¹⁰² Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione, cit., p. 1344, 1345 e 1356.

¹⁰³ Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione, cit., p. 1356.

¹⁰⁴ A tese de Crisanto Mandrioli foi acolhida pelo art. 644 do CPC brasileiro. No entanto, como não concordamos com a tese de Mandrioli, somos contrários a inserção de técnicas coercitivas indiretas em distinto processo de execução fundado em título executivo judicial, porque deveriam circunscrever-se aos títulos executivos extrajudiciais. Há projeto de lei nesse sentido, tramitando no Congresso Nacional.

¹⁰⁵ Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione, cit., pág. 1356.

¹⁰⁶ Crisanto Mandrioli, L’esecuzione forzata in forma specifica, Milão: Giuffrè, 1953, p. 62-68, 75, 101, 106. Sobre o dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*, Mandrioli tangencia a questão de sua atual validade e consistência jurídica: “A natureza desta rápida análise dos direitos substanciais quanto a sua realização na forma específica no nosso ordenamento jurídico positivo, não me permite adentrar no sugestivo argumento de teoria geral referente à validade e consistência jurídica atual do adágio supra referido”, cf. L’esecuzione forzata in forma specifica, cit., p. 63. E, em seguida, completa: “Basta somente a afirmação que, enquanto não falta quem com autoridade afirme ser aquele princípio nada mais do que um preconceito, a mim parece que o citado adágio contenha não tanto um princípio de ordem jurídica, quanto, ao contrário, sob a simples proibição do uso de meios coercitivos não permitidos em lei, uma constatação de fato referente à inadequação dos meios diante à liberdade da vontade humana”, cf. L’esecuzione forzata, cit., p. 63-64. A opinião de que o *dogma nemo ad factum* ainda influencia opiniões preconceituosas, restritivas e conservadoras é de Emilio Betti, ao comentar

técnicas de sub-rogação e, na mesma medida, pela falta de *imperium* na jurisdição, onde for fungível a prestação. Em outras palavras, uma implícita contrariedade à previsão generalizada de *ordens* judiciais.

PROTO PISANI, muito embora não se refira expressamente a correlação entre condenação e título executivo, na realidade a descarta, juntamente com a superação da correlação necessária entre condenação e execução forçada, ao defender expressamente, *de jure constituto*, as demandas unitárias, cuja sentença de procedência não constituiria, propriamente, um título executivo.¹⁰⁷ Além disso, é amplamente favorável, *de jure condendo*, a que se consagre explicitamente no ordenamento jurídico italiano formas de tutela e modalidades de efetivação atípicas.¹⁰⁸ Concebe, *de jure constituto*, ainda que implicitamente no sistema, a tutela inibitória geral e atípica e o cabimento de prisão penal como reforço da imperatividade das sentenças judiciais, quando na tutela específica dos direitos não patrimoniais. Portanto, para muito além dos direitos ou situações substanciais patrimoniais (propriedade, posse e crédito).

2.2.2. A tese de GIROLAMO MONTELEONE.

Propondo uma revisão do conceito de sentença condenatória como título executivo, GIROLAMO MONTELEONE parte de duas premissas: (i) formula uma crítica à prioridade lógica e jurídica da execução específica sobre a execução pelo equivalente monetário e (ii)

um julgado que negou o cabimento de tutela do adimplemento contratual na forma específica, sob o argumento de que a tutela específica (ressarcitória) somente é cabível no plano responsabilidade civil extracontratual, cf. Sul cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale, 'in' *Giurisprudenza Italiana*, 1948, Parte Prima, Sez, II, p. 259-262.

¹⁰⁷ A tese de Proto Pisani, que a nosso sentir é correta na perspectiva da garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva e adequada, foi acolhida no direito brasileiro pelos arts. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, 83 e 84, §§ 4º e 5º, do CDC, com as observações feitas na nota que segue.

¹⁰⁸ No caso do direito positivo brasileiro, há previsão legal expressa de técnicas coercitivas e sub-rogorias nominadas e inominadas, por força da conhecida expressão "... tais como..." do § 5º do art. 461 do CPC e o § 5º do art. 84 do CDC. Podemos afirmar que o direito brasileiro adotou a técnica das modalidades de efetivação típicas mas inominadas. Típicas porque previstas em lei; inominadas porque o tipo é aberto, o rol normativo é meramente exemplificativo. flexibilizando-se o procedimento e atribuindo-se ao juiz amplos poderes discricionários para a adoção de técnicas de sub-rogação e de coerção que se revelem mais efetivas e adequadas para o caso concreto. Por outro lado, justamente porque no direito positivo brasileiro é dispensável um maior esforço de hermenêutica, em vista da expressa previsão legal de medidas inominadas, perde em larga medida, senão totalmente, a densidade das críticas que foram formuladas a Proto Pisani, especialmente quanto ao método indutivo por ele utilizado para fazer de uma norma especial, regra geral no sistema.

afirma que nem sempre o processo de execução funciona como meio de atuação dos direitos.¹⁰⁹

No que se refere a primeira premissa, MONTELEONE critica a contraposição entre execução forçada e execução específica, no sentido de que esta deveria ter uma prioridade lógica, moral e jurídica sobre aquela, que consentiria apenas um ressarcimento pelo equivalente monetário.

Afirma que a execução específica é um conceito abstrato, enquanto categoria dotada de características estruturais e funcionais próprias e homogêneas que pudessem diferenciá-la da execução forçada. A execução específica para entrega (*consegna*) e restituição (*rilascio*) de coisa, como a execução específica das obrigações de fazer e de não fazer, são formas executivas que têm poucos pontos de contato entre si.

Tanto isso seria verdade que o Código Civil italiano teria incluído na categoria da execução específica a execução da obrigação de concluir um contrato (obrigação de emissão de declaração de vontade nos contratos preliminares - art. 2932), a qual nada tem a ver com o processo de execução, tratando-se, na verdade, de processo de conhecimento que se conclui com uma sentença constitutiva ou de *accertamento* constitutivo, segundo os diversos pontos de vista.

Como leva em consideração o objeto do direito lesado para sua reintegração específica, então a execução forçada é a execução mais específica que existe, a mais específica de todas, *‘porque a execução forçada é aquele meio executivo que permite a precisa realização do bem devido nas obrigações de entrega de soma em dinheiro’*.

Essas as razões da crítica do autor àquela contraposição entre execução específica e execução forçada.

Não quer MONTELEONE, com isso, excluir a existência de um problema de escolha dos modos e dos meios através dos quais o ordenamento jurídico reage contra a violação de um direito ou o inadimplemento de uma obrigação. Mas esta escolha seria um problema de direito substancial e não de direito processual.

Portanto, no âmbito do processo de execução, aquela escolha já está feita, exaurida.

¹⁰⁹ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, ‘in’ *Processo e tecniche di attuazione dei diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene Editore, 1989, págs. 173-181. As observações que seguem foram extraídas desse texto.

Acrescenta MONTELEONE que, do ponto de vista do ordenamento jurídico italiano, há três normas-chave em matéria de inadimplemento e ilícito: os arts. 1218 e 2043 do Código Civil e o art. 185 do Código Penal.

Quanto ao art. 1218, prescreve que se o devedor não cumpre a obrigação ou se não cumpre exatamente a própria obrigação, deve reparar o dano, presumindo-se sua culpa. Isto é, o inadimplemento total ou parcial é um fato puramente objetivo, o qual, por si só, gera automaticamente a obrigação ressarcitória. Eventual aspecto subjetivo diz com a impossibilidade do devedor e, portanto, a exclusão da culpa ou do dolo, é ônus do devedor provar. Portanto, o argumento da culpa e do dolo é estranho para a consequência ressarcitória automática em caso de inadimplemento (em todo o sistema) das obrigações.

Por outro lado, o art. 2043, que trata do ressarcimento de danos causados por fato ilícito, refere-se a culpa e dolo, porém admite-se o ressarcimento do dano na forma específica (art. 2058).

Já o art. 185 do Código Penal estabelece que qualquer crime obriga à *restituição* segundo as leis civis e ao *ressarcimento* dos danos patrimoniais e não patrimoniais.

Quanto a segunda premissa do ensaio, MONTELEONE entende que se deve ter atenção quanto a afirmação de que o processo de execução funciona como meio de atuação dos direitos. Correta numa visão *estática* do ordenamento jurídico, merece uma observação do ponto de vista *dinâmico*.

Na concreção do ordenamento através das formas e das técnicas processuais, só *mediatamente* o processo de execução ou o processo em geral é um meio de atuação dos direitos, porque no âmbito do processo executivo o que interessa não é tanto o *direito*, mas o *título executivo*.

Nos termos do art. 474 do CPC italiano, somente pode-se agir executivamente quando se esteja portando um título executivo. Logo, do ponto de vista do processo de execução, o que importa é o título executivo. Portanto, o que se atua no processo executivo são as determinações ou as diretivas que estão contidas nos títulos executivos. Faltando a ‘chave’ constituída pelo título executivo, a ‘porta’ da execução forçada, qualquer que seja ela, não se pode ‘abrir’ e tudo deve continuar como está.

O discurso sobre o processo e as técnicas de atuação dos direitos deve ser concentrado sobre a norma do art. 474 do CPC, exatamente sobre os *títulos executivos* e, em particular,

sobre as *sentenças*. Isso porque, no direito italiano, somente as sentenças constituem título executivo para a execução específica (das obrigações de dar, fazer e de não fazer), excluídos dela os títulos extrajudiciais.¹¹⁰

Por isso, no direito italiano, um discurso geral que abranja a execução forçada e a chamada execução específica, deve referir-se somente às sentenças.

O art. 474 do CPC italiano refere que constituem títulos executivos as sentenças e outros provimentos expressamente dotados por lei dessa eficácia.¹¹¹ Como a norma diz somente ‘sentenças’, vem freqüentemente interpretada como se fizesse referência somente às sentenças condenatórias.

Aqui reside o ponto central da crítica de MONTELEONE à noção tradicional de sentença condenatória. Afirma, nessa parte acertadamente, que a lei não define o que é condenação, tratando-se de noção exclusivamente científico-doutrinária. Não existe uma definição legislativa aos fins executivos da sentença condenatória.¹¹²

Além do art. 474 do CPC italiano, há os arts. 2818 (tratando da inscrição de hipoteca judicial) e 2953 (tratando da prescrição breve transformada em decenal) do Código Civil italiano, mas nenhum deles formula um conceito de condenação.

Portanto, sendo o conceito de condenação é de elaboração exclusivamente científico-doutrinária, como tal vem identificada por dois atributos: constituir título executivo, no plano processual, e relacionar-se com os direitos obrigacionais ou de natureza instrumental,¹¹³ no plano substancial.

Segundo MONTELEONE, não é correta essa construção doutrinária quando transferida para o plano da interpretação do art. 474 do CPC italiano. “*Quando vem utilizada para identificar quais sejam os títulos executivos, isto é, as chaves que permitem de abrir a porta*

¹¹⁰ Note-se que no direito brasileiro não há essa limitação, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, Considerações acerca da tendência legislativa à atenuação do dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*, ‘in’ *Processo Civil: Evolução, 20 Anos de Vigência* [coord. de José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 259-272; Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 292.

¹¹¹ Perceba-se que Monteleone não toma uma posição clara sobre a decisão que antecipa os efeitos da tutela.

¹¹² Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 176.

¹¹³ Aludindo a tese de Salvatore Satta sobre as situações instrumentais e finais, para quem, aliás, somente as situações finais seriam suscetíveis de execução específica, cf. *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, ‘in’ *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Pádua, 1950, p. 1 et. seq.

*do processo de execução, nascem inconvenientes e incongruências graves, que já foram evidenciadas por vários estudiosos”.*¹¹⁴

Dois seriam os inconvenientes que derivam da noção tradicional de condenação: “*O primeiro inconveniente está em se criar um círculo vicioso: a sentença condenatória é tal porque constitui título executivo; o título executivo somente é constituído pelas sentenças condenatórias. Mas isto nada explica, porque retornamos, rodeamos no vazio, sempre sobre o mesmo conceito; é uma petição de princípio de modo evidente.*”¹¹⁵

O segundo inconveniente está em que “*sendo a noção de condenação fruto de uma convenção, isto é, fruto de uma elaboração conceitual, científico-conceitual, qualquer um pode forjar como melhor entender um próprio conceito de condenação.*”¹¹⁶

Isto significa que, definitivamente, “*a identificação do título executivo não depende mais de uma valoração legal, precisa, indubitosa, mas depende das oscilações conceituais em torno da noção de sentença condenatória*”.

MONTELEONE recorda o inconveniente de se negar execução provisória, ou até eficácia executiva, a uma sentença, porque não seria sentença condenatória (e, portanto, título executivo) e sim constitutiva, como no caso da sentença de procedência da demanda de adimplemento de um contrato preliminar com ordem de restituição de um imóvel.

Para superar estes inconvenientes, MONTELEONE lembra que PROTO PISANI vislumbrou um rompimento da correlação necessária entre sentença condenatória e execução forçada, entendendo que a essência da condenação não estaria na constituição de um título executivo e sua necessária vocação para a execução forçada.¹¹⁷ Isso porque, na prática, uma correlação assim tão estreita acaba por dificultar, embaraçar, o funcionamento do processo executivo e, portanto, dos meios de atuação dos direitos lesados, violados.

Mas MONTELEONE critica expressamente a tese de PROTO PISANI, não vendo resultados úteis em uma noção mais ampla de condenação, compreensiva “*não só daquelas sentenças suscetíveis de execução nos modos previstos pelo CPC, mas também todas aquelas sentenças que obrigam a uma prestação qualquer, a algo que seja auxiliado das chamadas sanções indiretas ou medidas compulsórias*”. Nenhuma utilidade haveria em chamar, também,

¹¹⁴ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 176/177.

¹¹⁵ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 177.

¹¹⁶ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 177.

¹¹⁷ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 177-179.

de condenatória a sentença cujo cumprimento dependesse, de qualquer forma, da iniciativa e da vontade do obrigado, ainda que essa vontade fosse pressionada por medidas coercitivas as mais variadas.¹¹⁸

Embora não negue que tenha valor científico a proposição de PROTO PISANI, admitindo que seja verdadeira a assertiva segundo a qual não é essência da condenação a constituição de um título executivo, parece a MONTELEONE que no plano prático em nada resulta. Segundo ele, se *a priori* fosse estabelecido que existiriam *sentenças condenatórias que seriam título executivo*, podendo realizar concretamente um direito, e *sentenças condenatórias que não seriam título executivo*, não sendo mais do que um pedaço de papel para o interessado, não haveria utilidade em qualificar uma sentença como condenatória.

Note-se, todavia, que MONTELEONE faz essa crítica a tese de PROTO PISANI porque não há, *de jure constituto*, previsão generalizada de técnicas coercitivas indiretas no CPC italiano, isto é, uma norma como, por exemplo, a do art. 461 do CPC brasileiro. Por isso, a afirmação de MONTELEONE no sentido de que uma sentença *condenatória* que não constituísse título executivo não seria mais do que um pedaço de papel para o ‘credor’.

Após tecer suas críticas, divergindo da solução proposta por PROTO PISANI MONTELEONE propõe uma ampliação da noção de título executivo, para incluir outras sentenças além da condenatória.

“O caminho a ser percorrido, para eliminar algumas contradições e incongruências, é outra, e isso nos mostra o próprio art. 474 do CPC italiano, o qual não diz que título executivo são somente as sentenças condenatórias, mas diz somente sentenças, sem qualificá-las de algum modo. Portanto aceita-se que a sentença condenatória deve identificar-se como aquela que tem vocação para constituir título executivo, e que se correlaciona exclusivamente aos direitos de crédito, às obrigações no plano substancial. Todavia, não somente estas sentenças constituem título executivo; também outras sentenças, cujo conteúdo seja predominantemente declaratório ou predominantemente constitutivo, podem dar lugar à execução forçada; são título executivo, quando contenham deliberações suscetíveis de ser executadas nos modos e com os processos executivos previstos pelo ordenamento italiano. Portanto, não tem relevância a qualificação formal, razão pela qual o princípio a ser rigorosamente afirmado é o seguinte: toda sentença que contenha deliberações que possam ser executadas forçadamente com os meios típicos

¹¹⁸ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 178.

previstos no ordenamento. toda sentença do gênero, constitui título executivo, independentemente da sua qualificação formal. Eliminam-se assim algumas incongruências, mas não todas.”¹¹⁹

Muito embora PROTO PISANI tenha advertido que existem alguns casos nos quais a condenação de certas obrigações cujo adimplemento não é suscetível de sub-rogação, seja com os meios executivos típicos previstos pelo ordenamento, seja com qualquer outro meio executivo, MONTELEONE, reconhecendo a existências desses casos, assevera que são limitados e residuais, o que não permite “*construir uma teoria geral da execução forçada tendo por base esses casos residuais*”¹²⁰, propondo, ao contrário, investigar uma solução *de jure condendo* para esse casos residuais.

MONTELEONE chega ao ponto de ironizar o cabimento de uma tutela inibitória geral e atípica, fazendo um paralelo com as condutas ilícitas penalmente desvaloradas.

Se por um lado, ‘*felizmente*’, esses casos residuais são excepcionais no direito privado, constituem a regra no direito penal, onde há obrigações de grande relevância. Mesmo no âmbito do direito penal o Estado não pode assegurar, de modo absoluto, que as obrigações penalmente sancionadas sejam respeitadas pelos cidadãos; havendo violação, não resta outro caminho que o de infligir uma pena, uma verdadeira sanção ao autor do ilícito penal por ter violado obrigações auxiliadas penalmente, por isso obrigações de grande relevância. Portanto, neste setor do ordenamento há uma perene impotência. “*Talvez existisse uma ação inibitória geral e preventiva, que permitisse prevenir o homicídio, o furto, o seqüestro de pessoas ! As penitenciárias desapareceriam, todo o ordenamento jurídico assumiria uma vestimenta diversa.*”¹²¹

Deixando de lado a ironia, MONTELEONE retorna a solução do problema para aquelas hipóteses residuais, que se encontram no setor privado do ordenamento jurídico. A técnica de tutela (*remédio*) não pode consistir no cogito de novas concepções de sentença condenatória ou na tentativa, louvável mas juridicamente infundada, de estender os meios de execução

¹¹⁹ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 178-179.

¹²⁰ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 179.

¹²¹ Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 179-180. Evidentemente que não podemos concordar com essa ironia, pois a visão teórica de Monteleone, sob esse aspecto, é presa a construção clássica de que não é função do direito privado predispor sanções retributivo-punitivas. No direito norte-americano, por exemplo, é amplamente aceita a sanção punitiva cumulada com a sanção reparatória; além disso, a sanção preventiva coercitiva converte-se em sanção punitiva em caso de violação de direitos. O mesmo se dá no direito

específica típicos previstos pelo ordenamento a casos e a situações àqueles (meios típicos) de todo estranhos.

Critica, pois, a extensão dos meios típicos de execução específica para casos de todo estranhos ao sistema. Critica, também, a multa (*astreintes*) para as prestações materialmente infungíveis: primeiro porque não passam de condenação pecuniária, cuja execução forçada se dá nas formas típicas do CPC, e, além disso, conduzem a resultados freqüentemente injustos. Por outro lado, a eficiência da multa depende da consistência patrimonial do sujeito obrigado. Quando tenha patrimônio, terá a multa uma eficácia compulsória. Do contrário, não tendo o obrigado nada a perder - e sendo a riqueza freqüentemente composta de móveis, fáceis de ocultação e subtração -, a multa restaria totalmente inútil.

Mas reconhece a insuficiência do sistema italiano, fazendo, por isso apenas uma proposta *de jure condendo*.

Sugere que, ao lado das medidas executivas de sub-rogação existentes, a introdução, para aqueles casos específicos e limitados, em que o interesse privado constitua também um veículo para a realização de um interesse público de maior alcance, de uma autorização legal ao juiz, caso por caso, para que delibere, *além e fora* dos procedimentos executivos típicos específicos previstos no CPC italiano, modalidades de execução que possam remover as conseqüências persistentes da violação de determinadas obrigações e de determinados direitos subjetivos. Algo como no direito norte-americano e que de alguma forma já existe também no direito italiano.¹²²

Percebe-se que a tese de MONTELEONE é muito próxima daquela externada por MANDRIOLI. Quando MONTELEONE refere-se à previsão legal, *de jure condendo*, de novas medidas executivas, *além e fora* dos procedimentos executivos típicos previstos no CPC, quer referir-se a novos procedimentos de execução forçada típicos no CPC (*além*, mas com correlação necessária entre condenação, título e execução forçada) e, sobretudo, a novas formas típicas de execução indireta, no entanto dependentes de um separado processo de execução indireta¹²³ (*fora*, isto é, condenação correlacionada a título executivo, sem correlação

positivo brasileiro. Portanto, a afirmação de Monteleone é presa, seguramente, aos limites do ordenamento jurídico italiano, não podendo ser utilizada em face do que dispõe os arts. 461 do CPC e 84 do CDC brasileiros.

¹²² Girolamo Monteleone. *Spunti per una revisione*, cit., p. 181.

¹²³ Nos moldes do art. 644 do CPC brasileiro, porém com técnica de coerção indireta diversa da multa. Esta a única diferença com a tese de Mandrioli, que, se não é simpático, também não é totalmente contrário a multa

necessária com a execução forçada), desde que diversas da multa diária, expressamente criticada.

A lembrança ao direito norte-americano deixa implícita a concordância de MONTELEONE com as técnicas executivas diretas confiadas aos *officers of the Court* (*receiver, master, administrator*)¹²⁴ ficando a dúvida sobre a sua aceitação ou não do mecanismo do *civil contempt of Court*, enquanto técnica de coerção indireta para a efetivação das prestações infungíveis, que são objeto precisamente daqueles casos “residuais e limitados” por ele referidos. Não deixa de causar estranheza, porém, a rejeição de MONTELEONE a multa diária, justamente a técnica coercitiva que maior aceitação tem entre os críticos das medidas coercitivas. Por isso, tudo leva a crer que também é contrário ao *civil contempt of Court*.

Mas se ele defende apenas a correlação necessária entre sentença e título executivo (com noção alargada), por intermédio da adoção legislativa de técnicas de efetivação “*fora* dos procedimentos executivos típicos previstos no CPC”, é certo que é favorável à outras técnicas de coerção indireta, como por exemplo a publicidade da sentença, dentre as que apenas sugere sejam investigadas.

Não há como negar, também, que da tese de MONTELEONE pela correlação entre sentença e título executivo – toda sentença é título executivo – emerge a sua preferência pela separação radical entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

Devemos antecipar a nossa posição que é contrária a essa postura doutrinária, pois entendemos que as demandas unitárias melhor respondem a garantia constitucional de efetividade e adequação do processo, sendo a execução da decisão ou a efetivação da ordem apenas uma fase da mesma relação processual já instaurada.

para a tutela daquelas situações substanciais, tidas por ‘residuais’, carentes de tutela adequada no ordenamento jurídico italiano.

¹²⁴ Cf. Michele Taruffo, *Attuazione esecutiva dei diritti*, passim, p. 72-73.

2.2.3 A tese de MICHELE TARUFFO.

Também preocupado com a inefetividade do sistema da execução forçada específica dos direitos a conteúdo não patrimonial, emergentes nos anos setenta, e partindo do problema surgido com a chamada *estabilidade real* do trabalhador no emprego, TARUFFO propõe uma alternativa enxergando a possibilidade de se reconduzir a tutela específica reintegratória ao campo da tutela executiva, mediante a técnica de sub-rogação parcial de uma prestação que seria apenas na aparência completamente infungível, cuja viabilidade deveria ser analisada caso a caso.¹²⁵

No caso da reintegração do trabalhador no emprego, entende que a obrigação de fazer do empregador, tida pela doutrina como infungível, seria na verdade uma prestação complexa que poderia ser decomposta em várias prestações, muitas delas suscetíveis de sub-rogação e, portanto, de execução forçada específica.

“Na verdade, se por um lado é evidentemente impossível pensar à reintegração como atividade integralmente fungível, por outro lado é difícil aceitar a apriorística qualificação de tal atividade como infungível; na realidade, a frustração do problema tem sido maior que a sua resolução e a doutrina em geral se tem dado por satisfeita no invocar o tradicional principio pelo qual *nemo ad factum praecise cogi potest*. Não é, porém, infundada a impressão de que o problema seja suscetível de uma bem diversa abordagem, quando as prestações (diversas da entrega de soma) devidas pelo empregador por efeito da condenação à reintegração fossem reconhecidas não como uma prestação homogênea, mas como um complexo de várias prestações articuladas e entre si heterogêneas. [...] No âmbito do específico conjunto de subprestações - e isto se verifica, sem dúvida, em muitos casos, se não em todos - alguns comportamentos devidos pelo empregador parecem de fato fungíveis (como por exemplo o consentir o acesso no local de trabalho), enquanto outros se reduzem a um fazer pessoal infungível. Numa análise deste gênero, o problema da fungibilidade da prestação do empregador torna-se aquele da fungibilidade de cada um dos comportamentos no qual essa se subdivide. Então, nem a qualificação global de fungibilidade, nem aquela oposta de global infungibilidade aparecem adequadas sendo necessário verificar em cada caso concreto o que seja fungível, e portanto diretamente exequível, e o que ao contrário constitua

¹²⁵ Cf. Michele Taruffo, Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore, 'in' *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 789-812.

atividade absolutamente infungível, e refuja por isso a qualquer execução direta. Em linha de princípio, de qualquer modo, cada conjunto de subprestações necessárias para reintegração é imaginável como em parte fungível e em parte infungível, variando caso por caso somente a proporção dos dois tipos de atividade [...]. [...] As subprestações devidas [...], singularmente consideradas, são indubiosamente objeto de obrigações instrumentais em relação ao êxito global da reintegração, uma vez que nenhuma delas exaure a prestação devida, mas cada uma delas é um meio parcial tendente à sua obtenção. [...] O critério da sub-rogação parcial é útil, ainda que não garanta *a priori* a execução direta de todas as obrigações que incumbem ao empregador. Acima de tudo, contradiz a afirmação corrente da inexecução da ordem de reintegração, tão tranquilizante e vantajosa para o empregador que não pretenda obedecer a tal ordem (preferindo monetizar o despedimento ilegítimo). [...] Mais genericamente, enfim, a execução direta parcial pode ser um instrumento muito eficaz de execução total indireta [...] [...] por definição residual e só nos limites em que algumas entre as atividades continuem a aparecer infungíveis.”¹²⁶

Para contornar toda a problemática da correlação entre condenação e execução forçada e da correlação entre condenação e título executivo, parte da premissa que o art. 612 do CPC italiano, previsto no capítulo da execução das obrigações de fazer e de não fazer, contempla a regra da “atipicidade” das formas de tutela executiva específica.

“[...] ocorre reconhecer plenamente o significado da atipicidade das formas de tutela executiva específica [...] trata-se de formas de execução *sui generis*, que tendencialmente refogem à disciplina típica do Código (construído, além disso, na medida de situações substanciais diversas da relação de trabalho). Pode ocorrer que de tal disciplina possam, em alguns casos, extrair-se indicações por via analógica, mas essa não pode ser invocada de maneira vinculante. Tais formas devem ser individualizadas caso por caso, em função das peculiaridades específicas da *fattispecie* e das situações de fato que lhe dão suporte, com base no critério de proporcionalidade das formas em relação ao resultado que a execução almeja obter.”¹²⁷

Com tal entendimento, objetiva, simplesmente, a possibilidade de obtenção do exato adimplemento da prestação determinada pela sentença e evitando uma eventual conversão da tutela específica em tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, no caso da ausência de espontâneo cumprimento da sentença pelo devedor.

O grande mérito dessa tese está no reconhecimento de que as prestações de fazer são invariavelmente complexas sendo que quando, além disso, forem também infungíveis, podem,

¹²⁶ Cf. Michele Taruffo, Problemi in tema di esecutorietà, cit., p. 804-807, notas 53 e 56.

¹²⁷ Cf. Michele Taruffo, Problemi in tema di esecutorietà, cit., p. 803.

em um determinado caso concreto, ser apenas parcialmente infungíveis, *superando* “a crise do dogma da infungibilidade das prestações” e ampliando, “no que for possível, a área da execução direta em forma específica”.¹²⁸

Quando isso ocorrer, emerge uma questão de fundamental relevância prática para a efetiva tutela específica dos direitos, especialmente a conteúdo não patrimonial,¹²⁹ pois será possível efetivar as decisões judiciais não só com técnicas de coerção indireta, mas também com técnicas executivas “atípicas”, sempre quanto à parcela fungível do todo complexo da prestação devida.

O reconhecimento de que uma prestação de fazer pode ser em parte infungível e em parte fungível, a exigir, por hipótese, a utilização simultânea de técnicas coercitivas e executivas tem, ademais, a vantagem da expressa previsão legal no direito positivo brasileiro, no sentido de que a tutela específica dos deveres de fazer pode dar-se mediante a demanda unitária prevista nos arts. 461 do CPC ou 84 do CDC, com todo o feixe de “medidas de apoio” ali exemplificativamente previstas.

A tese de MICHELE TARUFFO foi escrita para a realidade do direito positivo italiano, no qual não há atipicidade das formas de tutela e das técnicas de efetivação dos provimentos jurisdicionais.

Por isso que, buscando *uma alternativa* à séria controvérsia sobre a superação ou não da correlação necessária entre condenação e execução forçada, chamou a atenção dos operadores jurídicos para a possibilidade de execução forçada específica de prestações de fazer parcialmente infungíveis.

Mas para o ordenamento jurídico brasileiro, *de jure constituto* – como veremos mais adiante –, não há uma necessária correlação entre condenação e execução forçada, ou melhor, não há qualquer correlação entre provimento executivo *lato sensu* e título executivo, simplesmente porque predispõe formas de tutela e técnicas de efetivação “atípicas”, de modo a

¹²⁸ Cf. Michele Taruffo, Problemi in tema di esecutorietà, cit., p. 812.

¹²⁹ É necessário ressaltar que, muito embora toda a problemática de direito positivo colocada no direito italiano se refira ao direito do trabalhador em ser reintegrado no emprego, a análise teórica das formas e técnicas de tutela específica utilizadas guardam direto interesse para o direito positivo brasileiro em geral (art. 461 do CPC), não se restringindo aos direitos não patrimoniais do trabalhador – a chamada tutela real da relação de emprego –, mas a todos os direitos não patrimoniais, e, em especial, daquele que tratamos neste estudo, como sendo a tutela específica do direito à saúde nas relações de consumo (*por exemplo*, arts. 6º, VI, 8º, 9º, 10, 83 e 84 do CDC).

prescindir das operações doutrinárias de alargamento do conceito de condenação ou de título executivo.¹³⁰

Em conseqüência, a teoria da sub-rogação parcial encontra peculiar vantagem no nosso sistema, visto que é aplicável para a efetivação da tutela *executiva lato sensu* dos deveres de fazer parcialmente fungíveis. Acrescente-se que também tem larga utilidade para a execução específica dos deveres de fazer fundados em título executivo extrajudicial, em especial dos compromissos de ajustamento relacionados com a tutela dos direitos a conteúdo não patrimonial.

¹³⁰ Como ensina Liebman: “Os argumentos doutrinários extraídos do estudo do direito comparado devem levar em conta, antes de tudo, para serem exatos, as diferenças dos diversos direitos positivos”, cf. Execução e ação executiva, ‘in’ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 71.

CAPÍTULO 3

A CORRELAÇÃO ENTRE CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO FORÇADA: O ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

SUMÁRIO: 3.1. A influência do pensamento de LIEBMAN. 3.2. O estado da questão no CPC de 1973. 3.3 Os precursores da crítica doutrinária brasileira. 3.3.1 A tese de PONTES DE MIRANDA. 3.3.2 A tese de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. 3.3.3 A tese de LUIZ GUILHERME MARINONI. 3.3.4 A tese de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. 3.4 O estado da questão após a reforma do CPC. 3.5 Síntese: a necessidade de uma relação processual unitária para a efetiva e adequada tutela específica, individual e coletiva dos direitos não patrimoniais.

3.1 A influência do pensamento de LIEBMAN.

Em importante ensaio,¹³¹ escrito sob a vigência do CPC brasileiro de 1939, LIEBMAN observava que o nosso direito estava distante da legislação européia continental, especialmente no que se refere à unificação das formas executivas de tutela.

Enquanto o direito europeu havia abandonado, a partir do projeto liberal de codificação, o “*processus executivus*” italiano do período medieval, unificando as formas executivas, o direito brasileiro, como de resto o direito dos países sul-americanos, ainda preservavam formas executivas diferenciadas como sendo a execução de sentença e a ação executiva, por influência dos direitos espanhol e português.¹³²

Se, por um lado, a execução de sentença se fundava numa condenação, de modo a ser precedida a execução de um processo de cognição, por outro, a ação executiva comportava atos de cognição na mesma relação processual.

¹³¹ Execução e ação executiva. *passim*, p. 33-78.

¹³² Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 34-35.

O direito europeu moderno, por influência francesa, havia abolido a ação executiva. Os “*vários títulos executórios, qualquer que seja a sua natureza – judiciais ou extrajudiciais, públicos ou particulares – são perfeitamente equiparados entre si na eficácia executória que a lei lhes atribui.*”¹³³

Após considerar que as sentenças declaratórias e constitutivas “*não são suscetíveis nem carecem de execução*”,¹³⁴ a sentença condenatória, “*ao contrário, não se consuma em si mesma: ela é proferida em vista da possibilidade de que, perdurando o inadimplemento do devedor, deva o credor pedir a execução; a sentença condenatória atribui-lhe esta faculdade, é condição necessária e suficiente do pedido correspondente. A sentença condenatória, é assim, o ato que une, um ao outro, o processo de cognição e o processo de execução: ato último e conclusivo do primeiro, base e fundamento do segundo.*”¹³⁵

Dando distinção entre as noções de *declaração* e *condenação*, afirma que, muito embora toda sentença declare qual é a relação jurídica entre as partes, a condenação não se confunde com a mera declaração, o que supõe que a condenação seja “*qualquer coisa a mais*”¹³⁶.

Para HELWIG, ROCCO e ROSENBERG, esse “*plus*” consistiria “*na ordem para o devedor cumprir a prestação*”, mas para LIEBMAN “*a ordem já está contida na lei, e a sentença, em todos os casos, não faz mais do que o declarar*”.¹³⁷

LIEBMAN – que concebia mera declaração antes e *depois* do inadimplemento¹³⁸ – entendia que a condenação poderia ser definida como “*a determinação da sanção*”, “*a sujeição do devedor à execução*”, pois “*não modifica, somente declara a relação jurídica controvertida*”, e, “*do ponto de vista processual, a condenação é constitutiva da sujeição do devedor à execução e do correspondente poder conferido ao credor*”, permitindo *execução aparelhada*, numa acepção diversa da *executio parata*,¹³⁹ e uma ação de execução, num sentido muito diverso da antiga *actio iudicati*.¹⁴⁰

¹³³ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 36.

¹³⁴ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 36.

¹³⁵ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 37.

¹³⁶ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 38.

¹³⁷ Cf. Execução e ação executiva, cit., *ibidem*.

¹³⁸ Daí a norma do parágrafo único do art. 4º do CPC vigente. Liebman entendia que a lei contentava-se com a ocorrência do “interesse” por parte do autor na mera declaração. ainda que já consumado o inadimplemento, o que poderia ensejar, posteriormente, uma outra demanda com pedido condenatório.

¹³⁹ A execução imediata da sentença na mesma relação processual (*per officium iudicis*) era cada vez mais generalizada no *processus executivus* medieval em confronto com a *actio iudicati: sententia habet paratam executionem*. Posteriormente, a *executionem parata* também ocorreu no chamado *processus summaris*

Indagando sobre o problema de ser essa ação uma “*fase final*” da própria ação condenatória ou “*uma ação nova, com vida própria*”, ou seja, sobre a autonomia ou não do processo de execução, LIEBMAN, muito embora respondendo afirmativamente pela autonomia das duas relações processuais de cognição e de execução – que, como se sabe, influenciou o Código Buzaid -, trouxe indicação histórica no sentido de que não era estranha a realização de atividades cognitivas e executivas mescladas na mesma relação processual *até o projeto de codificação liberal* – afirmação essa de extrema importância frente à opção, recentemente adotada pela reforma do CPC brasileiro, pelo resgate da ação executiva, dessa feita com muito mais clareza do que o CPC de 1939 em termos de efetividade da tutela.

“Se, com efeito, a execução é um processo separado, o direito de promovê-lo deve também, por sua vez, ser separado: ele terá naturalmente relações particulares com a ação condenatória (uma relação ideal, que deriva do fato de tenderem ambas as ações a um único resultado último; outra genética, porque a ação executória é o resultado do exercício vitorioso da ação condenatória), mas deverá ser, não obstante isso, autônomo, nascendo quando a ação condenatória morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim com a pronúncia da sentença. *Se, ao contrário, a cognição e a execução formam um só processo, de que são somente fases diversas e sucessivas, também a ação condenatória e a executória deverão ser consideradas momentos ou aspectos da mesma ação. Desde a Idade Média até quase os nossos tempos, esta última solução era geralmente acolhida. Mas durante o século XIX, pari passu com a formação do novo processo introduzido pelas codificações francesa, italiana, germânica, austríaca e adotado por todas as que se seguiram até a recente reforma portuguesa, a doutrina européia acabou reconhecendo a separação dos processos de cognição e de execução e das ações correspondentes [...].*”¹⁴¹

Segundo LIEBMAN, a tendência era no sentido de ampliar-se cada vez mais o cabimento das ação declaratória – por natureza carente de execução – evidenciando, com isso, a autonomia do processo de cognição, com reflexos no próprio conceito de condenação, não só enquanto ato de preparação da execução mas também como “*resultado concreto e imutável do*

executivus fundado em *instrumenta guarentigiata* ou *confessionata*, no qual não havia senão uma cognição sumária documental; Liebman entendia que a não diferenciação, segundo os praxistas franceses, entre *processus summarius executivus* e *processus executivus*, conduzia a *executio parata* à uma execução *aparelhada*, isto é, à autonomia das relações processuais de cognição e execução, ainda quando a execução viesse fundada em sentença e consistente no poder do credor em ‘pleitear’ a execução e na sujeição patrimonial do devedor; cf. Liebman, Execução e ação executiva, passim, p. 41, 52, 60-62, 75, 77, 78 e nota 33.

¹⁴⁰ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 40-41; *actio iudicati (romana)*, no entanto, descaracterizada no período medieval e sem razão de ser, segundo Liebman, no direito moderno, *idem*, p. 49-55.

¹⁴¹ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 42.

processo de cognição, de modo que a execução não foi mais considerada como a continuação daquele, mas como um processo novo e separado.”¹⁴²

Este fato, somado ao surgimento dos títulos executivos extrajudiciais, fez emergir a autonomia do processo de execução, enquanto relação processual separada e destituída de atividades cognitivas.

A autonomia do processo de cognição e, também, do processo de execução, permitiu que o juiz e as partes desenvolvessem atividades muito diferentes em cada um deles. No processo de cognição “a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico”, “deve conhecer”, “investigar os fatos”, “um trabalho intelectual”, “um historiador quando reconstrói os fatos do passado”, cujo resultado é de “caráter ideal”, “afirmação da vontade do Estado”. No processo de execução, ao contrário, “a atividade do juiz é toda prática e material, visando produzir no mundo dos fatos modificações que tornem a realidade conforme àquela vontade”.¹⁴³

No que se refere às partes, ficaram em “posição de igualdade” por haver *contraditório* no processo de cognição, ao contrário do processo de execução, que por não consentir *contraditório* – salvo processo incidente de embargos –, deixava-as em *desequilíbrio*.¹⁴⁴

Na medida em que o Código de 1973 acolheu as teses da autonomia dos processos de cognição e de execução, unificando-se as formas executivas, estava naturalmente formatado pelas primeiras idéias do projeto de codificação da revolução francesa: (i) abstração e universalização dos conceitos; (ii) igualdade formal de todos perante a lei; (iii) dogma da segurança nas relações jurídicas; (iv) formalismo; (v) autonomia da vontade; (vi) *separação radical entre (vi.a) as funções legislativas e jurisdicionais, (vi.b) o mundo jurídico e o mundo dos fatos, (vi.c) as atividades cognitivas e executivas, (vi.d) o Processo de Conhecimento e o Processo de Execução, ou seja, separação radical entre (vi.e) o direito e a sociedade.*

Formatação essa que veio a sofrer profundas modificações em vista do acelerado desenvolvimento socio-econômico do fim do século XX,¹⁴⁵ mas que de qualquer maneira

¹⁴² Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 43.

¹⁴³ Cf. Execução e ação executiva, cit., *ibidem*.

¹⁴⁴ Cf. Execução e ação executiva, cit., p. 44.

¹⁴⁵ Na verdade, percebe-se uma certa “continuidade” histórica nos países de capitalismo avançado – neoliberalismo – correlacionada com muitas perplexidades para os países de capitalismo periférico. Naturalmente que a efetividade da jurisdição para esses últimos deve ser entendida, numa acepção muito ampla, no sentido de que o processo deve concretizar ao seu povo tudo aquilo e exatamente aquilo que a respectiva Constituição proclama como direitos essenciais à dignidade da pessoa humana.

nenhuma surpresa causaria a LIEBMAN, profundo conhecedor do direito processual e, em especial, da possibilidade de relação processual unitária, outrora presente no direito comum italiano.

3.2 O estado da questão no CPC de 1973.

O disposto no art. 466 do CPC no sentido de que “a sentença que *condenar* o réu no pagamento de uma prestação, consistente em *dinheiro* ou em *coisa*, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária”, somado a previsão do art. 287, pelo qual “se o autor pedir a *condenação* do réu a *abster-se* da prática de algum ato, a *tolerar* alguma atividade, ou a *prestar fato que não possa ser realizado por terceiro*, constará da petição inicial a cominação da *pena pecuniária* para o caso de descumprimento da sentença (art. 644 e 645)”, estava a demonstrar mais um compromisso com o dogma da correlação necessária ente condenação e execução forçada, do que propriamente fornecer um conceito normativo da técnica condenatória.

Mas não se pode negar que esses dispositivos convergiram no sentido de que a condenação seria a técnica processual a ser empregada na tutela das obrigações de dar, fazer e não fazer.

Obscurecendo, contudo, a problemática das prestações infungíveis e, nesses casos, de uma correlação necessária entre sentença¹⁴⁶ e sanção preventiva – que antes de ser *punitiva*, é por natureza *psicológico-intimidativa*. Somente sob este prisma é que se pode conceber uma adequada tutela preventiva dos direitos não patrimoniais.¹⁴⁷

¹⁴⁶ *Rectius*: entre tutela jurisdicional, antecipatória ou final, e sanção. Como o CPC foi originariamente concebido sem a possibilidade de satisfatividade fundada em cognição sumária, pelo veto doutrinário ao princípio da verossimilhança. falava-se apenas em sentença, enquanto tutela jurisdicional final.

¹⁴⁷ Ou, em outras palavras, a tutela jurisdicional efetiva e adequada de prestações infungíveis supõe, necessariamente, a previsão de uma técnica coercitiva indireta, sendo evidente a insatisfatória redação do CPC. Mas não estamos com isso negando que a ameaça de uma sanção punitiva, prevista no ordenamento, não tenha também um caráter preventivo. A propósito, Proto Pisani recorda a lição no sentido de que a sanção punitiva também tem uma eficácia preventiva, cf. *La tutela di condanna, passim*, p. 141, nota 43. De nossa parte, estamos afirmando que quando a sanção assume função punitiva está pressupondo a violação do dever, em nítido caráter repressivo.

Deveras, o diferimento da atuação da sanção para um radicalmente separado Processo de Execução, inclusive para a ‘pena pecuniária’ cabível em caso de descumprimento da sentença ‘condenatória’, demonstrava o acolhimento, a bem de ver extemporâneo, das idéias ‘modernas’ de SAVIGNY, para quem “*a violação do direito [seria] um pressuposto essencial da ação*”.¹⁴⁸

Isso por uma razão muito simples: o tempo (*rectius*: a demora) do processo necessário para obtenção de tutela jurisdicional, somado ao entendimento de que a ‘pena pecuniária’ (art. 287) somente poderia ser exigida após o trânsito em julgado da sentença, tornava, invariavelmente, sem utilidade a originária e específica pretensão de direito material do autor, de modo que abriam-se-lhe apenas as vias da ação de execução pelo equivalente monetário, sem prejuízo da ação de execução para entrega de soma em dinheiro decorrente da ‘pena pecuniária’ fixada na sentença.

Nesse sentido, foi posta de lado a máxima chiovendiana pela qual *o processo deve dar tudo aquilo e exatamente aquilo que a parte tem o direito de obter*.

A chamada ‘ação cominatória’ – do modo como foi interpretada - não era adequada à tutela jurisdicional preventiva dos direitos, sendo, antes, mera proclamação de que poder-se-ia obter a tutela específica das prestações positivas e negativas, deixando, na verdade, ao ‘devedor’ a opção entre obedecer a sentença (cumprindo a “obrigação”) ou pagar a soma em dinheiro equivalente.

Em confirmação de que o CPC de 1973 foi projetado segundo a idéia, já difundida, da *correlação necessária entre condenação e execução forçada*, basta verificar que o art. 566, I, estabelece poder “promover a *execução forçada* o credor a quem a lei confere *título executivo*”, sendo que o próprio CPC, no art. 584, I, atribui a natureza de *título executivo* judicial à “*sentença condenatória* proferida no processo civil”, exortando, no art. 583, que “*toda execução* tem por base *título executivo* judicial ou extrajudicial”.

Segundo esse perfil do CPC, estava irremediavelmente estabelecido no direito positivo brasileiro que as atividades de cognição e execução deveriam ser *distintas e separadas*, ou seja, (i), o Processo de Conhecimento estava *separado* do Processo de Execução (ii) e a ação de cognição estava *distinta* da ação de execução.

¹⁴⁸ Cf. Giovanni Pugliese, *Introducción*, ‘in’ Bernard Windscheid e Theodor Muther, *Tratado sobre la ‘actio’*, Buenos Aires: EJE, 1974, p. XII.

Em outras palavras, o Processo de Conhecimento estava *purificado* de atividades executivas e o Processo de Execução estava *purificado* de atividades cognitivas. A existência de duas relações processuais se adequava a tese da unificação das formas executivas (títulos executivos extrajudicial e judicial), pagando-se um alto preço na perspectiva da tutela jurisdicional efetiva e adequada.

A *teoria da abstração do título executivo*,¹⁴⁹ o único com *eficácia executiva* capaz de fazer atuar a sanção repressiva *preparada* pela sentença condenatória, é a maior demonstração de que a eficácia *condenatória* também não passa de uma *abstração* jurídico-normativa, com natureza *meramente declaratória*.

Em conseqüência, o devedor inadimplente não desobedece a sentença judicial, apenas descumpre uma “obrigação”.¹⁵⁰ Mesmo condenado, não tem qualquer *dever processual*, apenas sujeitando-se às conseqüências privatísticas da inexecução das *obrigações*.

Trata-se de outra abstração jurídica, muito peculiar à separação entre cognição e execução, chamada de execução *ex intervallo* e inferida do art. 580 do CPC: “*Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito*

¹⁴⁹ Cf. Edson Ribas Malachini. *Os títulos executivos e a nova Lei n. 8953, de 1994*, ‘in’ Reforma do Código de Processo Civil [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira], São Paulo: Saraiva, 1996, p. 768; Sérgio Seiji Shimura, *Título Executivo*, São Paulo: Saraiva: 1997, p. 116-120; José Miguel Garcia Medina, *A execução da liminar que antecipa efeitos da tutela sob o prisma da teoria geral da tutela jurisdicional executiva – o princípio da execução sem título permitida*, ‘in’ Processo de execução [coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier], São Paulo: RT, 2001, p. 524-527, onde se lê: “*Para isso surgem previsões legais, a partir de conceitos abstratos, às quais podem subsumir-se todos os fenômenos da vida que se identifiquem às características normativamente configuradas. Aqueles conceitos abstratos concretizam-se em tipos jurídicos. A previsão normativa abstrata, no entanto, não se cinge à elevação de um fato ao grau de fato jurídico, apenas. Vai além, prevendo também de modo abstrato as conseqüências jurídicas associadas àquele suporte fático*”, cf. p. 524. Poderíamos afirmar que aqui reside “outro” *tênue diafragma* do momento de transformação do direito em fatos – da ação de direito material, vedada pelo monopólio da jurisdição -, contudo excessivo, porque é precisamente nesta abstração que o processo de execução recebeu autonomia científica e, definitivamente, destacou-se da cognição. As sentenças jamais poderiam ter sido equiparadas aos títulos de crédito, muito embora os títulos de crédito possam ser equiparados às sentenças. Aliás, um ‘início’ de prova documental pode evidenciar o direito a um mandado executivo, como se dá na ‘ação’ monitória. Tratando-se de deveres de fazer ou não fazer em respeito à direitos não patrimoniais, o mesmo grau de verossilhança deve ser exigido para antecipação de tutela específica fundada no § 3º do art. 84 do CDC e no § 3º do art. 461 do CPC, quando venham fundadas em evidência documental *initio litis*.

¹⁵⁰ No *processus executivus* do direito medieval não era assim: “[...] a execução aparecia (segundo um modo de ver típico do antigo direito germânico, no qual o inadimplemento do devedor era considerado um ato de desobediência à autoridade que proferira a sentença) como o natural prosseguimento do processo, destinado a efetivar a condenação nele pronunciada”, cf. Liebman, *Execução e ação executiva*, ‘in’ *Estudos sobre o processo civil brasileiro, passim*, p. 51.

reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo.”

Também por isso, a sentença condenatória não passa de um *convite*, um *conselho* ou uma *exortação* ao condenado para que cumpra a prestação devida ao ‘credor’ da obrigação. Não há *ordem* na sentença condenatória, isto é, a jurisdição fica reduzida a mera *notio* retirando-se dela o seu elemento mais importante, o *imperium*, enquanto emanção da soberania do Estado. Note-se que a supressão, na França e depois em toda a Europa continental, da execução *per officium iudicis*, a isso também contribuiu.

E se não há *ordem* na condenação, não há *crime de desobediência* por parte do devedor, elemento objetivo do tipo penal previsto no art. 330 do Código Penal brasileiro: “Desobedecer a *ordem* legal de funcionário público”.

Costuma-se afirmar que o *juiz brasileiro* – muito embora devesse ser um agente político, enquanto detentor de parcela da soberania do Estado –, teria sido reduzido a condição de *funcionário público*.¹⁵¹ A asserção é correta, mas não seria de todo improcedente afirmar que, do ponto de vista aqui tratado, a *ordem* de um *fiscal da administração pública* vale muito mais que a sentença *condenatória* emanada de um *juiz*.¹⁵² Bem se percebe o quanto deletéria é a jurisdição sem *imperium*.

Nesse ponto, muito embora a doutrina italiana continuasse – como predominantemente ainda continua – sendo fiel ao termo *condenação*, nele insere o elemento *ordem*, não sem acesas controvérsias, diante das particularidades normativas em que opera, especialmente a ausência de previsão legal e geral de técnicas de coerção indireta e o entendimento predominante de que o art. 388 do CP italiano não teria esse alcance.

¹⁵¹ Afirmação da doutrina moderna, cuja origem remonta ao princípio das *Coutumes* do direito francês da Alta Idade Média que fez justificar, em definitivo para o direito moderno, a radical separação entre Processo de Conhecimento e Processo de Execução: “[...]a execução, mesmo baseada em sentença, se apartou definitivamente do precedente processo de cognição, através do princípio das *Coutumes*, acolhido pelas Ordenações régias, segundo o qual era ela confiada diretamente aos *sergentes* ou *huissiers*, *sans ordonnance du juge*. Estes resultados foram confirmados pela legislação revolucionária [...] e mais tarde pelo Código de processo civil napoleônico de 1806, art. 547.”, cf. Liebman, Execução e ação executiva, ‘in’ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, *passim*, p. 62.

¹⁵² Colhe-se o paradoxo de dois julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – absolutamente corretos frise-se, pois o problema é da lei processual: o primeiro, *condenatório*, afirmando que comete crime aquele que desobedece ordem de *funcionário público municipal* no sentido de demolir ou regularizar a obra, cf. RJTACRIM 20/81; o segundo, absolutório e fiel a criticada lógica do binômio condenação execução forçada, no sentido de que se não há *ordem* contida na condenação judicial, não há o que possa ser desobedecido: “A ausência de pagamento de quantia relativa a condenação judicial em Juízo Cível não pode ensejar a persecução penal do devedor, a título de desobediência”, cf. RJDTACRIM 24/425.

Além disso, no que se refere às prestações fungíveis, houve séria lacuna normativa no direito brasileiro, especialmente se levarmos em consideração o acolhimento de formas e modalidades executivas típicas, fechadas e rígidas como as que foram predispostas no Livro II do CPC brasileiro, que trata do Processo de Execução.

O direito positivo brasileiro não conheceu uma norma similar àquela do art. 612 do CPC italiano, que permite ao juiz peninsular¹⁵³ a determinação das “*modalidades executivas*” para o caso concreto, isto é uma previsão atípica, aberta e flexível.¹⁵⁴

“Pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema: a) *típico*, quando as providências que o compõem são *tipificadas* em lei; b) *atípico*, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz; c) *misto*, quando é constituído por providências *típicas* (predeterminadas na lei) e *atípicas* (determinadas pelo juiz, caso a caso). No direito brasileiro – pelo menos até a recente reforma do CPC, como se verá – os meios executivos disciplinados em lei compõem, no seu conjunto, o que se pode denominar um *sistema típico de tutela executiva*. Isso porque o legislador brasileiro tipificou os meios executivos de que o juiz pode se valer para prestar a tutela executiva, não deixando nenhuma margem de opção quanto ao meio executivo mais adequado ao caso concreto. Realmente, quanto à execução direta, o legislador processual adotou, como já se disse, a conhecida tipologia civilista das obrigações e *tipificou* os meios sub-rogatórios cabíveis para a tutela executiva dessas obrigações, organizando-os em procedimentos específicos e distintos para cada uma das modalidades de obrigação reconhecidas por aquela tipologia.”¹⁵⁵

A conseqüência desta *tipicidade fechada* no nosso sistema foi uma quase completa negação de tutela específica das obrigações (*rectius*: dos deveres, em sentido amplo) no direito brasileiro, invariavelmente *optando* o devedor por pagar a soma em dinheiro equivalente.

¹⁵³ Na execução específica das ‘obrigações’ de fazer e de não fazer, o Pretor italiano, *ex art. 612 CPC italiano*, tem poderes discricionários para tomar as providências necessárias e geralmente designa um interventor, tido por auxiliar do juízo – a lei é omissa –, cujas atribuições, a depender do caso concreto, marcam a linha divisória entre o “*processo de execução*” e o “*exercício do direito jurisdicionalmente controlado*”, cf. Luigi Montesano, *Esecuzione specifica*, ‘in’ *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, p. 546-550 e 559.

¹⁵⁴ Não é demais insistir na dubiedade do pensamento de Crisanto Mandrioli quando, por um lado, defende arduamente a tipicidade das formas de tutela específica no processo de execução italiano, e, por outro, afirma o dever de levar-se em conta “que as formas processuais em questão são também *estruturadas com amplo alcance*”, *L’Esecuzione specifica dell’ordine*, cit., *passim*, p. 25, nota 55. Parece que nega e, ao mesmo tempo, afirma a atipicidade das formas executivas. Michele Taruffo, distinguindo entre formas e modalidades executivas, é no sentido da previsão atípica a partir do art. 612 do CPC italiano, cf. *Problemi in tema di esecutorietà*, cit., p. 802.

¹⁵⁵ Cf. Marcelo Lima Guerra. *Execução indireta*, São Paulo: RT, 1998, p. 29.

Delimita-se, então, a necessidade de técnicas processuais que permitam a prestação de tutela efetiva e adequada dos direitos, e, em especial, os de conteúdo não patrimonial.

Como veremos em seguida, parcela da doutrina brasileira – numa postura crítica às facilidades dogmáticas – já vinha defendendo a existência de outras técnicas processuais diversas da classificação trinária tradicional. Trata-se das técnicas mandamental e *executiva lato sensu*.¹⁵⁶

Contudo, em período anterior à reforma do CPC, percebe-se que mesmo a doutrina que se ocupou do tema da tutela específica vinha se demonstrando refratária ao enquadramento doutrinário dessas “novas” técnicas.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC são fruto do acolhimento legislativo da proposta originária e mais ampla da Comissão de Reforma do CPC, nomeada pelo Ministério da Justiça, em 1985, e constituída por Kazuo Watanabe, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Luis Antonio de Andrade e Joaquim Correia de Carvalho Junior, cf. *Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil* publicado na Revista de Processo nº 43, p. 86-116. O maior inspirador dessas normas foi Kazuo Watanabe, cf. Ovídio Baptista da Silva, *Curso*, vol. 1, cit., p. 150. Para Kazuo Watanabe há uma “*conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo lato sensu*” para que se possa obter “*a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou o resultado prático equivalente*”, mediante provimento antecipatório ou final, cf. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 647-660. Ainda antes da reforma do CPC, e portanto circunscrito à realidade normativa então vigente, Edson Ribas Malachini fez acurada análise das eficácias mandamental e executiva *lato sensu* na tutela possessória, cf. A eficácia preponderante das ações possessórias, ‘in’ Revista de Processo nº 71, 1993, p. 13-30. Afirmou, então: “*Pontes de Miranda mostrou, com maestria, que não é possível dizer, como às vezes se faz, um tanto simplistamente, que determinada ação (e a respectiva sentença de procedência) é declaratória, constitutiva ou condenatória, ou que é mandamental ou executiva (para os que admitem estas duas classes de ações) ... assim poderíamos ver também, na sentença, outros elementos eficácias (afora o declaratório), além daquele que lhe é preponderante e por isso lhe dá a denominação, lhe dá a classe em que ela se insere. Dito isso assim singelamente, no pouco espaço que nos é reservado, passa-se logo a indagar em que classe incluiríamos as três espécies de ações possessórias reguladas no Código de Processo Civil, derivadas, como há pouco visto, daqueles meios de proteção das partes, fora da órbita do ius civile mas tão rente às necessidades da vida, criados pelo pretor para atendê-las. Pois estas ações se prestam singularmente a esse exame, porque para elas se postula – face não só à secular tradição do nosso Direito, no que se refere à ação de reintegração de posse, mas àquelas necessidades vitais que já o pretor romano sentira – uma classificação que, atendida a eficácia preponderante de cada uma, foge ao trinômio tradicionalmente e, dir-se-ia, renitentemente defendido como exaustivo por boa parte (talvez a maior parte) da doutrina processualista (ações e sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias). [...] Pensamos que, ainda que seja essa a atitude dos juristas, de negar uma realidade que pede reconhecimento doutrinário, ela subjazerá, pronta a explodir as amarras da redução artificial e a revelar-se a todo momento, como agora, aliás, ocorre (Eppur si muove...)*”, cf. Edson Ribas Malachini cit., p. 16 e 19.

¹⁵⁷ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 20-22, entendendo que a eficácia da sentença de procedência é constitutiva nesses casos. O eminente processualista (i) classifica as ações, os processos e a tutela jurisdicional em cognitivos (de conhecimento), executivos e cautelares, entendendo que as ações, os processos e a tutela jurisdicional de conhecimento, por sua vez, seriam subdivididos em meramente declaratórios, constitutivos e condenatórios; (ii) rejeita a tutela jurisdicional mandamental, porque levaria em conta somente o destinatário do ‘mandado’ extraído da sentença, no caso um outro órgão estatal, não se fundando “*na natureza peculiar da prestação jurisdicional invocada*”; (iii) refuta, também, a tutela jurisdicional executiva *lato sensu*, porque seria, em verdade, “*condenatória, título executivo*”, “*com a particularidade de sua execução fazer-se na própria relação*

O *provimento judicial mandamental* não se dirige apenas a outro órgão estatal, mas em relação a qualquer demandado, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, quando tenha sido emitida *ordem sancionada com técnica de coerção indireta* (por exemplo, ordem de fazer ou de não fazer sob pena de multa diária, na efetivação do provimento *ex art. 461 do CPC* ou *ex art. 84 do CDC* – como a ordem, dirigida ao fabricante, de abstenção de colocação no mercado de produto altamente nocivo à saúde humana).¹⁵⁸

O provimento judicial executivo *lato sensu*, justamente por ser efetivado na própria relação processual, *não é título executivo*, logo não pode ser considerado um provimento condenatório.

Note-se que, *no direito brasileiro*, condenação é necessariamente correlacionada com *título executivo* e, também, com execução forçada, que se dá, por natureza, *em duas relações processuais distintas*.

3.3 Os precursores da crítica doutrinária brasileira.

Antes da reforma de 1994, minoritária era a doutrina que questionava as premissas doutrinárias antes referidas. A doutrina majoritária entendia que as *ações* deveriam ser classificadas segundo um critério exclusivamente processual e, de consequência, a eficácia das respectivas sentenças de procedência.

processual, em que gerada, sem distinção entre processo de conhecimento e de execução". José Roberto dos Santos Bedaque adere à opinião de que é constitutiva a sentença de procedência da pretensão específica de obrigação de emitir declaração de vontade, entendendo que essa seria a única forma de tutela específica no ordenamento, cf. *Direito e processo [influência do direito material sobre o processo]*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 53. Ovídio Baptista da Silva critica a noção "evasiva" da chamada *execução imprópria* para os casos do art. 639 e 640 do CPC, enxergando como preponderante a eficácia executiva *lato sensu*, pelo menos nas tutelas que ali podem ser prestadas, cf. *Curso*, vol. 2., cit., p. 140/144. A eficácia preponderante da sentença de procedência de uma obrigação de emitir declaração de vontade continua sendo uma das questões mais polêmicas do processo. Em se tratando de obrigação de emitir declaração de vontade, admite-se tutela *in natura* porque o interesse do "credor" não está na *prestação* (materialmente infungível), mas no *resultado* (juridicamente fungível).

¹⁵⁸ Ovídio Baptista da Silva recentemente sustentou que "em certos casos" a *ordem emanada de um provimento mandamental* pode, inclusive, dirigir-se "aos próprios serviços auxiliares do juízo, como se o provimento tivesse natureza executiva". exemplificando com o provimento cautelar de arresto e o cumprimento do mandado pelo oficial de justiça, afirmando que "a ordem não é, neste caso, dirigida ao demandado", cf. O processo civil e a sua recente reforma, cit., *passim*, p. 423.

Em situações substanciais carentes de tutela preventiva, a resposta doutrinária residia no cabimento, conforme o caso, de ação declaratória, ação condenatória para o futuro ou ação cautelar, todas elas, no entanto, funcionalmente vocacionadas para uma futura execução forçada pelo equivalente monetário.

Somente para obrigações de emitir declaração de vontade é que se permitia tutela específica na mesma relação processual,¹⁵⁹ diante de expressa previsão legal (arts. 639 a 641 do CPC).¹⁶⁰

Vejam os mais de perto em que consistiu a crítica.

3.3.1 A tese de PONTES DE MIRANDA.

Distinguindo¹⁶¹ entre direito subjetivo,¹⁶² pretensão de direito material (potencialidade de exigir)¹⁶³ e ação, afirmava que como a ação de direito material (agir privado) estaria vedada – de modo quase absoluto – pelo ordenamento, porque significaria autotutela jurídica, e dado que o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição, então a “ação” processual seria o legítimo caminho a ser tomado por aquele que se achasse ameaçado ou violado na sua esfera jurídica. Portanto, também a ação de direito material não se confunde com a “ação” processual.

¹⁵⁹ Por outro lado, como veremos no capítulo 8, a tutela do adimplemento na forma específica em virtude do princípio da vinculação negocial (oferta, publicidade) prescinde da técnica dos arts. 639/641 do CPC, mas continua sendo prestada em demanda unitária (art. 84 do CDC).

¹⁶⁰ Cf. Flávio Luiz Yarshell. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 55; Sydney Sanches, *Execução específica (das obrigações de contratar e prestar declaração de vontade)*, São Paulo: RT, 1978.

¹⁶¹ Já ao tempo do CPC de 1939, recorde-se.

¹⁶² “Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui direito subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é o titular dele. [...] Para o jurista, direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático”, cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, São Paulo: RT, 1970, p. 29-30. “Vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão e a ação”; “Para bem se ver quanto são inconfundíveis os direitos subjetivos, as pretensões e as ações, basta que se pense no seguinte: a) é possível permanecer intacta a legislação quanto ao direito subjetivo e mudar quanto às pretensões, ou permanecer inalterado quanto àquele e a essas, e mudar quanto às ações; b) haver prazos para a ação, sem que com a extinção dela se extinga a pretensão ou o direito subjetivo; c) existirem direitos subjetivos e até pretensões sem ação, como os créditos de jogo e certas situações, transitórias, de tempo de guerra ou de golpes de Estado” *idem*, p. 33.

¹⁶³ “A exigibilidade potencial basta ao conceito de pretensão”, cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 110.

“A ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação` (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica. que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, por outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica.”¹⁶⁴

Por outro lado, classificou as ações e respectivas sentenças de procedência segundo um feixe de eficácias que entendia serem sempre cinco, sendo uma delas preponderante, criticando avidamente a classificação trinária:

“A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra, condenatória; outra, mandamental; outra, executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos. Não só, por conseguinte, vermo-las por fora, com as suas características exteriores, mas também por dentro. Essa exploração interior das ações é de riqueza prática extraordinária, e não só de alto alcance teórico e doutrinário. Imaginai o histologista antes do uso do microscópio e o histologista depois do uso do microscópio: o de hoje vê o que outrora não se via. A classificação de ações de que usaram os juristas europeus estão superadas. Assim a classificação binária como a classificação ternária (ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória) não resistem às críticas e concorrem para confusões enormes que ainda hoje estalam nos espíritos de alguns juristas, como também não viam que uma coisa é força de sentença (eficácia preponderante) e outra a eficácia imediata ou a mediata, sem se falar nas duas menores, com que se completa a constante da eficácia das ações e das sentenças.”¹⁶⁵

A respeito, deduz que “força sentencial é a eficácia preponderante (5)”, “eficácia imediata é a que resulta da sentença (4), sem ser necessário qualquer novo pedido do vencedor” e “eficácia mediata ou é a que concerne a questão prévia ou prejudicial ou a que enseja novo pedido (3)”,¹⁶⁶ e que “a eficácia compreende a força” “e o efeito”¹⁶⁷, definindo – em passagem de todos conhecida – o que entende por eficácia mandamental e eficácia executiva *lato sensu* preponderantes:

¹⁶⁴ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 111-112.

¹⁶⁵ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 117-118.

¹⁶⁶ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 159.

¹⁶⁷ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 161.

“Na ação mandamental pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz *como* juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, forçando.”¹⁶⁸

“A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*).”¹⁶⁹

A tese de PONTES DE MIRANDA teve o mérito de delinear o que hoje está consagrado como regra geral no direito positivo brasileiro: as técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.¹⁷⁰

Além disso, PONTES DE MIRANDA tem importantes passagens sobre o que denominava de “ação de abstenção”, e que hoje entendemos por tutela inibitória negativa com função preventiva.

Muito embora tenha se referido indevidamente à condenação para o futuro, quando tratou da ação de abstenção em geral, cuidou de enunciar que era cabível independentemente de culpa e dano, sendo suficiente um ato contra o direito (ilícito), ainda que temido (prática ou repetição), ou de cuja continuação o interessado visasse cessar, sendo que a decisão judicial poderia ser fundada em cognição sumária.

Alguma referência também há à tutela preventiva de remoção do ilícito já consumado, que chamou de ação de abstenção de presente:

“À medida que se foram revelando os direitos absolutos, sem ser o de propriedade, manifestou-se, mais viva, a necessidade de tutela jurídica à abstenção. Quanto aos direitos relativos, o problema resolvia-se, na prática, na falta de mais segura investigação científica, pela ação de condenação, ou pela ação de preceito

¹⁶⁸ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 211.

¹⁶⁹ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 122.

¹⁷⁰ O que antes era timidamente objeto de leis e procedimentos especiais – *por exemplo, Lei nº 1.533/51* –, depois foi objeto de expressa referência à técnica mandamental: inicialmente com o art. 212, § 2º da Lei 8.069/90 - expresso sobre o cabimento da “*ação mandamental*” – e, mais recentemente, com a previsão geral de *civil contempt of Court* consistente na punição ao inexecuto cumprimento dos “*provimentos mandamentais*” – art. 14, V, parágrafo único do CPC. No que toca ao microsistema dos direitos do consumidor, temos o art. 84 do

cominatório, isto é, a ação de abstenção com o preceito inserto na citação. A primeira técnica foi a do preceito inserto na citação mesma. Nas Ordenações Afonsinas, Livro, III. Título 80. § 6, em que se tinha o processo de preceitação como de '*autos nom começados, mais (mas) cominatórios*', dizia-se que '*a parte, que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos Juizes da terra, improrando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal agravo*'. [...] A pretensão e ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. Nem a culpa lhe é pressuposto necessário. Se culpa existe, é *plus*. Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar. O mandado de *non offendendo* pode ser a) inserto na citação, existindo, pois, cognição incompleta pelo juiz, que há de examinar as alegações do preceitado (*mandatum cum clausula*); ou b) ser posterior à sentença, como efeito sentencial imediato, tal como se só obteve sentença declaratória (*aliter*, se imediato ou se só obteve sentença de condenação a prestação futura); ou c) ser inserto na sentença, por ter sido pedido e tê-lo dado o juiz, após plena *cognitio*. [...] A ação de abstenção pode ser usada para os direitos absolutos e para os direitos relativos, bem como para os direitos a não ser molestado, ainda que não subjetivados. A ação de abstenção pode ser de presente, ou de futuro. Nada obsta a que, havendo razões para temor de não cumprimento da obrigação ainda por nascer, com base no crédito se exerça a ação de abstenção como ação de prestação futura, isto é, para a omissão quando a obrigação surgir. [...] Naturalmente, pode dar-se que haja, ou ainda haja ação penal, e essa seja suficiente, tanto ou mais expedita; e diz-se em argumento contrário, que seria supérflua a ação civil. Sem razão; porque a tutela civil independe da penal [...]. A ação de abstenção é preventiva; mas, ação de cominação, com preceito inicial, ou na sentença, é condenatória à prestação presente, ou futura, e às vezes apresenta-se a circunstância de existir estado de fato positivo que precisa ser removido, para se evitar a contradição entre o preceito e a realidade já estabelecida. É inegável, então, o elemento da executividade [...]."¹⁷¹

Mas a doutrina que lhe seguiu trouxe importantes contribuições, aprofundando e precisando ainda mais esses conceitos.

3.3.2 A tese de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.

Em ensaio destinado ao estudo do isolamento e do enquadramento das sentenças executiva e mandamental¹⁷² no âmbito da classificação das técnicas processuais de tutela,

CDC, norma que originou a possibilidade das técnicas mandamentais e executivas *lato sensu* como regra geral no sistema. cf. art. 461 do CPC.

¹⁷¹ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. 1, cit., p. 147, 149, 150 e 151.

¹⁷² Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental, 'in' Sentença e coisa julgada*, 2ª, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 37-89.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA desenvolveu, após PONTES DE MIRANDA, a primeira crítica doutrinária a uma noção alargada de condenação

“[...] depois de conceituar a condenação teremos de estabelecer uma definição precisa para o ato executivo e, pois, para o que se deve entender por sentença executiva. Revelados esses dois conceitos, poderemos, então, saber se a classificação, que agora provisoriamente adotamos, exaure completamente todas as variadas expressões concretas em que se manifesta o poder jurisdicional, ou se ainda restarão exemplares que não se enquadrem nessas classes e forcem-nos a reuni-los em um novo grupo de sentenças.”¹⁷³

Revisando, *funditus*, a bibliografia processual e romanística italiana e alemã, buscou, em primeiro lugar, dar uma noção científica adequada da condenação sob uma dupla perspectiva: estrutural e funcional.

Após colher, da ampla dissensão doutrinária, um ponto em comum, estabeleceu a função da condenação.

“ [...] deixando de lado as divergências encontradas entre as doutrinas já expostas, para fixarmo-nos no que elas apresentam de comum, constatamos que todas elas fazem da execução, ou realização, ou atuação do direito o conteúdo de uma demanda própria, desvinculada e independente da demanda condenatória que a antecede. Entenda-se a condenação como ordem dirigida ao demandado, ou essa mesma ordem dirigida ao órgão executor, ou conceba-se ela como demanda que prepara a futura execução, ou ainda, como demanda destinada à aplicação de sanções, para qualquer dessas teorias, a sentença condenatória não contém eficácia executória direta, interna à demanda, de sorte a ensejar a realização do direito reconhecido pela sentença, dispensando a propositura de uma nova ação executória, de que a sentença condenatória seria instrumental. Obtido esse resultado, que se pode identificar como a inaptidão da demanda condenatória para auto-realizar-se, [...] cremos poder dar uma resposta [...] dizendo que a função da sentença condenatória não é realizar a execução, mas, apenas, dar ensejo a que ela, noutra relação processual subsequente, se realize.”¹⁷⁴

No que se refere à estrutura conceitual da condenação, questiona a necessidade de um *separado* processo de execução à sentença condenatória *típica*, que por isso não se basta em si mesma como, ao contrário, se dá na sentença executiva.

¹⁷³ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, p. 38.

¹⁷⁴ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 53-54.

Por outro lado, anota uma perplexidade na aceitação (i) de condenação não correlacionada com título executivo, mas correlacionada com execução e (ii) de condenação não correlacionada, nem com título executivo, nem com execução forçada.¹⁷⁵

Partindo da idéia segundo a qual a condenação opera somente no plano lógico, sem transformar a realidade física, mediando o *pensamento* e o *ato executivo* propriamente dito, considera que a distinção básica entre execução forçada e execução *lato sensu*, reside justamente na questão da chamada *modificação da linha de discriminação das esferas jurídicas* do credor e do devedor.

“Essa modificação da *linha discriminativa* entre duas esferas é o fenômeno fundamental e básico para compreender-se o sentido da sentença condenatória e a função da *execução forçada* que se lhe segue. *A sentença condenatória ainda não modifica a ‘linha discriminativa’ de sua esfera jurídica, quanto à posse de seus bens, que continua a ser tão legítima e conforme ao direito quanto o era antes da sentença.* O devedor condenado a pagar quantia certa, mesmo depois de a sentença condenatória transitar em julgado é tão proprietário e possuidor legítimo de seus bens quanto o era antes da sentença. O processo executivo é que há de operar essa *modificação da linha discriminativa* entre as duas esferas jurídicas. Esse fenômeno processual é decisivo para compreender-se o que se denomina *execução forçada*, e saber-se que, além dessa, existe outra espécie de execução a que Pontes de Miranda denominou *execução lato sensu*. Se pensarmos, em nosso exemplo inicial, da sentença de despejo, tida como executiva por Alfredo Buzaid, veremos que – *diversamente da execução por créditos* – a própria sentença de despejo realiza essa *alteração da linha discriminativa* entre as duas esferas, ao pressupor ilegítima a posse do demandado. Depois de seu trânsito em julgado, nenhuma nova *alteração da linha discriminativa* entre os dois patrimônios, do demandante e do demandado, se faz: existirá alguém que se transformou em possuidor ilegítimo de algo que não lhe pertence; e alguém que procura *recuperar a posse do que é seu.*”¹⁷⁶

A noção estrutural de condenação estaria, então, diretamente ligada à idéia de “*preparação*” da “*invasão da esfera jurídica do demandado*”, que dar-se-ia mediante execução forçada. Ao contrário, na execução *lato sensu*, essa invasão dar-se-ia por obra da própria sentença executiva. Em ambas essa invasão realizar-se-ia mediante “*retirada de valor*” do patrimônio do demandado.

¹⁷⁵ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 60-61, 63.

¹⁷⁶ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 66.

A diferença entre uma e outra estaria no plano do direito material, isto é, uma ou outra sentença (técnica processual) revelar-se-ia adequada conforme a natureza da pretensão de direito material.

Em se tratando de direito de crédito, a *condenação* seria a única técnica adequada para a *obrigação de dar*, pois a necessidade de retirada de valor patrimonial legitimamente possuído pelo demandado, a fim transferi-lo ao patrimônio do demandante, estaria a exigir a prévia certificação (declaração) por sentença condenatória, seguindo-se execução forçada. Disso também resulta a noção de *título executivo*, pois, para esses casos, a agressão ao patrimônio legitimamente possuído pelo devedor exige um maior controle da lei.

Cuidando-se, ao revés, de *dever de restituir* coisa certa, bem infungível, a própria sentença executiva tornaria ilegítima a posse do bem na esfera jurídica do demandado, prescindindo, por isso, de um separado processo e de uma distinta ação de execução.¹⁷⁷

Critica, por isso, a doutrina que universaliza a execução forçada para todos os direitos, pois nem toda obrigação de entregar é correlata com condenação *típica*, tampouco toda execução é correlata com execução forçada.¹⁷⁸

Apenas as pretensões materiais *por créditos* correlacionam-se com o binômio condenação típica-execução forçada.

Relativamente à noção de ato executivo *típico*, constata que “*a verdadeira e própria execução forçada é sempre dirigida contra o obrigado, e aí reside seu caráter de substitutividade de natureza privada, por uma atividade estatal, praticada pelos órgãos da execução*”.¹⁷⁹

“Mas, ao lado dessa atividade específica dos órgãos encarregados da execução forçada, outras atividades jurisdicionais, igualmente modificadoras da realidade, diversas da *execução contra o obrigado*, existem consistentes em comandos, ordens e inibições (Satta), ou em *ordens de serviço* (Calamandrei), que a ciência processual não sabe como classificar, atribuindo-lhes, a falta de designação mais apropriada, o nome de *execução imprópria*, ou *execução em sentido amplo*. O que é importante observar é, justamente, a inadequação da ciência oficial, para definir toda e qualquer atividade jurisdicional que possa, ainda que levemente, conter, ou traduzir-se em ordens, ou comandos imperativos que impliquem o reconhecimento,

¹⁷⁷ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 67; ID, *Notas sobre a execução das obrigações de entregar coisa certa*, ‘in’ *Sentença e coisa julgada*, 2ª, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 175-198.

¹⁷⁸ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 72; ID, *Notas sobre a execução das obrigações de entregar coisa certa*, ‘in’ *Sentença e coisa julgada*, 2ª, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 175-176.

na pessoa do juiz e na atividade jurisdicional, de uma porção de soberania estatal, de autênticos atos de império.”¹⁸⁰

Delineando então uma noção de *sentença mandamental*, assevera que enquanto o ato executivo *típico* opera em substituição a um ato originariamente privado, transferindo valor, o ato estatal que *ordena* a transformação da realidade não retira valor jurídico da esfera do demandado. Em outras palavras, quando afirma que “*o credor ainda não existe*” e que a “*proteção de simples segurança supõe a existência do Estado*”, muito embora não o tenha dito expressamente, está a delinear uma função típica, mas não exclusiva, da técnica mandamental que é a *prevenção*.¹⁸¹

Passagem, no entanto, fundamental do ensaio está no reconhecimento de que a sentença mandamental é correlacionada com uma técnica de coerção indireta, que entende ser o crime de desobediência (sanção penal), no que se diferencia da sentença condenatória típica, cujo inadimplemento *ex intervallo*,¹⁸² tem como sanção a (‘preparada’ e separada) execução forçada.¹⁸³

Enquanto o demandado comete ilícito penal por desobedecer a *ordem*, o devedor é apenas considerado *inadimplente da obrigação* declarada na sentença condenatória descumprida. Enquanto a sanção é punitiva para a desobediência da *ordem*, é reparatória (perdas e danos) para o “inadimplemento” da *condenação*.

A ordem está contida na sentença mandamental, que prescinde de outro processo, ao contrário da condenação, que é destituída de eficácia executiva. Esse diferimento eficaz contribuiu para a separação radical entre os Processos de Conhecimento e de Execução e para obscurecer, por muito tempo, os atos de *imperium* (ordens) do pretor romano e a tutela interdital de onde emanavam, reduzindo a jurisdição (*jus dicere*) à *notio*.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 77-78.

¹⁸⁰ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 78.

¹⁸¹ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 81-82.

¹⁸² “E, no fundo, o que condiciona e justifica historicamente a sentença condenatória é *questo rispetto per il diritto reale del debitore* (Carnelutti) [...] Essa *formidabile resistenza del diritto reale*”, Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 72 e 82. Isto é, a possibilidade de cumprir-se espontaneamente a condenação (art. 580 do CPC).

¹⁸³ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 82; ID, *Curso de Processo Civil*, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 344-348.

¹⁸⁴ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 79.

Estando a classificação trinária das ações e das sentenças de procedência comprometida com essa separação radical entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos, e uma vez demonstrado que há sentenças que transformam a realidade física na mesma relação processual, não podem elas ser reconduzidas às noções de *mera declaração* e *constituição* (que não operam qualquer modificação fática), tampouco à noção de *condenação típica* (*prepara a substituição* de um ato originariamente *privado da parte*, contra e independentemente da sua *vontade*, por intermédio *distinta e separada* relação processual).

Conclui pela existência de mais duas classes de sentenças: a executiva *lato sensu* e a mandamental.

“Afastando-se as sentenças declaratórias e constitutivas com relação às quais não há maiores dificuldades quanto a sua natureza e identificação, e detendo-nos nas demais que compõe o processo de conhecimento e que seriam todas, para a doutrina dominante, condenatórias, podemos, com o que ficou exposto, *retirar* do campo das sentenças de condenação as duas classes de que estamos a tratar, quais sejam as executivas *lato sensu* e as mandamentais [...]”.¹⁸⁵

Percebe-se que OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA – antes mesmo da consagração das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* como regra geral no sistema – não admitia a noção de condenação atípica, entendida como compreensiva, além da sua função *típica*¹⁸⁶, das classes de ações e de sentenças que contribuiu, juntamente com PONTES DE MIRANDA, a isolar.

Mais recentemente, houve por bem em explicitar alguns pontos de sua tese.¹⁸⁷

Afirmando que o art. 84 do CDC e o art. 461 do CPC romperam com a “camisa de força” imposta pela necessária correlação entre condenação e execução forçada, estruturada mediante formas executivas rígidas e típicas, superando, em outras palavras, a universalização da técnica condenatória e da execução obrigacional, mediante o resgate das distinções entre (i) obrigação e dever e (ii) pretensão obrigacional e pretensão real, o que legitima a adoção de técnicas processuais mandamentais e executivas *lato sensu* funcionalizadas adequadamente ao plano do direito material.

¹⁸⁵ Cf. Ovídio Baptista da Silva. Sentença mandamental, cit., p. 87-88; o destaque não consta do original.

¹⁸⁶ Cf. Ovídio Baptista da Silva, Sentença mandamental, cit. 56-57.

¹⁸⁷ Cf. Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 147-152; ID, Curso de Processo Civil, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 335-365; p. 425-438.

“Resta, sem dúvida, a conquista, ou a reconquista, da distinção entre *obrigações e deveres* que o direito moderno suprimiu. a partir do período bizantino do direito romano tardio, generalizando, contra as legítimas fontes do direito romano clássico, o conceito de *obligatio*, de que proveio nossa genérica e exclusiva *execução por créditos* – com supressão das *ações mandamentais*, e das *execuções reais* -, que correspondiam basicamente à tutela romana interdital -, para que a compreensão do campo de incidência da norma contida no art. 461 evidencie que, no conceito de obrigação com que labora este artigo, compreendem-se tanto as obrigações *stricto sensu*, do direito das obrigações, quanto genericamente os *deveres*, aí compreendidos tanto aqueles nascidos do direito privado quanto os deveres sociais e os que nascem no campo do direito público. Pode-se perfeitamente dizer que a norma legal do art. 461 acena para o ideal da ‘execução inominada’ ou atípica, assim como o ordenamento jurídico já concebeu a ação cautelar inominada como expressão máxima do princípio de instrumentalidade do processo, enquanto instrumento de realização do direito material. O art. 461, além de generalizar a execução das obrigações de fazer e não fazer, buscando tornar o instrumento processual executivo adaptado às peculiaridades do caso concreto, ainda arma o juiz de poderes de império de que é carente, por definição, a sentença condenatória. Quer dizer, a norma do art. 461 responde afirmativamente à indagação que a doutrina italiana freqüentemente faz, procurando determinar se poderia haver sentenças condenatórias cuja execução não se submetesse aos rígidos padrões da *execução por crédito*.”¹⁸⁸

Ressalvando que é peculiar à todo conceito uma *penumbra de incerteza* que circunda o seu núcleo essencial, fixa os elementos das técnicas executiva *lato sensu* e mandamental:

“A sentença executiva caracteriza-se pelos seguintes elementos conceituais: a) corresponde a *um ato material*, portanto não apenas pensamento [...], como se dá com as sentenças do processo de conhecimento; b) esse ato material implica sempre uma *transferência de valor* do patrimônio do demandado para o patrimônio do autor, seja extraindo-se valor, como nas execuções por quantia certa, e nas execuções para cumprimento de obrigações de fazer; seja restituindo-se valor, como nas execuções para entrega de coisas; c) o juiz não se limita a ordenar que o demandado cumpra o preceito sentencial, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa, mas providencia para que o ato executivo realize-se diretamente através de agentes do próprio poder judiciário; d) o ato final executivo será sempre um ato originariamente da parte que o juiz realiza, em razão de não havê-lo realizado o demandado. [...] Vejamos, agora, como se conceitua uma sentença mandamental. Podemos arrolar estas notas que a caracterizam: a) como diz Pontes, ‘na ação mandamental, pede-se que o juiz mande’ ... ‘por isso mesmo não se pode dispensar o mandado’ [...]; b) porém o *ato material* de cumprimento cabe ao demandado realizar, exaurindo-se a atividade jurisdicional com a emissão do mandado; c) a ordem dirige-se ao réu, a

quem o juiz impõe a observância de uma conduta positiva ou negativa, cominando sanção criminal para o caso de desobediência; d) a ordem é inerente ao *império* de que é titular o magistrado, não ocorrendo, neste caso, aquela substitutividade a que se referia Chiovenda, como critério conceitual caracterizador do ato jurisdicional”.¹⁸⁹

Além disso, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA deixou claro que é possível um provimento mandamental dirigido contra particulares, não sendo, pois, exclusivamente vocacionado para determinar uma conduta ou uma abstenção de uma autoridade pública.¹⁹⁰

O que é importante ressaltar do pensamento de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA é a sua preocupação com a funcionalidade do processo em relação ao direito substancial.¹⁹¹ Sob esta ótica é que entende ser insuficiente a técnica condenatória na perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional, dado o seu compromisso com a “*neutralidade*” da jurisdição.

“A questão da *imparcialidade* judicial, que pretendemos deixar clara pela análise precedente, refere-se basicamente à posição do Estado-juiz *depois da sentença de procedência*; quer dizer, em última análise, depois de o julgador convencer-se de que a ordem jurídica fora violada. Certamente, a partir daí, o dever que o Estado lhe impõe será o de *parcializar-se* inteiramente, na defesa e proteção da ordem jurídica. Em geral a doutrina não dedica grande atenção ao que acontece *depois da sentença de procedência*, preferindo teorizar a *jurisdição como função puramente declaratória de direitos*, de modo a conceber o magistrado à semelhança de um árbitro privado, cuja missão fosse apenas proclamar qual dos contedores está com a razão. Na verdade, a isto resume-se o mérito da causa. Julgar o mérito é simplesmente proclamar quem tem razão. É juízo puramente declaratório.”¹⁹²

Não é, portanto, por motivo de mera dissensão acadêmica ou de preferência semântica por este ou aquele termo que se visualiza nas técnicas mandamental e executiva *lato sensu* uma

¹⁸⁸ Cf. Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 150-151.

¹⁸⁹ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *O processo civil e sua recente reforma*, cit., passim, p. 421-422.

¹⁹⁰ Cf. Ovídio Baptista da Silva, Curso, vol. 2., cit., passim, p. 365, 425 *et seq.*

¹⁹¹ Registre-se que Ovídio Baptista da Silva foi o precursor do art. 273 do CPC brasileiro, onde se consagra a antecipação de tutela, cf. Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o processo civil [a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de dezembro de 1994]*, São Paulo: RT, 1995, p. 47-49. A Comissão de Reforma, nomeada pelo Ministro da Justiça em 1985, acolheu sugestão de Ovídio Baptista da Silva, formulada dois anos antes. Posteriormente, a Comissão da Escola Nacional da Magistratura manteve a proposta, alterando-a em alguns detalhes mas mantendo-a na sua essência. A tese sempre defendida por Ovídio Baptista da Silva foi e é no sentido de que as tutelas sumárias cautelares não se confundem com as tutelas sumárias satisfativas. Enquanto nestas há execução para segurança, naquelas há segurança para execução, cf. *Teoria da ação cautelar*, ‘in’ *Do processo cautelar*, passim, p. 38 *et seq.*

¹⁹² Cf. Ovídio Baptista da Silva, *O processo civil e a sua recente reforma*, cit., p. 429.

possibilidade de realização máxima da garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

3.3.3 A tese de LUIZ GUILHERME MARINONI.

Criticando a classificação processual tradicional das “ações” e das sentenças como sendo exclusivamente meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, LUIZ GUILHERME MARINONI defendeu a tese de que em nenhuma delas se poderia prestar adequada e efetiva tutela *preventiva*.

Errônea seria a afirmação doutrinária de que a *mera declaração*, a *condenação para o futuro* e, inclusive, a *cautelaridade* seriam funcionalizadas para a *prevenção* pois, para LUIZ GUILHERME MARINONI, essas técnicas processuais de tutela são vocacionadas apenas para uma tutela *repressiva* contra o *dano* já verificado.

No que se refere à “ação” meramente declaratória, a sua incapacidade para ter uma função preventiva no plano substancial reside na circunstância óbvia de o art. 4º do CPC não vir aparelhado com técnicas de coerção indireta (*por exemplo*, multa diária).

“Costuma-se afirmar que a tutela declaratória tem fim preventivo, excluindo-se, como é óbvio, a hipótese em que a ação é proposta depois da violação do direito – como admite o art. 4º, par. ún., do CPC. [...] É importante verificar, contudo, em que termos a tutela declaratória exerce a sua função preventiva. A tutela declaratória realiza-se com a prolação da sentença que, contendo um juízo meramente declaratório, é revestida pela coisa julgada material; a sentença declaratória, portanto, dá ao autor apenas a vantagem de que a relação jurídica que até então era controvertida não mais poderá ser discutida. Tal sentença, entretanto, é incapaz de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da declaração que contém. É perfeita, portanto, a observação de Barbosa Moreira (*Tutela sancionatória e tutela preventiva, ‘in’ Temas de direito processual, Segunda série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 27*), no sentido de que a tutela declaratória somente pode prevenir uma violação quando a parte vencida sai também convencida e resolve cumprir a obrigação em tempo oportuno: ‘como meio de intimidação, e pois, de coerção, todavia, o remédio é fraco: basta pensar que, na eventualidade de inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo para pleitear a condenação do infrator, ao qual se concede assim uma

folga em boa medida tranqüilizadora'. A tutela declaratória, com efeito, não tem capacidade para permitir uma efetiva prevenção do ilícito."¹⁹³

Imaginando sobre uma eventual objeção concernente a possibilidade de tutela inibitória sumária concedida em “ação” cautelar incidental a uma “ação” meramente declaratória, afirma que o direito material à tutela inibitória e, portanto, do direito material à prevenção, por estar justamente no plano direito material, e não no plano do processo, não pode ser objeto de tutela cautelar¹⁹⁴, mas sim de tutela antecipatória.

“[...] a tutela inibitória sumária responde a um direito material à prevenção. Tem-se um direito à tutela inibitória e, por consequência, à tutela inibitória sumária, porque há um direito material à prevenção. Ora, se não é o direito processual que outorga ao autor o direito à prevenção, não há como negar que a tutela inibitória sumária satisfaz, antecipadamente, o direito material à prevenção. Da mesma forma que a tutela antecipatória de pagamento de soma realiza antecipadamente o direito material do autor, a tutela inibitória sumária – que na realidade é tutela inibitória antecipada – satisfaz por antecipação o direito à prevenção.”¹⁹⁵

“[...] Se isto é evidente quando se pensa na tutela inibitória sumária na ação inibitória, alguma dúvida poderia surgir ao ser deslocado o enfoque para a questão da tutela inibitória sumária na ação declaratória. É inegável, contudo, que a inibitória, ainda que concedida no curso de uma ação declaratória, não ‘serve ao processo’, mas tutela o próprio direito material à prevenção.”¹⁹⁶

“[...] A tutela inibitória antecipada [...] estará [...] respondendo ao direito à prevenção, que não se confunde com o direito à cautela, ou com a proteção cautelar de um direito que se teme possa não ser efetiva e adequadamente reparado ou reintegrado. [...] O arresto, por exemplo, difere nitidamente da tutela inibitória, já que não exerce função preventiva, mas destina-se a assegurar a efetividade da futura tutela ressarcitória. Ou seja, há uma nítida diferença entre a tutela preventiva e a tutela que visa a dar segurança

¹⁹³ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo: RT, 1998, p. 190.

¹⁹⁴ Criticando, implícita e parcialmente, a doutrina que reconhece o chamado “direito substancial de cautela” ou “direito material à *segurança*” enquanto noção compreensiva do “direito material à *prevenção*”. Na doutrina brasileira, a autonomia do “direito material de cautela” é defendida, com a amplitude criticada, por Alcides Munhoz da Cunha, *A lide cautelar no processo civil*, Curitiba: Juruá, 1992, p. 119, para quem “o direito de cautela assume especial relevo, posto que, por ele, pode-se *assegurar* ou *prevenir*” – destacamos; e também por Ovídio Baptista da Silva, *Teoria da ação cautelar*, ‘in’ *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 1-89; para o qual as ações *preventivas* podem ser *cautelares* ou não-cautelares, cf. *Teoria da ação cautelar*, cit., p. 1; Ovídio Baptista da Silva, mais adiante, pondera: “*A controvérsia, portanto, não é mais a existência propriamente de um direito subjetivo material à segurança mas, ao contrário, a predisposição ou a idoneidade da função cautelar, para atendê-lo*”, cf. *Teoria da ação cautelar*, cit., p. 63. O Anteprojeto “Fernando Lyra” também é um importante documento para a reflexão do tema das tutelas de cognição sumária e está publicado na Revista de Processo nº 43, p. 86-116.

¹⁹⁵ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 202.

¹⁹⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 204.

a um direito que já foi violado. Na verdade, e para irmos um pouco mais além, parece mais exato afirmar que a tutela cautelar, além de ter por fim assegurar a efetiva tutela de um direito já violado, pode ter por escopo assegurar um direito para a hipótese de ele ser violado. Basta pensar nos casos em que a caução cautelar pode ser utilizada para assegurar ao autor a efetividade da eventual (e aí não necessária) tutela ressarcitória, que poderá ser requerida se o direito (que apenas se teme ver violado) for realmente lesado. Da mesma forma que a condenação para o futuro, por pressupor a violação do direito, não tem função preventiva [...], a caução que visa assegurar uma eventual e futura tutela ressarcitória não pode ser comparada com a tutela de prevenção.”¹⁹⁷ “[...] a tutela cautelar inominada jamais abrangeu a tutela inibitória, até porque seria contraditório pensar que uma tutela que foi desenhada para ser ‘instrumento do instrumento’ poderia viabilizar a tutela preventiva em um sistema de tutelas finais que foi construído sobre a idéia de que o direito material só pode ser prevenido em hipóteses excepcionais. [...] a tutela antecipatória e a tutela inibitória não se identificam com a tutela cautelar, [...] (tutela inibitória) que ainda é confundida com a cautelar em razão de a doutrina não ter separado conceitualmente as noções de prevenção e cautela.”¹⁹⁸

Sustenta, então, a tese de que, ao contrário do direito positivo italiano – onde há séria lacuna no ordenamento-, no direito brasileiro está consagrada a atipicidade das tutelas mandamental antecipada e final nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, ficando afastado qualquer motivo para não denunciar a confusão doutrinária existente entre *cautelaridade* (inclusive o chamado direito material à *segurança*, para aqueles que o admitem) e *preventividade*.

[...] No direito brasileiro [...] onde está consagrada a atipicidade das tutelas mandamental final e antecipada (arts. 461 do CPC e 84 do CDC), não há qualquer motivo para não se revelar o equívoco da confusão da tutela cautelar com a tutela preventiva. Com efeito, (no direito italiano) a confusão [...] decorre da exigência prática de tutela inibitória em um sistema de tutelas fundado sobre o binômio sentença condenatória-execução forçada. Teoricamente, em um sistema como este, não há lugar para a tutela inibitória atípica sumária, mas apenas para a tutela antecipatória sumária e para aquela que objetiva garantir a tutela final do direito violado.”¹⁹⁹

Reafirmando que a tutela inibitória é a genuína tutela de prevenção do ilícito porque voltada para o futuro, refuta que a condenação para o futuro seja preventiva, pois na realidade apenas acelera a constituição do título executivo e evita a multiplicação de demandas paras as

¹⁹⁷ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 206-207.

¹⁹⁸ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 208-209

¹⁹⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 209.

obrigações de trato sucessivo ficando, no entanto, submetida à prévia violação do direito para que venha a ser executada.

“[...] Uma tutela que garante, ainda que antes da violação do direito, a possibilidade de acesso imediato à via que implementa a tutela repressiva – que é justamente aquela que supõe a violação do direito – está muito longe de conter qualquer resquício ou vestígio de preventividade. É preciso que reste claro, com efeito, que a condenação para o futuro, ainda que admitida antes da violação do direito, é concedida para o caso de violação, ou seja, para atuar depois que o direito foi lesado, e não para impedir sua lesão.”²⁰⁰

Em outras palavras, o sistema processual civil clássico não conhecia uma tutela efetiva e adequada que pudesse ser manejada *antes* da violação dos direitos. Em vista de toda essa ordem de considerações, LUIZ GUILHERME MARINONI chega à conclusão de que a classificação tradicional das ações processuais não é suficiente para a efetiva e adequada prestação de tutela jurisdicional preventiva e conduz à inevitável exigência de uma outra modalidade de técnica processual – a mandamental – como a única adequada para a tutela inibitória. A técnica *mandamental* de tutela jurisdicional é construída por uma *ordem* ligada à uma *técnica de coerção indireta*.

“[...] Para se admitir como válida (a função preventiva de uma condenação a um não fazer para o futuro) é necessário raciocinar no sentido de que a condenação não é caracterizada por sua necessária correlação com a execução forçada, e que a sentença condenatória, portanto, pode constituir-se em uma ordem sob pena de multa. Essa espécie de sentença, entretanto, segundo a própria doutrina que construiu o conceito de sentença condenatória, não pode ser definida como condenatória. Tal sentença é, indiscutivelmente, mandamental e, assim, inconfundível com a condenação para o futuro.”²⁰¹ “[...] é chegado o momento de se pensar em uma quarta espécie de tutela que definitivamente se coloque ao lado das três sentenças clássicas [...] uma nova classificação das tutelas que leve em consideração esta sentença (mandamental)[...].”²⁰²

²⁰⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 213.

²⁰¹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 216.

²⁰² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 217. E, mais adiante, acrescenta: “a sentença condenatória difere da declaratória por abrir oportunidade à execução por sub-rogação, a tutela mandamental delas se distancia por tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir a própria ordem do juiz. Na sentença mandamental há ordem, ou seja imperium, e existe também coerção da vontade do réu; tais elementos, como foi amplamente demonstrado, não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como uma sentença correlacionada com a execução forçada”, cf. *Tutela inibitória*, cit., pág. 351.

Por outro lado, é irrefutável a advertência de LUIZ GUILHERME MARINONI no sentido de que a exata compreensão do tema da *tutela específica com função preventiva* depende da *distinção* – obscurecida pelo direito moderno²⁰³ – entre as noções de *ilícito* e de *dano*, pois se a noção de dano for entendida como compreensiva da noção do ilícito – premissa essa que sempre orientou a doutrina clássica da responsabilidade civil –, a *tutela ressarcitória com função repressiva do dano* seria a única existente no sistema.

“O estudo da inibitória, no direito brasileiro, deve ter por meta construir os seus próprios elementos – e não apenas evidenciar a necessidade da prevenção do ilícito –, permitindo que se vislumbre com nitidez a sua fisionomia em face das outras formas de tutela, como a tutela cautelar. A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado. como a tradicional tutela ressarcitória. Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. [...] Se não é possível confundir tutela inibitória com tutela ressarcitória é porque a tutela inibitória não é uma tutela contra o dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória. [...] A confusão entre ilícito e dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão. A identificação de ilícito e dano não deixa luz para a doutrina enxergar outras formas de tutela contra o ilícito; não é por outra razão, aliás, que o grande exemplo de tutela inibitória no direito brasileiro está no interdito proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos.”²⁰⁴

²⁰³ Como o demonstra Luiz Guilherme Marinoni ao citar a seguinte passagem manualística de Orlando Gomes: “*Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso*”, cf. *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 313-314 ‘*apud*’ Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 27. Caso Orlando Gomes estivesse com a razão, o consumidor nada poderia fazer diante de uma cláusula que impusesse prazos iníquos de carência no atendimento médico-hospitalar. a não ser pleitear a dissolução do contrato juntamente com o ressarcimento dos danos mediante o binômio condenação-execução forçada. Como assim não é, realiza-se a tutela inibitória (enquanto pretensão e ação de direito material) mediante a técnica processual mandamental (‘ação’ processual), a única adequada para a prestação de tutela jurisdicional preventiva do ilícito.

²⁰⁴ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo: RT, 1998, p. 26-27.

Em tema de efetividade da tutela dos direitos, LUIZ GUILHERME MARINONI vislumbra como sendo obstáculos a serem superados: (i) o defeito estrutural do processo civil clássico, destituído de técnicas que propiciem a prestação de tutela jurisdicional adequada e (ii) a falsa premissa científica do processo civil, necessariamente distante do direito substancial²⁰⁵ – “*a tão proclamada autonomia da ação e da relação processual*”.²⁰⁶

Discorre, então, sobre aquilo que entende ser tutela jurisdicional e os meios processuais executivos que tendem a sua consecução:

“A tutela jurisdicional, em uma determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido. Quando se pensa nos meios processuais concebidos pela lei para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional prestada.”²⁰⁷

Dando seguimento ao anterior estudo dedicado exclusivamente à tutela inibitória, na realidade apenas uma das formas substanciais de tutela específica,²⁰⁸ e partindo da premissa de que o “*grande desafio da doutrina contemporânea não é o de apenas estudar as novas técnicas de tutela, mas sobretudo o de, a partir das reais e concretas necessidades do direito material, isolar e delinear as tutelas que devem responder de forma adequada a essas necessidades*”, propõe a seguinte classificação: “*tutela inibitória, tutela reintegratória (ou de remoção do ilícito), tutela preventiva executiva, tutela do adimplemento, tutela ressarcitória na forma específica e (residualmente) tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.*”²⁰⁹

Na verdade, a rigidez das formas de tutela jurisdicional segundo o binômio condenação-execução forçada impediam a realização plena da execução específica dos direitos, posto vocacionadas apenas para prestações fungíveis e, mesmo assim, invariavelmente se convertiam em perdas e danos.

²⁰⁵ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica [arts. 461, CPC e 84, CDC]*, São Paulo: RT, 2000, p. 60.

²⁰⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 62.

²⁰⁷ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 61.

²⁰⁸ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 424.

²⁰⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 64, p. 80-195.

Era, portanto, uma exigência que fossem descortinadas as formas de tutela substancial a fim de que, conjugadas com as formas de tutela jurisdicional, se pudesse pensar, realmente, numa efetiva tutela jurisdicional específica dos direitos.

Portanto, segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, esse modo de pensar a tutela dos direitos permite uma real aproximação entre os planos de direito processual e de direito substancial.

Entendendo como técnicas processuais as sentenças mandamental, executiva *lato sensu* (ao lado das tradicionais) e os meios de efetivação (coerção e sub-rogação), afirma que somente por intermédio da conjugação de cada uma das *tutelas substanciais* com cada uma das *técnicas do processo* é que se pode obter uma *tutela jurisdicional* realmente efetiva e adequada ao caso concreto.

“Note-se, por exemplo, que a tutela ressarcitória pode ser prestada através de diferentes modalidades de sentença, ao passo que uma determinada espécie de sentença pode viabilizar a prestação de diversas espécies de tutela. Quando estão em jogo as tutelas que podem ser prestadas pelas sentenças, não se está falando de algo que pertence apenas ao plano do direito material, pois, como já foi dito, a preordenação da devida modalidade de sentença e dos adequados meios de execução é imprescindível para o surgimento da adequada tutela jurisdicional do direito. Não haveria, por exemplo, uma efetiva tutela do adimplemento na forma específica sem as técnicas mandamental e executiva, do mesmo modo que seria absurdo pensar em uma tutela inibitória declaratória.”²¹⁰

Deve-se ressaltar, ainda, a contribuição de LUIZ GUILHERME MARINONI para o tema da antecipação da tutela específica.

A consagração da tutela antecipatória do direito brasileiro, antes de tudo, superou o dogma da *necessária precedência lógica das atividades cognitivas em relação às atividades executivas* (dogma da *nulla executio sine titulo*), o qual derivava, em toda a sua intensidade, do dogma da *correlação necessária entre condenação e execução forçada* – separação radical entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI é possível a técnica antecipatória²¹¹ em todas as modalidades que isola e classifica como formas de tutela específica: (i) tutela antecipatória

²¹⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 64-65.

²¹¹ No que se refere à antecipação de tutela fundada em abuso do direito de defesa, cujas técnicas podem ser aplicáveis à tutela específica, cf. Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 3ª, São Paulo: Malheiros.

inibitória;²¹² (ii) tutela preventiva executiva antecipada;²¹³ (iii) tutela antecipatória de remoção do ilícito;²¹⁴ (iv) tutela ressarcitória na forma específica antecipada;²¹⁵ e (v) tutela antecipatória da obrigação contratual na forma específica.²¹⁶

3.3.4 A tese de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.

Em dois ensaios publicados no início da década de 1980, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA denunciou o problema da inefetividade do sistema do CPC brasileiro no que se refere ao tema da tutela específica das obrigações negativas.²¹⁷

Afirmou que, segundo o modelo então vigente do CPC brasileiro, a correlação necessária entre a condenação e execução forçada era uma confissão de impotência para tutelar na forma específica as obrigações de dar, de fazer infungíveis e as de não fazer, pois no mais das vezes as relações jurídicas eram de conteúdo não patrimonial.²¹⁸

Constatou, então, estarmos numa civilização do ter e não do ser, em vista desta perspectiva economicística do sistema.

1997, p. 136 *et seq*; ID, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: RT, 1997. A primeira dissertação acadêmica no Brasil sobre a tutela antecipatória é de Luiz Guilherme Marinoni, cf. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo: RT, 1992.

²¹² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica, passim*, p. 99 *et seq*, exigindo-se, para a concessão, os requisitos da probabilidade da ilicitude somado com a probabilidade iminente da prática ou da repetição do ato ou com a provável continuação da atividade, “pouco importando se o dano não é iminente”. A tutela efetiva-se com a técnica de coerção indireta.

²¹³ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica, passim*, p. 132-133, para determinados casos e visando evitar a prática ou a repetição do ilícito, bastando, para a concessão, “a probabilidade de que a ação temida seja ilícita e, ainda, que ela realmente seja provável”, havendo fungibilidade com a tutela antecipatória inibitória. A tutela efetiva-se mediante técnica “coercitiva direta” (*master, monitor, administrator*).

²¹⁴ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica, passim*, p. 148-149, sendo provável o ilícito e a continuação da atividade, havendo fungibilidade com a tutela antecipatória inibitória. A tutela efetiva-se mediante técnica “coercitiva direta” (*master, monitor, administrator*).

²¹⁵ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica, passim*, p. 181-183, seja a tutela de cognição sumária fundada em receio de dano ou de agravamento do dano, seja mediante a técnica da antecipação da tutela de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados, isto é, tutela de cognição exauriente fundada em abuso do direito de defesa. A tutela efetiva-se, conforme o caso, com as técnicas de coerção indireta ou sub-rogação.

²¹⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica, passim*, p. 193, seja quando fundada em urgência, seja em evidência. A tutela efetiva-se, conforme o caso, com as técnicas de coerção indireta, coerção direta ou sub-rogação.

²¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira. *Tutela sancionatória e tutela preventiva, ‘in’ Temas de Direito Processual, Segunda Série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21-29; ID, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas, ‘in’ Temas de Direito Processual, Segunda Série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 30-44.

Segundo BARBOSA MOREIRA, havia necessidade de uma tutela adequada para prevenção do ilícito continuado ou na iminência de ser repetido, quando violador de direitos da personalidade e interesses coletivos ou difusos.²¹⁹

Nesse sentido, a mera declaração, a cautelaridade e a condenação para o futuro seriam inadequadas para a prestação da tutela preventiva, porque desprovidas de técnicas coercitivas indiretas.²²⁰

O ordenamento jurídico brasileiro conhecia, na época, apenas hipóteses típicas de tutela jurisdicional preventiva: (i) *habeas corpus* preventivo, mandado de segurança preventivo e ação popular (contra atos de autoridade pública); (ii) interdito proibitório e nunciação de obra nova (contra atos de particular e restritos à posse e à propriedade).²²¹

Nesse contexto, uma série de *obrigações negativas* estavam descobertas de proteção jurisdicional preventiva, como sendo: (i) as *obrigações negativas de não fazer, tolerar e permitir*, isto é, o não fazer ligado ao contrato, o tolerar e o permitir ligados aos direitos de propriedade nas relações de vizinhança; (ii) os *deveres de abstenção* ligados aos direitos absolutos reais e de personalidade, aos direitos subjetivos públicos tributários e administrativos, aos interesses difusos e coletivos, especialmente em matéria ambiental e do consumidor (publicidade enganosa e abusiva); e (iii) a *chamada obrigação de não dar* (não vender determinado bem a alguém) – que no direito brasileiro é tida como obrigação de *fazer* –, pois a propriedade não se transfere com o contrato de compra e venda (declaração de vontade), mas com a tradição (*dar*).²²²

Asseverou que como a tutela ressarcitória é voltada para o passado, e por isso nada *previne*, o sistema apenas era dotado de tutelas que denominou *sancionatórias*, em contraposição à exigência de observância daquelas obrigações e deveres de *não-violação* e da *eliminação* das conseqüências de um ilícito, situações essas só tuteláveis *preventivamente*, portanto para o futuro.²²³

²¹⁸ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., p. 23.

²¹⁹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., p. 34.

²²⁰ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., p. 25-28.

²²¹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., p. 26.

²²² Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 30-31.

²²³ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 31-34.

Além disso, reafirmou que a tutela específica tem primazia (prioridade lógica) sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, como na tutela de direitos não patrimoniais (interesses coletivos e difusos).²²⁴

Como limites à concessão da tutela específica, lembra a liberdade pessoal, a impossibilidade prática e o ilícito ou dano já consumados.

Lembrou a hipótese de consumir-se a lesão no curso do processo, procurando extrair alguma aplicabilidade efetiva, ainda que muito restrita, de tutela preventiva por intermédio do art. 287 do CPC, que previa a técnica coercitiva como única atípica e geral no sistema.

Mas constatando que a “condenação” não seria “suscetível de execução forçada, no sentido próprio”, ante a infungibilidade da prestação e a impossibilidade de meios de sub-rogação para o adimplemento “independentemente da colaboração do devedor”, lembrou o questionamento formulado por PROTO PISANI a respeito do direito italiano.²²⁵

Contudo, parece não ter concordado integralmente com a tese de PROTO PISANI consistente no alargamento do conceito de condenação, na medida em que emprestou aquiescência à idéia de uma correlação necessária entre condenação e uma relação processual distinta. Mas, de outro lado, aproximou-se da tese de MANDRIOLI quando referiu-se à correlação necessária entre a condenação e título executivo, também para a sentença de procedência da ação cominatória do direito brasileiro (art. 287 do CPC):²²⁶

Nas palavras de BARBOSA MOREIRA: “*O que impende observar desde logo é que, não obstante a inviabilidade de atos executivos stricto sensu, destinados a ministrar ao credor, mesmo sem a cooperação do devedor, resultado prático equivalente ao que adviria do adimplemento, as providências cabíveis em consequência da sentença forçosamente se inserem num segundo processo, que só pode ser o de execução.*”²²⁷

No entender desse autor, o texto literal de lei do CPC era – e ainda é – no sentido do cabimento de “embargos à execução das obrigações de fazer ou de não fazer” (art. 738, IV), e isso é que o teria levado ao entendimento de que a “execução” da “sentença condenatória” proferida na ação cominatória dar-se-ia em uma relação processual separada: “*a menos que se*

²²⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 32; ID, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., p. 23-24.

²²⁵ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 35.

²²⁶ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 35/36; ID, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., p. 22.

²²⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 36.

*faça tábua rasa da cláusula final, à vista desse dispositivo não há duvidar da possibilidade de instaurar-se semelhante execução”.*²²⁸

Ao que parece, BARBOSA MOREIRA procede a um alargamento, não propriamente da noção de título executivo – como entende CRISANTO MANDRIOLI, para esses casos – mas da própria noção de execução forçada, enquanto tradicionalmente vocacionada exclusivamente para atos executivos substitutivos da vontade ou até contra a vontade do “devedor”.

Diante do impasse da inefetividade do processo – essa era a preocupação maior -, BARBOSA MOREIRA defendeu a aplicação do poder geral de cautela – reconhecendo alguma dificuldade frente à função satisfativa - entendendo que a desobediência da ordem judicial de abstenção tipificaria o crime de desobediência, a única técnica coercitiva indireta que então se podia divisar com aplicação geral no sistema.

“Conforme bem se compreende, a ordem judicial de que o réu omita (ou cesse) a atividade ilícita, a fim de ter eficiência prática, precisa ser assistida da cominação de sanção (ou sanções) para o caso de descumprimento.²²⁹ [...] O que não se afigura possível é fazer acompanhar o preceito, nesses casos (arts. 798/799), da cominação de multa para o respectivo desatendimento: as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas. Aqui, aliás, caso se sustentasse o contrário, chegar-se-ia, obliquamente, ao resultado que o art. 287, fine, preexcluiu – em disposição infeliz mas clara, que ao intérprete não é dado desprezar. Ter-se-á de contar unicamente com a força intimidativa da cominação penal pelo crime de desobediência.”²³⁰

Assim, ao concluir que o sistema continha “provimentos assistidos com multa” e “provimentos sem multa, mas assistidos com prisão penal”, faz uma referência acerca do problema do enquadramento dessa “execução” no Livro II do CPC brasileiro, demonstrando, implicitamente, pouca simpatia com a expressão “execução indireta”, o que nos faz acreditar ter alargado a própria noção de execução.

²²⁸ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 36. Mas pondera Ovídio Baptista da Silva que “não há, aqui, ‘segurança’ do juízo”, e que sendo “função primordial dos embargos do executado [...] elidir o ato executório, através de uma sentença, mesmo liminar, que desfaça a constricção executiva”, é “difícil explicar [...] a própria existência de embargos nesta classe de ações”, que seriam uma “concepção artificial” do legislador, cf. *Curso*, vol. 2, cit., p. 136.

²²⁹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 38.

²³⁰ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 43.

“Conforme se verifica, atividade propriamente executiva, no sentido estrito, só se realizará na eventual cobrança da multa. A omissão do devedor em praticar ou repetir o ato proibido, ou em prosseguir na atividade ilícita, representará cumprimento espontâneo da sentença, que tecnicamente não se enquadra no conceito de execução forçada. Não dispõe o órgão judicial, como é evidente, de ‘meios de sub-rogação’, que lhe permitam proporcionar ao vencedor o resultado prático desejado independentemente da colaboração do vencido. Do ponto de vista formal, porém, tudo que foi exposto neste item insere-se no quadro de um processo para o qual não é fácil descobrir – nem será, com certeza, necessário, desde que não se percam de vista peculiaridades ocorrentes – outra maneira de designar senão a de processo de execução. O leitor atento decerto não correrá o risco de extrair dessa terminologia conclusões descabidas.”²³¹

Certamente, esse entendimento de BARBOSA MOREIRA era justificável numa época em que cognição (contraditório) na relação processual executiva era algo impensável, tampouco era aventada a possibilidade de objeção de pré-executividade – a não ser por PONTES DE MIRANDA. Daí a sua tese no sentido de que a “efetivação” (diríamos hoje) da sentença ligada à coerção indireta dar-se-ia em relação processual separada, sem se tratar de um verdadeiro e próprio processo de execução forçada, mas com cabimento de embargos do devedor, muito embora sem estar seguro o juízo.

Enfim, uma postura doutrinária a meio termo, entre PROTO PISANI e CRISANTO MANDRIOLI. Próxima de CRISANTO MANDRIOLI na parte em que entende necessárias duas relações processuais, sem ter, no entanto, alargado o título executivo, porque a nova relação processual é atípica. Próxima de PROTO PISANI na parte em que aceita que a sentença ligada à técnicas de coerção indireta continue sendo chamada de condenatória, porém atípica, mas a proximidade para aí, pois PISANI jamais cogitou de duas relações processuais separadas para a *attuazione della sentenza di condanna di obblighi di non fare*. Mas se, nessa específica, pontual e “tênue” questão, a opinião de BARBOSA MOREIRA não se enquadra, perfeitamente, em qualquer das precedentemente analisadas, por imperativo lógico se trata de uma tese.

Logo, a tese de BARBOSA MOREIRA parece ser no sentido de *alargar a própria noção de processo de execução*, enquanto *relação processual*, admitindo (ou sugerindo) – talvez com maior amplitude que a imaginada por PROTO PISANI – a *construção de uma relação*

²³¹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 44.

processual atípica.²³² Aqui reside particular interesse para as tutelas que são prestadas pelo art. 461 do CPC e pelo art. 84 do CDC, como vias gerais e atípicas de tutela específica dos direitos. Especialmente para a pendência científica do enquadramento das demandas unitárias no “Processo de Conhecimento” ou no “Processo de Execução”.

BARBOSA MOREIRA voltou ao assunto quando proferiu Comunicação ao Colóquio da Associação Internacional de Direito Processual, realizando em 1985, na Suécia.²³³ Na ocasião, defendeu a adoção generalizada de medidas coercitivas indiretas de natureza patrimonial, como as *astreintes* do direito francês e, no que se refere à efetividade da tutela jurisdicional específica, afirmou:

“A instauração de processo judicial constitui, no comum dos casos, uma alternativa a que se recorre quando parece impossível, ou difícil, a atuação espontânea do direito. Logicamente, o objetivo do processo deveria consistir na obtenção de resultado prático que coincidissem de modo *exato* com o que se atingiria por aquele caminho natural. Não sendo isso possível, valorar-se-á o funcionamento do mecanismo processual, em todo caso, à luz da sua aptidão para produzir resultado *próximo* do ideal de coincidência. Dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito.”²³⁴ “Não se descobre, no Direito latino-americano, fenômeno correspondente ao do *contempt of court*, na amplitude notável que ele assumiu nos ordenamentos de *common law*. O descumprimento de ordens judiciais pode sem dúvida acarretar conseqüências várias, se bem que sejam raras as tentativas de disciplinar sistematicamente a matéria.”²³⁵ “Talvez o esquema ‘sentença condenatória + execução forçada’ não seja na verdade apto, em determinadas hipóteses, a ensejar uma razoável aproximação do ideal da ‘maior coincidência possível’, concluindo que “É tarefa que desafia os legisladores a criação [...] de novos modelos processuais simples e expeditos, adequados às necessidades em jogo, para cujo eficiente funcionamento concorreria o uso bem dosado de providências de urgência do tipo das *injunctions* – tão importantes nos sistemas jurídicos de *common law* – com a assistência de medidas coercitivas suficientemente enérgicas para assegurar, tanto

²³² No sentido de não ser nem “Processo de Conhecimento”, tampouco “Processo de Execução”, mas “Processo”, aplicando-se, *no que cabível*, as normas legais de um e de outro. Uma segunda possibilidade residiria em admitir a fase de efetivação da sentença (do provimento) com formas flexíveis dos atos processuais, preservada apenas a essência do devido processo legal que é a da bilateralidade da audiência – contraditório, procurando obviar o problema da chamada “*plenitude de defesa só do réu*”. Neste último sentido, já acenou, autorizadamente, Flávio Yarshell, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 166-187.

²³³ *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais [Relatório Regional Latino-Americano para o Colóquio da Associação Internacional de Direito Processual, Lund, Suécia, 1985]*, ‘in’ *Revista de Processo* n° 41, p. 151-168.

²³⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, cit., p. 152.

quanto se possa, o cumprimento, e com ele a ‘maior coincidência possível’ entre o resultado do processo e o querido pelo direito.”²³⁶

Essas considerações parecem um prenúncio das reformas no sistema processual brasileiro, especialmente no que se refere à tutela específica para a obtenção do resultado prático correspondente (*exato*) e à tutela específica para a obtenção do resultado prático equivalente (*próximo*).²³⁷

Além disso, a multa diária, enquanto técnica coercitiva indireta, geral e atípica, veio explicitamente acolhida, pois ordem judicial desacompanhada dessas técnicas – como já visto – não é ordem.

Somente com o refinamento das técnicas do processo é que se pode atingir o postulado lógico da “máxima coincidência possível”, isto é, o *resultado específico exato* ou, pelo menos, *próximo do exato*, os únicos adequados para os direitos não patrimoniais, sem valor de mercado.

3.4 O estado da questão após a reforma do CPC.

A produção científica posterior a reforma de 1994 tem se mostrado cada vez menos refratária à inclusão das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* no quadro geral da classificação das “ações” e sentenças de procedência.

No entanto, ainda há posições contrárias e que podem ser reconduzidas, basicamente, a duas: (i) a que nega, expressamente, com maior ou menor amplitude, a existência de provimentos mandamentais e/ou executivos *lato sensu* no sistema, *alargando a noção de*

²³⁵ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, cit., p. 164.

²³⁶ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, cit., p. 165-166.

²³⁷ Os arts. 461 do CPC e. 84 do CDC referem-se a resultado prático *equivalente* e resultado prático *correspondente*. Mas não se trata de ponto pacífico e sobre o qual já pesam profundas dissensões doutrinárias.

condenação;²³⁸ (ii) a que nega, implicitamente, a existência de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* no sistema, alargando a noção de *título executivo*.²³⁹

Ante as premissas já assentadas, entendemos que o provimento judicial executivo *lato sensu*, justamente por ser efetivado na própria relação processual, *não é título executivo*, logo não pode ser considerado um provimento condenatório.

Justamente por isso, não é possível assentir com a tese que vem de ser sustentada por parcela de autorizada doutrina no sentido de que as técnicas previstas no § 5º do art. 461 do CPC seriam *atuadas* no processo de execução, afirmando-se que, muito embora as “ações” possam ser mandamentais ou executivas *lato sensu*, as respectivas *sentenças* de procedência “são tipicamente condenatórias”, e, portanto, *títulos executivos judiciais*.²⁴⁰

Note-se que se o *pedido imediato* é de *ordem* sob pena de coerção indireta ou *ordem* sob pena de técnicas sub-rogatórias (assistidas por sanção criminal), visando a efetivação de um determinado dever de fazer fundado no art. 461 do CPC ou no art. 84 do CDC, padeceria de

²³⁸ José Manuel Arruda Alvim Neto, por exemplo, nega a categoria das mandamentais: “Parte da doutrina brasileira acrescenta à classificação das sentenças, tendo em vista os efeitos distintos que produzem as diversas espécies, as mandamentais. A sentença mandamental, em nosso sentir, pode ser assimilada às sentenças constitutivas e às condenatórias, em especial.” Cf. Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, 5ª ed, São Paulo: RT, 1996, págs. 587-590, esp. pág. 588 e nota 5. Flávio Luiz Yarshell, a um primeiro momento, rejeitava as duas categorias, afirmando ser condenatória a chamada *executiva lato sensu*, cf. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade, cit., p. 21-22; posteriormente, passou a aceitar com ressalvas as sentenças executiva *lato sensu* e mandamental, mas não para as tutelas do 461 do CPC, aceitando, contudo, que uma e outra, quando existentes (por ora entende serem típicas, no sentido de previstas taxativamente em lei), “não são remetidas à forma tradicional da instauração de um novo processo de execução”, cf. Tutela jurisdicional, São Paulo: Atlas, 1999, p. 167-168. Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, afirmam que “ao lado da sentença meramente declaratória, constitutiva e condenatória, como desdobramento desta última, existem sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, que se distinguem da condenatória pura porque a atuação concreta do comando da sentença não depende de um processo executivo *ex intervallo*”, cf. Teoria Geral do Processo, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 305.

²³⁹ Assim, por exemplo, Nelson Nery Júnior, Atualidades, cit., p. 76, quando afirma: “A execução específica da obrigação de fazer ou não fazer, constante de sentença transitada em julgado ou de título extrajudicial (CPC 645), deve seguir o rito estabelecido pelo CPC 632 e ss. O CPC 461, de consequente, regula a ação de conhecimento e não a de execução *stricto sensu*. O autor deverá requerer a condenação do réu ao cumprimento da tutela específica da obrigação de fazer.” Também, Sérgio Seiji Shimura, *Título executivo*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175 e 189, que assim se expressa: “[...] a doutrina distingue sentenças condenatórias e sentenças de condenação. As primeiras são mais amplas, abrangendo as meramente declaratórias e as constitutivas, na parte em que haja alguma condenação acessória quanto ao pedido propriamente dito (por exemplo: condenação no pagamento das custas e honorários)”, e, sem fazer qualquer referência a outros tipos de provimento jurisdicional, mais adiante completa: “A sentença que julga procedente um pedido condenatório formulado em ação civil pública configura título executivo como qualquer outro, dando ensejo à execução coletiva [...] No que tange à execução coletiva movida em prol de direitos difusos e coletivos, a lei não é clara como o é em relação aos direitos individuais homogêneos (arts. 95 e s., CDC)”. Verifica-se que Sérgio Shimura alarga, ainda mais, a noção de título executivo para incluir as decisões interlocutórias: “perquirimos a viabilidade de existência de título executivo judicial derivado de simples decisão interlocutória, e não, como diz a lei, de sentença condenatória. A nossa resposta é positiva”, cit., p. 209.

vício de *extra-petita* a sentença de procedência que remetesse as partes para um *processo de execução forçada*, precisamente porque esta mesma sentença teria indiscutível natureza *condenatória*.²⁴¹

Além disso, a doutrina²⁴² que não admite as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* mas aceita *ordem* interna ao conteúdo da sentença, por intermédio de uma noção alargada de condenação – como entendeu PROTO PISANI, no direito italiano – não pode, ao mesmo tempo, afirmar que essa condenação “alargada” é correlacionada com execução forçada, justamente porque o sistema do processo de execução, tal como estruturado no Livro II do CPC, ainda é típico e rígido quanto às suas técnicas executivas – ao contrário do que dispõe o sistema misto²⁴³ inaugurado com o § 5º do art. 461 do CPC.

Se a intenção é manter sistematicamente enquadrada no processo de execução do Livro II, enquanto relação processual separada, a execução dos deveres de fazer e de não fazer

²⁴⁰ Cf. Marcelo Lima Guerra. *Execução indireta, passim*, p. 61-69.

²⁴¹ Mas que se esclareça um ponto: o que estamos defendendo no texto é a infungibilidade entre provimento condenatório – porque executado em processo separado – e os provimentos mandamental ou executivo *lato sensu*, de sua vez efetivados na mesma relação processual. Nada impede que a parte peça ordem sob pena de multa (mandamental) e no momento da efetivação do provimento se afigurem mais adequadas ao caso concreto providências executivas – busca e apreensão com força policial, por exemplo. Insista-se na fungibilidade do pedido imediato relativo à provimento mandamental e executivo *lato sensu*, o que inexistente relativamente ao provimentos condenatório ou qualquer outro da classificação trinária. De resto, não é novidade no sistema (por exemplo, fungibilidade do pedido na tutela possessória – art. 920 do CPC). Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo: RT, 1998, p. 119 *et seq.* Observe-se, por fim, que outra é a situação quando o pedido condenatório ou declaratório revela-se inadequado (por exemplo, para a prevenção da repetição do ilícito): tratando-se de direitos não patrimoniais (cláusulas abusivas em planos de saúde), autor da demanda o Ministério Público, o processo é inquisitório em sentido material e o juiz não fica adstrito ao pedido, nem ofende à regra de congruência. Em nossa dissertação de mestrado, defendemos que a fungibilidade do pedido e a natureza inquisitória do processo são exceções à regra da congruência, cf. Clayton Maranhão. *O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 30 de abril de 1998, 112 p. Acrescente-se mais um argumento no sentido de que o juiz não viola a regra de congruência emitindo provimento mandamental ou executivo *lato sensu*, quando requerida a declaração de “nulidade” de cláusulas abusivas em demanda coletiva: trata-se de dar *interpretação conforme à Constituição* relativamente ao art. 51, § 4º, do CDC (*declaração de nulidade de cláusula abusiva*), entendendo-se que há *dever* de não inserção e aplicação da cláusulas abusivas, sob pena de negação à garantia constitucional de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). Tratando-se de plano de assistência médico-hospitalar, supondo-se uma cláusula de carência, a *interpretação conforme* também é exigida em atenção ao direito fundamental à saúde (art. 6º). Em um ou outro caso, com reflexos na forma de tutela jurisdicional adequada a ser prestada (art. 5º, XXXV), isto é, mandamental (ordem de expedição da guia de internamento hospitalar sob pena de multa diária) ou executiva *lato sensu* (ordem de permissão a que o interventor judicial aceda ao estabelecimento e expeça a guia de internamento hospitalar, sob pena de crime de resistência).

²⁴² Já referida, *supra*.

²⁴³ Marcelo Lima Guerra defende um sistema misto, porém com negação das eficácias executivas *lato sensu* e mandamentais e com alargamento da noção de título executivo, cf. *Execução indireta*, cit., p. 29 *et seq.*; 65 *et seq.*; Eduardo Talamini também defende um sistema misto, mas, no sentido por nós defendido, afirmando no sistema aquelas mesmas eficácias, efetiváveis numa mesma relação processual, cf. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo: RT, 2001, p. 420 *et seq.*

fundados em *sentença*, então não se está “alargando” a noção de *condenação*, mas a noção de *título executivo* – como procederam MANDRIOLI e MONTELEONE, no direito italiano.

Só que uma noção alargada de título executivo vulnera o direito positivo brasileiro que, de um lado, reconhece expressamente os provimentos mandamentais²⁴⁴ mas, por outro, não os arrola no ‘*tipo*’ do art. 584 do CPC – *nullus titulus sine lege*.²⁴⁵

Perceba-se, ademais, que a condenação, e só ela, é vocacionada, necessariamente, a um separado processo de execução forçada²⁴⁶ – que portanto, longe está de ser abolido ou suprimido do sistema -,²⁴⁷ não comportando uma noção alargada e compreensiva da executividade *lato sensu*, que por natureza efetiva-se na mesma relação processual em que proferida a sentença.

3.5 Síntese. A necessidade de uma relação processual unitária para a efetiva e adequada tutela específica, individual e coletiva dos direitos não patrimoniais.

No direito positivo brasileiro, a ampliação das noções de condenação ou de título executivo não são vias satisfatórias para a resolução do problema dogmático da correlação entre condenação e execução forçada e dos problemas que dele derivam, como os relativos à

²⁴⁴ Cf. art. 14, V, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 10.358, publicada no D.O.U. de 28 de dezembro de 2001.

²⁴⁵ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, 7ªed., São Paulo: RT, 2000, p.459-460. Correta a opção dos legislador, segundo a ética da tutela jurisdicional condenatória, pois quando essa é a adequada, e só para esses casos – direitos de crédito meramente patrimoniais –, não seria justa a expropriação da esfera jurídica patrimonial do devedor sem antes ter-se certificado o direito do credor. No que se refere à situações de fato como a posse, aos direitos absolutos, aos direitos reais e aos direitos não patrimoniais – ligados à noção de dever geral de abstenção ou pelo menos a um dever de restituição, muito diverso da mera obrigação de entrega - não teria sentido a lei ter de atribuir natureza de título executivo aos provimentos antecipatórios ou finais que os tenham por objeto. É que nesses casos o bem ou o interesse jurídico ameaçados ou lesados já estariam na esfera jurídica do ‘credor’, independente de certificação judicial. No que se refere aos títulos executivos extrajudiciais, em que vigora o mesmo princípio da tipicidade, é questão que refoge aos limites deste estudo. Assim como alguns procedimentos especiais, em que o direito de crédito é tutelado mediante técnica executiva *lato sensu* (por exemplo, ação de depósito).

²⁴⁶ O art. 644 do CPC é o que gera mais perplexidade. Correta a posição de Eduardo Talamini: “Falta, naquele processo executivo, a emissão de verdadeira ordem ao executado”, cf. Tutela relativa aos deveres, cit., p. 215.

²⁴⁷ Cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 426-427; contra, Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta, passim*, p. 67.

técnica de execução *ex intervallo*, ao dogma da *nulla executio sine titulo* e à tipicidade “fechada” das formas de execução “forçada” e das técnicas executivas.

Quem defende a correlação necessária entre condenação e título executivo – alargando o conceito de título – precisa antes analisar se o direito positivo brasileiro contempla essa “necessidade”. Isso porque, em assim fazendo, colabora para a conservação da cisão radical entre as atividades de cognição e execução, isto é, as figuras do Processo de Conhecimento e do Processo de Execução.

Contudo – sempre à luz do direito positivo brasileiro em vigor –, não é satisfatória essa separação porque: (i) aprisiona a tutela específica dos direitos às formas rígidas e sempre inadequadas do Processo de Execução; (ii) difere no tempo a atuação executiva dos “novos direitos”; e (iii) permite a “concepção artificial”²⁴⁸ de embargos do devedor à “execução das obrigações de fazer e de não fazer”, que além disso são “sempre” suspensivos da execução – ao contrário, por exemplo, do direito positivo italiano vigente –, mas que na realidade não deveriam passar de uma “contestação simples”.²⁴⁹

²⁴⁸ Cf. Ovídio Baptista da Silva, Curso, vol. 2, cit., p. 136-137.

²⁴⁹ No direito italiano há duas modalidades de embargos do devedor: (i) os embargos à execução e (ii) os embargos aos atos executivos. Enquanto os embargos aos atos executivos suspendem a execução, como no direito brasileiro, os embargos aos atos executivos não tem efeito suspensivo *ex lege*, apenas e eventualmente a suspensão será *ope iudicis*; cf. Crisanto Mandrioli, *Opposizione*, ‘in’ *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, Milão: Giuffrè, 1980, p. 448-450, p. 460-461. Note-se que, ao contrário do direito positivo italiano, onde nem sempre os embargos do devedor suspendem a execução, é perversa a lógica do processo de execução no direito brasileiro quando não distingue entre as diversas matérias examináveis nos embargos. Basta oferecê-los para que se suspenda *ope legis* a eficácia executiva. A questão já foi detectada na doutrina brasileira: “Melhor seria se ao juiz fosse conferido o poder de apreciar discricionariamente, caso a caso, a suspensão ou não dos atos executivos”, cf. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo: RT, 2000, p. 409. Como de *jure constituto* assim não é, a ampla defesa e o contraditório encontram plenitude *para além do razoável*, quando a suspensão da eficácia executiva decorre da lei e não das peculiaridades do caso concreto – como deveria. Um ordenamento que preserve a suspensividade *ex lege* da eficácia executiva distribui desigualmente o ônus do tempo do processo, contrariando a máxima de que o processo não deve causar dano à parte que provavelmente tem razão. Na sentença o grau de probabilidade aumenta vez que o percentual de reforma pelo tribunal de apelação é bem menor do que o percentual de confirmação dos julgados proferidos em primeiro grau. Assim como o efeito suspensivo da apelação deveria ser conferido no caso concreto, também os embargos do devedor somente poderiam suspender a eficácia executiva da sentença dada as peculiaridades de cada caso, aferidas pelo julgador. Em síntese, a regra deveria ser a execução imediata das sentenças e a efetivação imediata dos provimentos judiciais, salvo embargos naqueles e interposição de recurso em ambos, aos quais fosse atribuído efeito suspensivo *ope iudicis*. De resto, permanece no sistema a incoerência entre execução imediata completa fundada em cognição sumária e execução imediata incompleta fundada em cognição exauriente, cf. Luiz Guilherme Marinoni, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, São Paulo: RT, 1997; ID, *A execução ‘imediata’ da sentença*, ‘in’ *A segunda etapa da reforma processual civil* [coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr.], São Paulo: Malheiros, 2001, p. 9 et seq; Clayton Maranhão, *Execução ‘provisória’ da sentença civil: a exceção passará a ser a regra*, ‘in’ *Revista de Direito Processual Civil* nº 10, p. 684 et seq.

Posto que, para uma efetiva e adequada tutela dos direitos no ordenamento jurídico brasileiro, manter duas relações processuais separadas não atende ao *dictum* constitucional (art. 5º, XXXV), o melhor caminho seria então o de alargar a noção de condenação, como procedeu PROTO PISANI.

Mas não se deve perder de vista que PROTO PISANI estava diante das limitações do direito positivo italiano, o que, definitivamente não é o *caso* brasileiro, que admite expressamente uma diferenciação entre a condenação (sem ordem) e a mandamentalidade (com ordem).

No sistema brasileiro, não há qualquer sentido em ir-se contra o direito positivo, que contém normas claras, expressas, agora até literais, no sentido de que a decisão que ordena *não é condenatória*, mas mandamental. Algum esforço, mas não muito, pode ser exigido para demonstrar-se que a ordem também está contida no provimento judicial executivo *lato sensu*. Mas o fundamental é que não existe *ordem* na condenação proferida pelo juiz brasileiro. É mais uma questão de direito positivo do que um problema realmente de divergência científico-doutrinária. Que o juiz (brasileiro, italiano ou qualquer outro) *pode* emitir *ordens*, todos estão acordes:²⁵⁰ resta “apenas” saber quando e o(s) *nome(s)* que se deve(m) dar ao(s) provimento(s).²⁵¹

Sendo assim, a pretendida noção *alargada* de condenação tem atualmente para o direito brasileiro – e não se trata apenas de uma questão semântica -, um significado muito próximo (no sentido de provimento contendo *ordem*) daquilo que denominamos de sentenças mandamental e executiva *lato sensu*, isto é, classe de sentenças que não são correlatas com título executivo e, mais do que isso, não são correlatas com uma *ação* de execução e suas formas e técnicas típicas e rígidas.

A doutrina brasileira, diante da realidade normativa em que opera, tem podido ir mais além da doutrina italiana - essa com reconhecidas limitações impostas pelo ordenamento.

²⁵⁰ José Carlos Barbosa Moreira, recentemente, emprestou significativa contribuição ao tema, sugerindo, inclusive, a possibilidade de *ordem* para além das “mandamentais”, cf. *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, in *Revista de Processo* n° 97, p. 251-264. Invocando o princípio da proporcionalidade, o juiz não “deve”, apenas “pode” determinar, ordenar, tudo a depender dos valores em conflito, *ibidem*, p. 260-261. No contexto em que colocada a afirmação – premissa de que ordem, segundo a noção pontiana, apenas há nas mandamentais, *ibidem*, p. 262 -, há que se concordar, indubitavelmente. Contudo, temos uma noção “alargada” de ordem e, portanto, diferenciada de “mandamental” e “executiva lato sensu”. Não, por certo, no intuito de “diminuir a compreensão do conceito”, mas, ao contrário, em dar uma contribuição à sua maior clareza – cf. nota seguinte deste texto.

²⁵¹ Tratamos do assunto no Capítulo seguinte.

Isso tem sido possível na medida em que, em face do direito positivo brasileiro, não é (mais) preciso recorrer exclusivamente à propostas de alteração legislativa,²⁵² tendo à disposição, *de jure constituto*, texto de lei que permite afirmar, como regra geral no sistema da tutela específica, a existência de sentença que não seja correlata com título executivo, nem com execução forçada - e sob este aspecto é que se pode e se vai além -, tampouco com técnicas típicas de execução-efetivação dos direitos - indo mais além ainda. Pois, absolutamente de lado o dogma da *nulla executio sine titulo*,²⁵³ pode-se não só efetivar um provimento fundado em cognição sumária, mas também a sentença, na mesma relação processual, prescindindo-se, em qualquer caso, do tradicional processo de execução, assim entendido como relação processual distinta do processo de conhecimento.

Além disso, diante da topologia normativa em que o nosso sistema permite ao juiz *determinar* técnicas atípicas (*rectius*: típicas nominadas e inominadas – *tipo aberto*²⁵⁴) de efetivação do provimento no caso concreto, isto é, no processo de conhecimento – entendido como relação processual única e geral para a tutela específica ex art. 461 CPC –, evidencia-se que é bastante atuá-las na mesma relação processual, como uma mera fase ‘executiva’.

No que se refere ao microssistema das “ações” coletivas, são altamente significativos os resultados até aqui obtidos levando-se em consideração que o Código de Defesa do Consumidor apenas se refere à *condenação*²⁵⁵ em caso de tutela *acidentalmente* coletiva, isto é, na defesa de interesses individuais homogêneos,²⁵⁶ o que induz à conclusão de ser a única hipótese em que a tutela coletiva é ressarcitória pelo equivalente monetário – sem prejuízo,

²⁵² “Por que não generalizar o sistema?” Essa foi a tese, agora acolhida no pelos arts. 461 do CPC e 84 do CPC, de Humberto Theodoro Júnior, cf. A execução de sentença e a garantia do devido processo legal, Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 256.

²⁵³ Derivação, em certo sentido, dos dísticos emanados dos juristas da Idade Média: “*primo intentanda est actio* (Glosa); *non est incoandum ab executione* (Bartolo)”, cf. Liebman, Processo de execução, cit., p. 11. Mas é sabido que a ligação histórica direta é com as “*instrumenta guarentigiata*” ou “*confessionata*”: “*confessus in iure pro condemnatio habetur*”, cf. Lieman, *ibidem*, p. 12.

²⁵⁴ A noção de tipo aberto significa previsão legal *flexível* ao caso concreto. Note-se que mesmo em direito penal, onde o valor da liberdade humana está em jogo, não se desconhece a figura dos tipos penais abertos, de que são exemplo os tipos culposos. Mas a comparação aqui feita serve apenas como reforço do argumento para a admissão de *norma processual típica aberta*. Sobre tipo e tipicidade no processo civil, v. Flávio Luiz Yarshell, Tutela jurisdicional, cit., p. 55 *et seq.* Flávio Yarshell entende que o tipo deve ser considerado em abstrato e a tipicidade em concreto; diz-se que algo é típico quando está previsto em abstrato na norma e que há tipicidade (*fattispecie*) quando da sua concreção; das “idéias de tipo e tipicidade” há uma “passagem do abstrato para o concreto”, *ibidem*, p. 188-189.

²⁵⁵ Com exceção da chamada ação direta contra a seguradora do fornecedor responsável, em virtude do chamamento ao processo, de sua vez referindo-se à título executivo (arts. 102, II, CDC e art. 80 do CPC).

²⁵⁶ Cf. Título III, Capítulo II, arts. 95; 98, § 2º, I e II; 99 (ação coletiva de direitos individuais homogêneos).

segundo pensamos, de tutela coletiva ressarcitória na forma específica, fundada no art. 83 do CDC, como por exemplo o dano à saúde de um número determinável de pessoas decorrente de consumo de medicamento adulterado.

Logo o microssistema do CDC e das ações coletivas é geneticamente concebido pelo legislador como *uma relação processual única* para a tutela jurisdicional específica de interesses difusos e coletivos, mediante as técnicas mandamental e executiva *lato sensu*, devidamente assistidas pelas respectivas técnicas de efetivação.²⁵⁷

Além disso, a grande vantagem do nosso sistema reside em que, como regra geral, a lei está facultando (*rectius*: a Constituição da República está determinando) ao julgador do caso concreto que determine uma tutela jurisdicional efetiva e *adequada* às necessidades do direito ou da situação substancial, quando veiculada a pretensão em demanda de relação processual única.

Por outro lado, o direito brasileiro adota a técnica da antecipação dos efeitos da tutela como regra geral no sistema. Nesse caso, há efetivação de provimento fundado em cognição sumária e, uma vez que se confirme a decisão em sede de cognição exauriente, a relação processual também é unitária, inclusive na antecipação de entrega de soma. Caso a antecipação seja final, juntamente com a sentença, e uma vez que ela seja efetivada antes do julgamento da apelação, a conclusão é a mesma: a relação processual é unitária.

Portanto, sendo regra geral, não há mais a desigual e inefetiva tutela dos direitos derivada da discriminação dos procedimentos, então existente na contraposição estanque entre os procedimentos especiais - adequados somente para a tutela específica de determinados direitos -, e o procedimento comum, reservado para os demais.

O procedimento comum, ordinário ou sumário, na perspectiva da tutela preventiva e específica de direitos não patrimoniais, conexos ou não a um direito de crédito, construído em torno da exclusiva noção tradicional de sentença condenatória era, antes da reforma de 1994, por essência, moroso, desigual, inefetivo e inadequado.

Não há razão para que seja regra diferir a eficácia executiva (*rectius*: a efetivação da sanção prevista no ordenamento) para o processo de execução forçada, que, quando muito, pode dar-se em relação a interesses exclusivamente patrimoniais, desde que não urgentes ou seriamente contestados.

²⁵⁷ Cf. Capítulo 6.

Por fim, a solução do problema das formas de tutela, a bem da verdade, não se encontra no plano do direito processual, mas no plano do direito substancial – como veremos mais adiante -, pelo menos para a doutrina compromissada com a relativização entre direito e processo.

CAPÍTULO 4

A CONSAGRAÇÃO DAS TÉCNICAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA *LATO SENSU* EM RELAÇÃO PROCESSUAL UNITÁRIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.

SUMÁRIO: 4.1 O núcleo essencial dos provimentos judiciais mandamentais e executivos *lato sensu*: análise do art. 14, V, parágrafo único, do CPC com a redação dada pela Lei nº 10.358 de 28 de dezembro de 2001. 4.2 As demandas unitárias no Código de Defesa do Consumidor: demandas coletivas, demandas individuais e demandas diferenciadas (direitos individuais homogêneos). 4.3 O problema de uma noção de tutela executiva compreensiva da chamada execução indireta e o enquadramento das demandas unitárias no sistema do CPC.

4.1 O núcleo essencial dos provimentos judiciais mandamentais e executivos *lato sensu*: análise do art. 14, V, parágrafo único, do CPC com a redação dada pela Lei nº 10.358 de 28 de dezembro de 2001.

Recentemente, consagrou-se como regra geral no sistema a categoria dos provimentos mandamentais, após longa e fecunda dissensão doutrinária. Trata-se da Lei nº 10.358 de 28 de dezembro de 2001, que acrescentou o parágrafo único e o inciso V ao art. 14 do CPC, versando sobre a multa punitiva por ato atentatório ao exercício da jurisdição, praticado pela parte ou por terceiros que do processo participem de alguma forma.

Paralelamente, a doutrina já vinha fazendo novos questionamentos construtivos sobre o círculo conceitual do provimento mandamental.

De particular interessante é a circunstância de a Lei nº 10.358 não ter consagrado *expressamente* o provimento executivo *lato sensu* – embora *implicitamente* o tenha feito, com alusão genérica a provimentos judiciais antecipatórios e finais, aí incluídos os instrutórios.

Diante do novo contexto sistemático processual e das teses doutrinárias mais recentes, pensamos poder tecer algumas considerações a respeito. Sabe-se, contudo, do risco que se corre.²⁵⁸

Em nosso entender, os provimentos mandamentais e as executivos *lato sensu* contém *ordem*, e são suscetíveis de punição criminal pela desobediência (v.g. à ordem judicial de não fazer; à ordem judicial de busca e apreensão) ou resistência (v.g. à ordem judicial de busca e apreensão).

Se são assemelhadas a condenação medieval (*per officium iudicis*) e a moderna executiva *lato sensu* pelo fato de executarem-se na mesma relação processual, diferem entre si quanto ao conteúdo: a *condenação medieval*, tendo (res)surgido por volta do século XI, não continha *ordem*, logo não era suscetível de qualquer modalidade de coerção indireta.²⁵⁹

Essas técnicas reapareceram somente a partir do século XIII – portanto aproximadamente três séculos depois do ressurgimento dos estudos romanísticos e da *condenação medieval* a que estamos nos referindo. ESMEIN é quem relata esse dado histórico, citando juristas franceses dos séculos XIII a XVII.²⁶⁰

²⁵⁸ Advertiu Edson Ribas Malachini: “É princípio de lógica, certamente, o de que se deve, ao fazer classificação, restringir o número de classes ao mínimo irreduzível (princípio da irreduzibilidade); mas é evidente que isso só pode ser feito quando haja perfeita identidade entre as espécies que integram as classes a que se chegou com a redução, não se podendo inserir numa delas uma categoria que tem características que a diferenciam. Isso contraria outro princípio lógico (princípio da adequação)”, cf. A eficácia preponderante das ações possessórias, ‘in’ Revista de Processo nº 71, cit., p. 19.

²⁵⁹ Como refere Liebman, o ‘ressurgimento’ dos estudos romanísticos na península, “depois do ano 1000”, permitiu uma dialética entre a mentalidade romana e a mentalidade germânica, sendo a primeira excessivamente preocupada com os direitos do devedor (*actio iudicati*) e a segunda excessivamente preocupada com os direitos do credor, “rude e violenta, impaciente de qualquer demora”, razão pela qual os “juristas da Idade Média”, chegaram a meio termo: “reafirmaram, eles, em primeiro lugar, o princípio da necessária precedência da cognição”, e, por segundo, como regra, uma execução que obviasse a “demorada e protelatória” *actio iudicati*, cf. Processo de execução, cit., p. 11-12.

²⁶⁰ A. Esmein, *L’origine et la logique de la jurisprudence en matière d’astreintes*, ‘in’ Revue Trimestrielle de Droit Civil, vol. 2, 1903, p. 5-53, que assim se expressou: “Ordenar e ameaçar, para forçar as partes a executar suas obrigações, é uma tendência natural aos juizes-magistrados, e deve ser tão velha quanto a própria justiça, quando ela cessa de ser puramente arbitral para se fazer imperiosa”...“era seguramente a prática dos juizes do Império Romano” [refere-se às *Instituições* de Justiniano - *Corpus juris civilis*]...“Na Idade Média, o processo originado do direito romano e do direito canônico sempre fazia reaparecer a *astreinte* [enquanto pena pecuniária]”...“No século XIII era ligada, não ao poder jurisdicional dos juizes no seu estrito sentido, mas a um poder maior, a um direito de mando (*commandement*) que lhes pertencia”...“Na concepção antiga o juiz que possuísse a plenitude do poder judiciário, não tinha só o direito de fatiar [conhecer] em fatos e em direitos as questões litigiosas [*notio*] postas pelas partes. Tinha a mais o direito de dar ordens (*donner des ordres*) ... e de sancionar com penas (*sanctionner par des peines*) quando necessário para a boa administração da justiça [*imperium*], da mesma forma que tinha o poder de fazer executar as sentenças [*per officium iudicis*]”; “Essa idéia reflete-se no título de um livro do século XV, publicado por M. *Beautemps-Beaupré*: O livro dos direitos e dos mandamentos do ofício da Justiça”...“O Jurisconsulto *Argentère* diferenciava os juizes dos árbitros, porque esses últimos eram desprovidos do poder de coerção [*imperium*], que não tinham verdadeira jurisdição, mas

Ainda que assim não fosse – admitindo por hipótese que a condenação medieval pudesse vir assistida de multa coercitiva –, a diferença ficaria ainda mais evidente: a condenação medieval seria “atípica” em sentido moderno e, portanto, aquilo que a doutrina brasileira tem chamado de “mandamental”.

Estamos fazendo abstração da antecipação de tutela (que é mais uma diferença entre a *condenação medieval*, a qual não consentia que a execução precedesse à cognição exauriente – *prima intentanda est actio; non est incoandum ab executione*),²⁶¹ para ressaltar a outra diferença entre elas existente.

apenas o poder de conhecer das causas [*notio*].”...“Na Idade Média, nos séculos XIV e XV, os juízes eclesiásticos (ao menos os ordinários) exerciam também o poder de comando e o sancionavam pelos meios de coerção de que eles então dispunham.”...“*Bodin*, na segunda metade do século XVI, retirando dos elementos fornecidos pelo passado os princípios de direito público, assinalou o direito de comando como um traço essencial do magistrado” “...o magistrado é o oficial que tem o comando de coerção (público) sobre os que não querem obedecer ... ou que descumprem suas proibições e que pode suspender as coerções por ele feitas...(*Bodin*)” “...eu disse poder de coerção para a diferença daqueles que têm conhecimento das causas [*notio* dos árbitros], que julgam e dizem sentenças e citam diante deles, mas não têm poder de coerção nem de pôr em execução as sentenças e comandos, como os antigos pontífices e atuais bispos... Os bispos não tendo nenhum poder de coerção, enviam suas sentenças para fazê-las executar pelos magistrados, como o fazem no oriente os Cadis e Parcadis... que enviam seus julgamentos aos Soubachis...(*Bodin*)”...“No século XVII, *Jousse* reproduz a mesma teoria”, também fundado nas leis romanas. “Jurisdição propriamente dita é conhecimento ou noção [*notio*] ligada à magistratura. O poder (*puissance*) misto, chamado em direito *imperium mixtum* ou simplesmente *imperium*, é o que é inseparavelmente ligado e inerente à jurisdição e que fecha (*renferme*) ao mesmo tempo o poder e a jurisdição: assim é na França a jurisdição dos magistrados e juízes ordinários. Em efeito, a jurisdição seria ilusória e inútil, se o magistrado que a exerce não tem o direito de poder reprimir com ao menos uma punição módica (*modica coercitione*), os que são rebeldes aos mesmos mandamentos (*Jousse*)”...“Pode-se notar enfim que o direito inglês conhece casos numerosos nos quais dá-se satisfação ao litigante por injunções (*injunctions*) da Corte, levadas a seus adversários e sancionadas pelos meios de que ele dispõe. São geralmente ... proibitivas ... mas pode ser imperativas - *mandatory*. O poder de as emitir era antes uma prerrogativa da Corte de Equidade, mas os *Judicature Acts* estenderam-lhe o uso a todas as seções da Alta Corte. Além disso, as *Courts of record*, quer dizer, todos os tribunais importantes, têm o direito de punir pela prisão ou por multas aqueles que desprezam - *contempt* - sua autoridade.”...“O poder de decidir e ordenar em relação às causas das quais eram tomados era amplamente exercido pelos juízes do *ancien régime*. Um pequeno livro de prática do século XVII narrava esse poder.”...“Os juízes que somente tinham uma jurisdição de exceção e que não eram verdadeiros magistrados (no dizer de *Loyseau*), como os juízes cônsules, reivindicavam o direito de proceder por injunções e ameaças.”...“Um artigo de uma ordenança de 1667 sobre o processo civil dizia que “a sentença de perdas e danos deveria ser cumprida em quinze dias, sob pena de prisão e de 60 libras de multa, sem que pudesse ser reputada cominatória, não podendo ser perdoada ou moderada sob qualquer pretexto” (art. 1º, título XXXII). “Na praxe judiciária, acabava por ter, no entanto, caráter cominatório. A pena mais utilizada como meio de sanção na época pelos juízes era a multa, multa arbitrária.”...“O pretor romano, à época clássica, empregava a *astreintes*.”...“O CPC de 1806 contém o poder do juiz ordenar às partes: “Os tribunais, segundo a gravidade das circunstâncias, poderão, nas causas em que eles são chamados, pronunciar, mesmo que de ofício, injunções, suprimir escritos, declará-los caluniosos e ordenar a impressão e a exposição de seus julgamentos.”

²⁶¹ Cf. Liebman, Processo de execução, 5ª, São Paulo: Saraiva: 1986, p. 11

José Carlos Barbosa Moreira, recentemente, emprestou significativa contribuição ao tema, sugerindo, inclusive, a possibilidade de *ordem* para além das “mandamentais”.²⁶²

Não propriamente para negar a “sentença mandamental”, no sentido de <ordem + coerção indireta>, mas para rejeitar a escolha do nome “mandamental”, a seu ver incorretamente importado do direito alemão por Pontes de Miranda.

Segundo Barbosa Moreira, há duas correntes doutrinárias alemãs sobre *anordnungsurteil* : (i) uma entendendo que é sentença *ordenatória* (contendo ordem); (ii) a outra entendendo que é sentença *condenatória*. A sentença “condenatória” alemã pode conter *ordem*, dirigida aos órgãos executivos, mas são predominantes atualmente no direito alemão as sentenças condenatórias *sem ordem*. Segundo relata Barbosa Moreira, a expressão *mandamental* teria acepção mais larga que “*ordem*” (ordenatória, ordenadora).²⁶³

Mais adiante, ao tratar do § 5º do art. 461 do CPC (também válido para o § 5º do art. 84 do CDC), invocou o princípio da proporcionalidade entendendo que o juiz não “deve”, apenas “pode” *determinar, ordenar* as medidas necessárias, tudo a depender dos valores em conflito.²⁶⁴

Ocorreu-nos, então, que nesse mesmo dispositivo também há providências sub-rogatórias. Mas BARBOSA MOREIRA, partindo do conceito emprestado por PONTES DE MIRANDA ao provimento mandamental, afirmou que ordem nesse sentido não haveria, a não ser mediante *nova* concepção.

No contexto em que colocada a afirmação – premissa de que ordem, segundo a noção pontiana, apenas há nas mandamentais²⁶⁵ -, há que se concordar, indubitavelmente.

Contudo, estamos a esboçar uma noção “alargada” de ordem e, portanto, uma noção que pode contribuir para uma maior compreensão dos provimentos “mandamental” e “executivo *lato sensu*”. Não o fazemos, por certo, no intuito de “*diminuir a compreensão do conceito*”, mas, ao contrário, com intenção de (tentar) dar uma contribuição à sua maior clareza – assim, ao menos, nos parece. Vejamos qual é a fundamentação do que acabamos de afirmar.

De nossa parte, entendemos que o provimento fundado no parágrafo 5º dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC *contém*, sempre, uma “ordem” judicial: conforme venha essa ordem

²⁶² Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, ‘in’ *Revista de Processo* n° 97, p. 251-264.

²⁶³ cf. *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, cit., p. 254.

²⁶⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *ibidem*, p. 260-261.

assistida por técnicas de coerção indireta (multa diária, por exemplo) ou por outras técnicas sub-rogatórias (busca e apreensão, interventor, administrador), o provimento judicial terá, respectivamente, natureza “mandamental” ou executiva *lato sensu*.²⁶⁶

Não se trata de suposição, mas extração direta do texto de lei há pouco lembrado: “poderá o juiz ... *determinar*”.

Prosseguindo, consideramos que a desobediência ou a resistência à ordem de busca e apreensão configuram ilícito criminal (art. 14, V, p. único, CPC – ‘sem prejuízo da sanção criminal’).

Podemos ‘admitir’ como excepcional no sistema a condenação assistida por multa coercitiva, que é diferida para uma relação processual *autônoma*. É o (único) caso do art. 644 do CPC – enquanto não suprimido o seu cabimento no caso de título executivo judicial, conforme Projeto de Lei em curso no Congresso Nacional.

Cientificamente, porém, há que se dar uma resposta para a *anomalia*²⁶⁷ do art. 644 no sistema, dela extraíndo dados que confirmem as premissas já esboçadas, no sentido de que a Lei nº 10358 de 2001 “inseriu” ordem no conteúdo da sentença executiva *lato sensu*.

Iniciemos por aderir à tese de que a sentença efetivada na forma do art. 644 do CPC tem natureza condenatória porque não haveria ordem.²⁶⁸ Se isso for verdadeiro, então a multa é *diferida* para o processo de execução; não teria como o juiz prolator da sentença emitir alguma ordem. Logo a *ordem* é conceitualmente inseparável, indissociável da coerção indireta. O juiz que profere a sentença efetivada na forma do art. 644 do CPC não pode emitir ordem, porque a multa foi “destacada” para outra *relação processual autônoma*.

Se assim é – ou parece ser –, a técnica mandamental tem como imprescindíveis dois elementos: ordem + coerção indireta processual – e até aqui nenhuma novidade. A falta de qualquer deles descaracteriza a eficácia mandamental. Trata-se do círculo mínimo da eficácia mandamental. Essa é a essência do conceito de mandamentalidade, cujo provimento ainda *pode vir* – e no direito brasileiro vem – assistido por sanção criminal.

²⁶⁵ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *ibidem*, p. 262.

²⁶⁶ Nesse ponto, discorda, em termos, Barbosa Moreira, *ibidem*, p. 261-264.

²⁶⁷ Anomalia no seguinte sentido: a separação radical entre as relações processuais de cognição e de execução vieram para justificar a *autonomia* da ação declaratória e a *autonomia* do processo de execução forçada, um e outro de rara inefetividade para o modelo vigente de *economia terciária*, de onde emergem *novos direitos* a conteúdo não patrimonial, sem valor de mercado na sociedade de consumo, correlatos a *deveres positivos e negativos* de toda a ordem.

²⁶⁸ Cf. Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres, cit., p. 215.

O que foi dito não significa a aceitação científico-doutrinária da possibilidade de outros provimentos também virem assistidos com coerção indireta processual (multa, contrapropaganda, publicação da sentença em jornais de grande circulação, etc.), pois como se sabe os provimentos meramente declaratórios, constitutivos e condenatórios não contêm *ordem* e, portanto, numa visão ôntica, não têm função preventiva. Por essa razão o círculo conceitual desses provimentos clássicos não admite, por imperativo lógico, que lhes venha acrescido um tal elemento.

O elemento *ordem precede* e também *atrai* logicamente *um outro*. Logo, entendemos que o provimento executivo *lato sensu* contém *ordem* acrescido de mais um elemento, no caso as técnicas de sub-rogação. Alguém poderia objetar que <ordem + sub-rogação> partiria de falsa premissa (sem ordem), sendo na realidade *condenação*, ainda que efetivada na mesma relação processual. Ocorre que não aceitamos condenação “executada” na mesma relação processual, no sentido moderno do conceito (a condenação medieval também poderia ser chamada de executiva *lato sensu* ...).²⁶⁹

Além disso, partimos da premissa que o elemento ordem na execução *lato sensu* está assistido necessariamente por uma sanção criminal. Assim, o provimento executivo *lato sensu* conteria três elementos ônticos, essenciais ao seu conceito: <ordem + sanção criminal + sub-rogação>. (exemplos: a) ordem de permissão + sob pena de crime de resistência + de acesso do interventor judicial no estabelecimento a fim de expedir guia de internação hospitalar em favor de consumidor de plano de saúde com cláusula abusiva de carência; b) ordem de busca e apreensão de produtos nocivos à saúde humana já colocados no mercado + sob pena de crime de resistência + na violenta oposição ao cumprimento do mandado pelo oficial de justiça).²⁷⁰

²⁶⁹ Ou *mandamental*, se ligada às *astreintes*, como referiu Esmein – pelo menos em França –, ou até às *corvéias* germânicas (*scharwerk*), como prefere Chiarloni, pois ninguém duvidaria da ordem contida nesse tipo de “condenação” medieval. Contudo, para os fins do argumento utilizado no texto, admitamos como dado histórico somente as *astreintes*, posto equivocada a tese de Chiarloni sobre a pretendida utilização jurisdicional das malsinadas corvéias senhoriais, conforme referências à seguir: à propósito das teses de Kohler, Chiarloni e Colesanti, cf. a tese de Luiz Guilherme Marinoni sobre as motivações culturais da sentença “condenatória”, *Tutela inibitória*, cit., p. 283 *et seq*; sobre a tese Esmein a respeito de *imperium*, ordem e multa coercitiva no direito medieval, ver nota 235 *supra*. A tese de Proto Pisani é por nós abordada no Capítulo 3 *supra*. Informações adicionais sobre as corvéias senhoriais são encontráveis em Alexis de Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução*, 4ª. Ed., Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 71-76, a confirmar o acerto da tese de Colesanti de que aquelas corvéias não eram medidas coercitivas impostas pelo juiz, mas instrumento extrajurídico inerente às relações ‘sociais’ de servidão feudal.

²⁷⁰ Luiz Guilherme Marinoni. ao tratar da tutela de remoção do ilícito, entende que é possível ordem sob pena de multa na efetivação de provimento executivo *lato sensu* (nomeação de interventor ou administrador judicial + ordem + sob pena de multa): “Como o direito brasileiro permite que o juiz, na fase de execução, determine,

Um último óbice poderia ser levantado para rejeitar-se *ordem* no provimento executivo *lato sensu*: prevê o art. 14, V, parágrafo único do CPC que criar embaraço à efetivação do provimento é ato atentatório ao exercício da jurisdição, punido com multa processual, e, portanto, haveria *bis in idem* com nova punição criminal pela desobediência ou pela resistência. Porém, a lei ressalva: “*sem prejuízo da sanção criminal cabível*”.²⁷¹

Ressaltem-se diferenças²⁷² entre o provimento mandamental e o provimento executivo *lato sensu*: (i) a primeira, e mais importante, é a eficácia preponderante, ou seja, em cada uma delas há eficácia preponderante (*talvez com significação invertida*) – não estamos fugindo, portanto, da idéia básica pontiana; (ii) a outra está em que enquanto no provimento executivo a sanção criminal integra o núcleo conceitual, por que funciona *antes* como coerção indireta criminal e só *subsidiariamente* com função sancionatória punitiva, no provimento mandamental, ao contrário, a própria sanção processual tem função coercitiva, não necessitando a ordem nele emitida, para ser ordem, de outra sanção criminal coercitiva, que por isso tem função exclusivamente punitiva e está fora do núcleo conceitual.

Disso deriva uma diferenciação nos graus de imperatividade do mandado – o que gera alguma perplexidade. O provimento executivo *lato sensu* é o que tem *maior* grau de imperatividade no sistema, cuja ordem emitida, além da força, vem assistida, necessariamente, com coerção indireta criminal. O provimento mandamental, *como regra*, tem um grau de imperatividade imediatamente *abaixo*: a ordem emitida vem assistida essencialmente com coerção indireta processual (multa diária). Há a exceção do provimento mandamental em que se admite prisão civil, caso em que o grau de imperatividade será maior que o do provimento mandamental assistido de multa diária e muito próximo do grau de imperatividade do provimento executivo *lato sensu*.

inclusive de ofício, modalidade executiva não prevista na sentença, nada impede que o juiz, passado determinado período do momento em que foi nomeado o administrador ou o interventor, imponha medida de coerção indireta, sob forma de ordem sob pena de multa, para que o executado passe a observar o procedimento que está sendo delineado pelo administrador ou interventor”, cf. Tutela específica, cit., p. 150.

²⁷¹ Nesse sentido. cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 317-319. Mas parece não admitir *ordem* no provimento executivo *lato sensu*: “Essencial é que ao lado da eficácia executiva *lato sensu* exista a eficácia mandamental concretizada em ordem diretamente voltada àquele que deve prestar a conduta”.

²⁷² Ou “semelhanças”, pois como admite Ovídio Baptista da Silva há uma *penumbra de incerteza* entre esses conceitos, como em qualquer conceito, cf. Ovídio Baptista da Silva, *O processo civil e sua recente reforma*, cit., p. 423. Em semiótica o fenômeno também é estudado - *fuzzy concepts, insiemi sfumati*, cf. Umberto Eco, *Trattato di semiotica generale*, 14ª, Milão: Bompiani, 1994, p. 119.

No plano do processo, a eficácia preponderante da ordem sob pena de multa isola o provimento como mandamental, porém com menor grau de imperatividade que o provimento executivo *lato sensu*. Eficácia preponderante e grau de imperatividade não se confundem. Gera perplexidade, sem dúvida alguma, a conclusão a que chegamos no sentido de que o provimento executivo *lato sensu* “manda” mais que o provimento “mandamental” sob pena de multa!²⁷³

Mas, salvo engano, é exatamente isso que ocorre, não no plano das eficácias preponderantes – insista-se – mas num outro plano, talvez até mais prático do que teórico, que estamos chamando de *graus de imperatividade do mandado*. E se a repercussão for mais prática que teórica, estará a reforçar ainda mais a importância do que se acaba de evidenciar.

O fundamento normativo do que estamos sustentando está no já citado art. 14, V, parágrafo único, do CPC – regra geral no sistema, art. 19 da LACP e art. 90 do CDC. O texto está assim redigido:

"Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado."

Acreditamos que, ao par da consagração do provimento mandamental no direito positivo brasileiro, novos horizontes teóricos a respeito se descortinam – como intuiu BARBOSA MOREIRA – sobretudo quando levamos em consideração a classificação das sanções no plano da teoria geral do direito.

²⁷³ Não estariam com os “significados invertidos” ? Talvez seja oportuna a unificação dos conceitos, com base no princípio lógico da irredutibilidade. E convenhamos: se a coerção criminal na execução está dentro do conceito, não poderia a coerção criminal na mandamental também estar ? Sendo dois conceitos que tendem a fundir-se, como ocorreu com a *injunctio*, e estando entre a lógica da redução e a lógica da identidade, nenhum óbice poderia ser oposto. Perceba-se que não existe “*injunctio mandamental*” e “*injunctio executiva lato sensu*”, mas apenas *injunctio*, ora efetivada com coerção indireta, ora efetivada com sub-rogação, sem prejuízo

Relativamente à natureza funcional da multa diária – que assiste os provimentos mandamentais – como sendo prioritariamente coercitiva e subsidiariamente punitiva, já se manifestou MICHELE TARUFFO.²⁷⁴

É que se a ordem permanece descumprida – portanto falhou a sua função intimidativa – inevitável a execução do valor, hipótese em que emerge sua função punitiva subsidiária. Conforme reverta ao credor ou ao Estado, a punição será privada ou pública.²⁷⁵

MICHELE TARUFFO também afirma que a *injunction* da *common law* vem assistida de coerção indireta ou sub-rogação.²⁷⁶ Ninguém duvidará que há ordem em uma e outra situação, tanto que uma vez descumprida a *injunction*, incidirá as sanções punitivas da multa ou também da prisão.²⁷⁷ Já se delineiam outras perspectivas para os provimentos mandamental e executivo *lato sensu* do direito brasileiro – e não estamos com isso afirmando que uma deva ser absorvida pela outra em termos nominalísticos, mas é uma tendência que não pode ser descartada.

No direito brasileiro, de duas uma: ou se alarga o conceito de mandamental para ocupar todo o espaço doutrinário já dedicado à executiva *lato sensu*, ou mantém-se a diferenciação doutrinária, com círculos conceituais bem definidos. Dada a rejeição de parcela da doutrina relativamente aos provimentos mandamentais, porém absorvendo-a na condenação, devemos advertir: o que estamos defendendo é a proximidade entre mandamentalidade e executividade *lato sensu*. Rejeitamos qualquer aproximação da noção de condenação a esses conceitos.²⁷⁸

Mas quando a doutrina brasileira vier a admitir, por unanimidade – o que está próximo -, a existência da mandamentalidade no direito positivo, surgirão novas divergências sobre o seu conceito.

Contudo, parece-nos que quando a doutrina reduzir as dissensões sobre o que é mandamental – do mesmo modo em que hoje admite outros provimentos - provavelmente o faça absorvendo um conceito doutrinário no outro e, assim, dando-se conta de que, tal e qual a *injunction*, é possível uma noção compreensiva e unitária dos dois institutos. Quando esse dia

da punição por *contempt of Court* – é útil a comparação entre os elementos que compõe esses provimentos jurisdicionais.

²⁷⁴ Cf. Michele Taruffo, L'Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, cit., p. 93 *et seq.*

²⁷⁵ Cf. Michele Taruffo, L'Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, cit., p. 93. Logo, a multa punitiva por atentado ao exercício da jurisdição, prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC brasileiro – e aplicável também às ações coletivas – é de natureza pública porque reverte em favor do Estado.

²⁷⁶ Cf. Michele Taruffo, L'Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, cit., p. 103.

²⁷⁷ Cf. Michele Taruffo, L'Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, cit., p. 74-75.

chegar, desde logo fica manifestada a nossa simpatia pela unificação (e o provimento unificado apenas será conjugado com as técnicas de efetivação).

Mas enquanto esse dia não chega, há compromisso do processualista com tutelas adequadas aos chamados *novos direitos*, cada vez mais complexos diante dos riscos inerentes à sociedade de consumo, indicando-lhes caminhos seguros para obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada.

É o que MICHELE TARUFFO denominou de “*tendência pela eficácia da tutela executiva*”, presente em todos os sistemas de direito comparado por ele analisados, afirmando, nesse sentido, que “*a eficácia da tutela executiva não é, por outro lado, um escopo que possa ser obtido por intermédio de tipologias abstratas, e isto parece evidente caso se considere os problemas colocados na efetivação dos chamados ‘novos direitos’*”.²⁷⁹

Sendo assim, e considerando-se a proposição que acabamos de fazer: (i) por ora, aceitamos a divisão entre mandamental e executiva *lato sensu*, segundo a eficácia preponderante de cada uma, conforme a noção pontiana; (ii) o fazendo mediante uma tentativa de esclarecimento conceitual consistente em reconhecer que também o provimento executivo *lato sensu* contém *ordem*; (iii) admitindo que graus de imperatividade não se confundem com as eficácias preponderantes da sentença; (iv) e que, nesse sentido, o provimento executivo *lato sensu*, segundo a noção já consagrada em doutrina, é o que tem, todavia, maior grau de imperatividade no sistema.

As fontes confirmam.

A jurisprudência brasileira dá indicativos seguros quanto à tipicidade criminal dos delitos de desobediência, seja de cumprimento de *ordem* emanada de provimento mandamental,²⁸⁰ seja de *ordem* emanada de provimento executivo *lato sensu*,²⁸¹ só não o admitindo nos provimentos condenatórios,²⁸² obviamente destituídos de *ordem* que se pudesse descumprir.

²⁷⁸ Cf. Capítulos 2 e 3.

²⁷⁹ Cf. Michele Taruffo, *L'Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., p. 103.

²⁸⁰ Cf. JTACRIM 23/90. ordem de fazer; JTACRIM 46/354, ordem de não fazer.

²⁸¹ Sem violência, o crime é de desobediência, Cf RT 300/303; também já se entendeu que a fuga com o bem, objeto de mandado de busca e apreensão, tipifica a desobediência, cf. JTACRIM 96/151 e 89/262. Se há violência o crime é de resistência: ao cumprimento de mandado de penhora, por oficial de justiça, cf. cf. RT 610/312; ou ao acesso de perito judicial ao estabelecimento, RT 515/334.

²⁸² Cf. RJDTACRIM 24/425: “A ausência de pagamento de quantia relativa a condenação judicial em Juízo Cível não pode ensejar a persecução penal do devedor, a título de desobediência.”

Também não há divergência jurisprudencial quanto a cumulação de *punição* criminal e *punição* extra-penal, desde que a lei ressalve expressamente, como no caso do art. 14, V, parágrafo único do CPC, recentemente alterado.²⁸³

Isso vem a evidenciar a opinião que estamos defendendo no sentido de que também há *ordem* contida no provimento executivo *lato sensu*.

O único problema é que os tipos penais dos arts. 329 e 330 do Código Penal brasileiro são considerados, por infelicidade do legislador, crimes de pequeno potencial ofensivo o que faz diminuir, em razoável proporção, a sua efetividade no plano prático.²⁸⁴ Contudo, não a tal ponto de descaracterizar a *ordem* (*imperium*) que se contém nos provimentos judiciais examinados – e até nos provimentos cautelares²⁸⁵ e instrutórios²⁸⁶ (<ordem + sanção criminal>).²⁸⁷

Mas, abstração feita à função *punitiva* subsidiária desses delitos, o importante é que exercem precipuamente uma função *coercitiva* indireta, hábil a pressionar psicologicamente o destinatário da *ordem* judicial no sentido do cumprimento do mandado.

Afora as variações teóricas que o tema suscita, importante é que as técnicas processuais entre si conjugadas – ainda que muita vez a conjugação seja mais de palavras e de conceitos doutrinários – permitam o postulado da maior coincidência possível.

²⁸³ “O delito de desobediência não se configura quando houver penalidade civil ou administrativa previstas para a omissão ou ação, salvo se ressalvada, expressamente, a aplicação cumulativa”, cf RT 553/378; no mesmo sentido: STF, RT 570/401; STJ, RT 715/533; TJSP, RT, 524/332, 534/301; TACRIMSP, RT, 612/346, 713/350.

²⁸⁴ São precisas as ponderações de Eduardo Talamini a respeito, cf. *Tutela relativa aos deveres*, p. 307-314.

²⁸⁵ Mais uma vez: cf. Ovídio Baptista da Silva, *O processo civil e a sua recente reforma*, cit., p. 423.

²⁸⁶ É outra novidade do art. 14, V, parágrafo único do CPC: cf. Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Pádua: Cedam, 1985.

²⁸⁷ Recordemos, com Ovídio Baptista da Silva, que meras *exortações* somente há nas *condenatórias*, cf. Curso, vol. 2, cit., p. 430; *ID*, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT, 1996, p. 25; 52, 57, 79, 101, 154, 178, 186. Esse problema decorre da chamada execução *ex intervallo*, prevista no art. 580 do CPC. Dessas meras *exortações* ou *convites* a jurisprudência, ao que parece, já tem levado em consideração: há referência num julgado do Superior Tribunal de Justiça aos termos “palpite” ou “conselho”, pelo que se manteve a condenação pelo crime de prevaricação à ordem judicial cível expedida contra funcionário público, cf. STJ, RHC 7.844, DJU de 3.11.98.

4.2 As demandas unitárias no Código de Defesa do Consumidor: demandas coletivas, demandas individuais e demandas diferenciadas (direitos individuais homogêneos).

Duas são as demandas em que pode haver condenação no CDC: (i) ação coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos (art. 91 e seguintes); (ii) ação regressiva do fornecedor segurado em face do segurador chamado ao processo (art. 102, I)

De tudo quanto já se disse relativamente ao binômio condenação-execução forçada, assume relevância no microsistema das “ações” coletivas a circunstância de o Código de Defesa do Consumidor – ao não se referir em nenhum outro lugar à condenação – conduzir ao raciocínio no sentido de que as formas de tutela específica dos interesses difusos e coletivos são efetivadas numa *relação processual única*. Estamos aludindo, obviamente, às técnicas mandamental e executiva *lato sensu*, devidamente assistidas pelas respectivas técnicas coercitivas e sub-rogoratórias.

Deveras, o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), tem a seguinte dicção: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, *no que for cabível*, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Como esse dispositivo foi acrescentado pelo próprio CDC, lei posterior à Lei de Ação civil pública, ficou com nova “roupagem” a expressão “sentença condenatória”, contida no art. 15 da Lei nº 7.347/85.

Aliás, mesmo antes do CDC, a “sentença condenatória” já tinha natureza jurídica de “sentença mandamental”, posto que ligada à multa diária, mas não podia ser “sentença executiva *lato sensu*”, porque não havia previsão legal das técnicas executivas inominadas.

É nesse sentido que se deve interpretar a expressão “sentença condenatória” do art. 15 da LACP: como uma sentença que pode ser “sentença mandamental” – quando venha ligada à multa diária ou outra técnica coercitiva indireta –, ou “sentença executiva *lato sensu*”, de sua vez assistida a alguma técnica executiva nominada ou inominada, por força da aplicação *integral* – quando não direta²⁸⁸ – do art. 84 do CDC às ações civis públicas.

²⁸⁸ Nesse sentido (aplicação direta do art. 84), cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 447 e 448, para o qual, além dos argumentos já expostos, acrescenta outro independente e que também deve ser acolhido: “Por força do art. 21 da Lei 7.347/85 [...] as pretensões relativas a fazer e não fazer formuladas em ação civil pública passaram a ser atendidas através do regime previsto no art. 84 do Código do Consumidor”.

Logo, seja por releitura do art. 15 da LACP, seja por aplicação direta do art. 84 do CDC, a chamada ação civil pública que objetive a tutela específica de interesses difusos e coletivos vem aparelhada pelas técnicas mandamental e executiva *lato sensu*, em toda a sua plenitude. Portanto, é uma relação processual unitária, não se submetendo ao binômio condenação-execução forçada, exceto se impossível praticamente a obtenção dos resultados práticos específicos – correspondentes ou equivalentes.

Por outro lado, mesmo na chamada ação direta contra a seguradora do fornecedor responsável, em virtude do chamamento ao processo, a explícita referência à formação de título executivo judicial (arts. 101, II, CDC e art. 80 do CPC) não se relaciona com o consumidor, mas com o direito de regresso do fornecedor-segurado em face da seguradora.

Deveras, o consumidor deve ter facilitada a defesa dos seus direitos, podendo efetivar a tutela específica segundo as técnicas mandamental ou executiva *lato sensu*, seja em face do fornecedor, seja em face do segurador. Note-se que não tem qualquer sentido direito de regresso do segurador em face do fornecedor nesses casos.²⁸⁹ Logo o título executivo judicial decorrente do chamamento ao processo previsto no art. 101, II, do CDC, refere-se exclusivamente ao caso de o fornecedor-segurado adiantar os custos da reparação, agindo regressivamente contra o segurador.

Portanto, se por um lado pode haver incidência da técnica condenatória no microsistema do CDC, em virtude da chamada correlação necessária entre condenação e título executivo (art. 584, I, CPC), dada a sua inadequação aos direitos da parte vulnerável, somente se aplica para direito de regresso do fornecedor contra segurador.

Além disso, ainda é hipótese residual no sistema, de rara incidência prática. Por outro lado, não se pode confundir o seguro-saúde²⁹⁰ com o seguro de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço.²⁹¹ Somente para esta última hipótese é que o art. 101, II, do CDC, foi pensado.

Há outra hipótese no CDC onde a sentença é condenatória. Trata-se da ação coletiva na defesa de interesses individuais homogêneos. Contudo, como veremos mais adiante, não se

²⁸⁹ Cf. Flávio Cheim Jorge. *Chamamento ao processo*, São Paulo: RT, 1997, p. 84-88.

²⁹⁰ O seguro-saúde é uma modalidade contratual pelo sistema de reembolso de despesas médico-hospitalares.

²⁹¹ O seguro a que estamos nos referindo é o de responsabilidade civil. Fique claro, também, que o art. 101, II, do CDC não se aplica ao seguro-saúde, tipo contratual voltado para o reembolso de despesas médico-hospitalares e não com acidentes. cf. Adalberto Pasqualotto, *A regulamentação dos planos e seguros*, cit. *passim*, p.38-39.

pode descartar a exigência de uma tutela coletiva mais efetiva e adequada para direitos individuais homogêneos, especialmente a técnica mandamental ou mesmo a executiva *lato sensu*, o que é possível de ser obtido por intermédio do art. 83 do CDC, de modo sempre a contornar o binômio condenação-execução forçada.

Cuidando-se de danos à saúde da coletividade (independente de ser o lesado parte no contrato ou não – *bystanders*)²⁹² e, portanto, de uma tutela jurisdicional *acidentalmente*²⁹³ coletiva, a tutela do art. 84 do CDC, conjugada com a tutela geral e atípica do art. 83 do CDC (para não falar na garantia constitucional de tutela adequada), lá está para determinar ao réu segurador que faça restituir o estado de saúde dos lesados o mais próximo possível do estado anterior ao do fato danoso (tutela ressarcitória na forma específica).

Dos riscos da sociedade de consumo, narra-os com autoridade ANTONIO HERMAN BENJAMIN:

“Quando se fala em segurança no mercado de consumo o que se tem em mente é a idéia de risco: é da maior ou menor presença deste que decorre aquela. No sentido aqui empregado, o termo risco é enxergado como a probabilidade de que um atributo de um produto ou serviço venha a causar dano à saúde humana (acidente de consumo). Soa como lugar-comum dizer que a vida humana é uma atividade de driblar riscos. De fato, tanto os indivíduos, como a sociedade em geral, ‘assumem riscos e é impossível vivermos do modo que queremos sem assumi-los’. Por isso mesmo, não tendo o direito força suficiente para eliminá-los inteiramente, cumpre-lhe o papel igualmente de controlá-los. Não se imagine que o direito do consumidor seja, ou pretenda ser, capaz de transformar o mercado em um paraíso absolutamente seguro, sem qualquer risco para o consumidor. Seus fins são mais modestos. O objetivo da teoria da qualidade – na sua vertente de proteção à incolumidade físico-psíquica do consumidor – não é reduzir todos os riscos associados com produtos a um patamar zero, já que o custo seria muito maior do que aquele que os indivíduos e a sociedade podem arcar. O que se pretende é que todos os esforços sejam encetados no sentido de assegurar que os riscos mantenham-se no limite do razoável.”²⁹⁴

²⁹² Na parte em que o CDC dispõe sobre a responsabilidade do fornecedor por acidente de consumo (vício de qualidade por insegurança), estabelece o art. 17: “*equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*”. Assim tendo feito, o legislador avançou positivamente no sentido da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive de terceiros alheios à relação contratual, mas que mesmo assim lesados na sua integridade psico-física e mesmo no seu patrimônio. Trata-se de virtuosa superação do *dogma da relatividade dos efeitos obrigacionais*, antes operativos somente entre as partes contratantes (art. 928 do Código Civil de 1916) – cf., por todos, Fábio Konder Comparato. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, ‘in’ Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 15/16, 1974, p. 89-105

²⁹³ Isto é, uma forma jurisdicional de tutela *coletiva* para a proteção de direitos subjetivos, *individuais*. Cf. Elton Venturi, *Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros: 2000, p. 121.

²⁹⁴ Cf. Antonio Herman Benjamin, *Comentários ao Código de Proteção ao Código do Consumidor*, São Paulo: Saraiva: 1991, p. 45.

Sem prejuízo do ceticismo, entendemos que caso o fornecedor que tenha causado dano à coletividade pode ser responsabilizado na forma específica, com uma tutela adequada que pode ser extraída, sem muito esforço exegético, do art. 83 do CDC.

A via processual da chamada ação coletiva de interesses individuais homogêneos não se circunscreve ao modelo típico ressarcitório traçado no art. 93 do CDC.²⁹⁵

Portanto, não é de se descartar uma forma de tutela jurisdicional coletiva diferenciada para os direitos individuais homogêneos (ressarcimento na forma específica), fundada no art. 83 do CDC, objetivando resultado específico equivalente, seguindo, no que cabível, os moldes do art. 84.²⁹⁶

De outro lado, as demandas individuais do consumidor, ainda que reconhecidamente enfraquecidas diante do mercado opressor, quando veiculem pretensões à deveres de fazer e de não fazer, são regidas pelo art. 84 do CDC – e se necessário, também pelo art. 83 do CDC –, sendo portanto caracterizadas pela unidade da relação processual, tal como as demandas coletivas.

O que importa neste momento é reconhecer a possibilidade de tutelas individuais e coletivas diferenciadas e unitárias com base no CDC.

4.3 O problema de uma noção de tutela executiva compreensiva da chamada execução indireta e o enquadramento das demandas unitárias no sistema do CPC.

Ovídio Baptista da Silva, enfrentando - por mais de uma vez - o difícil problema da noção de tutela executiva como compreensiva, ou não, da chamada execução indireta, justifica a opção pelo enquadramento do estudo sistemático das ações mandamentais (e também das ações executivas *lato sensu*) no processo de execução, por duas razões: uma de natureza teórica, “*sendo perfeitamente lógico que as novas formas de atividade jurisdicional, que porventura exijam a realização de funções executivas, sejam conduzidas ao repositório comum do processo de execução, justamente concebido como instrumento de unificação dos meios executórios*”; a outra, de natureza histórica ou genealógica, decorrente da classificação

²⁹⁵ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 173-175.

²⁹⁶ Voltamos ao assunto no item 8.2.2.5, relativamente à tutela ressarcitória na forma específica.

processual trinária das sentenças de procedência formadoras do processo de conhecimento e a crítica doutrinária voltada, no entanto, somente para a inefetividade e inadequação do processo de execução, porque:

“[...] a evolução histórica de ambos os conceitos, guardando aliás fidelidade aos pressupostos ideológicos que os criaram e sustentam, demonstra uma iniludível tendência no sentido de preservar a pureza do *processo de conhecimento*, impedindo que novas manifestações jurisdicionais nele se incluam, ao mesmo tempo em que – dando cumprimento efetivo ao enunciado teórico segundo o qual o *processo de execução* haverá de ser o veículo de *unificação dos meios executórios* – transfere-se para este não apenas a execução das sentenças *lato sensu* executivas, como entre nós ocorre por exemplo com a reivindicatória, mas até mesmo de sentenças com visível eficácia mandamental, como se verifica na Itália com a execução da sentença que ordena a reintegração do trabalhador no emprego de que haja sido afastado injustamente, que se executa como sentença condenatória.”²⁹⁷

Em outra oportunidade, Ovídio Baptista da Silva assim explicou a sua mudança de pensamento:

“Nossa concepção atual a respeito desse discutidíssimo instituto conhecido pelo nome de ‘Processo de Conhecimento’, exclui dele as ações executivas e mandamentais, fazendo com que *aparentemente* nossas idéias a respeito da classificação de sentenças aproximem-se da doutrina dominante, que também reduz, como nós hoje fazemos, o ‘Processo de Conhecimento’ às três ações por ela admitidas: a declaratória, a constitutiva e a condenatória. A explicação para essa *aparente* semelhança de pontos de vista, está em que, para mantermos a coerência lógica e o rigor conceitual exigidos pela definição de um processo que não contenha execução, qual o ‘Processo de Conhecimento’, julgamos mais apropriado retirar dele também as ações executivas *lato sensu* e as mandamentais, para reuni-las ao Processo de Execução por créditos. Foram estas novas idéias que orientaram a exposição no Curso de Processo Civil, cujo primeiro volume veio a público em 1987. Os ensaios constantes da presente publicação, todavia, conservam a orientação primitiva, ao considerar, como o fez Pontes de Miranda, que o ‘Processo de Conhecimento’ contenha as cinco classes de ações, entendimento este que, segundo pensamos, não satisfaz.”²⁹⁸

Recentemente, Ovídio Baptista da Silva trouxe mais argumentos ao intrincado problema:

²⁹⁷ Cf. Curso de Processo Civil, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 22-23.

²⁹⁸ Cf. Prefácio, ‘in’ *Sentença e Coisa Julgada*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988, p. 10.

“Se dissermos, portanto, Processo de Conhecimento, estaremos a referir-nos a processo (somente) de conhecimento, enquanto forma jurisdicional que não contém execução interna à demanda”; [...] “ao internalizarem-se, nas demandas cognitivas, as eficácias executiva e mandamental, de modo a legitimarem-se os provimentos liminares satisfativos (antecipatórios da futura sentença de procedência), cumpre-se, em termos efetivos, o princípio da igualdade de tratamento das partes, indicando como princípio de paridade de armas, que o Processo de Conhecimento apenas teoricamente proclama, negando-o porém sistematicamente na prática”; [...] “No procedimento ordinário, as coisas se passam como se todos os autores, independentemente do grau de verossimilhança de suas respectivas pretensões, tivessem índice zero de probabilidade de vitória na causa. Ficam vedados os juízos de verossimilhança, segundo o mítico princípio de que o juiz deve manter-se neutro até a decisão final da causa”; “Por definição, para o *Processo de Conhecimento*, (*rectius*, *procedimento ordinário*), todos os direitos valem zero, até que a sentença final de mérito os reconheça e os proclame dignos de proteção! Com isto, acaba-se privilegiando o direito improvável, com sacrifício do direito provável [...]”; “É necessário, porém, ainda uma vez, insistir na relação entre o conceito romano de *iurisdictio*, responsável em última análise pela formação de nosso Processo de Conhecimento, e a supressão das ações sumárias e de todas as formas de tutela imperativas, como o são as ações executivas e mandamentais, de origem interdital.”²⁹⁹

Percebe-se, então, que a concepção de Ovídio Baptista da Silva é favorável às demandas unitárias³⁰⁰ e contrária apenas à *clássica* conformação daquilo que se denomina “Processo de Conhecimento”, que identifica com a universalização do procedimento ordinário e, portanto, com a indevida separação radical entre as atividades de cognição e execução.³⁰¹

Segundo, pois, a concepção de Ovídio Baptista da Silva, as demandas manejadas com as técnicas de tutela mandamental ou *executiva lato sensu* estariam apenas formalmente inseridas no Livro I do CPC brasileiro, que trata do Processo de Conhecimento.

Como o “Processo de Conhecimento” seria necessariamente ordinário, “*posto que a relação processual ‘termina com a sentença’*”³⁰², optou Ovídio Baptista da Silva pela inserção das demandas unitárias no Processo de Execução.

²⁹⁹ Cf. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT, 1996, p. 182, 187, 188, 189 e 190.

³⁰⁰ Anote-se que a expressão é do próprio Ovídio Baptista da Silva, como se vê da seguinte passagem: “Ações para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer como *demandas unitárias*. O título deste parágrafo inspira-se num conhecido ensaio de LIEBMAN [...]. O interesse nesta referência está no fato de haver LIEBMAN procurado mostrar que o procedimento cautelar, sendo unitário, quer dizer, contendo simultaneamente conhecimento e execução – ou falso conhecimento, como ele dizia, e falsa execução -, seria na verdade *tertium genus* que não se confundiria nem com o processo de conhecimento nem com o processo de execução”, cf. Curso de Processo Civil, v.1, *passim*, p. 147-148.

³⁰¹ Cf. O processo civil e sua recente reforma, ‘in’ Aspectos polêmicos da antecipação de tutela [coord. Teresa Arruda Alvim Wambier], São Paulo: RT, 1997, p. 424.

³⁰² Cf. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, cit., p. 185 e 187.

Esta, aliás, era a concepção de Liebman, referindo-se à ação executiva do CPC brasileiro de 1939:

“A tutela jurisdicional se realiza, no seu ciclo normal, através de dois processos, o de cognição e o de execução, em cada um dos quais se acham agrupadas, separadamente, as várias atividades necessárias, respectivamente, à decisão da controvérsia e à realização prática do direito. Em alguns casos, em que o direito do credor é dotado de provas particularmente fortes, ou deva ser satisfeito com especial urgência, o legislador acreditou poder prescindir da ordem natural da via ordinária e reuniu a cognição e a execução em um só processo, que – conforme o demonstra o seu nome – tende à execução, mas incluiu também, intercalada nos atos executivos, a cognição da existência do crédito, cuja execução se pede.”³⁰³

E, mais adiante, LIEBMAN fez o enquadramento da ação executiva: “*no curso do próprio processo executivo.*”³⁰⁴

Recentemente, MARCELO LIMA GUERRA também entendeu “*no sentido de enquadrar sistematicamente a execução indireta, ao lado da execução direta, no âmbito da tutela executiva ou execução forçada.*”³⁰⁵

Em nosso sentir, as demandas unitárias não se encontram no Processo de Execução, tampouco no Processo de Conhecimento: é Processo Unitário, aplicando-se as regras de um e outro “Processo”, no que for cabível – o chamado parâmetro operativo. Por exemplo: as sentenças mandamental ou executiva *lato sensu* não são terminativas da relação processual (arts. 269, I, e 463, do “Processo de Conhecimento”, inaplicáveis ao regime das demandas unitárias); por outro lado, descabem embargos do devedor (inaplicabilidade dos arts. 735 e seguintes do “Processo de Execução”), como também não incidem as formas de tutela jurisdicional típicas e rígidas da execução das obrigações de fazer e de não fazer (arts. 632 e seguintes do “Processo de Execução”), quando se esteja diante das técnicas e das formas flexíveis de tutela do art. 461 do CPC ou do art. 84 do CDC.

Outras considerações poderiam emergir, como natureza interlocutória do provimento judicial fundado em cognição exauriente emanado em relação processual unitária, recurso adequado e fundamento normativo da sentença “verdadeiramente extintiva da relação

³⁰³ Cf. *Execução e ação executiva, passim*, p. 59.

³⁰⁴ Cf. *Execução e ação executiva, passim*, p. 69.

³⁰⁵ Cf. *Execução indireta*, São Paulo: RT, 1988, p. 23, 24, nota 16, e p. 34.

processual” (art. 794, I, do CPC).³⁰⁶ Refogem, contudo, dos objetivos deste trabalho.

³⁰⁶ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, A sentença que extingue a execução, ‘in’ Processo de execução e assuntos afins, São Paulo: RT, 1998, p. 395 *et seq.*, “... muitas das categorias que foram tratadas pelo Livro I do CPC, que, de fato, desempenha o papel de parte geral do Código, foram engendradas, concebidas e sistematizadas em função da natureza e das finalidades do processo de conhecimento individual. Podem ser tidas, assim, como regras de caráter genérico. Nada mais !”, cf. p. 395; “Concluimos, portanto, no sentido de que o pronunciamento judicial que declara extinta a execução não é sentença (no sentido técnico em que a expressão é usada para o processo de conhecimento), não é sentença para fins de rescindibilidade e o é para o efeito de sua apelabilidade e de produzir coisa julgada formal, não sendo de mérito (no sentido que a expressão ‘mérito’ é compreendida no processo de conhecimento) e não transitando em julgado”, cf. p. 401-402.

CAPÍTULO 5

AS FORMAS DE TUTELA ESPECÍFICA NO DIREITO BRASILEIRO

SUMÁRIO: 5.1. A necessária reaproximação entre direito processual e direito substancial. 5.2 As formas e as técnicas de tutela. 5.2.1 As formas e as técnicas de tutela no plano do direito substancial. 5.2.2. As formas e as técnicas de tutela no plano do direito processual.

5.1. A necessária reaproximação entre direito processual e direito substancial.

A partir do instante em que a garantia constitucional do direito de ação, geral, abstrato e atípico, é um dado adquirido e sedimentado na doutrina do processo civil, não há mais razão para posturas pan-processuais, herdadas da fase autonomista, que relegam ao plano secundário o tema da efetividade da tutela dos direitos.

Os institutos fundamentais do processo guardam íntima conexão com a situação substancial tutelada e como tal devem ser estudados.

Não se pode afirmar, também, que o direito processual seja secundário ao direito substancial. Certo, há diversidade entre ambos mas assim como o direito substancial impõe normas que devem ser respeitadas, o processo serve de instrumento quando elas não venham espontaneamente atuadas.

Também é óbvio que o direito processual não teria nenhum sentido sem o direito substancial, e vice-versa. Por isso, não há prevalência de um sobre o outro mas função instrumental do direito processual em relação ao direito substancial.

A diversidade entre ambos e a instrumentalidade das normas processuais em relação às normas substanciais não pode significar, contudo, indiferença, autonomia ou neutralidade mas estreita interdependência entre os dois complexos de normas, entre direito substancial e direito processual.

“Afirmar a diversidade entre direito substancial e direito processual, e a instrumentalidade do segundo em relação ao primeiro, não significa absolutamente uma autonomia (no sentido de indiferença) entre os dois complexos normativos. Assim como, de fato, o direito processual não poderia existir sem o direito substancial (indispensabilidade do direito substancial), também – convém acrescentar – o direito substancial não poderia existir sem o direito processual. Embora diversos, existe uma estreita interdependência (isto é, recíproca dependência) entre direito substancial e direito processual.”³⁰⁷

O resgate dessas idéias - visto que a tutela diferenciada dos direitos, mesmo que confinada ao sincretismo entre direito e processo, já era conhecida dos romanos - tem por pressuposto a necessidade de contestar a ideologia do modelo liberal clássico, que fez separar radicalmente o direito material do direito processual, universalizando os institutos do processo, para além da “ação” processual. Assim, por exemplo e naquilo que aqui interessa, o procedimento comum ordinário foi visto, por muito tempo, como única forma de tutela, em que pese a diversidade das situações carentes de tutela no plano substancial.

A propósito da relativização entre direito substancial e direito processual, LUIGI MONTESANO entendeu como correta a postura do legislador italiano em não dar um conceito de condenação, declaração ou constituição, explicitando tão-somente os efeitos constitutivos da sentença (art. 2908 do Código Civil italiano).

Por isso, seria *típica* a tutela constitutiva, no sentido de ser admitida somente nos casos expressamente previstos em lei, ao passo que necessitariam de reconstrução as “*figuras gerais da declaração e da condenação*” mediante recurso ao *sistema*.

Além disso, seria correto distinguir as formas de tutela segundo os efeitos jurídicos que se pede. Como os efeitos jurídicos derivam do direito substancial e não do processo e como a lei, por outro lado, não define o que é declaração, condenação e constituição, resulta que é discutível a classificação tradicional das ações declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Seria melhor então isolar as formas de tutela segundo os efeitos jurídicos previstos na norma de direito substancial e não segundo as supostas *ações processuais*, de resto não previstas a contento em nenhuma norma de direito processual.³⁰⁸

ANDREA PROTO PISANI, estudioso da relativização entre direito processual e direito

³⁰⁷ Cf. Andrea Proto Pisani, Breve premessa a un corso sulla giustizia civile, ‘in’ *Appunti sulla giustizia civile*, *passim*, p. 10.

³⁰⁸ Cf. Luigi Montesano, Azione, ‘in’ *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 4, p. 8.

substancial, fez uma observação fundamental para o problema da classificação das tutelas, por ocasião de um Congresso sobre as técnicas de efetivação dos direitos, realizado em Palermo entre os dias 22 e 24 de outubro de 1987, o qual congregou civilistas e processualistas:

“Antes de tudo, talvez pela primeira vez desde o início deste século (quando se operou o corte entre os estudos de direito material e processual), civilistas e processualistas cessaram de ignorar-se e começaram a trabalhar e discutir sobre o mesmo tema das técnicas e formas de tutela dos direitos ... é, este, um fenômeno de grande importância porque marca o início da superação daquele corte (exagerada pela nossa organização universitária, fundada sobre a titularidade exclusiva da cátedra) entre estudo do direito substancial e estudo do processo que constitui o preço (talvez excessivamente elevado) que a ciência processualística italiana pagou para a afirmação da autonomia do direito de ação; e somente com uma superação deste corte é imaginável que possa derivar uma melhora qualitativa da justiça civil”.³⁰⁹

Como tivemos a oportunidade de analisar precedentemente, a doutrina tem se esmerado em realçar a imperativa necessidade de reaproximação entre direito processual e direito substancial, a que PROTO PISANI fez menção no Congresso de Palermo.

Nessa perspectiva, a doutrina vinha procedendo, inclusive, a uma releitura do art. 75 do Código Civil brasileiro de 1916. LUIZ GUILHERME MARINONI assim se expressou:

“O princípio da inafastabilidade, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito à adequada tutela jurisdicional, ao passo que o art. 75 do Código Civil, tão mal compreendido pela doutrina, constitui verdadeira explicitação desta garantia constitucional. A correta leitura do artigo 75 do Código Civil permite a conclusão de que a toda pretensão de direito material deve corresponder uma “ação processual”, obrigando o processualista a deixar de lato a sua preocupação com o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas.”³¹⁰

No mesmo sentido, KAZUO WATANABE:

“Não fosse a intransigência doutrinária, surgida na fase em que o Direito Processual aspirava à autonomia como um ramo da ciência jurídica, e o art. 75 do Código Civil poderia ter sido lido como explicitação, em nível infraconstitucional, do princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual. Assim

³⁰⁹ Cf. Andrea Proto Pisani. *L'attuazione dei provvedimenti di condanna, 'in' Processo e tecniche di attuazione dei diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989, p. 41.

³¹⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutela dos direitos, 'in' Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, p. 13.

soa o seu texto, com efeito: ‘A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura’. Para que dele se retire toda a conotação imanentista, basta que se leia o texto como se nele estivesse escrito que a toda afirmação de direito (e não um direito efetivamente existente) ‘corresponde uma ação, que o assegura’. O direito ‘afirmado’, como é cediço, não é a mesma coisa que direito existente. Aliás, mesmo o texto constitucional (art. 5º, XXXV) deve ser lido com o mesmo cuidado, pois o que nele se afirma é que nenhuma afirmativa de lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.”³¹¹

5.2. As formas de tutela e as técnicas de tutela.

A doutrina tem ressaltado a necessidade de maior aproximação entre o direito e o processo, a fim de que esse possa cumprir com o seu escopo jurídico-constitucional de garantir uma efetiva, tempestiva e adequada tutela jurisdicional ao plano do direito substancial.

Divergem “apenas” no que se refere ao nome que se deve dar às formas de tutela jurisdicional (mandamental, executiva lato sensu, condenatória atípica, condenatória típica, condenação para o futuro, constituição com execução imprópria, declaração com função preventiva, declaração após violação do direito etc.).

Embora não neguem uma inter-relação entre direito substancial e direito processual, muita vez entendem que não seria tarefa do processualista perquirir a existência de formas de tutela no plano substancial (inibitória, reintegratória, do adimplemento, ressarcitória na forma específica).

Contudo, se realmente o processo deve ser aproximado da substância, da qual, em última análise é instrumento, e em razão da qual reside a sua única razão de ser (*ubi jus ibi societas*), não há motivo para manter-se uma rígida separação entre o estudo do instrumento e o seu objeto de aplicação.

CRISTINA RAPISARDA reafirmou o novo método científico que deve nortear qualquer tentativa classificatória das formas de tutela, no sentido de que essas formas de tutela estão em dois planos de análise (além do processual, também o substancial) e que as formas jurisdicionais devem ser *adequadas* às formas do direito substancial:

³¹¹ Cf. Kazuo Watanabe, Código brasileiro de defesa do consumidor, cit., p. 649-650.

“No presente estudo, tentar-se-á ordenar as soluções interpretativas propostas dentro do esquema mais geral das possíveis classificações das formas civilistas de tutela. Isto na convicção que a reflexão sobre a tutela inibitória deva induzir a reformular o elenco das tutelas civilistas dos direitos segundo critérios que, refugindo-se de cada apriorismo conceitual e dogmático, dando ênfase ao conteúdo efetivo das tutelas, com base no que resulta das leis substanciais e processuais. A satisfação de necessidade de tutela preventiva e específica, manifestado pelos novos direitos, requer, de fato, além da predisposição de adequados instrumentos técnicos, também, e sobretudo, a revisão dos esquemas conceituais que têm privilegiado as técnicas de ressarcimento pelo equivalente entre as sanções do ilícito civil. Não é suficiente, a este escopo, inovar sobre o terreno das opções de valor, vislumbrando uma lógica institucional que, favorecendo a tutela específica de situações de vantagem a conteúdo não patrimonial, se oponha decididamente à simples monetização do ilícito civil. É necessário, outrossim, denunciar, sobre o terreno das opções de método, o acentuado formalismo com que a doutrina processualista tradicional, classificando as tutelas com base em critérios exclusivamente inerentes ao processo, culminou por elevar a sistema o primado da técnica ressarcitória entre os remédios contra o ato ilícito. Certamente, o enfoque formalista à classificação das tutelas encontra sua origem e suas motivações culturais naquela exigência de abstração do direito processual frente ao direito substancial, que caracterizou a escola chiovendiana no momento de sua formação. Todavia, é precisamente a percepção do relativismo histórico e cultural de tal enfoque que deve induzir o jurista hodierno a desenvolver a reflexão sobre as formas civilistas de tutela com renovada atenção para a relação que intercorre entre direito substancial e processo.”³¹²

ADOLFO DI MAJO dá interessantes diretrizes para uma tentativa de reaproximação entre direito e processo, sustentando, inclusive, por uma exigência de adequação às situações *justiciáveis*. Como no ordenamento jurídico brasileiro essas *situações* já são suficientemente³¹³ reconhecidas pela norma fundamental (especialmente para o direito à saúde)³¹⁴ e portanto de *direito subjetivo* se tratam – e sem prejuízo de outras – são plenamente válidas as considerações formuladas por ADOLFO DI MAJO:

³¹² Cf. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Pádua: Cedam, 1987, p. 11-12.

³¹³ Sem prejuízo de outras posições de vantagem, como adere Flávio Luiz Yarshell: “*É essa atipicidade do sistema da “Common law” que pode e deve servir de inspiração para impedir que exista posição jurídica de vantagem sem um ‘remédio’ apto a torná-la efetiva*”, cf. *Tutela jurisdicional*, cit., p. 180.

³¹⁴ Não há como negar a possibilidade de tutela coletiva do meio ambiente, do consumidor, e “de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição da República; art. 1º, IV, da Lei da ação civil pública), tampouco o direito à saúde como direito público subjetivo (art. 6º e art. 196 da Constituição da República). O direito à saúde está regulado, inclusive, no plano do direito internacional público tendo a República Federativa do Brasil aprovado, ratificado e promulgado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal), razão pela qual Eduardo Talamini assim concluiu: “*Os direitos sociais à saúde e ao ensino fundamental, por exemplo, podem ter sua efetividade atingida através de tutela jurisdicional (inclusive, de caráter individual), independentemente de amparo em regras infraconstitucionais*”, cf. *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 141.

“... torna-se inexplicável como novas ordens de interesses, especialmente extrapatrimoniais, desejosas de alcançar o limiar da “justicialidade”. aspiram assumir a veste do *direito absoluto*, eficaz *erga omnes* e suscetível de tutela *específica*.³¹⁵ ... Pode-se dizer ... que há um bom número de elementos disponíveis para configurar uma hipótese reconstrutiva que, em matéria de tutela dos direitos, isto é, *de formas e de técnicas de tutela*, apresente maiores conotações de efetividade e de realismo. Certo, a opção de fundo é que o momento da tutela seja verdadeiramente um momento agregante das formas jurídicas e que exatamente em torno dele sejam dispostas estas formas (*ótica da tutela*). Permanecem, por outro lado, teorizações diferenciadas que privilegiam o momento dos espaços de liberdade e de fruição reservados aos portadores de interesses que tenha relevância jurídica (*ótica do agere licere*). Caso se adote a ótica da tutela emergirá que o intérprete terá o que fazer com *interesses juridicamente relevantes*, com *necessidades diferenciadas de tutela e com regras de tutela* conseqüentes, portadoras de “remédios” (*remedies da common law*,). Outros elementos não é dado avistar.”³¹⁶

É com base nessa metodologia que consideraremos as formas e as técnicas de tutela,³¹⁷ tanto no plano substancial quanto no plano processual, tendo em vista o objetivo da máxima coincidência possível que deve ser buscado pela *tutela específica* prevista no art. 461 do CPC e no art. 84 do CDC.

5.2.1 As formas e as técnicas de tutela no plano do direito substancial.

As *formas substanciais de tutela* no direito privado podem ser: *inibitória, preventiva executiva, reintegratória, do adimplemento, ressarcitória na forma específica e ressarcitória pelo equivalente monetário*. Diz-se que, exceção feita à esta última, todas as demais são *formas substanciais de tutela específica*. Assim, é equívoco pensar que *tutela específica* seja uma *forma jurisdicional de tutela*.³¹⁸

³¹⁵ Cf. Adolfo Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, cit., p. 14.

³¹⁶ Cf. Adolfo Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, cit., p. 24.

³¹⁷ Não se quer afirmar que seja a única maneira de enfocar o assunto. Sobre a aplicação da teoria geral da sanção jurídica ao estudo da tutela específica, cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 165 *et seq.*, onde classifica em *comandos sancionatórios* (=formas de tutela) e *mecanismos sancionatórios* (=técnicas de tutela).

³¹⁸ Antecipe-se que a tutela jurisdicional específica nada mais é do que a conjugação das formas substanciais com as formas jurisdicionais de tutela. As formas jurisdicionais de tutela, por sua vez, resultam da conjugação (ou não) de técnicas processuais sempre na perspectiva de sua adequação ao plano das formas substanciais de tutela.

Como veremos a seguir, as formas jurisdicionais de tutela - que tem sido alvo de disputas doutrinárias entre a corrente simpática à classificação trinária e os partidários da classificação quinária - refletem a conjugação de diversas *técnicas processuais* na perspectiva de sua instrumentalidade perante as exigências das diversas situações substanciais de vantagem, sintetizadas na classificação das formas *substanciais* de tutela que estamos a tratar. De resto, qual seria o sentido de instrumentalismo *substancial* que não o ora indicado ?

As *técnicas substanciais de tutela* visam dar atuação às formas substanciais de tutela: exemplificativamente, podem ser coercitivas (por exemplo, cláusula penal) ou punitivas (por exemplo, deserção por indignidade). Não se confunda *formas* substanciais de tutela com *técnicas* substanciais de tutela. Enquanto as *técnicas substanciais de tutela* visam apenas o voluntário cumprimento da prestação - e nesse sentido não tem relevância para o estudo da tutela jurisdicional -, as *formas substanciais de tutela* são o parâmetro necessário de *adequação* da tutela jurisdicional a ser invocada e prestada.

Por essa razão, levaremos em consideração neste estudo somente as *formas* substanciais de tutela.

5.2.2 As formas e técnicas de tutela no plano do direito processual

Muitos ainda podem pensar que *no plano do processo* as formas não de ser meramente *processuais*, isto é, estabelecidas dentro de uma *relação processual*. Isto tem um fundo de verdade, mas não explica o problema em sua inteireza.

Na verdade, carece a questão de revisão teórica na medida em que, aplicada à tradicional *separação* entre as relações processuais de cognição e execução, conduz a resultados hoje considerados insatisfatórios.

Não se pode perder de vista a lição de LIEBMAN quando afirmou que a autonomia do *processo* de execução surgiu paralelamente à autonomia do direito de *ação*.

Mas sabe-se que a trilogia do que se entende compreensivamente como Direito Processual Civil, envolve um terceiro elemento, a *jurisdição*, talvez o mais importante, dada a sua conexão com os direitos e garantias constitucionais.³¹⁹

³¹⁹ Talvez fosse o caso de mudar o “nome” da disciplina, não para Direito Judiciário Civil, absolutamente ultrapassado, mas para Direito Jurisdicional Civil. Contudo, os limites deste estudo nos obrigam a “diferir” essa questão, que não é menor, para outra oportunidade. Note-se que a doutrina crítica tem se utilizado com muita

Importa-nos a consciência de que se limitarmos o discurso ao *processo* (pan-processualismo) estaremos negligenciando a tutela jurisdicional, constitucionalmente garantida.³²⁰ Portanto, no plano do processo, as formas de tutela não são formas *processuais*, mas formas *jurisdicionais* de tutela. Feito este esclarecimento conceitual prévio, podemos, então, prosseguir.

Em um certo sentido, realmente as formas *jurisdicionais* de tutela estão ligadas à idéia de *procedimento* previamente estabelecido em lei para a dinâmica da *relação processual*.³²¹

Mas a relação processual esteve – e, na consciência dos juristas, ainda está – radicalmente duplicada em relação processual declarativa e relação processual executiva.

No Processo de Conhecimento, a dinâmica da relação processual está *formatada* pelo procedimento comum, fundado no dogma liberal da certeza e segurança das relações jurídicas.

No Processo de Execução, a separada relação processual também está *formatada* mediante os procedimentos *típicos e rígidos* de execução por quantia certa contra devedor solvente, de execução das obrigações de fazer e de não fazer, de execução para entrega de coisa, não se admitindo em qualquer deles o mínimo vestígio de formas inominadas ou atípicas que possam ser mais adequadas para um determinado caso concreto.

Note-se que, segundo o sistema individual de tutela, poucas são as formas procedimentais executivas diferenciadas que refogem aos rígidos limites das formas típicas para execução por expropriação, uma vez que são admitidas apenas para situações substanciais bem definidas: créditos alimentares (prisão civil), bancários (alienação extrajudicial) ou contra a fazenda pública (precatório requisitório). Resulta que toda a diversidade do direito material fica reconduzida à “camisa de força” das formas processuais típicas do Processo de Execução.

Cabe indagar até que ponto o devido processo legal, garantia das partes, como por exemplo o direito à prova, o direito de ser citado e o direito de ser ouvido em todos os atos do procedimento, está a exigir um *procedimento* nominado e rígido no “momento” executivo ?

freqüência da expressão “tutela”, que é antes de tudo constitucional, tanto para o plano do direito material quanto para o plano jurisdicional. O próprio Pontes de Miranda já realçava a idéia de direito subjetivo, pretensão e ação, nos planos material e processual, cf. Tratado das ações, vol. 1, *passim*, p. 29, 44, 59, 85, 89, 109, 116; também Ovídio Baptista da Silva, Curso, vol. 1, *passim*, p. 75 *et seq*; *ID*, Jurisdição e execução, *passim*, p. 161 *et seq*.

³²⁰ Cf. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª, Madrid: Civitas, 2001, p. 59; Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 3ª, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 270 *et seq*.

³²¹ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdiccional*, cit. p. 164.

Em outras palavras, até que ponto é *conforme à Constituição* o estabelecimento em lei de *rígidas* formas de tutela jurisdicional executiva, segundo a garantia constitucional de formas de tutela *jurisdicional* efetiva, tempestiva e adequada às formas substanciais de tutela?³²²

Verifica-se uma aparente colisão de direitos fundamentais: o direito à ampla defesa e ao contraditório *versus* o direito à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. Deve-se partir da premissa que as formas flexíveis de tutela jurisdicional predispostas nas demandas unitárias, que poderíamos designar demandas de relação processual única – como aquelas previstas no art. 461 do CPC e nos arts. 83 e 84 do CDC –, admitem a mescla de cognição e execução.

Neste particular, parece-nos que a plenitude de defesa³²³ vem amplamente resguardada no momento cognitivo. Mas a partir do instante em que o ordenamento possibilita *execução* fundada em cognição sumária ou execução fundada em cognição parcial e exauriente – ou, em outras palavras, execução fundada em *grau suficiente de verossimilhança* cujo tempo do processo não pode macular –, esta *execução* não pode submeter-se a *rígidas* formas de tutela jurisdicional, sob pena de inconstitucionalidade.

O *grau suficiente de verossimilhança* deve ser aferido segundo a natureza da situação substancial tutelada, como se dá nos direitos não patrimoniais.

Ressuma evidente que o sistema clássico de formas típicas e *rígidas* de tutela executiva, diferidas para relação processual separada da cognitiva, estava ‘adequado’ somente para direitos patrimoniais, direitos de crédito, cuja essência reside na disponibilidade.

Nesse aspecto, mesmo após certeza jurídica alcançada em grau máximo (possível) de verossimilhança quanto a existência do direito do autor, teria o réu plenitude de defesa. Em outras palavras, mesmo sendo *certo* o direito do autor e improvável o direito do réu, haveria plenitude de defesa deste mediante embargos *tout court* suspensivos.

O direito do autor que o juiz declarou existente – *certeza* e, muita vez, coisa julgada material –, tinha sua realização postergada indefinidamente no tempo. Intempestiva realização do direito do autor é o que deriva, em regra, das formas *rígidas* de tutela executiva previstas no sistema clássico.

³²² No direito uruguaio, cf. Jaime Greif, *La tutela constitucional del proceso en el derecho uruguayo. As garantias do cidadão da Justiça* [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira]. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 139-148.

³²³ Cf. Ovídio Baptista da Silva, “A plenitude de defesa” no processo civil. *As garantias do cidadão da Justiça* [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira]. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 149-165.

Dessa *demora fisiológica* das formas de tutela jurisdicional executiva também deriva a negação das adequadas formas substanciais de tutela: a medida em que o *tempo* passa, as formas substanciais de tutela específica tendem a converter-se na forma substancial residual que é a da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário. O ilícito não prevenido ou removido *tempestivamente* converte-se em um dano ressarcível – mas veremos adiante que quando isso ocorrer, não tanto por inadequação do sistema de tutelas preventivas, mas por outras razões, caberá, ainda, a tutela ressarcitória na forma específica.³²⁴

Por outro lado, mesmo que *tempestiva* a prestação de tutela jurisdicional (*por exemplo*, com a antecipação de tutela), é bem verdade que a ausência de *adequadas* técnicas processuais de efetivação das formas de tutela específica, fazem com que a tutela jurisdicional seja inefetiva e, portanto, inconstitucional.

De nada adianta a previsão de formas substanciais adequadas de tutela se, no plano do processo, inexistirem técnicas processuais adequadas à efetivação dessa mesma tutela.

Só a presença no ordenamento jurídico de técnicas processuais adequadas de efetivação permitem a realização máxima³²⁵ da garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva e adequada, pois o isolamento científico das formas *flexíveis* de tutela jurisdicional mandamental e executiva *lato sensu* somente foi possível por intermédio da conjugação delas com técnicas processuais de efetivação.

Assim, de nada adianta a predisposição normativa de formas substanciais de tutela específica – *inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória na forma específica* – se não houver, também, técnicas processuais adequadas de efetivação – *coerção indireta e, sub-rogação*.

Note-se que as *formas de tutela específica* operam nos *planos substancial* (inibitória, preventiva executiva, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória na forma específica) e *jurisdicional* (mandamental, executiva *lato sensu* e, com reduzido e limitado grau de efetividade, também condenatória, constitutiva e declaratória).

³²⁴ Trata-se de internalizar os custos sociais das relações de produção na sociedade de consumo, objetivando corrigir as falhas de mercado, cf. item 8.2.2.1, *infra*.

³²⁵ Como afirma Konrad Hesse : “... a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade ... A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale”, cf. A força normativa da Constituição [tradução de Gilmar Ferreira Mendes], Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 24-25.

Na medida em que o ordenamento priorizou *juridicamente a tutela específica* sobre a tutela pelo equivalente monetário (perdas e danos), não há possibilidade lógica de dissociação entre as formas *substanciais* de tutela e as formas *jurisdicionais* de tutela.

É absurdo lógico afirmar-se que, além da norma de processo, deva haver *repetição* legislativa na “lei material” sobre o cabimento de *tutela específica*. Afirmção desse jaez revela incompreensão com o sentido de *instrumentalismo substancial do processo*.

Contudo, como já visto, os processualistas vinham procurando extrair justamente de uma norma inserida no Código Civil de 1916 (o art. 75), um substrato infraconstitucional da garantia (constitucional) das formas de tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Muito embora essa garantia fundamental derive imediatamente da Constituição e tenha aplicação imediata, sem necessidade de qualquer mediação normativa infraconstitucional, é inegável o caráter pedagógico de uma norma explícita no sistema.

Outro não foi o motivo para o disposto no art. 83 do CDC: “*Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*”.

À luz da Constituição Federal (art. 5º, XXXV), diria PONTES DE MIRANDA: “*À todo direito, pretensão ou ação de direito material corresponderá uma “ação” processual efetiva e adequada*”.

Podemos muito bem lê-lo segundo a linguagem aqui utilizada, com o mesmo significado pontiano: “*À todo direito, pretensão ou ação de direito material corresponderá uma forma de tutela de jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada*.”

Portanto, a tutela *jurisdicional* específica nada mais é do que uma forma de tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material.

Há que se ter presente que a *tutela específica* é regra geral no sistema, isto é, há *tutela específica geral e atípica*.

Esse princípio não pode ser obscurecido, pois é uma das mais fundamentais expressões infraconstitucionais da garantia constitucional da efetiva e adequada proteção jurisdicional da dignidade da pessoa humana diante das *market failures*.³²⁶

E, caso se leve a sério a garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva, será de pouca valia a previsão pelo ordenamento infraconstitucional *apenas* de técnicas processuais de

³²⁶ Isto é, das falhas de mercado, cf. Fábio Nusdeo, *Curso de economia, passim*, p. 138-167.

efetivação típicas e nominadas. Mais ainda: haveria inefetividade da tutela jurisdicional (e portanto inconstitucionalidade) quando as técnicas processuais de efetivação da tutela estivessem submetidas a um *rigido e inflexível* sistema típico de formas jurisdicionais de tutela executiva.

Ressalte-se, ainda, que as *formas* de tutela jurisdicional não se confundem com as *técnicas processuais* de tutela jurisdicional. As formas de tutela jurisdicional, que devem ser adequadas ao plano substancial, resultam da conjugação de diversas técnicas processuais. As técnicas processuais tanto são os *provimentos judiciais* (liminares e sentenças) quanto os *meios* (ou *medidas* “*necessárias*”, *medidas* “*de apoio*”) para a sua *efetivação* ou *execução*. Podemos afirmar que uma forma de tutela jurisdicional, para fins classificatórios, resulta da *conjugação* de um provimento judicial com um meio de efetivação ou execução.³²⁷

Nesse contexto, como já visto, é possível uma *classificação das formas de tutela jurisdicional*: (i) o provimento judicial mandamental é assim classificado porque assistido por um meio de coerção indireta na mesma relação processual, (além da sanção criminal); (ii) o provimento judicial condenatório assim o é porque desassistido de qualquer meio sancionatório na mesma relação processual, diferindo os meios ‘executivos’ para outra; (iii) o provimento judicial executivo *lato sensu* assim o é porque assistido com meios sub-rogatórios ou coativos diretos na mesma relação processual, (além da sanção criminal); (iv) os provimentos judiciais meramente declaratórios e os provimentos judiciais constitutivos assim o são porque desassistidos, sempre, de qualquer sanção processual, diferindo uma da outra somente quanto à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica (potestatividade, sujeição), possível somente pela técnica constitutiva.

De outro lado, o provimento judicial constitutivo é incompatível com a idéia de *prestação* e, quando o direito substancial exige uma prestação do obrigado (*rectius: o objeto da prestação*),³²⁸ o provimento judicial será mandamental, executivo *lato sensu* ou condenatório, conforme se configure a assistência dos meios ‘executivos’ ou de efetivação acima enumerados.

³²⁷ Cf., por todos, Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor [comentado pelos autores do anteprojeto]*. cit., p. 656.

³²⁸ Em se tratando de tutela específica, mais correto é dizer-se que o fim é o *resultado* específico da prestação, seja ele *correspondente* (tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela preventiva executiva e tutela do adimplemento) ou *equivalente* (tutela ressarcitória na forma específica). Somente quando a parte faça *opção* ou

Relativamente às *técnicas processuais* de efetivação (para alguns *modalidades* ou *mecanismos*), não basta (ou pelo menos pode não bastar) uma sanção prevista no direito *material*, sendo necessário, para uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, uma sanção *processual*.

Por isso, não nos afigura correto cogitar que a *técnica declaratória* possa conter *sanção* (por exemplo, nulidade de um negócio jurídico). A circunstância de a técnica declaratória atuar uma sanção prevista no *plano substancial*, não significa que seja tutela sancionatória no plano do processo, porque decididamente não o é.

Um tal entendimento poderia trazer sérios problemas no plano da efetividade da tutela jurisdicional preventiva, especialmente se levarmos em consideração o *mero* pedido de declaração de nulidade de cláusulas abusivas em planos de saúde, dado que estão envolvidos *direitos não patrimoniais* de um número indeterminado ou apenas determinável de pessoas.

Portanto, podemos afirmar que não há *apenas* uma garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada; mas também de uma garantia constitucional de *técnicas de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada* (art. 5º, XXXV).

Felizmente, no direito brasileiro temos a previsão expressa de técnicas atípicas de efetivação da tutela específica (art. 84, §5º do CDC e art. 461, §5º, do CPC).

Mas não é excessivo recordar que no direito italiano assim não é,³²⁹ o que tem exigido a invocação do direito constitucional à obtenção de meios adequados de efetivação da sentença.³³⁰

seja *impossível* o resultado específico, é que a tutela será (residualmente) a de *perdas e danos* (com função meramente *compensatória*, em caso de direitos não patrimoniais).

³²⁹ Várias têm sido as tentativas de reforma do CPC italiano no sentido de incluir a multa diária como técnica coercitiva indireta, a última delas recentemente proposta ao Ministro da Justiça pela Comissão por ele nomeada e presidida por Giuseppe Tarzia, que na justificativa, invocando o art. 461 do CPC brasileiro como notável avanço, assim se expressou: “*Não é recente a tentativa de introduzir, no nosso ordenamento, medidas coercitivas patrimoniais, sob o modelo da astreinte francesa e dos países do Benelux, em reforço da sentença condenatória por violação das obrigações de fazer ou de não fazer. Vale a pena recordar, após o projeto Carnelutti de 1926 (arts. 667 e 668), o projeto de lei Real (art. 23), o projeto de lei Liebman (ponto 24) e, com uma proposta de modificação, o relatório Lipari ao referido projeto. ... Observa-se, por outro lado, que a difusão dessas medidas é cada vez maior, inclusive no plano internacional (cf. o art. 461, recentemente alterado, do Código de Processo Civil brasileiro e as normas ditadas a respeito no projeto de harmonização do direito processual civil da União Européia, redigido pela Comissão presidida pelo prof. Storp) e tem sido objeto de muita atenção, inclusive de jure condendo, na nossa doutrina.*” Cf. Giuseppe Tarzia, *Per la revisione del Codice di Procedura Civile, Qualche Notizia – Testo del Disegno di Legge Delegato – Relazione*, Separata da Rivista di Diritto Processuale n° 4, 1996, p. 945-1029, esp. p. 993-994.

³³⁰ Cf. Michele Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione*, ‘in’ *Rivista Critica del Diritto privato*, 1986, p. 649-650.

Observe-se, por fim, que a conjugação (ou não) de técnicas processuais, se por um lado permite a classificação das formas de tutela *jurisdicional*, como aquela que é neste trabalho adotada (mandamental, executiva *lato sensu*, condenatória, constitutiva e meramente declaratória), por outro, e na perspectiva do instrumentalismo substancial do processo, somente tem razão em função de sua *necessária* adequação às diversas formas *substanciais* de tutela (inibitória, preventiva executiva, reintegratória, do adimplemento, ressarcitória na forma específica com prioridade natural, lógica e jurídica sobre a ressarcitória pelo equivalente monetário).

Não foi por outra razão que OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA asseverou: “*é sempre bom recordar que as ações que podem ser classificadas são, necessariamente, as ações de Direito material, residindo aí certamente o desprezo com que os processualistas de cátedra tratam o problema, pois este conceito lhes é estranho, ou supérfluo, como costumam dizer.*”³³¹

Estabelecidas essas premissas conceituais, a seguir analisamos isoladamente as diferentes técnicas de efetivação, na perspectiva da tutela jurisdicional específica.

³³¹ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *O processo civil e a sua recente reforma*, cit., p. 417. E mais adiante, completa: “*Temos seguido, neste particular, e nem poderia ser diferente, as clássicas lições de Pontes de Miranda a respeito de classificação de ações (mais uma vez insista-se de Direito material) e das respectivas ações (nova insistência: de procedência !)*”, *ibidem*, p. 421.

CAPÍTULO 6

AS TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO DIREITO BRASILEIRO

SUMÁRIO: 6.1 Inadequação das técnicas executivas tradicionais. 6.2 Técnicas de efetivação da tutela específica. 6.2.1 Técnicas coercitivas indiretas. 6.2.1.1 Estrutura da coerção indireta. 6.2.1.2 Função da coerção indireta. 6.2.1.3 Aspectos processuais das técnicas de coerção indireta. 6.2.1.4 Aspectos de direito processual comparado: França e Alemanha 6.2.2 Técnicas sub-rogatórias.

6.1 Inadequação das técnicas executivas tradicionais.

Ao longo desta exposição, já tivemos oportunidade de observar os seguintes pontos: (i) dada a sua rigidez e tipicidade, as técnicas e as formas clássicas de tutela jurisdicional executiva não consentem uma adequada tutela aos novos direitos não patrimoniais; (ii) ciente disso, o legislador houve por bem em alterar o art. 461 do CPC como também inserir no art. 84 do CDC – regra geral no sistema de tutela coletiva dos direitos e regra especial no microsistema de tutela individual dos consumidores –, técnicas e formas atípicas de tutela jurisdicional específica, com especial referência aos deveres *lato sensu* de fazer e de não fazer; (iii) conseqüentemente, (re)introduziu no ordenamento, seja no plano individual, seja no plano coletivo, as chamadas demandas unitárias ou de relação processual única, em que se permite atividades cognitivas e executivas na mesma relação processual; (iv) disso derivando que o dogma da correlação *necessária* entre condenação e execução forçada está superado; (v) não que essa correlação não exista quando a sentença seja condenatória *típica*, mas que quando a sentença seja de outra natureza, especialmente as sentenças mandamental e executiva *lato sensu*, perde sentido a insistência de que continuariam existindo duas relações processuais distintas; (vi) contudo, a constatação da correlação *não mais necessária* entre condenação e

execução forçada deve continuar a ser realçada, em face da ainda presente dissensão na doutrina brasileira naquilo que se refere à aceitação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, pois essa corrente, ora alargando o conceito de condenação – o que obscurece a existência de *imperium* na noção de jurisdição –, ora alargando a noção de título executivo, rendendo ensejo a que se acredite poder embargar a efetivação de sentenças numa relação processual separada, segundo o Livro II do CPC; (vii) esse pecadilho doutrinário, que permeia a teoria geral do processo civil, pode lograr indevida propagação para o microsistema dos direitos do consumidor, que tem por princípios básicos, dentre outros, o da facilitação na defesa daqueles mesmos direitos;³³² (viii) e, em especial do direito fundamental à saúde humana, quando envolvida numa relação de consumo, direito esse absoluto, não patrimonial, e, portanto, insuscetível de adequada tutela que não aquela prestada nas diversas formas específicas já referidas.

O presente capítulo está destinado ao estudo das técnicas de efetivação da tutela específica que é prestada pelas sentenças mandamental e executiva *lato sensu*, sendo já ocioso revolver toda a problemática concernente à inadequação das formas executivas clássicas então predispostas pelo sistema às obrigações de fazer e de não fazer, mesmo porque elas são inaplicáveis com o advento do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Devido à novidade, contudo, nem sempre todos estes aspectos teóricos são lembrados, havendo quem ainda acredite que há título executivo e execução em separado.

Devemos esclarecer os seguintes pontos: (i) as sentenças mandamental e executiva *lato sensu* não são título executivo judicial;³³³ (ii) logo, não são “executadas” como uma sentença condenatória; (iii) essas sentenças são “efetivadas”; (iv) na mesma relação processual; (v) mediante as técnicas coercitivas indiretas típica e atípicas, no caso da sentença mandamental, ou técnicas sub-rogatórias típicas e atípicas, no caso da sentença executiva *lato sensu*; (vi) e que as técnicas coercitivas indiretas, de conteúdo processual ou criminal, tem por função pressionar psicologicamente a vontade daquele que deve fazer ou não deve fazer alguma coisa, sem prejuízo de eventual função subsidiária punitiva do recalcitrante; (vii) essas técnicas coercitivas indiretas vem a resgatar – e esse é um ponto fundamental para a teoria geral da jurisdição – o poder de *imperium* do juiz, obscurecido há duzentos anos, por obra do processo

³³² “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive...”.

³³³ *Nullus titulus sine lege* – art. 584, I, CPC.

de codificação moderna.

De vez que já foi abordada a questão das demandas (unitárias) reunirem numa mesma relação processual as atividades de cognição e de “execução”, não podemos deixar de explicitar que “execução” vem aqui entendida em sentido amplo,³³⁴ isto é, comportando atividades *lato sensu* executivas, ou, como preferiu OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *atos executivos atípicos*.

Não vemos impedimento a que essa acepção “ampla” de execução seja nominada como “efetivação”.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, abordando precisamente essa difícil questão terminológica, assim se expressou:

“... tem-se pensado na tutela jurisdicional executiva não apenas como *resultado*, mas se utiliza o termo também para designar os *meios* tendentes à sua consecução. Sob esse prisma, num sentido amplo, podem ser consideradas modalidades de tutela jurisdicional executiva tanto os meios executivos diretos (ou de sub-rogação) quanto os indiretos (ou de coação)... Observe-se, ademais, que não se pode restringir o conceito de tutela jurisdicional executiva ao processo de execução ... atividades (executivas) não ocorrem, exclusivamente, no âmbito deste processo... Pode-se dizer, desse modo, que a tutela jurisdicional executiva se manifesta em sua forma mais genuína no processo de execução. Isso não impede, no entanto, que se realizem atos executivos no curso de outros processos, tal como ocorre com a execução da tutela antecipatória, ou imediatamente após o proferimento da sentença e independentemente de processo de execução posterior, como ocorre nas ações executivas *lato sensu*.”³³⁵ E, em duas notas de rodapé, prossegue GARCIA MEDINA: “A terminologia indicada (execução da tutela antecipatória) é negada por parte da doutrina, que prefere falar em *efetivação* ou *atuação* da tutela antecipatória. Mas esta concepção deriva, aparentemente, da perplexidade gerada pela admissibilidade de atos executivos a) independentemente de um processo de execução e b) independentemente de título executivo – o provimento jurisdicional que concede tutela antecipatória, para nós, não se coaduna à definição de título executivo. Na verdade, o que ocorre em relação à decisão que antecipa efeitos executivos é, propriamente, a sua execução, não sendo adequado falar em efetivação, a não ser em relação à antecipação de efeitos de outras tutelas (constitutiva, por exemplo).”³³⁶ “(A execução da decisão que concede tutela antecipatória não segue o rito tradicional da execução forçada) Por isso é comum ver, entre os doutrinadores que cuidam

³³⁴ Dissertando sobre o assunto assim também entendeu Elton Venturi, cf. *Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 54-55.

³³⁵ Cf. José Miguel Garcia Medina, *A execução da liminar que antecipa efeitos da tutela sob o prisma da teoria geral da tutela jurisdicional executiva – o princípio da execução sem título permitida*. Processo de execução [coord. Sérgio Shimura e Teresa Wambier], São Paulo: RT, 2001, p. 511.

³³⁶ Cf. José Miguel Garcia Medina, *A execução da liminar*, cit., p. 512, nota 12.

do assunto. referência à expressão *atuação* ou *efetivação* da tutela antecipatória. A propósito, a nova redação proposta para o § 3º do art. 273 do CPC pelo Projeto de Lei 3.476/2000, alude, expressamente, à expressão *efetivação*. A utilização do termo *efetivação* se justifica, para nós, por ter o mérito de abranger, além dos atos propriamente executivos, também os mandamentais. Não é incorreto, assim, falar em execução da decisão que concede tutela antecipatória, pois em boa parte dos casos é exatamente isso o que ocorre.”³³⁷

Muito embora a preferência desse autor seja pelo termo “execução”, reconhece que o termo “efetivação” abrange, além de atos executivos típicos, os atos mandamentais. Em nosso sentir, o termo “efetivação” abrange os atos executivos *atípicos*, como sendo aqueles praticados na efetivação da tutela executiva *lato sensu*, antecipatória ou final, e, também os atos mandamentais.

Não se trata de diletantismo doutrinário, tanto que, como o autor citado recordou, menciona-se também em *atuação* da tutela jurisdicional, especialmente em virtude de essa expressão ser largamente utilizada pela doutrina italiana e pelo próprio CPC italiano (art. 669 *duodecies*).

É bem verdade que no direito italiano o termo *atuação* vem destinado para as medidas cautelares e antecipatórias *urgentes* (art. 700 do CPC italiano), sendo que lá o provimento que antecipa os efeitos da tutela fundada em *evidência* é considerado título executivo (arts. 186 e 423 do CPC italiano) – não significando, de outro lado, que a execução imediata desse título se submeta inteiramente às formas rígidas do processo de execução (art. 612 do CPC italiano).

Percebe-se que o tema tem variações, segundo a realidade normativa de cada sistema processual.

No caso do direito positivo brasileiro, pensamos que o termo “efetivação” seja o mais adequado, por duas razões: *(i)* a primeira, de natureza teórico-dogmática, no sentido de que todo provimento judicial que seja efetivado na mesma relação processual não pode constituir título executivo ou, pelo menos no direito brasileiro, não o constituem, segundo a dicção típica do art. 584, I, do CPC; *(ii)* a segunda razão, de natureza pedagógica, na perspectiva de que se não há processo de execução segundo as formas rígidas do Livro II do CPC, melhor evitar o termo “execução”, pelo menos enquanto a legislação não for mais clara a esse respeito – aliás, como já mencionado por GARCIA MEDINA, há projeto de lei em trâmite no Congresso

³³⁷ Cf. José Miguel Garcia Medina, *A execução da liminar*, cit., p. 530, nota 65.

Nacional preferindo pelo termo *efetivação*.³³⁸

E, muito recentemente, foi aprovada a inclusão do inciso V no artigo 14 do CPC,³³⁹ o qual se refere expressamente à *efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final*, de modo que o problema não mais se coloca.

6.2 Técnicas de efetivação da tutela específica.

CHIOVENDA já dizia que os meios executivos para a “atuação da lei mediante execução” dar-se-ia, segundo disposições expressas em lei, mediante coação³⁴⁰ e sub-rogação e que a lacuna normativa não deveria impedir a prudência do juiz em nomear um técnico para atividades executivas.

“Esses meios executivos podem dividir-se em meios de coação e de sub-rogação. A) Meios de coação. Dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com a participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a presta o que deve. Tais são as multas; o arresto pessoal; os seqüestros com função coercitiva. B) Meios de sub-rogação. Meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado. Tais a apreensão direta das coisas determinadas a que o credor tenha direito; a apreensão das coisas móveis ou imóveis do devedor para convertê-las em dinheiro com o fim de satisfazer os créditos; a realização direta da atividade devida pelo devedor, se fungível; o emprego da força para impedir que o devedor realize uma atividade em contraste com a obrigação de não fazer.” Ao referir-se à atividade de sub-rogação nas obrigações de fazer ou de desfazer, CHIOVENDA completou: “A prudência do juiz deve suprir o silêncio da lei regulando na sentença o modo da execução: por exemplo, nomeando um técnico para dirigir a obra e assim o investindo da qualidade de pessoa auxiliar...”³⁴¹

³³⁸ Isto é, efetivação do provimento judicial de antecipação de soma – art. 273.

³³⁹ Trata-se da mini-reforma da Lei nº 10.358 de 28 de dezembro de 2001.

³⁴⁰ Para Edgar de Godói da Mata Machado “*Coação suscita de maneira mais imediata a idéia de obrigar contra a vontade, a noção de violência. Coagir é constranger, forçar... O termo coerção parece menos agressivo ...*”, reconhecendo, todavia, que coerção e coação são sinônimos, cf. Direito e coerção (reeditado), São Paulo: Unimarco, 1999, p. 15, 25 e 37. Daí porque – mas não só – tantos desencontros doutrinários, referindo-se cada autor sobre o mesmo objeto com nomenclaturas diversas, como já se percebe do texto; outras referências críticas nesse sentido. cf. Cândido Rangel Dinamarco. Execução Civil. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 314, nota 2.

³⁴¹ Giuseppe Chiovenda, Instituições de direito processual civil, vol. 1, 2ª, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 402-407.

ANGELO CHIANALE classifica os meios “executivos” em quatro modalidades diferentes: atuação judicial (obrigações de emitir declaração de vontade), coação direta (mediante atividade de auxiliares do juiz ou com recurso à força pública), coação indireta (para obrigações infungíveis) e sub-rogação (para obrigações de fazer fungíveis suscetíveis de adimplemento por terceiros – sendo as custos adiantados pelo credor, com eventual controle de um auxiliar do juiz – e os respectivos custos imputados ao devedor; ou, ainda, mediante liquidação de uma soma previsível dos custos da reparação em favor do credor; mas em qualquer dos casos respeitado o “princípio geral pelo qual a execução forçada ... deve ser efetuada pelos órgãos jurisdicionais e nunca por obra privada”).³⁴²

Em nosso entender, as técnicas de efetivação podem ser reduzidas à duas: *coerção indireta* (multa, prisão civil, etc.) e *sub-rogação* (atos executivos praticados por auxiliares da justiça e/ou terceiros, com ou sem força policial), partindo de duas premissas: (i) enquanto as técnicas coercitivas indiretas efetivam provimento mandamental, as técnicas de sub-rogação efetivam provimento executivo *lato sensu*; (ii) enquanto as técnicas coercitivas tem função intimidativa, atuando sobre a vontade do obrigado, as técnicas sub-rogoratórias transformam a realidade independente e até contra a vontade do obrigado.

6.2.1 Técnicas coercitivas indiretas.

Talvez a constatação mais importante em matéria de técnicas coercitivas seja aquela no sentido de que as tais técnicas devam cumprir a sua função intimidativa. Para tanto, dependem do bom senso do intérprete à vista das pluralidade de peculiaridades de cada caso concreto apresenta. Podemos afirmar que se tais técnicas não atingem o seu escopo, especialmente a multa diária, de rara efetividade será buscar a execução da soma em dinheiro. A fixação do valor da multa deve levar em conta parâmetros que sejam eficazes em pressionar o fornecedor a adimplir a obrigação, obedecendo e respeitando a ordem judicial. A condição econômica do fornecedor é um ponto de partida e a condição humana do consumidor deve ser o ponto de chegada.

³⁴² Cf. Angelo Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, cit., p. 70-90; adere, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, 2ª. São Paulo: RT, 2001, p. 71-79.

6.2.1.1 Estrutura da coerção indireta.

A inclusão expressa da multa como medida de apoio da tutela prestada pelo art. 461 do Código, está a evidenciar que outros meios de coerção pessoal podem ser aplicados pelo juiz no caso concreto.

Há opiniões no sentido de que a prisão civil como sanção processual é possível, fora dos casos de inadimplente de pensão alimentícia e depositário infiel, com base na atipicidade das modalidades executivas, sem nenhuma eiva de inconstitucionalidade.³⁴³

Não obstante, devemos salientar que outras medidas de coerção podem ser aplicadas, diversamente da multa ou até da proclamada prisão civil. Por exemplo, medidas restritivas de direitos, como suspensão temporária para exercer profissão ou ofício, indisponibilidade de bens etc. De particular interesse para a sociedade de consumo é a imposição de contrapublicidade ao anúncio abusivo ou enganoso. Outras possibilidades há como a publicação da sentença em jornal de grande circulação, às expensas do fornecedor.³⁴⁴

O único critério a ser buscado pelo julgador é o da necessidade, utilidade e adequação da medida imposta no caso concreto, na perspectiva dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por outro lado, fixando o discurso em relação à multa, não necessariamente deve ela ser diária, podendo ser adotada outra medida (por exemplo, multa progressiva, multa com valor fixo).

Pode o juiz aumentar, reduzir ou até revogar a multa anteriormente fixada por uma causa alheia ao devedor - seguindo a experiência da lei francesa de 1993 sobre *astreinte* -, raciocínio também válido para a multa provisória, fixada em provimento sumário.

Deveras, a *astreinte*, na mesma perspectiva comparada, pode ser provisória ou definitiva. E se a multa coercitiva brasileira também pode ser provisória, não só incide como é exigível antes do trânsito em julgado da sentença que confirme a liminar. Com efeito, a multa

³⁴³ Ver Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, São Paulo: RT, p. 242, que defende a prisão civil como medida inominada; no mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: RT, p. 87-88.

³⁴⁴ Pode haver dupla função: coercitiva e às vezes ressarcitória na forma específica do dano moral.

provisória não atingirá sua função precípua de resguardar o respeito ao *imperium* da jurisdição, através da coerção psicológica do inadimplente, caso só venha a ser exigível depois do trânsito em julgado da sentença.

O mesmo se diga da multa final, assim entendida aquela fixada na sentença de mérito ainda pendente de apelação.

Tanto para a multa provisória, quanto para a multa final, não teria qualquer sentido que houvesse efeito suspensivo do recurso cabível, sob pena de inefetividade da técnica de coerção.

Após o trânsito em julgado, é bem verdade, a multa final não resulta definitiva, posto que não se submete à autoridade da coisa julgada, circunstância essa aliás já observada pela Corte de Cassação francesa no precedente de 1841.

Isso porque, sendo sua função pressionar o obrigado para que obedeça a ordem judicial, cumprindo a prestação na forma específica, submete-se às circunstâncias existentes no momento da efetivação do provimento judicial e, portanto, ao regime da modificação – aumentando-se ou reduzindo-se o valor da multa.

Há uma dupla função da multa do art. 84 do CDC: coercitiva e subsidiariamente punitiva, o que continua valendo ante a ressalva do parágrafo único do art. 14 do CPC, aplicável inclusive às demandas unitárias coletivas (dupla função punitiva ressalvada – a multa do art. 84 do CDC é cumulável com a multa punitiva do art. 14 do CPC).

Remanesce a dúvida para quem reverte a multa do 461 do CPC e do art. 84 do CDC (não a do art. 14) . Aliás, penso, este é um dos motivos pelos quais a multa não tem sido levada muito a sério pela jurisprudência. Mas, se o produto revertesse para o Estado,³⁴⁵ através de um fundo por exemplo, o argumento do enriquecimento indevido do credor, que já era utilizado nas origens da *astreinte*, perderia todo sentido.

³⁴⁵ Tal como sucede com a *Zwangsgeld* do direito alemão, cf. Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta, passim*, p. 143, e agora, também, a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição. Note-se, contudo, que a interpretação tem convergido no sentido do art. 35 do CPC, revertendo para o credor, o que é discutível, muito embora haja precedentes no direito comparado (punição semi-pública, no dizer de Michele Taruffo, *L'attuazione*, cit., p. 93).

6.2.1.2 Função da coerção indireta.

O parágrafo segundo do art. 84 há uma opção político-legislativa pela multa coercitiva. Como a multa teve várias funções no tempo – indenizatória, coercitiva ou punitiva –, convém uma análise do problema concernente à natureza jurídica da multa.

A evolução histórica da *astreinte* como técnica de coerção indireta demonstra que, inicialmente, tinha natureza jurídica indenizatória. Isto se dava ainda no Antigo Regime francês, onde a multa era confundida com perdas e danos, e, portanto, não podia superar o valor da prestação de fazer, nem cumular-se com as perdas e danos efetivamente suportadas pelo ‘credor’.

Deveras, a fixação da multa era desvinculada dos danos efetivos e, portanto, arbitrária. Uma vez que o dano viesse a ser apurado em valor inferior à arbitrária fixação da *astreinte*, deveria ela ser reduzida.

Como não se cumulava, mas, ao contrário, se identificava com as perdas e danos, tinha dupla função: (i) preventiva, consistente na ameaça tênue de perdas e danos; e (ii) repressiva, consistente na fixação arbitrária das próprias perdas e danos, e que tinha como parâmetros aspectos subjetivos, como sendo (ii.a) a gravidade da culpa do obrigado; (ii.b) a respectiva situação patrimonial das partes; e (ii.c) o grau de má-fé do obrigado e sua resistência à execução.³⁴⁶

Há que se considerar, como é de se supor, que era muito tênue a eficácia preventiva e coercitiva da multa no Antigo Regime, em vista de que o obrigado não se sujeitava à cumulação da multa com as perdas e danos, sendo preponderante a sua eficácia meramente repressiva.

Portanto, num primeiro momento, a multa tinha natureza jurídica indenizatória, submetendo-se analogamente aos princípios relativos à cláusula penal do direito dos contratos.³⁴⁷ No entanto, com a aplicação cada vez mais crescente da *astreinte* pelos tribunais

³⁴⁶ Cf. Roberto Goldschmidt, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer*, ‘in’ *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Vol. I, Padova, 1953, p. 66, nota 18.

³⁴⁷ Cf. Roberto Goldschmidt, *Las astreintes*, cit., passim, p. 66, nota 17.

franceses, facultou-se ao juiz a possibilidade de *aumentar* o seu valor, de vez que sob a natureza indenizatória ela somente poderia ser *reduzida*.

Esses dois fatores são tidos como fundamentais na diferenciação entre a multa e a indenização derivada do inadimplemento.³⁴⁸ A partir de então, parcela da doutrina passou a entender que a *astreinte* teria natureza coercitiva, pois teria por única função coagir a vontade do obrigado ao cumprimento específico da prestação.

Todavia, outros setores da doutrina e da jurisprudência francesa mantiveram-se fiéis à tese da multa indenizatória, entendendo, junto com algumas decisões judiciais, e com base em uma lei especial de 1949, sobre desocupação de alojamentos públicos, que limitava o valor da multa aos danos efetivamente suportados, que o princípio da divisão dos poderes não poderia ser vulnerado.

Como se percebe, até a primeira metade do século XX, a natureza jurídica coercitiva da multa não era pacífica na doutrina e na jurisprudência francesas.³⁴⁹ Para aqueles que passaram a admitir a multa como técnica de coerção da vontade do obrigado a prestar, seria ela cumulável com a obrigação principal e os danos derivados do descumprimento, além de poder ser fixada em valor superior ao da própria prestação.

Portanto, se as duas concepções sobre a natureza jurídica da multa – indenizatória ou coercitiva – têm em comum a circunstância de se admitir a *modificação* do valor, diferenciam-se quanto à possibilidade de superação do valor da prestação. Para a corrente que entende pela natureza indenizatória o valor da multa não poderia superar o valor da prestação, ao contrário da corrente que sustenta a natureza coercitiva.³⁵⁰

Assim, o regime de modificação era mais restrito, segundo a tese da multa indenizatória, na medida em que tinha um limite de fixação, reduzindo a própria eficácia do instituto. Algumas decisões judiciais das Cortes francesas foram além da natureza coercitiva, quando fixaram um valor definitivo, portanto imodificável, da multa, “para não deixar ao devedor a esperança de uma futura diminuição ou supressão da *astreinte*”.³⁵¹

³⁴⁸ Cf. Roberto Goldschmidt. *Las astreintes*, cit., *passim*, p. 66.

³⁴⁹ A favor da natureza coercitiva. nesse período, se posicionavam H. e L. Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. 4ª ed., III, 1950, ns. 2499-2, 2500-3; a favor da tese da multa indenizatória estão Planiol, Ripert. Esmein. Radquant, Gabolde, *Traité de Droit Civil Français*, VII, 1931, nº 797, p. 96, *apud* Roberto Goldschmidt. *Las astreintes*, cit., *passim*, p. 68. notas 23 e 24, e jurisprudência francesa nos dois sentidos ali citada.

³⁵⁰ Cf. Roberto Goldschmidt. *Las astreintes*, cit., *passim*, p. 69-70.

³⁵¹ Cf. Roberto Goldschmidt. *Las astreintes*, cit., *passim*, p. 70.

A doutrina, ao analisar essa tendência jurisprudencial, não hesitou em ter a multa assim aplicada com natureza jurídica de pena privada.³⁵² Feitas essas considerações pode-se resumir o estudo da natureza jurídica da multa em três correntes da jurisprudência francesa até a primeira metade do século XX: (i) multa indenizatória, modificável até o valor da prestação e não cumulável com as perdas e danos; (ii) multa coercitiva, modificável, sem limitação de valor e cumulável com as perdas e danos; (iii) multa punitiva, imodificável, sem limitação de valor no momento da fixação, sempre definitiva, e cumulável com as perdas e danos.

O direito brasileiro, a partir do parágrafo 2º dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, filiou-se à tese segundo a qual a multa é coercitiva, funcionando, portanto, como meio de pressão psicológica do obrigado para que cumpra a prestação específica, pois o texto legal é expresso, nas duas normas, no sentido de que a multa incide sem prejuízo das perdas e danos, isto é, cumulável com perdas e danos.

Ademais, a redação dada ao parágrafo 4º de ambos os artigos, estabelece que poderá ser imposta multa diária *suficiente* ou *compatível com a obrigação*, do que decorre que a multa coercitiva, no direito brasileiro, submete-se ao regime de modificação, podendo ser diminuída ou aumentada a qualquer tempo. A multa, por decorrência disso, não integra um capítulo da sentença, nem se submete aos limites objetivos da coisa julgada material.³⁵³

O fato de a multa ser fixada em valor compatível com a obrigação significa, por outro lado, que esse valor pode ser superior ao da prestação. Quisesse o legislador optar pela natureza jurídica indenizatória ou dar um tratamento peculiar à multa, submetendo-a ao regime da cláusula penal, teria se expressado neste sentido, tal como fez no art. 920 do Código Civil brasileiro.

Em confirmação do quanto afirmado, vale a referência à jurisprudência do Tribunal da Federação, que é tranqüila quanto à não aplicabilidade do regime jurídico da cláusula penal para a multa coercitiva.³⁵⁴

³⁵² Cf. Roberto Golschmidt, *Las astreintes*, cit., p. 70, notas 33 e 34.

³⁵³ Sobre esse aspecto, há um precedente de 1841 na jurisprudência da Corte de Cassação francesa, onde já se excluía que a multa ficasse submetida à autoridade da coisa julgada, deixando-se claro que dever-se-ia distinguir a decisão da ordem para efetivá-la. Cf. M. A. Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence em matière d'astreintes*. 'in' *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, II, 1903, p. 29.

³⁵⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não há limite para a multa e quanto à possibilidade de ser fixada em valor superior ao da obrigação, tendo rejeitado a tese de que ela submeter-se-ia ao regime jurídico estabelecido no art. 920 do Código Civil brasileiro para a cláusula penal: RESP 64.995, 3ª Turma, j. 17.09.1998; RESP 191.959, 3ª Turma, j. 16.12.1999; AGRAG 156.393, 4ª Turma, j.

6.2.1.3 Aspectos processuais das técnicas de coerção indireta.

A conjugação dos parágrafos 3º e 4º, dos arts. 461 e 84, demonstram que a multa pode ser fixada como técnica de coerção indireta tanto para decisões interlocutórias (liminares ou não) quanto para sentenças. Como já aludimos, a expressão “se procedente o pedido”, previsto no *caput*, não diz com a vedação do uso de técnicas de sub-rogação ou de outras técnicas de coerção indireta inominadas, previstas ou consentidas no parágrafo 5º, mas sim com a vedação de antecipação de efeitos constitutivos, e, mesmo assim, somente para a tutela prestada pelo art. 461 do CPC.

Logo, a ausência de previsão expressa não é óbice à possibilidade de uma decisão interlocutória que antecipe os efeitos da tutela ser efetivada com meios de coerção indireta inominados ou com meios de sub-rogação nominados ou inominados.

O fundamental do parágrafo 4º, tanto no art. 461 do CPC quanto no art. 84 do CDC, está na expressão “independentemente de pedido do autor”. Significa que de ofício a multa pode ser imposta pelo juiz. Logo, ao contrário do que entende a doutrina dominante, ela reverte para o Estado e não para o ‘credor’.

A multa funciona como civil *contempt of Court*, à exemplo do direito anglo-americano e alemão.³⁵⁵ Com o devido respeito de opiniões em contrário – aliás majoritário – não há nenhuma regra no CPC que disponha que a multa reverterá para o ‘credor’. O art. 35 do CPC não diz com a multa diária.

Quanto ao art. 84 do CDC, há norma expressa, prevista no art. 13 da Lei 7.347/85 e aplicável à tutela coletiva e à tutela individual nas relações de consumo, por força do art. 21 da Lei 7.347/85 e do art. 90 do CDC, no sentido de que reverte para um Fundo Público Federal ou Estadual e não para a parte processual ou o para os lesados (ver, também, o art. 100 do CDC). A doutrina do direito comparado tem criticado a corrente doutrinária que entende

25.03.1999; RESP 169.057, 4ª Turma, j. 01º.06.1999; RESP 196.931, 6ª Turma, j. 17.02.2000 e outros julgados da mesma Corte ali reportados.

³⁵⁵ Alfredo Buzaid entendia, ainda sob a vigência do CPC brasileiro de 1939, que o art. 1005 era inspirado no §888 da ZPO, segundo atesta Roberto Goldschmidt, *Las astreintes*, cit., p. 72, nota 41, para quem a multa do direito processual civil brasileiro reverteria para o Estado. Neste sentido era a doutrina de Lopes da Costa, *Direito Processual Civil brasileiro*, IV, p. 204.

reverter a multa para o credor mesmo quando o sistema normativo estabelece que ela pode ser fixada de ofício.³⁵⁶

A multa, que é coercitiva, pois é autônoma das perdas e danos, deve ser *suficiente*, *compatível* e o *prazo* deve ser *razoável*. Pode ser deferida *liminarmente* (parágrafo 3º) ou na *sentença* (parágrafo 4º), e não se submete aos *limites objetivos da coisa julgada*. Logo, no direito brasileiro, ela sempre é *provisória*.

Reafirma-se que a multa está submetida ao regime de modificação, pois do contrário não teria natureza jurídica coercitiva, mas sim punitiva. O *regime de modificação da multa* decorre da *regra de suficiência da multa com a obrigação*, estabelecida no parágrafo 4º e também da previsão do parágrafo único, do art. 644, do CPC, segundo qual “o valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

A *regra de compatibilidade* da multa com a obrigação tem relação com a natureza da prestação (de fazer e de não fazer), pois a jurisprudência não tem admitido a extensão da multa coercitiva para as obrigações de entregar coisa³⁵⁷ ou quantia em dinheiro³⁵⁸, sendo que na

³⁵⁶ Roberto Goldschmidt considera *contraditório* no direito continental moderno admitir que a multa reverta para o credor e não para o Estado, posto que é meio de coerção indireto ditado para fazer cumprir, antes que um direito subjetivo da parte, uma ordem do Poder Judiciário. Cf. Las astreintes, cit., p. 67, notas 19 e 20. No entanto, entende que o *inadimplemento de um dever de direito privado é prioritário* em relação a *inobservância da ordem de uma autoridade judicial*, diante da *incoerência* dos critérios de diferenciação desses dois aspectos da multa, afora a sua duvidosa eficácia; cf. ob. cit., p. 70-71. Essa afirmação sugere uma reflexão sobre a (in)coerência quanto a existência de duas funções da multa, como geralmente a doutrina sustenta. Como vem resultando da pesquisa, não se podem confundir os regimes que derivam da natureza jurídica da multa: se ela é coercitiva, não pode reverter ao credor; se ela é indenizatória, não pode reverter ao Estado. Todavia, leis recentes, no direito comparado, tem adotado um regime misto de modo que, sob o aspecto da função e da reversão da multa, passa-se a admitir que ela tenha dupla função e, como em Portugal, reverta metade do valor para o Estado e a outra parte para o credor; cfr. João Calvão da Silva, Sanção pecuniária compulsória, cit.

³⁵⁷ STJ, RESP 37.236-4, j. 14.03.95, DJU 22.05.95. Assim também no direito alemão, cf. Roberto Goldschmidt, Las astreintes, cit., p. 71, nota 39.

³⁵⁸ RT 579/98; 603/172; 732/251 *apud* Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, cit., p.469, nota 4. Assim também no direito alemão, cf. Roberto Goldschmidt, Las astreintes, cit., p. 71, nota 39.

doutrina há divergências a respeito.³⁵⁹ Há quem entenda que a multa pecuniária é incompatível com as obrigações de entrega de soma em dinheiro, por falta de qualquer utilidade prática.³⁶⁰

Não obstante, o direito anglo-saxão admite o uso da multa coercitiva, não como juros de mora diários, tratando-a como civil *contempt of Court*, e, portanto, levando em consideração o desrespeito à autoridade do tribunal.³⁶¹

A expressão “de ofício ou a requerimento”, reforça a tese de que o legislador brasileiro acolheu o *contempt of Court*.³⁶² Pense-se nos meios de coerção indireta inominados permitidos no parágrafo 5º do art. 461.

O fato de o juiz determinar de ofício que a *sentença seja publicada* como meio (inominado) de pressionar psicologicamente o obrigado a cumprir a decisão judicial, demonstra que a efetividade das ordens judiciais dependem do respeito que os jurisdicionados tenham pelo Poder Judiciário.

Quando falte esse respeito, é razoável que incida uma sanção processual que se traduz pelos meios de coerção indireta pessoal e patrimonial. Assim, a prisão civil é admitida em alguns casos, sendo a pensão alimentícia a hipótese clássica.

Em outras situações, a multa pecuniária serve de meio coercitivo e portanto de sanção pela desrespeito à autoridade do tribunal. Como então, reverter a soma em proveito da parte

³⁵⁹ A favor do emprego, como regra geral, da técnica coercitiva indireta para obrigação ou dever de entrega de soma: Luiz Guilherme Marinoni, A execução da tutela antecipatória de pagamento de soma sob pena de multa, Revista de Direito Processual Civil, nº 4, 1997; contra: Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, cit., p. 469-471, que não vê *utilidade* na técnica coercitiva indireta para obrigações de entrega de soma, fora do âmbito do direito alimentar. *De jure constituendo*, Eduardo Talamini é favorável ao uso da técnica de coerção indireta patrimonial às obrigações de entrega de coisa, lembrando a Súmula 500 do STF - editada antes da reforma processual de 1994 e, portanto, relacionada ao art. 287 do CPC - segundo a qual: “*Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigações de dar*”; cf. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, cit., p. 213-214 e 471-475.

³⁶⁰ Eduardo Talamini é contra, *de jure constituto e de jure condendo*, nos seguintes termos: “Trata-se de medida impossível, na atual disciplina, em virtude da falta de autorização legal. [...] E mesmo **de lege ferenda**, não parece revelar-se apropriada a extensão da multa para o campo da tutela atinente a pretensões pecuniárias. Dificilmente a aplicação da multa teria eficácia prática, pois conduziria a um impasse lógico: recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo. Aliás, a técnica da incidência da multa por dia de atraso no cumprimento de prestação pecuniária identifica-se, nesse campo, com a técnica da incidência de juros de mora. A cominação de multa processual diária equivaleria à imposição judicial de juros diários. Sabe-se, no entanto, que os juros – ainda quando elevados (como são os praticados na atual economia brasileira) – dificilmente demovem o devedor de sua intenção de não pagar. Não há razões para apostar que, sob o nome de ‘multa diária’, os juros teriam maior sucesso.” Cf. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., p. 469-470.

³⁶¹ Cfr. C. J. Miller, *Contempt of Court*, 2ª, Oxford Press: New York, 1990, p. 460-463.

³⁶² Mas não é fundamental para a caracterização do desrespeito à autoridade do tribunal, posto que no direito alemão, onde cabe prisão e a multa reverte para o Estado, ditas técnicas coercitivas não são aplicadas de ofício, mas a requerimento de parte. cf. Roberto Godschmidt, *La astreinte*, cit., p. 72.

se, como vimos, a multa, no direito brasileiro, não tem função indenizatória ? Não há nenhuma coerência jurídica em admitir-se a multa com natureza coercitiva, mas, quanto ao tema da reversão do seu produto, aplicar o regime da multa indenizatória, não acolhida no direito brasileiro.

6.2.1.4 Aspectos de direito processual comparado: França e Alemanha.

Certo, no direito dos países de tradição romano-canônica, e mesmo naqueles de tradição francesa, houve – e ainda há – muita resistência na implementação legislativa da técnica de coerção indireta patrimonial, à exemplo da *astreinte* francesa.³⁶³

No direito comparado, temos a *multa provisória* e a *multa definitiva*. Examinemos os contornos de ambas, para, depois, delimitar o seu campo de atuação no direito brasileiro. A *astreinte* provisória já era considerada medida de coerção, podendo ser modificada (majorada ou reduzida), incidindo a partir da decisão judicial que a pronuncia.

A *astreinte* definitiva vinha prevista em lei especial (v.g. art. 58 da lei francesa de acidente de trabalho de 30 de outubro de 1946), quando então tinha natureza jurídica punitiva; não podia ser modificada pelo juiz, sendo fixada em valor definitivo; incidia após o vencimento da obrigação, a partir de um momento fixado pela lei, e não a partir da decisão judicial que a pronunciava (como no regime da cláusula penal dos contratos).

A cláusula penal contratual não seria cumulável com *astreinte* definitiva, mas apenas com *astreinte* provisória, considerando-se o regime de modificação apenas aplicável à esta última. Pensamos que, no direito francês, a *astreinte* provisória era aplicável, como regra geral, ao ilícito contratual e extra-contratual, enquanto que a *astreinte* definitiva era aplicável à situações expressamente previstas em lei especial (v.g. a lei de acidentes do trabalho), sendo, portanto, exceção à regra.³⁶⁴

³⁶³ Cf. Roberto Goldschmidt, *Las astreintes*, p. 71, nota 36.

³⁶⁴ A propósito da *astreinte* provisória e definitiva no direito francês da primeira metade do século XX, ver Roberto Goldschmidt. *Las astreintes*, cit., p. 69, 70, notas 31 e 33.

No *direito alemão*,³⁶⁵ há técnicas de coerção indireta (pessoal e patrimonial) e técnicas de punição (pessoal e patrimonial). A técnica de coerção indireta pessoal é prisão, e, quando for patrimonial, é multa. O mesmo se diga das técnicas de punição (prisão e multa).

O que *diferencia* as técnicas coercitivas das técnicas punitivas é que estas são um *fim* enquanto aquelas são um *meio*. Logo, as técnicas de coerção, sendo um meio para pressionar o obrigado a cumprir uma obrigação, não são impostas quando atingindo o fim almejado. Diversamente, consistindo no fim em si mesmo, as técnicas de punição são impostas pela consumação do ilícito.

No *direito alemão*, segundo a doutrina dominante, há uma interessante diferenciação: as *técnicas coercitivas* são aplicadas para *prestações de fazer infungíveis*, ao passo que as *técnicas punitivas* são aplicadas para *prestações de não fazer*. Portanto, segundo a natureza da prestação de direito material, haverá uma sanção também com natureza jurídica diversa, no plano da efetivação das decisões judiciais. De notar que a multa e a prisão, enquanto técnicas coercitivas, são escolhidas e aplicadas pelo tribunal e não a requerimento da parte, o que também ocorre com a escolha judicial entre a multa e a prisão, enquanto técnicas punitivas. Deve-se ressaltar que a *diferenciação* entre coerção e punição reflete apenas a opinião da *doutrina dominante*.

Para uma *outra corrente*, *são* a prisão e a multa (voltadas para a efetivação de prestações de não fazer), *ao mesmo tempo, meios e coerção e de punição*. O caráter punitivo ou coercitivo reflete na questão de poder-se impor a sanção ainda que não seja mais possível a *repetição de um ilícito no futuro*.

Observa-se que caso a natureza da sanção seja punitiva (vista como um *fim* em si mesma), põe-se como *irrelevante* a questão da impossibilidade de repetição do ilícito dentro de um determinado prazo do contrato ou do processo, ao contrário do que acontece se a natureza da sanção for coercitiva (vista como um *meio*, nesta perspectiva inidôneo para um *fim* considerado impossível).

Certo, se a fixação for de punição, não há prazo determinado, a contrário do que acontece com a fixação de uma coerção para cumprimento de um contrato ou de uma ordem emanada no processo civil. Extinto o contrato ou o processo, não há como se aplicar a coerção.

³⁶⁵ Sobre as considerações desenvolvidas neste tópico, ver as ponderações de Roberto Goldschmidt, *La astreinte*, cit. p. 71-75.

Seja a sanção coercitiva, punitiva, ou coercitivo-punitiva, depende de título executivo. Invalidado o título, suspensa a execução (recurso ou embargos) ou suprimida a força executiva do títulos (prescrição), a sanção não pode ser pronunciada (aplicada...).

Quando o dever recair sobre incapazes e sociedades irregulares, tanto nas prestações positivas quanto nas negativas, a multa incide sobre seu patrimônio e a prisão civil somente sobre a pessoa do respectivo representante legal.³⁶⁶

6.2.2 Técnicas sub-rogorárias.

SALVATORE MAZZAMUTO afirmou que o princípio da intangibilidade da vontade humana (*nemo ad factum praecise cogi potest*) pertence a um modelo liberal-individualista,³⁶⁷ cujas variações históricas já analisamos.³⁶⁸

Quando se pensa nos novos direitos a conteúdo não patrimonial, apresta-se a tutela específica, segundo as suas variadas formas, como a forma adequada a evitar aquilo que em análise econômica do direito costuma-se chamar de alocação de situações de *appartenenza*, onde estão envolvidas *regras de propriedade* (modelo de tutela plena) e *regras de responsabilidade* (modelo de tutela apenas pelo equivalente monetário):

“Quando vários sujeitos pretendem desfrutar um recurso escasso, o ordenamento intervém e legitima um dos contendentes a prevalecer sobre os outros. A posição subjetiva assim individualizada deve receber uma proteção jurídica, em caso de violação por parte dos demais: isto é possível – naquilo que aqui interessa – mediante a concessão de dois diversos tipos de tutela. O primeiro modelo de proteção se atua com instrumentos de tutela plena, indicados no modelo Calabresi-Melamed com o termo *property rules*. O titular do direito frui de um ‘remédio’ pleno, que se substancia na possibilidade de fazer cessar a ingerência alheia, inclusive com restituição do bem, caso subtraído; paralela à esta proteção é possível fazer uso de remédios preventivos, direcionados a impedir aos demais que pratiquem cada temida violação da situação jurídica protegida. Aquele que desejar apropriar-se daquela determinada posição jurídica deve, portanto, munir-se do consenso do seu titular, efetuando uma troca de mercado sobre um preço pactuado com o titular. O segundo modelo de proteção é, ao contrário, constituído de remédios ressarcitórios pelo equivalente, denominados no modelo em referência como *liability rules*. Neste caso, o titular da posição jurídica protegida tem direito de receber, por parte de quem tenha a tenha violado, somente uma soma em

³⁶⁶ Cf. Roberto Goldschmidt. *La astreinte*, cit., p. 73 e 75.

³⁶⁷ Cf. Salvatore Mazzamuto. *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles: Jovene, 1978, p. 15.

dinheiro, a título de ressarcimento do dano. Aquele que queira apropriar-se daquela posição jurídica, não deve mais recorrer ao mercado, uma vez que pode subtraí-la do titular, sem o seu consentimento, pagando uma compensação monetária. A posição jurídica tutelada pelo ordenamento em maneira plena – isto é, mediante uma *property rule* – vem indicada com o termo *property right*. Tal proteção atua tão logo se verifique a lesão da posição jurídica, que denota a antijuridicidade do comportamento de quem pratica a violação. A posição jurídica protegida mediante o ressarcimento pelo equivalente (*liability rules*), é ao contrário tutelada mediante compensação pecuniária, toda vez que a conduta lesiva assuma caráter de culpabilidade e se reconheça a presença dos elementos constitutivos de uma tipicidade reconduzível à responsabilidade aquiliana. Por isso, quando uma situação jurídica é protegida mediante a tutela ressarcitória pelo equivalente, o ordenamento reconhece um *property right* ao sujeito concorrente, o qual pode violar aquela posição jurídica desde que se sujeite aos custos da violação.”³⁶⁹

Essa questão, aparentemente alheia ao campo do direito, pelo contrário é diretamente ligada ao crescimento das desigualdades sociais, especialmente no setor de saúde.

A saúde, direito absoluto, não patrimonial, vem sendo subrepticamente lançada na lógica de mercado e, pouco a pouco, vai se legitimando indevidamente a idéia de que tudo tem um preço, inclusive a própria vida !

A técnica sub-rogatória assume, nesse contexto, fundamental importância. Suponha-se um contrato de plano de saúde, modelado para a chamada “medicina pré-paga”, típico contrato cativo a que se refere CLÁUDIA LIMA MARQUES,³⁷⁰ isto é, que envolve prestações continuadas para o consumidor, provavelmente por toda a sua vida – desde que ainda tenha como pagar as mensalidades ! – porque resulta de uma necessidade essencial à dignidade humana, dever do qual o Estado tem sabido muito bem se furtar. Pois bem, caso o fornecedor se negue a contratar, muito embora tenha procedido à larga captação no mercado, mediante

³⁶⁸ Cf. Item 1.1.2. *supra*.

³⁶⁹ Cf. Angelo Chianale, *Direito soggettivo e tutela in forma specifica*, cit., p. 24-25. A referência desse autor ao “modelo Calabresi-Melamed” reside justamente nessa migração recíproca entre direitos absolutos e direitos relativos, à preços de mercado, segundo a famosa tese de Guido Calabresi e A. Douglas Melamed a respeito da proteção das “*situações de titularidade*” ou “*protecting entitlements*” decorrentes da colisão entre os direitos de produzir e não poluir ou do chamado poluidor-pagador, isto é, ora segundo regras de tutela plena (*property rules*) ora sob tutela pecuniária (*liability rules*). O *abstract* da tese é este: “*Professor Calabresi and Mr Melamed develop a framework for legal analysis which they believe serves to integrate various legal relationships which are traditionally analyzed in separate subject areas such as Property and Torts. By using their model to suggest solutions to the pollution problem that have been overlooked by writers in the field, and by applying the model to the question of criminal sanctions, they demonstrate the utility of such an integrate approach*”, Cf. Guido Calabresi e A Douglas Melamed, *Property rules, liability rules, and inalienability: on view of the Cathedral*, ‘in’ *Harvard Law Review* n° 85, 1972, p. 1089 *et seq.* Sobre o chamado princípio do poluidor-pagador, entre nós, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental*, ‘in’ *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: RT, 1993.

anúncios publicitários, é possível uma tutela específica que seja efetivada mediante técnica sub-rogatória, nomeando-se interventor judicial que providencie para que as cláusulas gerais, lista de profissionais, clínicas e hospitais credenciados e todas as demais *informações* pertinentes ao contrato sejam entregues ao consumidor, com ou sem força policial junto ao estabelecimento da operadora.

Por outro lado, sempre que o consumidor estiver diante de uma prestação infungível do fornecedor, considerar-se-á não a prestação humana mas o objeto da prestação – o resultado específico –, é juridicamente possível (não ofende a liberdade ou a propriedade do devedor) – e geralmente o é – além de materialmente possível (pericimento, perda da coisa etc).

Globalmente considerado, nem sempre se trata de dever juridicamente infungível do fornecedor, por intermédio de seus administradores, o fazer algo além dos demais deveres instrumentais do contrato, tanto que cabem medidas sub-rogatórias efetiváveis por auxiliares do juízo, técnicos nomeados – *master, monitor, administrator* – ou mesmo por terceiros.

É nesse sentido que a teoria da sub-rogação parcial de TARUFFO terá sempre utilidade. De uma perspectiva do *objeto da obrigação* – a prestação materialmente infungível de fazer ou de não fazer –, não significa que a prestação seja um *unicum*, ou melhor, que o *objeto da prestação*, no caso o resultado específico, seja necessariamente infungível.

Em outras palavras, há que se ter reservas à opinião freqüente no sentido de que todas as prestações de não fazer somente comportam um desfazer ou que não se pode coagir alguém a cumprir uma obrigação *intuitu personae* e assim por diante.³⁷¹

Deve-se levar em consideração que o ideal de *máxima coincidência possível* da tutela específica conduz a um resultado específico, seja ele correspondente (*coincidência exata*) ou equivalente (*coincidência próxima*).

Somente em caso de impossibilidade natural ou opção própria do titular da posição jurídica de (des)vantagem é que o resultado específico não mais será alcançado, logrando o interessado um resultado monetariamente equivalente ao resultado específico.

Não se confunda resultado específico equivalente com resultado equivalente monetário do resultado específico. Além disso, o resultado específico é o objeto da prestação e a prestação é o objeto da obrigação. Se considerados o objeto da obrigação (a prestação humana) – como o

³⁷⁰ Cf. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª, São Paulo: RT, 1999, p. 67, 68 *et seq.*

³⁷¹ Neste sentido, Michele Taruffo, *Note sull diritto alla condanna e all'esecuzione*, cit. 664-665.

faz a teoria clássica das obrigações³⁷² – assume papel central a vontade do devedor e as técnicas coercitivas. Contudo, se levamos em consideração o objeto da prestação (o bem da vida), uma vez respeitada as esferas de liberdade e de propriedade do devedor, pode-se acessar diretamente o bem almejado com técnicas sub-rogatórias (busca e apreensão de coisas; remoção de pessoas e coisas; desfazimento; intervenção judicial para a prática de atos determinados na sede do fornecedor; impedimento do exercício de uma determinada atividade vedada pela lei ou pelo contrato, inclusive com força policial etc.).

Assim, muita vez em que se está diante de infungibilidade material da prestação, a tutela específica, primando mais pelo objeto da prestação, pelo seu resultado específico (correspondente ou equivalente), resolve facilmente o problema com uma fungibilidade jurídica da prestação ou mesmo com a fungibilidade material de alguns deveres instrumentais.

Ainda, a sub-rogação é técnica adequada para prestações complexas, de caráter continuado, típicas da sociedade de consumo.³⁷³

Também, não se deve perder de vista um problema de notável relevância para a saúde pública e que é ligado às novas técnicas de sub-rogação (atípicas). O que fazer quando, no plano das relações de produção, um determinado laboratório resolve colocar no mercado brasileiro, em larga escala, *analgésico com dipirona ou metamizol sódico*, proibido e eliminado do mercado nos Estados Unidos desde 1977, dada o seu alto grau de nocividade!³⁷⁴

Como prepondera o *direito à saúde* sobre a produção nesses casos, é preciso cautela quando se vai ao Código de Defesa do Consumidor, aplicável, como se sabe, inclusive para *bens supérfluos*.

Note-se que não estamos diante de produto com *periculosidade inerente*, como um bisturi cirúrgico em relação ao profissional que dele faz uso, tampouco de produto *potencialmente nocivo ou perigoso* como os agrotóxicos ou os elementos radioativos utilizados com fins profiláticos (*Raios X*); trata-se de produto com *alto grau de nocividade* (assim já reconhecido pela literatura médico-sanitária).

³⁷² Cf. Agostinho Alvim, Da inexecução, cit., p. 60, onde consta que “O fim da lei é tutelar a prestação”. Diríamos agora que o fim da lei é tutelar o interesse do consumidor e do credor, e tal interesse reside no resultado prático, equivalente ou correspondente. Em outras palavras o fim da lei é tutelar o objeto da prestação, como sendo o resultado prático específico.

³⁷³ Cf. Elisabetta Silvestri, Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, 'in' Rivista di Diritto Processuale, 1981, p. 41 *et seq.*

³⁷⁴ Cf. Maria Zélia Rouquayard e Naomar de Almeida Filho, *Epidemiologia e Saúde*, cit., p. 330, esses medicamentos “são campeões de venda no país”.

Portanto, são inaplicáveis à espécie os arts. 8º e 9º do CDC, que naquelas hipóteses permitem a *colocação no mercado*, desde que com rotulagem *informada* ao consumidor dos riscos que está correndo e de como utilizar adequadamente o produto.

Abrem-se duas possibilidades de tutela preventiva que visem a impedir a alocação de *property rights* do cidadão em troca de uma soma em dinheiro (*liability rules*) paga pelo laboratório: tutela preventiva executiva (se em vias de colocação no mercado) ou tutela de remoção do ilícito (se já colocado no mercado). Há uma terceira via de tutela coletiva, diretamente contra o Poder Público (art. 102), da qual também trataremos.

No primeiro caso (em vias de colocação no mercado), a técnica sub-rogatória prevista no § 5º do art. 84 do CDC tem plena aplicação: ação coletiva na proteção de interesses difusos, com pedido liminar de *busca e apreensão* do lote do produto nocivo, a ser cumprido nas dependências do laboratório (art. 10, *caput*, do CDC). É ocioso dizer que a técnica antecipatória urgente é a que se efetivará (desde que deferida), e que o provimento final será, nesse caso, executivo *lato sensu* (fora das formas do Livro II do CPC, inaplicáveis ao CDC por incompatibilidade com as demandas unitárias – art. 90 do CDC). No plano substancial, a forma de tutela adequada, como visto, é a preventiva executiva. Se a técnica de efetivação for psicológica (multa diária), por entender o juiz como a mais adequada, então chamaremos a forma substancial de tutela inibitória³⁷⁵ negativa e a forma jurisdicional de tutela mandamental.³⁷⁶

No segundo caso, a situação não é tão clara no CDC. O art. 11, *vetado*, tinha a seguinte redação: “*O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresente alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação de eventuais danos.*”

³⁷⁵ Além de tudo quanto já se afirmou precedentemente, confira-se ainda Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, São Paulo: RT, 2000, p. 177.

³⁷⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 129-132. Em tese, tudo a depender das circunstâncias, pode ser necessário um profissional com habilidades técnicas para uma adequada efetivação da tutela preventiva executiva. Assim, por exemplo, um *master*, isto é, um terceiro nomeado pelo juízo para o exercício de atividades diversas ou mesmo um *receiver*, isto é um administrador de empresas, também terceiro contratado. Pensamos que, no exemplo dado, seria suficiente um oficial de justiça com força policial, dado que a atividade executiva não é duradoura, continuada ou complexa, mas instantânea com a apreensão dos produtos nocivos. Sobre *master*, *receiver* e *administrator* (terceiro contratado para atividades complexas), Michele Taruffo, *L'attuazione*, cit., p. 70-72; Elisabetta Silvestri, *Problemi*, cit. p. 49 *et seq.*; e Marcelo Lima Guerra, *Inovações em matéria de execução direta das obrigações*, 'in' *O processo de execução e assuntos afins*, cit., p. 296 *et seq.*

Diante do *veto*, indaga-se: estaria vedada a tutela de remoção do ilícito no exemplo dado? O laboratório certamente iria invocar o § 1º do art. 10 do CDC: “*O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.*”

E o § 3º do mesmo artigo completa: “*Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, (os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) deverão informá-los a respeito.*”

Pela literalidade do CDC, tudo se resumiria ao direito do consumidor em ser informado que adquiriu produto nocivo e, uma vez chegando ao seu conhecimento tal circunstância, em exercer direito de *substituição* do *analgésico à base de dipirona* por um analgésico à base de outros elementos químicos sem nocividade (bem equivalente), ou quem sabe o direito à restituição imediata da quantia paga (centavos, alguns reais), conforme dispõe as ações *neodilicias* do art. 18 do CDC?³⁷⁷

O bom senso refuta uma tal solução: (i) primeiro porque as máximas de experiência têm demonstrado não ser usual tanto respeito ao dever de informar em casos como esse, muito embora se proclame ser tal dever correspondente a um direito de quarta geração (*rectius*: quarta dimensão),³⁷⁸ (ii) segundo porque o direito à informação é, convenhamos, deveras abstrato e, sobretudo, dependente da boa vontade daquele que tem o dever de prestá-la – e, conforme o caso, não se descarta a tutela inibitória, (iii) terceiro, pelo baixo custo do produto

³⁷⁷ “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinem ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º. Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. III – o abatimento proporcional do preço. § 3º. O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º, deste artigo, sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º. Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º, deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 6º. São impróprios ao uso e consumo: I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos. II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.”

³⁷⁸ Cf. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. 11ª, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 525

viciado relativamente ao custo do deslocamento do consumidor até a farmácia para substituir o analgésico; é possível que o produto impróprio seja logo descartado; (iv) quarto, porque consumidor não é só o que já adquiriu o produto inadequado, mas também o consumidor potencial; a relação de consumo é mais ampla que a noção de relação jurídica e é protegida na fase pré-contratual, mediante tutelas preventivas, especialmente quando se trate de colisão de interesses entre o direito à saúde e o direito à produção em escala, com maior margem de risco de danos coletivos. O CDC estabelece alguns parâmetros resolutivos, como veremos em seguida.

Não é preciso muito esforço para concluir que esse excessivo estado de sujeição do ser humano vulnerável no mercado conduz, inexoravelmente, àquela migração de situações de titularidade plena à mera compensação em pecúnia a que se referem os analistas econômicos do direito (*economic analysis of law*).

Mediante a ponderação em concreto dos bens em conflito, há de preponderar o direito à saúde frente ao direito de produzir com fins exclusivamente lucrativos. Perceba-se que inúmeros são os setores de mercado e o *risco potencial* de defeito de qualidade do produto nem sempre conduzirá à sua retirada do mercado: assim, por exemplo, a recente e polêmica questão dos milhos transgênicos importados, ao final liberados para consumo humano – pendendo, agora, a discussão sobre o dever de informar na embalagem a respeito da natureza de produto geneticamente modificado.³⁷⁹

Mas no caso imaginado – medicamento com *alto grau de nocividade* – não pode o laboratório vir afirmar em seu favor o chamado *risco de desenvolvimento* (que é prospectivo, como no caso dos transgênicos), alegando que o estado da ciência não o permitia saber, *ao tempo em que colocou no mercado* (meses atrás), do alto grau de nocividade do medicamento.

Ora, desde 1977 dito produto já é reconhecido impróprio e inadequado para o consumo pela ciência.

Define-se a tutela de remoção do ilícito (ou reintegratória) como a adequada e que vem efetivada pela técnica de sub-rogação consistente em mandado de busca e apreensão dos lotes

³⁷⁹ Cf. STJ, Conflito de Competência nº 29.966, julgado prejudicado ante a extinção das duas ações civis públicas na origem, conforme decisão do Ministro Relator, publicada no DJU de 30.4.2001. Na doutrina: Andrea Lazzarini e Flávia Lefèvre Guimarães, “Alimentos transgênicos: Obrigação de elaboração de normas pela CNTBio relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo, antes de apreciar qualquer pedido relativo a produto geneticamente tratado. Emissão de novo parecer técnico relativo ao pedido da Monsanto, posteriormente à elaboração destas normas”, ‘in’ *Revista do Direito do Consumidor* nº 33, p. 201 et seq.

em todos os distribuidores atacadistas e varejistas. Note-se que, como a função da tutela é preventiva, está atuando contra o ilícito, não contra o dano. Assim, não se há de confundir com a tutela reparatória pelo fato do produto, pois em tal situação pressupõe-se necessariamente o dano, como está evidente nos arts. 12 e 13 do CDC. Esse último dispositivo excepciona a responsabilidade do distribuidor varejista para as hipóteses que menciona, mas defronte à tutela ressarcitória, que tem função repressiva do dano causado à um consumidor ou à um grupo determinável ou indeterminado de consumidores.

No caso da tutela de remoção do ilícito a questão está no plano preventivo (arts. 3º, 6º, I, VI e VII; e 10, rubrica do Capítulo IV). Entra aqui a noção de consumidor potencial, a relação é ainda *de fato*, o produto nocivo *está colocado no mercado*, mas isso *não* significa que já foi *adquirido*. Essa é mais uma razão para refutar o *recall* (art. 10 c/c art. 18 do CDC) como técnica substancial *exclusiva* de tutela do consumidor no exemplo do analgésico nocivo. Em duas palavras: o interesse é difuso (art. 81 – “...que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias *de fato*”). O *recall*, nesse caso, tende para o consumo e o dano à saúde humana, justamente o que o próprio CDC garantiu proteger mediante tutela preventiva.

Não é por outra razão que WALDÍRIO BULGARELLI assim conceitua consumidor: “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, *uma relação* atual ou *potencial, fática, sem dúvida*, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, *quer evitando*, quer reparando os danos sofridos.”³⁸⁰

ANTONIO HERMAN BENJAMIN dá definição assemelhada na perspectiva do produto posto à disposição do consumidor no mercado, como de resto é a própria linguagem do CDC : “Consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços *ou quaisquer outros* bens ou informação *colocados a sua disposição* por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.”³⁸¹

Mais ainda: há solidariedade³⁸² (art. 7º, parágrafo único; art. 25) entre todos os agentes da

³⁸⁰ Cf. Waldírio Bulgarelli, *A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de lege ferenda*, ‘in’ *Revista de Direito Mercantil*, 1983, 49/44.

³⁸¹ Cf. Antonio Herman Benjamin, *O conceito jurídico de consumidor*, ‘in’ RT 628, p. 78.

³⁸² Cf. Antonio Herman Benjamin, *Comentários*, Saraiva, cit., p. 127: “o texto (art. 25), embora inserido na Seção III, que cuida “da responsabilidade por vício do produto e do serviço”, aplica-se também aos vícios de qualidade por insegurança regrados nas Seções I e II. A propósito, o seu inspirador francês está assentado

cadeia econômica, de modo que são legitimados passivos os distribuidores varejistas e atacadistas e o próprio fabricante, no caso o laboratório. Todavia, devemos distinguir: a colocação no mercado, via de regra, se dá a partir da distribuição no varejo, pois somente aqui poderá haver consumidor final. E já vimos que enquanto não colocado no mercado a tutela preventiva é prestada mediante a técnica preventiva executiva. Logo, o pedido vem cumulado, dada a conexão das causas por identidade da causa de pedir: contra o laboratório e contra o distribuidor atacadista, o pedido é de tutela preventiva executiva; contra o distribuidor varejista (comerciante) o pedido é de remoção do ilícito. A busca e apreensão é cabível em ambas.

Por último resta analisar o art. 102 – tutela coletiva mandamental contra o Poder Público compelindo-o, mediante técnicas coercitivas indiretas (ver item anterior),

Para esse dispositivo, “Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, a divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, *cujo uso ou consumo se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.*”

O consumo coletivo de um medicamento adulterado pode causar epidemia, definida como “*a ocorrência em uma comunidade ou região de um número de casos de uma doença além do esperado para um dado tempo e lugar.*”³⁸³

Verifica-se que quando a questão assume relevância de saúde pública pode-se inclusive acionar a Agência de Vigilância Sanitária para que tome as providências apontadas no art. 102. Nada impede, contudo, que medidas judiciais sejam tomadas diretamente contra o fornecedor, pois a instância jurisdicional é independente da administrativa, burocrática e carente de pessoal,

exatamente no ‘chapitre cinq’, que regra a ‘sécurité des biens et des services’. Devemos contudo observar e insistir: o CDC tutela preventivamente e só menciona o *dano* por defeito legislativo, pois o que se previne é o ilícito, Cf. Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória, cit., p. 27.

³⁸³ Cf. R. Beaglehole; R. Bonita; T. Kejjellström, Epidemiologia básica, 2ª, São Paulo: Ed. Santos, 2001, p. 97. Já uma *endemia* é definida por esses autores como sendo “*aquela que está usualmente presente em uma determinada área geográfica ou grupo populacional com taxas de incidência e prevalência relativamente altas, em comparação com outras áreas ou populações. como a malária*”, não sendo de se descartar uma endemia causada por externalidades negativas do mercado, especialmente pelos danos ambientais e, conseqüentemente, à pessoa humana (exemplo é o câncer de pele decorrente dos raios ultravioleta, que tiveram filtragem reduzida pelas emissões industriais e automotivas na atmosfera e danificando a camada de ozônio), mas não é de tutela específica ambiental que estamos tratando neste estudo, daí porque abstraímos das tutelas e técnicas de tutela em tal situação endêmica. Pandemia é uma ocorrência epidêmica mundializada, como a AIDS e o cólera. Também está excluída deste estudo.

contando com um número muito reduzido de fiscais.³⁸⁴

Aliás, um dos maiores reclamos da doutrina processualística, que com profundidade tem se dedicado ao tema dos novos direitos não patrimoniais, emergentes da sociedade de consumo ou da sociedade de risco, como preferem alguns, era – e ainda é – justamente a previsão de técnicas de efetivação em chave atípica para atender adequada e efetivamente as complexas, continuadas e duradouras prestações exigidas para cada caso.

As técnicas atípicas sub-rogatórias permitem o lacre de uma máquina, suspensão de parte da produção ou interdição de toda a fábrica, mas é evidente ser isso de todo excepcional, tudo a depender das peculiaridades do caso concreto, dado que o princípio da proporcionalidade exige a adequação entre meios utilizados e fins a atingir – certamente nobres quando a diade é o da saúde humana *versus* o lucro fácil –, sem deixarem-se perder de vista os parâmetros igualmente de estatura constitucional como o direito à saúde (art. 6º, art. 196) e o direito de proteção do consumidor (art. 5º XXXII) e correspondentes deveres do Estado.³⁸⁵

Essas mesmas técnicas sub-rogatórias de efetivação do provimento judicial que atendam o direito à saúde nas relações de consumo, consentem, ainda, o controle administrativo do fornecedor, como por exemplo vigiar se efetivamente está alterando a fórmula do produto para torná-lo adequado às regras de segurança e de qualidade e evitem, assim, uma lesão à incolumidade pessoal e à saúde pública.

Note-se que as sanções civis eventualmente aplicadas judicialmente contra o fornecedor são cumuláveis com as sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC, como é intuitivo da ressalva do art. 56 (sem prejuízo das sanções de natureza civil e criminal), o que vem a reafirmar a independência entre tais instâncias.

Enquanto as instâncias administrativa e penal atuam mais repressivamente, aumenta a responsabilidade da esfera jurisdicional civil em atuar preventivamente e até é preferível que assim o seja, mas nada impede uma atuação jurisdicional civil repressiva na forma específica, quando adequada e, mesmo, eficiente, levando-se em consideração que a chave de toda a questão da tutela específica dos direitos é apenas incipiente no plano preventivo não podendo deixar a descoberto, com formas adequadas de tutela diversas da mera *compensation*, os danos

³⁸⁴ Novamente é oportuno socorrer-nos da doutrina interdisciplinar, conhecedora de suas próprias falhas: “Muitos dispositivos dessas leis (6360/76) não são cumpridos ou o são parcialmente, tanto pelos particulares quanto pelos poderes públicos”, cf. Maria Zélia Rouquayard, *Epidemiologia e Saúde*, cit., p. 339.

³⁸⁵ E, portanto, com reservas é que se deve operar pela mera via infraconstitucional do art. 620 do CPC.

que vêm sendo praticados cotidianamente à saúde coletiva.

No que se refere, ainda, à tutela coletiva do art. 102, não se pode desconsiderar o alto custo que uma *epidemia*, derivada de acidente coletivo de consumo, custa ao orçamento do Estado por negligência do próprio Estado, e nesse sentido é também positiva uma dupla estratégia de “ação”, tanto em face do fornecedor, quanto em face do próprio Estado-administração, à vista da institucionalização do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90) e dos conhecidos limites em que já tem operado, recusando, com frequência, a não ser quando compelido judicialmente, a fornecer medicamentos importados para patologias raras.³⁸⁶ Detecta-se uma severa anomalia em todo o sistema e que pode ser remediada por intermédio das diversas formas de tutela jurisdicional específica, seja pela via do art. 84 do CDC, ou pela via do art. 102 do CDC, sem descartar-se outras que as peculiaridades de um determinado caso concreto venham exigir e possam ser veiculadas com base na norma de encerramento do microsistema de tutelas e técnicas de tutela efetivas e adequadas prevista no art. 83 do CDC.

A chamada *institutional litigation*, por exemplo, não é desconhecida de outros povos e tem plena aplicabilidade na tutela em discurso:

“O principal campo de aplicação das novas técnicas executivas é representado pela *institutional litigation*, ou seja, aquela particular controvérsia que tem por objeto a organização de instituições chamadas totais, por exemplo, hospitais psiquiátricos ou outros em geral, que é caracterizada pela presença da qualidade da parte, de um *institutional defendant* (normalmente, um ente público), contra o qual a ação é proposta pelos sujeitos cujo interesse a instituição deveria operar. O que se mira a obter por intermédio do processo é um provimento que, impondo uma modificação na organização interna da instituição, sejam adequadas as condições de vida dos internados em relação àqueles direitos que a Constituição e a elaboração

³⁸⁶ Este não deixa de ser, portanto, um problema também gerado pelas falhas de mercado, que causam epidemias, por falta de fiscalização da ANVISA, gerando em cadeia uma elevação de custos com desvios de recursos que deveriam ser destinados, precisamente, ao atendimento dessa demanda medicamentosa. Avulta como importante para o nosso trabalho essa constatação e portanto a evidenciar que a tutela inibitória e as demais formas de tutela preventiva sejam conjugadas com as técnicas mandamental e executiva lato sensu, de sua vez efetivadas pelas técnicas coercitiva indireta e por sub-rogação, tanto quanto possível, de modo a diminuir processos epidêmicos gerados pelas *market failures* e, com isso, aumentando os recursos disponíveis no SUS para atendimento à população carente que não têm condições de arcar com um plano de saúde. À esse respeito o Supremo Tribunal Federal já foi chamado a decidir: “em face do mandamento constitucional, inscrito no art. 196 da Constituição da República, ... entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição, ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, o julgador tem uma só e possível opção “aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor dos carentes.” Cf. STF, RE 1988.265 e RE 248.304, Rel. Min. Celso de Mello.

jurisprudencial da Corte Suprema reconhecem como fundamentais. Já desta sumária descrição do esquema-tipo da *institutional litigation* emergem alguns elementos que a diferenciam do modelo tradicional das causas civis. Alude-se, sobretudo, ao tipo de lesão lamentada, que se reflete, naturalmente, sobre o tipo de remédio requerido: estão em jogo, de fato, direitos cuja violação não pode encontrar adequada compensação no ressarcimento do dano e para a reintegração dos quais não é suficiente que o juiz se limite a emanar uma simples ordem de cessação da conduta lesiva. O *remedy*, portanto, deverá absorver pelo menos duas funções: eliminar os efeitos da lesão que se verificou e prevenir a sua repetição. A obtenção de ambos os escopos, pela particularidade da estrutura ao interno da qual o provimento judicial deverá produzir efeitos, requer a elaboração de um *remedy* com conteúdo particularmente complexo e detalhado, mas, sobretudo, requer um constante e prolongado envolvimento do tribunal na efetivação do provimento *special masters, monitors, administrators...*"³⁸⁷

Como se percebe, a complexidade da fase de efetivação das sentenças executivas *lato sensu* estão a demandar alguma reflexão da organização judiciária brasileira.

Ao ponto em que estamos, é lícito o raciocínio no sentido de que muita vez o tradicional corpo de auxiliares da Justiça pouco ou nada poderá fazer e todo o esforço do legislador em predispor a chamada conjugação de técnicas e formas de tutela, substanciais e jurisdicionais, poderá ao final converter-se em mera proclamação.

³⁸⁷ Cf. Elisabetta Silvestri, *Aspetti dell'esecuzione forzata per surrogazione negli stati uniti*, "in" *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 731-732.

CAPÍTULO 7

O DIREITO À SAÚDE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

SUMÁRIO: 7.1. Codificação e descodificação do direito. 7.2. Autonomia da vontade e autonomia privada. 7.3. A limitação da autonomia privada e os direitos não patrimoniais. 7.4. Sistema legal e sistema contratual. 7.5. O direito à saúde entre o dever do Estado e as regras de mercado.

7.1 Codificação e descodificação do direito.

Habitualmente afirma-se que a atividade da ciência jurídica é uma atividade técnica e não política. Por isso, existe historicamente um processo cultural e institucional de tecnicidade e despolitização das atividades jurídico-profissionais e, por decorrência, uma irresponsabilidade política da classe dos juristas.

GIOVANNI TARELLO observa que um dos objetivos do processo de codificação foi o de liberar a circulação da propriedade privada, facilitando a liberdade econômica e a livre iniciativa privada.³⁸⁸ A livre transmissão da propriedade privada, ante as tradições do feudalismo, recepcionadas pela monarquia absolutista, era impensável. Deveras, o *status social* de proprietário era o que identificava a nobreza e o clero em relação aos servos, pois enquanto aqueles eram proprietários de terras, estes eram proprietários da força de trabalho.³⁸⁹

TARELLO também assevera a respeito da necessidade de unidade e coerência do sistema - positivismo jurídico e razão da certeza jurídica - como motivação determinante do processo de codificação instaurado no limiar do Estado liberal. Realmente, o positivismo jurídico

³⁸⁸ *Storia della cultura giuridica moderna*. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 15-42.

³⁸⁹ Cf. Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, p. 7-25.

pretendeu que o ordenamento jurídico, enquanto sistema, fosse uno, coerente, completo e relacional.³⁹⁰ Como se sabe, a coerência passou a ser questionada a partir do instante em que o poder judiciário passou a sindicat os atos emanados dos poderes executivo e legislativo, hipótese expressamente descartada por MONTESQUIEU (controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos administrativos). A completude do sistema não passou de uma utopia porque na dinâmica das relações sociais os fatos surgem antes das normas jurídicas; por isso, as lacunas são inevitáveis. Mesmo a unidade do sistema é questionada quando percebemos a existência de sistemas jurídicos informais como nos guetos e favelas, verdadeiros bolsões de miséria e exclusão social.

Parece-nos que o processo de codificação visava fazer frente à desigualdade existente no Estado absolutista. No entanto, o Estado liberal, através da codificação, permitiu apenas uma igualdade jurídico-formal, permanecendo infenso às desigualdades sociais e econômicas.

No Estado contemporâneo, o processo de descodificação, através dos microssistemas, está em busca de igualdade real, jurídica, econômica e social. Por isso é particularista, no sentido de um pluralismo dos estatutos jurídicos e, portanto, bem diverso do particularismo arbitrário do *Antigo Regime*, onde as normas eram diferenciadas segundo o *status social* do sujeito. É de se observar, por outro lado, que o Estado liberal foi universalista quando concebeu a codificação por intermédio de normas gerais e abstratas.³⁹¹

³⁹⁰ Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Editora Polis-UNB: Brasília, 1990. ID. *Il positivismo giuridico*. Giappichelli: Torino, 1979, p. 231-248.

³⁹¹ Pietro Barcellona tece considerações sobre a infundada autonomia do direito como característica principal do direito moderno, nos seguintes termos: “Se por um lado o direito se emancipa das leis divinas ou naturais, por outro lado se reporta a uma razão universal inatingível que cancela e oculta qualquer ligação com os fatos, com a prática das relações humanas às quais dá *forma*. Portanto a liberdade, a igualdade e o consenso, como fonte das obrigações, são categorias meramente formais. Há uma inversão da relação entre direito e sociedade. A representação do direito como FORMA única e cogente oculta e obscurece qualquer capacidade prática da sociedade em exprimir autonomamente regras e ordens vinculantes. Esta representação impede que se tenha acesso à historicidade do direito, na medida em que a dimensão jurídica está emancipada e livre da experiência histórico-social. A sociedade moderna é, neste sentido, uma sociedade jurídica. O direito formaliza e portanto gera a sociedade (abstrata e universal). A norma jurídica exprime a Razão universal e como tal deve dispor-se a dar forma à totalidade das relações entre os homens, não podendo estruturar-se senão como regra neutra (isto é, sem exprimir aparentemente qualquer valor), e cujo único pressuposto de aplicação é um ato livre e espontâneo do indivíduo livre e igual. O dualismo entre sujeito ordenante (o direito) e objeto ordenado (a sociedade) se consoma no caráter hipotético de uma norma com função de comando, cuja estrutura tende a tornar eterno o direito moderno enquanto *forma geral*, tornando-se o esquema ordenante-ordenado um *a priori* absolutamente meta-histórico. Se por um lado pode-se considerar positiva (e só neste sentido) a autonomia e separação do direito em relação aos vínculos de dependência típicos dos regimes sociais precedentes (status social, classes dominantes), por outro lado paga-se um preço lógico por isso : institui-se uma sociedade neutra representada por um direito racional e meta-histórico, e este seria, precisamente. o *significado da sociedade moderna*

A propósito da descodificação, assevera IRTI que “*A teoria dos microssistemas ... bem se adapta à pluralidade jurídica dos mercados, cada um dos quais definido, não por características econômicas ou naturais, mas pela especificidade do regime normativo. À pluralidade dos estatutos de mercado corresponde tendencialmente uma pluralidade de microssistemas.*”³⁹²

O processo é assim descrito por CALVÃO DA SILVA :

“Profunda evolução perpassa, porém, o direito das obrigações. que está longe, muito longe de poder ser caracterizado pelo imobilismo. Por um lado, doutrina e jurisprudência vão interpretando evolutiva e criativamente normas codificadas, alterando, não raras vezes, o sentido originário dos preceitos legais, metamorfoseando as finalidades econômicas e sociais das instituições. Por outra via, multiplicam-se leis especiais e avulsas, para modificar ou completar regras antigas e introduzir regras novas, falando-se mesmo em ‘direito privado especial’. No primeiro caso, doutrina e jurisprudência vão adaptando, aplicando e atualizando, o direito das obrigações e o direito em geral ao fluir da realidade histórico-social. No segundo caso, é o próprio legislador que cria novas regras jurídicas propulsoras do progresso e do desenvolvimento. Razões desta evolução são a mudança do pensamento econômico e social, o intervencionismo estatal e a conseqüente insuficiência e inadequação das regras codificadas. Cresce o número de regras imperativas para proteção dos interesses privados respeitantes a uma multidão de indivíduos (coletivos) como expressão da componente social do direito, da tendência para a socialização do direito. A uniformização ou massificação da sociedade, gerada pelo desenvolvimento da técnica, conduziu à tendência para a uniformização do direito. Pense-se na ‘standartização’ contratual (condições negociais gerais ou contratos de adesão), como exemplo frisante mas apenas um exemplo dos instrumentos jurídicos próprios da sociedade de massa. O direito das obrigações é igualmente afetado pelos diversos mecanismos da política econômica através dos quais o poder político procura atuar sobre o funcionamento da economia. Pense-se, por exemplo, na legislação sobre preços, sobre a concorrência, sobre a política de crédito, etc., etc.. As obrigações e o direito civil em geral tornam-se cada vez mais permeáveis aos problemas econômicos, o que obriga o juiz a recorrer a peritos.”³⁹³

(*aporia a que essa sociedade se reconduz, liberta de qualquer norma que a fundamente*)”, cfr. La creazione sociale dei significati e la regola giuridica, ‘in’ *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 7-9.

³⁹² “L’età della decodificazione” vent’anni dopo, ‘in’ *L’età della decodificazione*. 4ª. Milano: Giuffrè, 1999, p. 11. Em 1934, Gaston Morin já afirmava uma “revolta dos fatos contra os códigos”, *apud* Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 84. A mesma autora refere a descodificação como um fenômeno do pluralismo (p. 93) e da fragmentação, sinais característicos daquilo que para alguns seria a pós-modernidade (p. 89).

³⁹³ João Calvão da Silva. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Dissertação ao Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 56-58.

Em que pese IRTI tem percebido o processo de descodificação em 1979, parcela da doutrina critica esta tendência e questiona os ‘perigos’ de uma possível volta do quadro social e político do “Antigo Regime”, como pode-se extrair do pensamento de CALVÃO DA SILVA:

“Sem querer agora e aqui apreciar o falado ‘ocaso da codificação’ - designadamente o seu significado profundo, questionando se, para além do relativo declínio dos Códigos, não estará em causa um certo enfraquecimento (senão mesmo impotência) do direito - adiantaremos que o processo de desintegração legislativa que tem conduzido à descodificação conhece um limite inultrapassável: a funcionalidade do próprio sistema, funcionalidade que reclama unidade de princípios e eliminação das contradições e incertezas. Por isso, o Código continua a ser ponto central de referência, sem o qual a pulverização legislativa fará repor as razões que impuseram a ‘idade da codificação’: a razão da unidade e da coerência, a razão da certeza, o primado do geral sobre o particular.”³⁹⁴

Não podemos concordar integralmente com essa opinião do Professor de Coimbra, porque no caso específico do direito brasileiro o Código de Defesa do Consumidor representa um microssistema normativo que recepciona o movimento social e econômico transformador da clássica teoria geral das obrigações e do direito dos contratos, tal como estabelecidos no Código Civil de 1916.³⁹⁵ Portanto, em se tratando de relação de consumo, envolvendo num dos pólos a parte economicamente mais forte e noutra o hipossuficiente, não há como aplicar-se a clássica teoria da vontade (subjéctiva), contentar-se com a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), admitir-se que a liberdade contratual se circunscreva a liberdade de contratar ou que a relevância jurídica do consentimento seja limitada à aferição de vícios psíquicos ou sociais. Essas teorias estiveram no Código Civil brasileiro de 1916, como por exemplo a teoria da vontade, em que a intenção é o que importa, segundo o seu precursor que foi SAVIGNY (art. 85 do CCB³⁹⁶). Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor estabelece deveres pré-contratuais (v.g. o dever de informação), como também tem por

³⁹⁴ Cf. João Calvão da Silva. *Cumprimento*, cit., p. 56, 57 e nota 110.

³⁹⁵ Foi sancionado o novo Código Civil brasileiro, publicado no DOU de 11 de janeiro de 2002, que entrará em vigor em 12 de janeiro de 2003, com algumas significativas mudanças que serão mencionadas no que for de interesse para o presente estudo.

³⁹⁶ “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” No Código Civil brasileiro de 2002, manteve-se essa ultrapassada teoria (art. 112), ainda que se tenha reconhecido expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 113).

premissas a igualdade substancial das partes contratantes, a justiça contratual, a boa-fé objetiva,³⁹⁷ de tal sorte que a liberdade contratual abrange, além da liberdade de contratar,³⁹⁸ outras liberdades do aderente, tais como a de eleição do co-contratante, eleição do objeto e do conteúdo do contrato.³⁹⁹

Há, inclusive, para aqueles que aceitam o processo de descodificação por que passa o direito na sociedade de serviços, a tese de uma recodificação ou ressystematização do direito, a partir da migração das normas básicas do sistema central para diversos microssistemas que gravitam em torno de normas fundamentais.⁴⁰⁰

³⁹⁷ O Código Civil brasileiro de 2002 avançou positivamente nesse sentido ao explicitar a cláusula geral da boa-fé objetiva nos negócios jurídicos, cf. art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Para os contratos, a cláusula está no art. 422 do CCB/2002. Outro avanço positivo do Código Civil brasileiro de 2002 está no reconhecimento da defeituosidade do negócio jurídico em virtude de excessiva onerosidade ou de prestação manifestamente desproporcional, os quais, muito embora sob rubricas diversas (estado de perigo e lesão), resgatam o milenar instituto da lesão (por exemplo, os arts. 156, 157, 317, 478, 480).

³⁹⁸ Cf., também, o art. 421 do CCB/2002, que se refere, inclusive, à função social do contrato.

³⁹⁹ Cfr. Renata Mandelbaum, *Contratos de adesão e contratos de consumo*, São Paulo: RT, 1996, p. 38-39. Sobre a evolução do direito dos contratos, no sentido do texto, ver Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 35-138. Estabelece o CDC como direitos básicos do consumidor, dentre outros, “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações” (art. 6º, II); “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (Art. 6º, III); “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6º, IV); “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V). O dever de informação vem também tratado no sentido de que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30). As normas que tratam da proteção contratual (art. 46 e seguintes), especialmente a que estabelece rol exemplificativo de cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito, bem demonstram a superação do costume medieval da “*pacta sunt servanda*” e da asserção “*qui dit contractuel dit juste*”, de influência kantiana.

⁴⁰⁰ Deveras, para LORENZETTI: “As análises dedicadas à descodificação do Direito Privado se concentram na descrição das rachaduras da ordem axiomática fundada no Código, o surgimento de leis especiais, o aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, de antinomias e incoerências. Conclui-se que o sistema parece esfarelar-se em microssistemas. Outros autores se referem que há um processo de descodificação e de recodificação civil, dentro dos limites do Código. Para nós o tema é distinto. O Código, como tal vai se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las. Se examinarmos o caminho percorrido desde a interpretação das cláusulas contratuais, que previu o Código Civil, até o que é hoje a qualificação das cláusulas abusivas, teremos uma idéia de que o resultado final nos coloca em outro estágio, porquanto ocorre uma ampliação das fronteiras do Código concebido como estatal. Assim mudam os sistemas, segundo a teoria do caos. As fronteiras da descodificação são estabelecidas pelo próprio sistema que se auto-regula, e que cresce até um nível de saturação. Nesta primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo a aparência de uma desordem superável; a desordem é produto da complexidade e a diferenciação é necessária para crescer. Os únicos sistemas se comportam como ‘estruturas dissipativas’ e se convertem em fontes de uma nova ordem. Diz Prigogine ‘que a dissipação se encontra na origem do que

Uma vez descrito o processo de descodificação (e de possível recodificação ou ressystematização) do direito, convém analisar as conseqüências para o dogma da autonomia da vontade.

7.2 Autonomia da vontade e autonomia privada.

Há dissenso doutrinário sobre serem ou não sinônimas as expressões autonomia da vontade e autonomia privada. Na verdade, o problema reside nas relações entre a vontade e a norma nos modelos liberal e social de Estado, isto é, na autonomia da vontade no mercado então ascendente e na economia de mercado regulada pela intervenção estatal.

Como observa FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI :

“o termo ‘autonomia’, complicando-se na fórmula ‘autonomia privada’, adquiriu um notável número de significados, e o que é mais importante, tem suscitado uma quantidade de problemas. [...] O problema filosófico que coloca, na época moderna, o conceito de autonomia, é o problema da vontade. Na filosofia kantiana a vontade seria autônoma, enquanto se determina em virtude da própria essência. [...] A transposição desta reflexão liminar no campo do direito dá lugar ao

podemos acertadamente denominar novos estados da matéria’. Mediante este processo, cria-se um novo sistema. A teoria das catástrofes considera que se produz um ponto de saturação, que obriga saltar a um estágio distinto, mediante novas estruturas adaptativas. Onde se situa esse novo patamar? Para que a sociedade funcione, é necessário que existam regras e que estas assentem em algumas das bases, sejam essas um oráculo, máximas transmitidas historicamente ou precedentes judiciais; tem de haver um ou vários dogmas fundamentais, considerados como inquestionáveis. A partir daí a dogmática trabalha como opinião jurídica racionalizada, determinando as regras aplicáveis aos casos concretos. A solução tem sido sempre recorrer a uma ‘ordem superior’. Na Grécia antiga percebeu-se necessidade de protegerem-se certas normas superiores contra as resoluções precipitadas da assembléia legislativa [...]. Também a idéia de superioridade do Direito natural e dos direitos naturais do indivíduo destacou-se fortemente em muitos séculos da história jurídica. O problema atual é que o Código Civil perdeu a capacidade de apresentar-se como norma superior. O controle judicial da Administração, do Poder Legislativo, dos grupos e dos indivíduos, relacionando-se de forma considerável, exorbita em muitos aspectos a codificação tradicional. A idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas ‘fonte superiores’: constituições, tratados, princípios, valores. Não se trata de retomar a um ordenamento fundado em um centro. A evolução de astronomia, desde Ptolomeu a Copérnico, e a situação atual demonstram a superação do paradigma do centro: o etnocentrismo, o antropocentrismo, a idéia ptolomaica revelam um modo de ver baseado em um ponto. O processo codificatório acabou por algo sofrer dessa influência. Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos. Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da ingerência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais.” Cfr. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 77/79

problema das relações entre a vontade e a norma, e gera as duas fundamentais tendências, uma polarizada no primeiro termo (tendência subjetiva), e a outra no segundo (tendência objetiva).”⁴⁰¹

CALVÃO DA SILVA, por exemplo, implicitamente entende pela sinonímia :

“Fato jurídico voluntário constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto mas convergente, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses, o contrato é um meio de auto-governo, de auto-ordenação das suas relações jurídicas. Nele se verifica uma coincidência aproximativa entre os efeitos jurídicos produzidos segundo a lei e os efeitos práticos visados pelas partes, *porque e na medida em que* por elas foram queridos. Ao auto-governo ou auto-ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de *autonomia privada* ou *autonomia da vontade*.”⁴⁰²

No entanto, entendemos ser correta a diferenciação dos termos porque com a decadência do voluntarismo jurídico, ou seja, da liberdade individual e da autonomia da vontade – o que se deu a partir da revolução industrial –, houve deslocamento de enfoque para o coletivo e vendo-se o Estado obrigado a intervir nas relações contratuais, diante da ausência de liberdade contratual, eliminou a desigual idéia da liberdade de querer substituindo-a pela idéia da liberdade de poder auto-regulamentar nos limites do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a autonomia da vontade migrou para a autonomia privada, que nada mais é do que *a liberdade de contratar nos limites da lei*.⁴⁰³

⁴⁰¹ Enciclopedia del Diritto, IV, ‘voce’ *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, p. 366/367.

⁴⁰² Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 32-33.

⁴⁰³ Neste sentido, cf. Renata Mandelbaum, *Contratos de adesão*, cit., p. 22, 30, 31 e 33, que assim diferenciou: “A noção de contrato, em primeiro lugar, deve ser observada considerando-se como decorrente da vontade individual, mas não pode, no entanto, ser desvinculada do contexto geral em que se situa, e mais, observa que do estudo das transformações do contrato e do papel da vontade frente aos contratos podem ser extraídos dois tipos de considerações. A primeira consideração a ser feita é quanto à migração do enfoque individual para o coletivo. A vontade deve ser analisada não mais somente do ponto de vista do comportamento individual, e como segunda consideração destaca (Terré) a questão dos efeitos relativos dos contratos [...] demonstrando assim que a autonomia da vontade não mais condiz com a realidade das relações contratuais, migrando para a autonomia privada, tentando preservar os princípios clássicos norteadores do contrato. O contrato, considerado como um negócio jurídico, é passível de sofrer os efeitos da evolução da autonomia da vontade e dos princípios clássicos de contratação. Da adaptação desses princípios nota-se a evolução da autonomia da vontade para a noção de autonomia privada. Orlando Gomes destacou a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, observando que a substituição operou-se em virtude da decadência do voluntarismo jurídico. Conceituou, o autor, a autonomia da vontade como pressupondo que a vontade, real ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos, destacando conceitos diversos para autonomia privada. O primeiro a coloca como ‘força da vontade derivada do direito objetivo e não da própria vontade’. Em sentido lato, coloca a autonomia privada como designando ‘a esfera de liberdade do indivíduo para o exercício dos seus direitos’ e, em acepção

Deveras, na transição do Estado liberal para o Estado social, a postura estatal que então era *garantidora* de uma total liberdade dos indivíduos, passou a ser *intervencionista*, certamente para manter, sob outro enfoque, a lógica de mercado. Esse intervencionismo vem em favor do economicamente mais fraco na relação jurídica, nomeadamente dos trabalhadores e consumidores. Aliás, existe uma preocupação do Estado contemporâneo também para com a concorrência desleal (antitruste) e a preservação ambiental – essa última não só para preservar uma boa qualidade de vida para as gerações futuras, como também para manter a lógica de mercado, na perspectiva da propriedade (privada) do solo e (pública) do sub-solo enquanto fontes produtivas. Esses quatro setores da economia - trabalho, consumo, meio-ambiente e antitruste⁴⁰⁴ -, foram reunidos por LORENZETTI como sendo o objeto da tutela inibitória contra as *falhas de mercado*.⁴⁰⁵ Assim, por exemplo, segundo LORENZETTI “os

restrita. como ‘o poder atribuído à pessoa para criar, modificar e extinguir, na forma da lei, relações jurídicas’, a liberdade de contratar nos limites da lei. Em sentido contrário, observamos que a concepção voluntarista da autonomia da vontade está em crise. Hodiernamente, tem-se que não mais é a vontade das partes o elemento fundamental das obrigações contratuais, mas sim o poder auto-regulamentar outorgado pelo ordenamento jurídico às partes para a resolução de seus interesses privados. Como observado, o princípio da autonomia da vontade, em seu aspecto econômico, correspondeu a fórmula do *laissez faire, laissez passer*. Através da revisão a que se submeteu o liberalismo, passou-se a falar em autonomia privada e não mais em autonomia da vontade. [...] A noção de autonomia privada, ou autonomia negocial, observa-se assim, não se identifica e não se confunde com a idéia de liberdade de querer mas sim com a idéia de poder e, mais precisamente, com a idéia do poder dos particulares para darem-se regras a si mesmos no campo das relações econômico-sociais.”

⁴⁰⁴ Paula Forgione entende que enquanto a lei antitruste confere *tutela imediata à livre concorrência e à livre iniciativa*, o Código de Defesa do Consumidor confere *tutela imediata ao consumidor*, ao passo que a *tutela imediata do outro concorrente* ficaria no âmbito do Código de Propriedade Industrial; cfr. *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: RT, 1998, p. 239-252.

⁴⁰⁵ Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, p. 342/343. Deveras, os monopólios e oligopólios são falhas do mercado (*market failures*), demonstrando que a concorrência perfeita (optimal de Pareto), não existe na prática. Fábio Nusdeo, concluindo capítulo em que abordou as falhas do mercado, assim se expressa: “1) A vivência prática do sistema de cunho liberal durante cerca de 150 anos trouxe, a par de um grande desenvolvimento em termos de disponibilidade crescente de bens e serviços, uma série de conseqüências negativas, cuja explicação demandou em refinamento na própria análise e no estudo das instituições econômicas; 2) Em parte pressionada pelas manifestações da sociedade, quer diretamente, quer pelos seus órgãos de representação política e em parte pelos próprios progressos da ciência em si, a Economia foi incorporando aos seus modelos a identificação e a explicação das chamadas falhas do mercado; 3) As falhas do mercado correspondem a situações nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional; 4) O mercado apresenta cinco falhas principais: 4.1) quanto à mobilidade dos fatores - é uma falha de origem física ou cultural; 4.2) quanto ao acesso à informação - é uma falha de origem legal; 4.3) quanto à concentração econômica - é uma falha de estrutura; 4.4) quanto aos efeitos externos ou externalidades - é uma falha de sinal; 4.5) quanto ao suprimento de bens coletivos - é também uma falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivo; 5) A constatação das falhas do mercado levou a uma reintrodução do Estado no sistema econômico, mediante a edição de diversas normas de caráter legal e regulamentar destinadas a, por diversas formas, eliminá-las ou atenuá-las; 6) A pura racionalidade formal da lei, na visão do sistema liberal, passa a se tornar insuficiente para a condução harmoniosa do sistema econômico; 7) A ação do Estado nessa condição de mero controlador das inoperacionalidades do mercado recebeu o nome de capitalismo regulamentar, neoliberalismo e outros, mas não se esgotou apenas nessa função; 8) Objetivos de caráter político são também colocados para o desempenho do sistema como um todo, levando o Estado a dele participar, com

consumidores têm direito a uma concorrência não distorcida” e cláusulas abusivas produzem um relevante “efeito distorcido”, daí porque a otimização do sistema mediante a prevenção das *market failures*.⁴⁰⁶

Desse intervencionismo estatal resulta maiores limitações naquilo que se passou a denominar autonomia privada. Limitações não só no campo do direito privado, por intermédio da regulação de setores de mercado (por exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e a Lei sobre planos privados de assistência à saúde, cf. Leis n.ºs. 9.961/00, 9.782/99 e 9.656/98), como também no âmbito do direito processual do consumidor, isto é, na prestação de tutela jurisdicional específica (art. 84 do CDC).

Pode-se, então, afirmar que os acontecimentos sócio-econômicos que resultaram na sociedade massificada de serviços⁴⁰⁷, desencadearam a decadência do voluntarismo jurídico, do

vista a direcioná-lo.” Cfr. *Curso de Economia*. Introdução ao Direito Econômico. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 166/167.

⁴⁰⁶ Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, cit., p. 342. Em matéria ambiental, diversa é a opinião de Ugo Mattei, para quem em caso de custos transativos altos a solução macroeconômica aconselhável é a da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, alocando *property rights* à preços de mercado segundo a *liability rule*. Ugo Mattei apenas concorda em parte com a tutela inibitória, desde que se trate de custos transativos baixos. Todavia, cuidando-se de direito à saúde Ugo Mattei é enfático: “La tutela della salute non ha nulla a che vedere con quanto stiamo analizzando”, cf. *Le imissioni, 'in' Analisi economica del diritto privato [a cura di Guido Alpa et alii]*, Milão: Giuffrè, 1998, p. 94-101. Uma análise econômica comparativa entre o ordenamento estadunidense e o ordenamento italiano a respeito da alocação de recursos ambientais escassos também foi feita por Ugo Mattei, cf. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milão: Giuffrè, 1987. Cf. Tb. Maria Rosaria Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, Pádua: Cedam, 2000.

⁴⁰⁷ Sobre sociedade massificada de serviços, além das precisas observações feitas por Cláudia Lima Marques quanto ao que chamou de contratos cativos de longa duração - ob. cit., págs. 70, 95 e 96 -, são oportunas as considerações de João Calvão da Silva: “Atividade básica da vida econômica, a permuta dos bens fez com que durante muitos séculos - desde as primitivas economias de subsistência até aos sistemas capitalistas, passando pelo feudalismo e pelo mercantilismo - predominassem hegemonicamente no comércio jurídico as obrigações de prestação de coisa. Predomínio este refletido ainda nos Códigos modernos, ao regularem prioritária e modelarmente as obrigações de *dare-prestare*. Pense-se na progressiva expansão das prestações de fato, com o hodierno crescimento de *prestações de serviços* ligado à revolução tecnológica, que, é sabido, engendra uma acentuada deslocação dos setores primário e secundário para o setor terciário na atividade das sociedades mais evoluídas, em que serviços, informações, *know-how* e sofisticadas tecnologias de ponta se expandem. Criam-se e multiplicam-se, sobretudo nos países de técnica mais avançada, empresas de serviços especializados, apostadas em fornecer as mais variadas espécies de prestações de fato, muitas das quais, assim, deixam de ser puras relações de obsequiosidade para passarem a ser objeto do comércio jurídico: serviços de vigilância, proteção e segurança; serviços de refeições e de assistência médica ao domicílio; estudos de rentabilidade econômica ou de prospecção do mercado; agenciamento e contratação de artistas; recrutamento e fornecimento de mão de obra; consultoria e assistência técnica à empresas; gestão de dívidas e de títulos em geral; sondagens à opinião pública, campanhas de publicidade e de *marketing*; investigações policiais particulares; serviços ligados às indústrias da tecnosfera especialmente criada pela revolução tecnológica - computadores, processamento de dados, informática, burótica, eletrônica, telemática, robótica, biogenética, etc. -, eis apenas

dogma da autonomia da vontade e da liberdade contratual, a qual tinha como relevante, no direito dos contratos, apenas o momento da celebração, descurando das fases pré-contratual e de execução contratual. Sob essa ótica, é ainda mais evidente a superação do dogma da intangibilidade da vontade humana (*nemo ad factum praecise cogi potest*), especialmente em se tratando de prestações infungíveis, positivas e negativas, em cuja presença são acionadas técnicas de coerção indireta atuando sobre a vontade do devedor, impedindo a mera conversão do inadimplemento contratual em ressarcimento pelo equivalente monetário. E o mesmo pode-se dizer da possibilidade, agora existente, de reprivatização de um direito subjetivo violado ao seu estado anterior, no plano da responsabilidade civil.

7.3 A limitação da autonomia privada e os direitos não patrimoniais.

A limitação normativa da autonomia privada está diretamente ligada com a idéia da imposição de deveres de conduta a serem observados por qualquer pessoa, e, em especial às partes contratantes, do que deriva uma relativização do dogma “*nemo ad factum praecise cogi potest*”⁴⁰⁸ - intangibilidade da vontade humana, fundado na superada autonomia da vontade.

Na sociedade de consumo, tem-se como relevante a tutela das necessidades básicas para a dignidade da pessoa humana (direitos humanos, fundamentais),⁴⁰⁹ como por exemplo a previsão legal de prorrogação imediata dos planos privados de saúde - prescindindo da vontade declarada do operador em renovar o prazo contratual.

alguns exemplos de prestações de serviços, modernamente comercializadas, que, deste modo, aumentam o volume das relações obrigacionais.”

“Direito do tráfico dos bens ou do intercâmbio dos bens, por contraposição ao direito das coisas considerado como direito de domínio duradouro sobre a coisa (*Sacherschaft*), as obrigações são também o direito da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, e da prevenção dos riscos individuais (contrato de seguro, renda perpétua, renda vitalícia, etc.).”

“A terciarização da economia, com a proliferação de empresas prestadores de serviços em massa, é um fenômeno característico da moderna sociedade tecnológica. Em 1970, o consumo de serviços representava 46 % do consumo total em França, enquanto em 1972 os serviços representavam 63,4 % da produção interna dos EUA.” Cfr. *Cumprimento*, cit., p. 24, 25 e nota 15.

⁴⁰⁸ Ver Capítulo 1.

⁴⁰⁹ Os constitucionalistas chamam de direitos fundamentais o que os filósofos denominam de direitos humanos. Na realidade, o pano de fundo da controvérsia reside na diferenciação entre a doutrina do positivismo jurídico e o direito natural.

Protege-se o hipossuficiente – consumidor ou usuário – em face de cláusulas abusivas de cujo conteúdo não participou.

Como refere CLÁUDIA LIMA MARQUES, “*Pode não haver suficiente liberdade de contratar, liberdade de escolher o parceiro contratual, pois os bens ou serviços oferecidos pelo fornecedor podem ser daqueles de extrema necessidade, ou pode estar o fornecedor em uma situação de monopólio.*”⁴¹⁰

E, mais adiante, analisando as razões que motivaram a limitação da liberdade contratual na sociedade de consumo, asseverou a mesma autora:

“o conteúdo de muitos contratos será ditado, regulamentado ou autorizado pelo poder estatal. Os contratos pré-redigidos pelas empresas substituirão o negócio jurídico bilateral antes concluído individualmente, desaparecendo o laborioso processo de negociações e discussões preliminares. Permanece a liberdade de contratar, isto é, a de realizar ou não um determinado contrato. mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos, por exemplo, quando da fixação obrigatória de preços ou da renovação compulsória de locações para os atuais inquilinos. Galvão Teles destaca que além dessas limitações da liberdade contratual, provindas do exterior, na nova sociedade de consumo teriam tomado grande vulto as, por ele chamadas de, ‘autolimitações’. referindo-se às limitações voluntárias da liberdade futura de contratar assumidas pelas partes, por exemplo, nos contratos que regulam outras futuras relações e nos pré-contratos, como entre nós a promessa de compra e venda de imóvel. O declínio da liberdade contratual é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo.”⁴¹¹

CALVÃO DA SILVA, cujo eixo central de sua dissertação assenta-se na afirmação de que *a satisfação do interesse do credor é o escopo da obrigação*, assim expressou seu pensamento :

“A relação obrigacional traduz-se basicamente num direito do credor à prestação e num correlativo dever de prestar a cargo do devedor. Do ponto de vista prático, ao atribuir um direito subjectivo e ao impor um dever jurídico temos a prevalência do interesse do credor sobre o interesse do devedor, com a relação creditória a proporcionar uma vantagem ao seu titular activo

⁴¹⁰ Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 67.

⁴¹¹ Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 119/120.

à custa do titular passivo. A vantagem do credor será, justamente, a satisfação do seu (prevalente) interesse. Interesse que é, como sabemos pela própria etimologia da palavra (inter est), o quid que está entre o homem (credor) e o bem, assente na necessidade ou carência de que aquele é portador.”

“O interesse do credor, representando o fim ou a função da obrigação e a sua razão existencial, desempenha papel de grande relevo na disciplina da relação obrigacional. Desde logo, na constituição do vínculo obrigacional, o interesse do credor deve ser digno de protecção legal, não necessitando, todavia, de ter natureza patrimonial (art. 398º, nº 2).”

“... além da execução por equivalente, há outros meios (execução específica, meios de pressão privados, meios coercitivos judiciais, procedimentos cautelares, etc.) postos à disposição do credor para garantir o seu direito, ainda que direito a prestações de conteúdo não patrimonial, de valor estimativo, ideal, espiritual, cultural, etc..”⁴¹²

Como já mencionado, há uma prioridade lógico-natural entre o cumprimento específico da obrigação em relação a sua conversibilidade pelo equivalente monetário (ressarcimento pelas perdas e danos).

Essa prioridade, atualmente, é também jurídica, como infere-se do direito comparado (art. 829-A do Código Civil português; art. 97 do Código das Obrigações suíço; art. 2058 do Código Civil italiano; § 241 do BGB alemão) e do direito brasileiro (art. 84 do CDC e art. 461 do CPC).

Mesmo no direito inglês, onde historicamente a jurisdição da *common law* somente estabelecia a tutela ressarcitória (*damages*) para o caso de inadimplemento contratual, com o surgimento da jurisdição da *equity*, e mais recentemente, com a possibilidade de todas as *Divisions* da *High Court* e também o *County Courts* poderem conceder os remédios, que, na origem, eram exclusivos da *equity* (*injunctions* e *specific performance*), tem-se notado uma expansão da execução específica na jurisprudência.⁴¹³

A relativização do dogma da intangibilidade humana converge para o princípio da prioridade lógico-natural e (na era da descodificação, também) jurídica da tutela específica das

⁴¹² Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 61, 62 e 63, nota 123.

⁴¹³ “No que concerne à adequação do ressarcimento do dano como remédio normal, tem sido julgada inadequada às prestações de coisas com características não contidas noutros bens (coisas únicas) e de coisas que, não sendo embora únicas, a obtenção de bens seus substitutos seria difícil ou causaria atraso tal que o negócio do credor seria seriamente afetado (coisas de unicidade comercial ou comercialmente únicas). É que, neste caso, se teoricamente a reparação dos danos é substituto satisfatório, na prática só incorretamente os prejuízos serão reparados”, Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 191-198, esp. p. 195.

prestações positivas e negativas sobre a muitas vezes inadequada tutela ressarcitória pelo equivalente monetário,⁴¹⁴ sem que se atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a imposição de deveres de conduta pelo ordenamento jurídico – o chamado dirigismo contratual –, reconhece-se que nem todas as obrigações tem cunho patrimonial, situação que vem sendo chamada de despatrimonialização do direito privado. A propósito da monetização dos direitos e da inadequação da lógica ressarcitória para a tutela dos novos direitos, assevera CALVÃO DA SILVA :

“Não basta poder pagar para tudo se poder permitir; deve evitar-se o iníquo resultado de que o devedor seria livre de não cumprir, desde que suportasse as suas conseqüências.” “Uma tal concepção – que transformava o que deve ser a exceção em regra, através do ressarcimento do dano – monetizaria todos os bens e valores do homem, (in)satisfazendo o interesse creditício específico pelo equivalente, em moeda, da prestação originária. Monetização que, ao reduzir todos os valores e bens de índole vária ao valor-dinheiro, contrastaria gritantemente com os ideais e valores culturais da civilização hodierna, vazados na regra de que a prestação não necessita de ter valor pecuniário, apenas devendo corresponder a um interesse do credor digno de proteção legal (art. 398º, nº 2). Seria, também por isso, um retrocesso jurídico, com o regresso aos tempos tradicionais em que a obrigação seria sempre um vínculo de carácter patrimonial, não sendo lícita a constituição de uma obrigação sem conteúdo econômico-pecuniário. A referida monetização ou patrimonialização das obrigações, com a conversão do crédito originário, não monetário, em crédito pecuniário de ressarcimento, envolveria uma consideração meramente *quantitativa* dos direitos do credor, ao reduzi-los a esse elemento comum que é o dinheiro, como se, em última análise, todos os mais diversos direitos pudessem expressar-se em termos pecuniários. O que não pode aceitar-se, nem sequer em nome de uma qualquer pretensa igualdade formal, por não ter em conta o aspecto *qualitativo* da referência à necessidade (freqüentemente não patrimonial) demiurga da obrigação, ao interesse primário (freqüentemente pessoal, cultural, afetivo, moral, etc.) do credor, a que urge dar específica e integral satisfação, impondo ao devedor o cumprimento da própria prestação a que se encontra *ab origine* adstrito e não simplesmente o sacrifício de um bem diverso que tudo paga, o dinheiro.” “Prever meios coercitivos que dificultem ou excluam a conversão do direito à prestação primária em direito ao ressarcimento do dano, do crédito não pecuniário em crédito de ressarcimento, é uma exigência ...”. “Assim, se evitará a hipertrofia da pecuniariedade como garantia dos direitos, favorecendo e expandindo a tutela em forma específica e o que ela implica de maior aderência às diferentes situações, nomeadamente aos interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal (caso dos direitos de personalidade), irredutíveis à patrimonial lógica quantitativista.”⁴¹⁵

⁴¹⁴ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 70.

⁴¹⁵ Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 165. 167 e 168.

Delineia-se, pois, com a decadência da autonomia da vontade um sistema contratual regulado pelo sistema legal. O mercado livre cede espaço à ascensão social dos valores essenciais ligados à dignidade da pessoa humana. O primado do *ter* é substituído pelo resgate do *ser*. A pessoa humana passa ser considerada não mais segundo a sua propriedade, pois o *ter* agora é condicionado ao *ser*.

7.4 Sistema contratual e sistema legal: importância da diferenciação entre o ilícito e o dano.

No direito dos contratos, o dogma da “*pacta sunt servanda*”, de índole liberal, conduzia à idéia segundo a qual o *contrato* valia com força de *lei* entre as partes.

Com a decadência do modelo de Estado liberal e com o surgimento do modelo de Estado social, constatou-se a insuficiência de uma igualdade meramente formal entre as partes contratantes. A ascensão do mercado, alavancado pelo modelo liberal, possibilitou a concentração de riquezas nas mãos de uns em desproveito da maioria, social e economicamente desigualada. Aumentaram, progressivamente, os instrumentos de intervenção estatal nos mecanismos do mercado, seja mediante a imposição de deveres de abstenção, seja por intermédio do dirigismo contratual, circunstância que vem de ser experimentada nos países de capitalismo periférico somente na última década.

Dentre esses mecanismos de intervenção, destacam-se as normas jurídicas regulatórias de alguns setores de mercado, e em especial, o setor da saúde. No que se refere, por exemplo, aos planos privados de assistência médica e hospitalar, regula-os a Lei nº 9.656/98. Há diversos dispositivos limitando o círculo de atuação da autonomia privada. Pode-se, então, afirmar, que coexistem dois sistemas que regulam a autonomia privada: o contratual clássico e o legal. Disso deriva que o círculo da autonomia privada das partes contratantes não pode avançar no círculo das normas imperativas e proibitivas de algumas práticas contratuais até então usuais. Quando isso ocorrer, haverá um ilícito, não propriamente contratual (a doutrina clássica jamais

o admitiu), mas porque contra *ius* (por exemplo, uma cláusula abusiva que imponha prazos de carência de assistência médica acima dos limites legais).⁴¹⁶

Emerge, então, a questão do ilícito e do dano, contratual e extracontratual, de particular interesse para o tema da tutela específica dos direitos.

A distinção entre ilícito e dano permite compreender porque é admissível uma forma de tutela específica no direito dos contratos, sem ofensa à autonomia privada.

Na medida em que o sistema legal proíbe algumas práticas contratuais que venham a ferir a justiça e o equilíbrio contratual, reduz, consideravelmente, o círculo de atuação em que, pela via da autonomia privada (sistema contratual), normalmente emergem as desigualdades sócio-econômicas entre o fornecedor e o consumidor.

Figure-se a seguinte situação. Com fundamento *exclusivamente* no sistema contratual, o consumidor nada poderia fazer diante de uma cláusula fundada na “autonomia da vontade” que impusesse prazos iníquos de carência no atendimento médico-hospitalar, a não ser pleitear a dissolução do contrato juntamente com o ressarcimento do dano mediante o binômio condenação-execução forçada.

Mas como o sistema contratual está limitado pelo sistema legal e este considera aquela cláusula como abusiva e nula de pleno direito, a sua inserção nas condições contratuais gerais ou em contrato de adesão não pode gerar apenas a possibilidade de dissolução contratual, especialmente quando estejam em questão necessidades básicas de “consumo” como no caso de um plano de saúde.

Assim, conforme o exemplo dado, com fundamento na ilicitude (= contra *ius*) da cláusula abusiva realiza-se a tutela inibitória (enquanto pretensão e ação de direito material) mediante a técnica processual mandamental (‘ação’ processual), a única adequada para a prestação de tutela jurisdicional preventiva do ilícito.

A importância da diferenciação entre o ilícito e o dano também é relevante no que se refere aos deveres gerais de conduta.

⁴¹⁶ Não se descarta, por outro lado, a tutela preventiva contra o inadimplemento contratual (por exemplo, a simples negativa da operadora de um plano de saúde em expedir a guia de internação hospitalar, muito embora o prazo contratual de carência já tenha sido observado). Tenha-se presente, ainda, que tais situações não se confundem com o dano derivado do adimplemento imperfeito do contrato (por exemplo, o esquecimento de instrumentos cirúrgicos no corpo do usuário, após realização de uma cirurgia para retirada de cálculos na vesícula e o respectivo dever de ressarcimento na forma específica). Assim como ilícito e dano não se confundem, também não se pode confundir os deveres (legais) com as obrigações (contratuais) de fazer e de não fazer.

A publicidade, meio pelo qual o mercado capta futuras contratações de massa, não pode ser enganosa ou abusiva. Há deveres legais de abstenção de determinadas práticas publicitárias os quais, uma vez ofendidos, ensejam tutela específica de remoção dos respectivos anúncios.

A remoção de um anúncio publicitário ilícito objetiva cessar a continuação do seu poder persuasivo perante os consumidores em potencial do bem ofertado.

Por outro lado, um produto com alto grau de nocividade à saúde humana que tenha sido colocado no mercado também é suscetível de remoção. Mesmo um produto não registrado perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – portanto ilícita a sua colocação no mercado – pode ser objeto de uma tutela inibitória que imponha um dever de abstenção de tal colocação.

Portanto, como se percebe, cabe tutela preventiva específica contra a prática ou a repetição de um ilícito de eficácia instantânea ou continuada.⁴¹⁷ Dependendo do caso concreto, a forma de tutela adequada para a prevenção do ilícito será a inibitória, a de remoção do ilícito ou a preventiva executiva. Se o caso for de um contrato, a tutela poderá ser do adimplemento na forma específica, como veremos no capítulo seguinte.

⁴¹⁷ As modalidades do ilícito, enquanto violação de um dever (legal) ou de uma obrigação (contratual), com relevância para a tutela jurisdicional preventiva dos direitos podem ser assim resumidas: (i) *ameaça* da prática ou repetição de um ilícito de eficácia instantânea (por ação ou omissão); (ii) *ameaça* da prática ou repetição de um ilícito de eficácia continuada (por ação ou omissão); (iii) *ilícito em ato*, isto é, a prática ou repetição de um ilícito de eficácia continuada (por ação ou omissão). Em princípio, o ilícito de eficácia instantânea já consumado só tem relevância no plano do direito administrativo sancionatório punitivo a não ser que dele tenha derivado algum dano, quando então poder-se-á pleitear uma tutela ressarcitória na forma específica ou, residualmente, pelo equivalente monetário; por isso não há relevância para a tutela jurisdicional *preventiva* em classificar a prática (não apenas temida, mas já consumada) de um ilícito de eficácia instantânea. Por outro lado, há ilícito sem dano, ilícito fonte de um dano e dano derivado de um ato lícito. O ilícito pode ser omissivo ou comissivo. Portanto, quanto ao momento, o ilícito pode ser futuro (ameaça), presente (em ato ou continuado) e passado (consumado). Quanto à sua eficácia no tempo, o ilícito pode ser instantâneo ou continuado. Quanto à sua eficácia no espaço, o ilícito pode ser fonte ou não de dano. Quanto ao ilícito fonte de dano há que se ter separadas as duas situações que podem ocorrer: ilícito e dano com identificação cronológica no tempo e ilícito e dano sem identificação cronológica no tempo. Nesta última hipótese assume relevância a tutela preventiva da ameaça da prática ou repetição de um ilícito de eficácia instantânea ou continuada (por ação ou omissão), como da tutela preventiva da prática ou repetição de um ilícito de eficácia continuada (por ação ou omissão), pois a inércia do titular da situação substancial de vantagem poderá sujeitá-lo somente à tutela ressarcitória do dano, muita vez segundo a forma degradada de tutela pelo equivalente monetário. Cf., em termos, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 71-78, 92-93, 99, 131, 135-136, 147, 191-192. Observe-se, finalmente, que a ameaça da prática comissiva ou omissiva de um ilícito de eficácia *instantânea* somente admite como efetiva e adequada a *antecipação da tutela específica*, pois a espera da sentença ou tornará sem objeto a pretensão ou, em caso de dano e uma vez impossível o ressarcimento na forma específica, acarretará a degradação da tutela sob a forma do equivalente monetário. Nos demais casos, admite-se, em tese, a prestação da tutela específica mediante provimento judicial provisório ou final, sempre mediante as técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.

Nenhuma dessas tutelas é voltada contra o dano. A tutela repressiva do dano admite a forma ressarcitória na forma específica, quando possível ou de interesse do lesado. Residualmente é que se dará tutela ressarcitória pelo equivalente, que é uma forma degradada de tutela posto que monetiza os direitos e se submete ao binômio da condenação correlacionada com execução forçada.

7.5 O direito à saúde entre o dever do Estado e as regras de mercado.

O modelo neoliberal tende, por essência, à injustiça econômico-distributiva uma vez que tem sido crescentes as falhas de mercado, como se percebe no cotidiano dos problemas que envolvem o meio ambiente, as relações de produção, de distribuição e de consumo. Paralelamente, o Estado tem sido tímido na regulação de alguns setores estratégicos da sociedade, com especial relevo para sua o setor de saúde, cujo intervencionismo é ainda insatisfatório, embora com alguns avanços na última década, em vista da sanção presidencial ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde.

Contudo, o Estado está remetendo ao mercado um setor de suma importância para a dignidade da pessoa humana, sendo que a lógica de mercado não é perfeita, por uma série de razões, do que derivam exclusões de acesso aos bens de consumo de interesse para a saúde humana.

O princípio segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário às ações e serviços, com participação complementar das instituições privadas é criticável.⁴¹⁸

O Sistema Único de Saúde tem alta taxa de risco de acidentes, além do que refuta atendimento na demanda de medicamentos para algumas patologias raras. O setor privado, por sua vez, pratica preços seletivos, excluindo o direito de acesso a tais bens de consumo, como por exemplo nos planos privados de saúde. O setor oligopolizado dos medicamentos importados tem exigido do governo algumas medidas de controle de preços praticados no mercado interno. Os custos da atividade produtiva em geral, por outro lado, não têm sido repassados satisfatoriamente à sociedade, e suportados, em parte, por parcela individual dos consumidores vulneráveis.

⁴¹⁸ Arts. 196 e 199, § 1º, CF/88.

Nessa perspectiva, externalidades negativas têm ocorrido, sendo inadequada a tutela regida pela lógica compensatória. É muito comum a alocação de *property rights* pelo violador que se disponha a pagar o preço de mercado. Pior ainda é quando o interesse lesado é de natureza não patrimonial, pois arbitra-se uma compensação por um preço de mercado inexistente, mercantilizando-se um bem que na verdade está *fora do comércio*. Nesse último caso submetem-se, indevidamente, os interesses fundamentais da pessoa humana à lógica de mercado. O direito à saúde é um direito social, de segunda dimensão, mas ainda não implementado satisfatoriamente.⁴¹⁹

Portanto, é preciso investigar as formas jurisdicionais de tutela específica do direito à saúde do consumidor nas relações de consumo, objetivando medidas corretivas das falhas de mercado, em especial as externalidades negativas.

⁴¹⁹ Dispõe o art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que “1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças. b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” Cf. Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2ª, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 369.

CAPÍTULO 8

A TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA DO DIREITO À SAÚDE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

SUMÁRIO: 8.1 Bem correspondente, bem equivalente e equivalente monetário do bem: uma explicação necessária. 8.2 A tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo. 8.2.1 As formas de tutela preventiva na forma específica. 8.2.1.1 A tutela inibitória. 8.2.1.1.1 Cláusulas abusivas nos planos de saúde. 8.2.1.1.1.1 Cláusula de reajuste das mensalidades. 8.2.1.1.1.2 Cláusula de limitação de risco 8.2.1.1.1.3 Cláusula com prazo de carência ilegal. 8.2.1.1.2 Dever de oferta difusa do plano-referência. 8.2.1.1.3 Dever de oferta de todas as modalidades do plano de saúde sem discriminação a idosos e portadores de deficiência. 8.2.1.1.4 Outros deveres de conduta do fornecedor. 8.2.1.1.5 Dever de criação de comissão interna de segurança de produtos e serviços. 8.2.1.1.6 Publicidade enganosa ou abusiva. 8.2.1.1.7 Dever de informar. 8.2.1.1.8 Dever de registro governamental do produto ou do serviço. 8.2.1.1.9 Dever de observância de fórmula legal de reajuste dos medicamentos. 8.2.1.2 A tutela de remoção do ilícito. 8.2.1.3 A tutela preventiva executiva. 8.2.1.4 A tutela do adimplemento na forma específica. 8.2.1.4.1 A tutela preventiva do inadimplemento de obrigação contratual. 8.2.1.4.2 A tutela do adimplemento na forma específica e o princípio da vinculação negocial. 8.2.1.4.3. A tutela do adimplemento na forma específica e o adimplemento imperfeito da obrigação contratual. 8.2.2 A tutela ressarcitória na forma específica. 8.2.2.1 As externalidades negativas do mercado e a internalização dos custos sociais das relações de produção e de consumo. 8.2.2.2 A responsabilidade objetiva do fornecedor e a exceção do profissional liberal. Hipóteses de solidariedade passiva. 8.2.2.3 Caso fortuito externo e causas excludentes de responsabilidade do fornecedor. 8.2.2.4 O dano à saúde e o dano não patrimonial. 8.2.2.5 Alguns exemplos de ressarcimento na forma específica do dano à saúde.

8.1 Bem correspondente, bem equivalente e equivalente monetário do bem: uma explicação necessária.

Quando se estuda o tema da tutela jurisdicional específica dos direitos é preciso esclarecer que: (i) as formas jurisdicionais de tutela devem ser efetivas e adequadas às formas substanciais de tutela; (ii) as formas jurisdicionais de tutela específica resultantes da conjugação das formas jurisdicionais com as formas substanciais exigem igualmente técnicas de tutela efetivas e adequadas; (iii) tais formas jurisdicionais de tutela específica que visam impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito ou do inadimplemento tem *função preventiva*, ao passo que a forma jurisdicional de tutela específica que objetiva restituir o estado de fato anterior ao dano causado é chamada de tutela ressarcitória na forma específica e, portanto, tem *função repressiva*; (iv) quando a tutela jurisdicional específica tem função preventiva (do ilícito ou do inadimplemento), almeja um resultado prático *correspondente*; quando a tutela jurisdicional específica tem função repressiva (do dano), aspira um resultado prático *equivalente*; (v) o resultado prático correspondente e o resultado prático equivalente são resultados específicos; (vi) por opção individual do consumidor ou sendo impossível obter um resultado prático correspondente ou um resultado prático equivalente, não estaremos mais diante de tutela específica, mas de tutela ressarcitória pelo equivalente monetário; (vii) em nossa concepção de tutela específica, o resultado prático *equivalente* nada tem a ver com ressarcimento pelo *equivalente monetário*, pois enquanto o resultado prático específico possibilita *restituição* a um *estado equivalente* ao do bem lesado, o ressarcimento pelo equivalente degrada a tutela dos direitos, *convertendo-os* em uma *soma equivalente* em dinheiro; (viii) portanto, não há razão para se confundir a obtenção de um bem equivalente com o equivalente monetário do bem não obtido, afirmação essa válida tanto para direitos não patrimoniais quanto para direitos patrimoniais.

8.2 A tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo.

Como o direito à saúde é não patrimonial, a conjugação de formas substanciais de tutela específica com formas jurisdicionais de tutela resultam em formas de tutela jurisdicional específica. Essas formas de tutela jurisdicional específica podem ter função preventiva ou repressiva.

As formas de tutela jurisdicional específica com função preventiva (do ilícito ou do inadimplemento) podem ser; (i) tutela mandamental inibitória assistida por técnicas de coerção indireta; (ii) tutela preventiva executiva assistida por técnicas de sub-rogação; (iii) tutela de remoção do ilícito assistida por técnicas de sub-rogação; e (iv) tutela mandamental do adimplemento assistida por técnicas coercitivas indiretas ou tutela executiva do adimplemento assistida por técnicas sub-rogatórias.

As formas de tutela jurisdicional específica com função repressiva (do dano) podem ser: (i) a tutela mandamental ressarcitória na forma específica assistida por técnicas de coerção indireta e (ii) a tutela executiva ressarcitória na forma específica assistida por técnicas de sub-rogação.

Na perspectiva da tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo, passamos a analisar cada uma das formas de tutela acima descritas, seja dos produtos ou serviços relacionados que podem vir a ser colocados no mercado, seja de direitos da personalidade que estão peremptoriamente *fora do comércio*.

8.2.1 As formas de tutela preventiva na forma específica.

As formas de tutela preventiva na forma específica são: (i) tutela inibitória; (ii) tutela de remoção do ilícito; (iii) tutela preventiva executiva; (iv) tutela do adimplemento na forma específica.

São conjugadas com as técnicas mandamental e executiva *lato sensu*, conforme o caso. As tutelas inibitória, de remoção do ilícito, preventiva executiva são todas voltadas contra o ilícito. A tutela do adimplemento na forma específica é preventiva do inadimplemento absoluto e relaciona-se com o direito de acesso aos bens de consumo e com o princípio da conservação do contrato.

8.2.1.1 A tutela inibitória.

A tutela inibitória é uma forma de tutela específica que vem conjugada com a técnica mandamental, consistindo, portanto, na emissão de ordens judiciais de fazer ou de não fazer sob pena de multa (ou outra técnica de coerção indireta). A forma jurisdicional adequada de tutela preventiva dos direitos que se efetiva mediante a coerção da vontade do obrigado dá-se mediante a conjugação dessas formas e técnicas de tutela.

Com a tutela inibitória é voltada para o futuro e visa impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito, ou mais precisamente, visa a impedir um ato, uma atividade ou uma omissão que viole um dever ou uma obrigação de fazer ou de não fazer, independe da prova de culpa ou de dano.⁴²⁰

O cabimento da tutela inibitória tem por fundamento a superação do voluntarismo jurídico e a necessidade de se prevenir a violação dos direitos, de vez que a Constituição da República assegura tutela jurisdicional preventiva (art. 5º, XXXV – inafastabilidade de apreciação judicial de lesão ou *ameaça* a direito).⁴²¹ Assim, muito embora seja imprescindível para prestações material e juridicamente infungíveis, nada impede a sua utilização também para prestações fungíveis.

Na perspectiva da tutela preventiva do direito à saúde nas relações de consumo, a tutela inibitória revela-se como uma forma de tutela jurisdicional específica efetiva e adequada diante das práticas mercadológicas cada vez mais insensíveis com a dignidade da pessoa humana, uma vez que o binômio condenação-execução forçada apenas enseja a degradação de tal exigência de tutela.

Note-se a importância da tutela inibitória diante das graves falhas do mercado, cada vez mais globalizado: a Comunidade Européia recentemente baixou a Diretiva nº 27, de 19 de maio de 1998,⁴²² visando uma aproximação legislativa entre os Estados-membros sobre a *ação coletiva inibitória*, com aplicabilidade em matéria de publicidade enganosa,⁴²³ publicidade dos

⁴²⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 83, 89 e 90.

⁴²¹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela específica*, cit., p. 85-88.

⁴²² Publicada no Jornal Oficial nº L 166 de 11 de junho de 1998, p. 51-55.

⁴²³ Cf. Diretiva nº 450, de 10 de setembro de 1984, J.O. L 250 de 19 de setembro de 1984, p. 17.

medicamentos para uso humano,⁴²⁴ contratos à distância,⁴²⁵ venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas,⁴²⁶ comércio eletrônico,⁴²⁷ cláusulas abusivas,⁴²⁸ dentre outros assuntos.

O ordenamento jurídico brasileiro, em termos de efetividade da tutela inibitória, quando não é superior, é igual ao dos Estados-membros da Comunidade Européia.

Analisamos a seguir algumas situações substanciais de vantagem que exigem tutela jurisdicional específica adequada, objetivando demonstrar, também, que a tutela inibitória visa sempre a um resultado prático *correspondente* (exato) para o consumidor do produto ou usuário do serviço.

8.2.1.1.1 Cláusulas abusivas nos planos de saúde.⁴²⁹

Afirma-se que cláusulas gerais de contratação, cláusulas gerais dos contratos, contratos de adesão e contratos por adesão não se confundem entre si. Cláusulas gerais de contratação “*são o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos, normas de serviço etc.) disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que, com base nelas, sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais ou de prestação de serviços desses fornecedores*” e “*têm como destinatário principal o funcionário da empresa ou do órgão público.*”⁴³⁰

As cláusulas gerais dos contratos, “*indissociáveis do fenômeno da contratação de massa (contratos de adesão)*”, com ampla utilização nos contratos de planos de saúde, “*têm os atributos do preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração.*”⁴³¹ “*Os contratos de adesão são a concretização das cláusulas contratuais gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas, e, portanto, não se*

⁴²⁴ Cf. Diretiva nº 28. de 31 de março de 1992, J.O. L 113 de 30 de abril de 1992, p. 13.

⁴²⁵ Cf. Diretiva nº 7, de 20 de maio de 1997, J.O. L 144 de 4 de junho de 1997, p. 19.

⁴²⁶ Cf. Diretiva nº 44, de 25 de maio de 1999, J.O. L 171 de 7 de julho de 1999, p. 12.

⁴²⁷ Cf. Diretiva nº 31. de 8 de junho de 2000, J.O. L 178 de 17 de julho de 2000, p. 1.

⁴²⁸ Cf. Diretiva nº 13, de 05 de abril de 1993, J.O. L 95 de 21 de abril de 1993, p. 29.

⁴²⁹ “*Impressiona o dado fornecido pela revista IstoÉ, n. 1.270, de 2.2.94, segundo a qual 32 milhões de brasileiros estão ligados a alguma entidade privada prestadora de serviços de saúde ou de seguro-saúde, movimentando 10 bilhões de dólares por ano*”, cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p.70, nota 110.

⁴³⁰ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 361.

⁴³¹ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 360-361.

configuram ainda como contrato.”⁴³²

Com a definição dada pelo art. 54 do CDC, tornou-se acadêmica⁴³³ a diferenciação entre contrato de adesão e contrato por adesão, visto que compreensiva das duas figuras. Doutrinariamente, define-se contrato *de* adesão quando “*a estipulação é feita pelo poder público, cujas cláusulas preestabelecidas não podem ser recusadas (contrato de fornecimento de energia elétrica, por exemplo)*”,⁴³⁴ isto é, adesão sem liberdade de contratar; de outro lado, contrato *por* adesão seria aquele celebrado “*com base em cláusulas estabelecidas unilateralmente por particulares, sem a característica da irrecusabilidade*”,⁴³⁵ ou seja, com liberdade de contratar (de aderir), porém sem liberdade contratual (de discutir o conteúdo).⁴³⁶

É cabível a tutela jurisdicional coletiva inibitória para discussão da abusividade cláusulas gerais dos contratos (*in abstracto*) ou de cláusulas inseridas nos contratos de adesão (*in concreto*).

“O texto do CDC aprovado pelo Congresso Nacional falava em *cláusulas contratuais gerais* (art. 51, § 3º) e em cláusulas gerais dos contratos (art. 54, § 5º), preferindo a denominação *cláusulas* à locução *condições*. Entretanto, ambos os parágrafos que mencionavam esse importante instituto foram vetados pelo Presidente da República. Essas cláusulas existem e continuarão existindo,⁴³⁷ a despeito do veto, de modo que continua válido o exame da doutrina que sobre elas existe, porque inevitável lhes seja dato tratamento jurídico compatível com o sistema instaurado pelo Código de Defesa do Consumidor. O veto apenas pretendeu que o controle administrativo dessas cláusulas feito pelo Ministério Público não tivesse ‘caráter geral’, como constava do § 3º do art. 51 do CDC.”⁴³⁸ “Há no sistema contratual do CDC ... a obrigatoriedade da adoção pelas partes de uma cláusula geral de boa-fé, que se reputa existente em todo e qualquer contrato que verse sobre relação de consumo, mesmo que não inserida expressamente nos instrumentos contratuais respectivos.”⁴³⁹ “...o controle judicial (abstracto ou concreto) pode ser provocado por qualquer dos legitimados do art. 82 do CDC. A cláusula declarada judicialmente como abusiva não estará mais conforme o direito. Essa decisão terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, no caso de haver sido pedido o controle judicial abstracto, cujo objetivo seja a proteção dos direitos difusos ou coletivos do consumidor (art. 103, CDC). Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece como abusiva

⁴³² Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 361.

⁴³³ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 359.

⁴³⁴ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 358, nota 45.

⁴³⁵ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 358, nota 45.

⁴³⁶ Sobre liberdade de contratar e liberdade contratual, cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 55, 57, 66.

⁴³⁷ Note-se que a Lei nº 9.656/98 é explícita quanto à existência de “condições gerais” contratuais, como inferirse do parágrafo único do art. 16.

⁴³⁸ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 361-362.

determinada cláusula funciona na prática como *decisão normativa*, atingindo o estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela contratual coletiva ou difusa do consumidor.⁴⁴⁰

A tutela inibitória visando impedir a inserção ou a utilização de cláusulas abusivas nas cláusulas gerais dos contratos ou em contratos de adesão é, portanto, uma questão que extrema relevância à contenção do apetite mercadológico neoliberal.⁴⁴¹

Visando adequar-se aos termos da Diretiva Comunitária Europeia – cuja redação é um tanto quanto genérica – a qual versou sobre tutela inibitória das cláusulas abusivas, a Itália acrescentou ao Código Civil italiano o art. 1469 *sexies*.⁴⁴²

Em vista do reconhecimento doutrinário segundo o qual a tutela individual do consumidor nesses casos não é efetiva ou adequada, pois muitos consumidores não têm condições econômicas de aceder à Justiça ou quando têm o valor da causa não justifica o custo do processo, é que a tutela específica coletiva dos consumidores resulta como forma diferenciada efetiva e adequada.⁴⁴³

⁴³⁹ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 364-365.

⁴⁴⁰ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 370.

⁴⁴¹ Tanto que a Alemanha, já em 1976, regulou em lei a tutela dos consumidores em face da abusividade de cláusulas gerais dos contratos por intermédio da *AGB-Gesetz*, a chamada Lei para o regulamento das condições gerais dos contratos, cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 366; Giuseppe Tarzia, La tutela inibitoria contro le clause vessatorie, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 1997, p. 630, nota 2.

⁴⁴² Assim redigido: “Art. 1.469-*sexies*. As associações representativas dos consumidores, dos fornecedores e dos prestadores de serviço e as câmaras de comércio, indústria, artesanato e agricultura, podem chamar em juízo o fornecedor, o prestador de serviço ou a associação dos fornecedores ou dos prestadores que serviço que utilizem condições gerais de contrato e requerer ao juiz competente que iniba o uso das condições as quais seja declarada a abusividade nos termos do presente artigo. A inibitória pode ser concedida, quando ocorram justos motivos de urgência, nos termos dos artigos 669-bis e seguintes do código de processo civil. O juiz pode determinar que a decisão seja publicada em um ou mais jornais, dos quais pelo menos um tenha circulação nacional.” Sobre a tutela inibitória italiana, cf. Giuseppe Tarzia, La tutela inibitoria contro le clause vessatorie, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 1997; Corrado Ferri, L’azione inibitoria prevista dall’art. 1469-*sexies* C.C., *Rivista di Diritto Processuale*, n.4, 1996; Carola Moretti, Note in tema di efficacia soggettiva dell’azione inibitoria prevista dall’art. 1469 *sexies* C.C., *Rivista di Diritto Processuale*, n.3 1997; Flavio Lapertosa, Profili processuali della disciplina delle clause vessatorie nei contratti con il consumatore, *Rivista di Diritto Processuale*, n.3, 1998; Filippo Danovi, L’azione inibitoria in materia di clause vessatorie, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1996; Aldo Frignani, L’azione inibitoria contro le clause vessatorie, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1997; Mariacarla Giorgetti, La dichiarazione di inefficacia delle clause abusive nei contratti dei consumatori, *Rivista di Diritto Processuale*, n.3, 1998; Guido Alpa, L’incidenza della nuova disciplina delle clause vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.1, 1997;

⁴⁴³ Cf. Adolfo di Majo, La tutela individuale del consumatore. La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo [org. Pasquale Stanzone], Nápoles: ESI, 1999, p. 271-278.

Em linhas gerais, a doutrina italiana têm anotado a relevância da tutela inibitória, muito embora dentro dos já mencionados limites do ordenamento peninsular⁴⁴⁴ :

“A adoção de “meios adequados e eficazes” para fazer cessar a inserção de cláusulas abusivas nos contratos estipulados entre fornecedores ou prestadores de serviço e os consumidores foi considerada pela diretiva comunitária de 5 de abril de 1993, como um instrumento essencial para atuar uma completa proteção do consumidor. O sétimo parágrafo da diretiva que exorta à adoção de tais meios, não se empenha em uma descrição da tipologia dos meios de ablação das cláusulas abusivas; na verdade, após um convite um tanto discreto em reforçar a posição processual do consumidor nas controvérsias que lhe oponham ao fornecedor e ao prestador de serviços, solicita abertamente aos Estados membros que introduzam, nos respectivos ordenamentos, instrumentos de tutela que permitam a quem tenha ‘um interesse legítimo a tutelar os consumidores’ de acrescentar uma autoridade pública, judiciária ou administrativa, ao escopo de declarar o caráter abusivo de ‘cláusulas contratuais redigidas de modo generalizado’ e de inibir-lhe a inserção nos contratos com os consumidores. Com o art. 1469-*sexies*, inserido no corpo do código civil, o legislador italiano adequou-se ao conteúdo preceptivo da diretiva comunitária, na parte referente aos instrumentos de tutela no confronto das condições gerais do contrato que tenham caráter abusivo, prevendo uma ação coletiva de tipo inibitório, com significativas notas de originalidade, e confiando a outras normas do código modificado a introdução de regras que reforçam, sobre o terreno do processo, a posição dos consumidores nas controvérsias com os operadores econômicos.⁴⁴⁵ O instrumento de tutela jurisdicional de tipo inibitório, como forma de tutela preventiva, não é certamente novo no horizonte normativo italiano. A lei comunitária, no novo art. 1469-*sexies*, do código civil, prevê que a luta contra as cláusulas abusivas contidas em disposições gerais do contrato, seja confiada à inibitórias finais e à inibitórias provisórias, ou seja a técnicas inibitórias atuadas respectivamente em um processo de conhecimento e em sede de tutela urgente e isto segundo regras que pareçam claramente inspiradas na lei alemã sobre as condições gerais do contrato. A ação inibitória final ou ‘em cessação’ tem por objeto - imediato - a pronúncia de uma sentença com a qual o juiz ordena ao sucumbente que desista de um comportamento lesivo ou que faça cessar um estado de perigo. As normas que disciplinam hipóteses nominadas de ações inibitórias são muito numerosas e vão da tutela dos direitos da personalidade e dos direitos absolutos, à repressão da concorrência desleal. Por outro lado entende-se, e com razão, que a ação inibitória possa ser considerada como uma figura de ação geral ou seja como atuação de um poder geral inibitório que atua em sede contenciosa e, simetricamente, em sede urgente cada vez que uma tutela condenatória ressarcitória ou ripristinatória seja idônea a atuar uma proteção

⁴⁴⁴ Ver item 5.2.2, *supra*.

⁴⁴⁵ A referência é às regras sobre a distribuição do ônus da prova previstas pelos arts. 1469-bis, parágrafo 3º; 1469-ter, parágrafo 5º; também, ao relevo oficioso da ineficácia das cláusulas abusivas previsto pelo art. 1469-quinquies, parágrafo 3º, regras consideradas aplicativas do parágrafo primeiro da sétima diretiva, em consideração às relações intercorrentes entre os sujeitos da relação contratual.

efetiva do direito lesado ou ameaçado. A natureza jurídica da ação inibitória é muito controvertida. embora pareça prevalecer a tese de sua recondução ao âmbito das formas de tutela jurisdicional condenatória e, mais precisamente, de uma condenação⁴⁴⁶ a não fazer aquilo que foi proibido pelo juiz e a remover⁴⁴⁷ os eventuais efeitos da violação da ordem inibitória: solução sem dúvida preferível àquelas que reconduzem a inibitória à mera declaração ou, até, à eficácia constitutiva. O interesse posto pela nova disciplina da tutela dos consumidores, é dado portanto não tanto pela utilização do instrumento inibitório, quanto pela circunstância que a inibitória é concedida para a tutela de um interesse difuso, com o fim de prevenir a estipulação de contratos que, valendo-se das cláusulas gerais abusivas, possam determinar uma posição de desequilíbrio em prejuízo do consumidor.”⁴⁴⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, como já vimos, há previsão de técnicas típicas e atípicas de efetivação da tutela jurisdicional específica.

Muito embora os planos de saúde estejam regulados por normas específicas, como veremos a seguir, a própria Lei nº 9.656/98 indica no art. 35-G que se aplicam subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de planos privados de saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁴⁹

Nesse regime legal, a doutrina têm apontado o reajuste das mensalidades, a limitação de risco e a ampliação de prazos de carência em planos de saúde como as situações mais recorrentes em reclamações individuais de consumidores junto aos Procons, Juizados Especiais e Justiça Comum.

⁴⁴⁶ Insista-se que no direito italiano há uma denegação de tutela específica (mediante degradação da tutela pelo binômio condenação-execução forçada) porque ainda falta uma previsão legal de qualquer técnica coercitiva indireta para efetivar a tutela inibitória, muito embora a Comissão Tarzia tenha encaminhado anteprojeto de lei ao Ministro da Justiça italiano nesse sentido. No direito brasileiro, a conjugação das técnicas mandamental e coercitiva indireta é que consubstanciam a forma jurisdicional de tutela instrumental e adequada à tutela inibitória.

⁴⁴⁷ Aqui o autor citado parece confundir a tutela inibitória com a tutela de remoção do ilícito. Para nós essas formas de tutela não se identificam. Sobre o primeiro precedente na jurisprudência alemã sobre tutela inibitória em matéria de concorrência desleal, em 1901, cf. Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 101.

⁴⁴⁸ Cf. Ferruccio Tommaseo. *Le Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*. Comentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies de Codice Civile. t. I. [org. Guido Alpa e Salvatore Patti], Milão: Giuffrè, 1997, p. 754 *et seq.*

⁴⁴⁹ Há quem afirme que a Lei nº 9.656/98 e sucessivas alterações por Medidas Provisórias vez por outra carecerá de interpretação conforme à Constituição: “*A Lei nº 9.656/98 desperta a atenção dos estudiosos a respeito da constitucionalidade de determinados artigos, de seu alcance e sua aplicação no tempo, para citar umas entre as mais significativas discussões*” cf. Andrea Lazzarini e Flavia Lefèvre, *Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada, ‘in’ Saúde e Responsabilidade*, cit., p. 113.

À vista disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, tem arrolado diversas cláusulas abusivas que vem sendo praticadas em planos privados de saúde.⁴⁵⁰

8.2.1.1.1.1 cláusula de reajuste das mensalidades

Para JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES o maior fator de exclusão social ao acesso aos planos privados de assistência médico-hospitalar reside no aumento abusivo das mensalidades. Realizando pesquisa de campo, constatou que as reclamações individuais no Procon de São Paulo não têm a mesma proporção de demandas individuais perante o Poder Judiciário, ao contrário de outras cláusulas abusivas, como a limitação de risco ou de ampliação de prazos de carência. Por outro lado, são inexistentes as demandas coletivas judiciais que versem sobre aumento abusivo de mensalidades.

“O Procon de São Paulo indicava que o maior número de queixas relativas aos planos de saúde diziam respeito ao reajuste das mensalidades (entre 1º de março de 1992 e 11 de abril de 1997). Em segundo lugar vinham as reclamações quanto à exclusão de tratamentos e prazos de carência. Os dados da Fundação Seade mostraram que apesar de o número de pessoas abrangidas pelo sistema privado de planos e seguros saúde ter crescido em 12 milhões de participantes entre 1987 e 1993, o perfil de classe dos abrangidos havia se alterado: entre os indivíduos da classe A (classe de renda) o total de abrangidos saltou de 65% para 80% entre 1990 e 1994. Já na classe D, no mesmo período de 1990 a 1994, o número caiu de 23.3% para 18%. Os mais ricos entraram em maior número para a saúde privada, e os mais pobres saíram dela, numa indicação de que perda de emprego e renda são relevantes para isto. Pode-se daí imaginar que um problema inicial do consumidor de tais planos é manter-se dentro deles. Os consumidores de renda mais baixa são afastados dos planos e seu afastamento não tem gerado ações judiciais. O caminho mais trilhado por eles é buscar o governo (Executivo) para tentar manter-se ‘segurado’ no sistema de saúde privado. A ampliação do mercado de consumo (ou a sua manutenção) não tem sido garantida pelo Poder Judiciário. Trata-se de um problema de política de consumo, que a hegemonia da perspectiva de mercado tende a desconsiderar. Quando se vai aos tribunais obtém-se outra imagem. Problemas relativos a reajuste de mensalidades são praticamente inexistentes, mas problemas de exclusão de tratamentos e períodos de carência são freqüentes. O que aparece com relativa freqüência no Judiciário é a discussão dos contratos em andamento. Ai sim aparecem os consumidores. Os serviços da justiça são provocados por aqueles que já se encontram cobertos pelos planos e tentam evitar sua exclusão contratual (restrição a internação,

⁴⁵⁰ Como se constata do seguinte endereço eletrônico na internet: www.ans.saude.gov.br/duvida_contrato.htm.

cobertura de tratamento em casos de doenças ditas preexistentes e semelhantes).⁴⁵¹

A importância da tutela inibitória coletiva, inclusive antecipada, é irrefutável diante desses dados. O direito de acesso do cidadão aos bens e serviços essenciais à dignidade humana somente pode dar-se mediante essa forma de tutela específica.

Apenas muito recentemente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou os primeiros precedentes sobre o cabimento de tutela inibitória coletiva objetivando impedir o aumento abusivo de mensalidades em planos de saúde.⁴⁵²

Note-se que essa situação não tem ligação necessária à contratos de adesão *já firmados* (direitos individuais homogêneos), pois já vimos que no direito brasileiro o controle judicial de cláusulas abusivas pode dar-se tanto *in abstracto* quanto *in concreto*. Tratando-se de inserção de cláusula abusiva de reajuste de mensalidades em planos de saúde nas cláusulas gerais contratuais da operadora do plano é o quanto basta para a prova da verossimilhança de que tais cláusulas serão, no futuro, difundidas em contratos de adesão individuais. Assim, a prova da existência *in abstracto* de cláusula abusiva nas cláusulas gerais contratuais dessas operadoras, portanto ainda que não se trate de um contrato de adesão já concretizado, já é o suficiente para o cabimento da tutela inibitória coletiva, fundada no art. 84 do CDC, pois o interesse é difuso.⁴⁵³

Fique claro que a tutela coletiva na defesa de interesses individuais homogêneos, fundada no art. 91 e seguintes do CDC pressupõe contrato de adesão e é voltada para o passado, determinando a devolução dos valores das mensalidades pagos a maior. Não se confunde com

⁴⁵¹ Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, *Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde [coord. Cláudia Lima Marques et alii]*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24-25.

⁴⁵² Nos casos concretos examinados pelo STJ, reconheceu-se apenas a legitimidade do Ministério Público (Resp nº 266.288, DJU de 18.12.2000) e das Associações de defesa do consumidor (Medida Cautelar nº 3.157, j. em 30.11.2000), cujas causas deverão retornar àquela Corte futuramente para análise do mérito.

⁴⁵³ Na Itália e no Brasil parcela da doutrina defende que a tutela coletiva inibitória somente pode ser utilizada para o controle judicial *in concreto*, vale dizer, somente para aqueles que podem acessar à um plano de saúde, o que, como visto, pelo menos no Brasil, é de injustiça social contratual manifesta. Contudo, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, atento à exclusão das classes sociais desfavorecidas ao acesso aos planos de saúde, acenou: “Até aqui estou sustentando que, mesmo na hipótese de ser classificada a ação no inciso III do parágrafo único do art. 81 da Lei nº8.078/90 (direitos individuais homogêneos), haveria de ser reconhecida a legitimidade do MP porque autorizado na lei e presente o interesse social cuja defesa é compatível com a sua finalidade institucional. Porém, situações assemelhadas já foram incluídas no inciso II do dispositivo acima mencionado (coletivos, transindividuais e de natureza indivisível), onde mais claramente transparece a legitimidade ativa do MP, conforme já decidido no eg. Supremo Tribunal Federal, no RE nº 163.231/SP, sendo

a tutela coletiva inibitória, fundada no art. 84 do CDC, que abrange interesses difusos e coletivos dos potenciais consumidores que ainda não contrataram o plano de saúde, justamente pelos preços abusivos e excludentes. Nada impede a cumulação das duas tutelas em uma mesma demanda coletiva (art. 83 do CDC), mas o fundamental é que se perceba que os direitos que estão sendo lesados mediante uma cláusula abusiva de reajuste de mensalidades não só obstrui o direito à saúde das classes sociais média e alta, mas sobretudo o acesso da classe social baixa a tais planos privados de saúde.

Ademais, a tutela de interesses difusos de “cidadãos” excluídos da fruição de um plano de saúde, bem essencial à dignidade da pessoa humana na sociedade do mal-estar,⁴⁵⁴ revela-se como a única adequada para a correção das *market failures* decorrentes da *fixação inicial e abusiva* de mensalidades pelas operadoras de planos de saúde que estão “chegando” no mercado, bastando pensar no problema que gira em torno do plano-referência.⁴⁵⁵ Portanto, antes do *reajuste* abusivo, temos de iniciar uma profunda reflexão sobre a *fixação inicial* abusiva das mensalidades, igualmente vedada, com todas as letras, pelo Código de Defesa do Consumidor.⁴⁵⁶

Como mencionado por LIMA LOPES, o aumento da taxa de exclusão social diante de cláusulas abusivas de fixação inicial e reajuste das mensalidades dos planos privados de saúde, transporta esses pseudo-cidadãos para o Sistema Único de Saúde, de sua vez precário e indigno em muitos aspectos da prestação dos serviços de assistência médico-hospitalar.⁴⁵⁷

Relator o em. Ministro Mauricio Correa, versando ação sobre mensalidade escolar”, cf. voto no Resp nº 266.288.

⁴⁵⁴ Cf. Sergio Rouanet. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

⁴⁵⁵ Sobre o plano-referência e a lógica quantitativa e excludente das práticas abusivas do mercado, ver item 8.2.1.1.2. *infra*.

⁴⁵⁶ Cf. art. 39, V e art. 51, IV, § 1º, I, II e III, do CDC. Note-se, por outro lado, que a existência de apenas 13 operadoras de planos de saúde em um país de capitalismo dependente e de dimensões geográficas como as do Brasil, sendo que apenas 7 operadoras continuam ofertando planos de saúde individuais e familiares, nos conduzem a irrefutável constatação de estarmos diante de oligopólio, a exigir medidas corretivas fundadas na Lei Antitruste, pois o aumento arbitrário dos lucros parece manifesto (art. 20, III, art. 21, I, VIII, XXIV e art. 69 da Lei nº 8.884/98). A tutela de remoção do (ilícito) abuso do poder econômico não pode ser descartada, pois em microeconomia não é possível tutelar adequadamente o consumidor sem que se reprima eficazmente os desvios de concorrência em cada setor de mercado. Para agravar ainda mais tais incertezas do modelo, nenhum setor de mercado terá concorrência *perfeita* segundo o critério *optimal* de Pareto, por mais que o CADE demonstre boa vontade em fiscalizar.

⁴⁵⁷ Essa é a lógica perversa dos arts. 196 e 199 da Constituição conjugados com o art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre o SUS, onde apenas se proclama a saúde do cidadão como direito público subjetivo de todos e dever do Estado com participação “complementar” da iniciativa privada na prestação dos respectivos serviços. Insista-se, pois, nos exemplos do cotidiano da sociedade brasileira: “Em 1996, em apenas pouco mais de dois meses morreram 99 dos 329 idosos internados em clínica contratada pelo SUS no Rio de Janeiro,

A lógica do *ter* (os lucros visados pelas operadoras de planos de saúde) não pode preponderar sobre o *ser* (saúde humana e direito de acesso à tais serviços de assistência). Se há onerosidade excessiva, lesão contratual e negação de acesso ao serviço, isso se dá em desfavor do consumidor, jamais do fornecedor de tais planos.⁴⁵⁸ Note-se que entre o direito ao lucro e o direito à saúde, que antes de tudo é dever do Estado e por ele deve haver fiscalização administrativa e controle judicial, não há sequer um conflito de direitos fundamentais. Mesmo que houvesse, ninguém duvidaria em julgar pela preponderância do direito à saúde.⁴⁵⁹

Não foi por outra razão que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, usando da atribuição conferida pelo art. 15 da Lei nº 9.656/98⁴⁶⁰ e pelo art. 4º, XVII, baixou a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 66, de 03 de maio de 2001, determinando regimes diferenciados de reajuste pelas operadoras de planos privados de saúde.

Os planos individuais e familiares e os planos contratados por pessoas físicas junto a autogestões não patrocinadas, somente podem reajustar *anualmente* as mensalidades, segundo

vítimas de maus-tratos, sendo alegado pelos proprietários dos estabelecimentos de que se tratava de 'pacientes terminais'; mas avaliações indicaram que apenas 7% dos pacientes internados eram considerados sem possibilidades terapêuticas", cf. Maria Zélia Rouquayard e Naomar de Almeida Filho, Epidemiologia e saúde, 5ª, Rio de Janeiro: MEDSI, 1999, p. 331. Outro fato marcante, derivado da terciarização mercadológica do dever estatal em garantir a universalidade de acesso seguro aos serviços e produtos de saúde: "No Instituto de Doenças Renais de Caruaru (PE), conveniado com o SUS, ocorreu uma tragédia devido à contaminação de pacientes no processo de hemodiálise: inicialmente foram 51 mortes, mas ao final resultaram 71 entre fevereiro de 1996 e setembro de 1997." cf. Maria Zélia Rouquayard, cit., p. 331. Não há como negar aos cidadãos uma tutela coletiva inibitória que lhes possibilite acesso aos planos privados de saúde, vez que o Estado, pelo visto, jamais cumprirá com o seu dever constitucional. Chama, inclusive, a atenção o fato de autorizada doutrina constitucional negar o direito à saúde como direito público subjetivo do cidadão, considerando-o apenas como dever "moral" ou "ético", do Estado, Cf. José Cretella Júnior, Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. 8, 2ª. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4.334. Ives Gandra da Silva Martins também afirmou que a "socialização da medicina" não foi acolhida pelo Constituinte de 1988. e que Roberto Campos teria ironizado com o art. 199, § 4ª da CF/88, quando afirmara que estava institucionalizada a "sanguebrás", cf. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª, v.8, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183. É, portanto, notória a "globalização" da assistência médico-hospitalar à saúde humana. Se a saúde humana é vista por todos como um "setor de mercado", é preciso que se apliquem adequadamente as técnicas de tutela específica coletiva previstas no Código de Defesa do Consumidor. Afigura-se absurdo tutelar adequadamente apenas aqueles que podem contratar um plano de saúde, ignorando-se aqueles que, além de vulneráveis, são também hipossuficientes: os potenciais consumidores da classe social baixa, com direito de acesso excluído a tais planos de saúde.

⁴⁵⁸ Cf. art. 39, V, X e XI; art. 51, I, IV, X, §§ 1º e 2º do CDC.

⁴⁵⁹ O Supremo Tribunal Federal, analisando o direito à saúde em face do interesse financeiro e secundário do Estado, optou claramente por aquele, cf. RE 198.265 e RE 248.304. Idêntico raciocínio há de preponderar entre o direito à saúde e o interesse patrimonial das operadoras de planos privados de saúde.

⁴⁶⁰ Com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44.

o índice fixado e mediante *prévia autorização* da ANS.⁴⁶¹

A regulamentação do “setor” portanto existe, e qualquer cláusula de reajuste previsto em condições gerais contratuais ou em contratos de adesão que contrarie tais normas (*prazo ânuo ou índice pré-fixado*) é considerada abusiva e, portanto, passível de tutela inibitória, individual ou coletiva, mediante técnica mandamental, isto é, ordem de abstenção na inserção ou aplicação da cláusula, sob pena de multa diária, cujo valor deverá ser fixado segundo as peculiaridades do caso concreto.

Para que se atinja o resultado prático correspondente, não é demasiado insistir que a fixação do valor da multa revela-se como momento fundamental na efetivação da tutela inibitória, pois um valor que não seja adequado à intimidar a operadora na utilização da cláusula abusiva poderá ensejar a desobediência da ordem judicial, degradando a tutela específica em tutela ressarcitória dos valores excessivos que vierem a ser pagos pelos usuários.

Contudo, os planos coletivos podem ter reajustadas as mensalidades, bastando que a operadora comunique a ANS.⁴⁶²

Note-se que como o plano privado de saúde é um contrato *cativo de longa duração*⁴⁶³,

⁴⁶¹ Para o período anual entre os meses de maio de 2001 a abril de 2002 o índice *máximo* de reajuste das mensalidades em tais modalidades de planos privados é de 8,71%, cf. art. 3º da RDC nº 66/2001.

⁴⁶² Cf. arts. 5º e 6º da RDC nº 66/2001. Note-se que essa sistemática da ANS não é satisfatória. As operadoras de planos de saúde têm ameaçado boicotar os planos individuais porque esses dependem de prévia autorização da Agência para o reajuste das mensalidades, o que não ocorre com os planos coletivos. Cf. notícia veiculada no Jornal do Brasil de 28 de outubro de 2001, p. 1 e 18, “Operadoras de planos e seguros de saúde estão preferindo trabalhar com empresas em detrimento dos clientes individuais, que hoje representam somente 36% dos 29 milhões de usuários cadastrados na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Os outros 64% são clientes dos planos coletivos que os empregadores pagam para os funcionários. A tendência reflete a queda-de-braço que as empresas do setor, descontentes com as normas que ampliaram direitos do consumidor, vêm travando com o governo. No contrato coletivo, conseguem negociar melhor remuneração e se livram do controle de preços. Com isto, tentam evitar ações judiciais de clientes que se consideram lesados. Das 13 seguradoras em atuação no mercado de saúde no Brasil, apenas sete ainda trabalham com seguros individuais.” A estratégia das operadoras tem sido a paralisação de anúncios publicitários (art. 35 do CDC) e a redução da “comissão dos corretores em quase 70%”. No entanto, como veremos adiante, tratando-se de necessidade essencial para o cidadão “consumidor”, mesmo sem publicidade a operadora tem o dever de contratar pois incide aí a chamada relação paracontratual (Savatier); nesses casos a contratação é forçada (*diktierter Vertrag, contrat imposé*), cf. Nelson Nery Júnior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., p. 348.

⁴⁶³ Cláudia Lima Marques assim define os contratos cativos de longa duração: “Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores. Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de ‘catividade’, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família ‘status’, ‘segurança’... ou mesmo ‘saúde’ no futuro. ... Os exemplos principais

vem em boa hora o art. 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, segundo o qual é vedada a variação das mensalidades para consumidores com mais de sessenta anos de idade, ou sucessores, *que participem do plano há mais de dez anos*.

Por outro lado, o art. 35-E da Lei nº 9.656/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, é retroativo para os contratos celebrados anteriormente a de 5 de junho de 1998, onde há disposição especial, para os usuários com sessenta anos de idade ou mais, estabelecendo uma *fórmula de diluição* para repactuação da cláusula de reajuste por mudança de faixa etária, *mediante prévia autorização da ANS*, desde que o usuário tenha *optado* pela adaptação do contrato (art. 35 da Lei nº 9.656/98). Assim, por exemplo, a não observância da *fórmula legal de diluição* implica em prática comercial abusiva, suscetível de tutela inibitória (art. 39, XI, do CDC), individual ou coletiva.

Até aqui fizemos referência à duas das três modalidades de reajuste das mensalidades: o reajuste anual e o reajuste por faixa etária. Contudo, há uma terceira modalidade de reajuste vinculada à sinistralidade, na realidade ofensiva da teoria do risco e da álea inerente a esse tipo de “negócio”.

“O aumento por sinistralidade é justificado pelas empresas pela necessidade do restabelecimento do equilíbrio técnico atuarial dos contratos de saúde em função da sinistralidade, mediante análise das indenizações pagas aos consumidores. Ocorre que se apresenta ilegal e abusivo tal aumento, porquanto permite que o fornecedor repasse aos consumidores os custos decorrentes do uso dos serviços prestados, o que contraria, inclusive, a Teoria do Risco, a que se sujeita qualquer fornecedor que está inserido no mercado.”⁴⁶⁴

A teoria da qualidade é plenamente aplicável aos serviços privados de saúde, sendo dever das operadoras manter o equilíbrio financeiro e atuarial, de maneira que, independentemente dos regimes de direção fiscal ou técnica e até da liquidação extrajudicial, de competência da Agência reguladora (art. 24 da Lei nº 9.656/98), é abusivo o repasse dos custos da má administração aos usuários mediante o referido aumento por sinistralidade, sendo ilegal

destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar...”, cf. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 68.

qualquer disposição nesse sentido.⁴⁶⁵ Caberá, então, tutela coletiva inibitória de tal reajuste, sem prejuízo de tutela coletiva que objetive a continuidade dos serviços mediante a nomeação de um administrador nomeado pelo juízo (remoção do ilícito efetivada com a técnica subrogatória prevista no art. 84, § 5º, do CDC).⁴⁶⁶

8.2.1.1.1.2 cláusula de limitação de risco

A tutela coletiva inibitória de direitos individuais homogêneos é a mais efetiva e adequada para as impedir a utilização de cláusulas limitativas de risco em contratos de adesão.

Dispondo o parágrafo 4º do art. 54 do CDC que “*as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão*”, tem-se que é possível a limitação de risco em algumas hipóteses desde que, quando isso não for vedado pela Lei nº 9.656/98, a cláusula venha destacada em relação às demais.⁴⁶⁷

Portanto, ainda que legal o *conteúdo* de uma determinada cláusula limitativa de risco, caso não haja o destaque exigido, será *formalmente* abusiva.

Por outro lado, ainda que *formalmente* destacada a cláusula, poderá ser abusiva quanto ao seu *conteúdo*. Vejamos algumas hipóteses nesse sentido, aventadas pela Lei nº 9.656/98 e já

⁴⁶⁴ Cf. Isadora Selig Ferraz, Aspectos relevantes dos contratos de assistência privada à saúde sob a tutela do código de defesa do consumidor. *Direito do Consumo [coord. Antônio Carlos Efig], vol. 1*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 233.

⁴⁶⁵ Portanto, se não for inconstitucional (art. 5º, XXXII; art. 6º; art. 170, V, CF/88), é pelo menos abusiva a revisão administrativa que majore as mensalidades, tal como prevista no art. 4º, XVII, da Lei nº 9.961/2000, assim como a Resolução-RDC nº 27, de 26 de junho de 2000 da ANS, que trata da Revisão Técnica, entendida como “remodelagem integral ou parcial” dos planos de saúde, na parte em permite seja tal revisão *combinada com o reposicionamento dos valores das contraprestações pecuniárias*, que nada mais é do que um reajuste vinculado à sinistralidade. Note-se que seria descabido, por outro lado, uma operadora acionada em juízo alegar como matéria de defesa a excessiva onerosidade do contrato, quando a causa subjacente de tal “onerosidade” está no desequilíbrio financeiro e atuarial da própria empresa, por má administração. Observe-se, por fim, que, sem prejuízo das medidas necessárias cabíveis em juízo diretamente contra a operadora do plano - como as sugeridas no texto -, é possível tutela coletiva inibitória em face de eventual omissão da Agência Nacional de Saúde Suplementar em proceder à intervenção administrativa, à liquidação extrajudicial ou à alienação da carteira, cf. arts. 24 e 25 da Lei nº 9.656/98 e art. 102 do CDC.

⁴⁶⁶ A seguir, abordamos a tutela de remoção do ilícito.

⁴⁶⁷ Para Silvio Luís Ferreira da Rocha “a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998 veda a existência de cláusula excludente de cobertura às doenças constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde, e põe fim a inúmeros conflitos decorrentes de cláusulas de exclusão de doenças, como a Aids”, cf. Tipos de Planos e Coberturas na Lei 9.656/98. *Saúde e Responsabilidade*, cit., p. 68.

reconhecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.⁴⁶⁸

Ofende o art. 11 da Lei nº 9.656/98 a cláusula limitativa de cobertura de doenças ou lesões preexistentes ao tempo da formação do contrato mas não constatadas pela operadora nos primeiros 24 meses; e mesmo dentro desse prazo é vedada a suspensão do serviço de assistência à saúde do usuário ou beneficiário, titular ou dependente, até a formação da prova correspondente, cujo ônus é da operadora (parágrafo único do art. 11).

Por ofensa ao art. 12 da Lei nº 9.656/98, são abusivas as cláusulas que *limitem* a cobertura de: (i) consultas médicas; (ii) serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico (por exemplo, número de sessões de diálise e hemodiálise aquém das recomendadas); (iii) diárias hospitalares ou internação em centro de terapia intensiva; (iv) despesas de acompanhante, no caso de paciente menor de 18 anos; (v) assistência ao recém-nascido em prazo inferior a trinta dias, em plano compreensivo de tratamento obstétrico; (vi) exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões quimioterápicas, conforme prescrição médica, quando realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar.

Cabível a tutela inibitória, coletiva ou individual, visando impedir a utilização de tais cláusulas, mediante ordem de não fazer sob pena de multa, sem prejuízo de vir cumulada, quando for o caso, com ordem de fazer sob pena de multa, consistente no fornecimento dos insumos médico-hospitalares (medicamentos etc.), pois são prestações de *dar* instrumentais ao dever de *fazer* (art. 84 do CDC).⁴⁶⁹

8.2.1.1.3 cláusula com prazo de carência ilegal

Para ROBERTO PFEIFFER “*as carências são cláusulas que operam uma limitação na eficácia do contrato: para determinadas doenças ou espécie de tratamentos, a responsabilidade da contratada somente irá ter o seu início a partir do transcurso de um lapso temporal. Assim, operam uma limitação temporal na responsabilidade da fornecedora*

⁴⁶⁸ Cf. consulta realizada no endereço eletrônico www.ans.saude.gov.br/duvida_contrato.htm.

⁴⁶⁹ Cf. Eduardo Talamini, Tutela relativa. cit., p. 134-136. Note-se, por outro lado, que o art. 83 do CDC contempla a possibilidade de tutela inibitória para entrega de coisa certa, modalidade de tutela apenas de *jure condendo* para CPC (art. 461-A, previsto no Projeto de Lei nº 3.476/2000).

quanto à cobertura de determinados eventos.”⁴⁷⁰

Segundo esse mesmo autor :

“... o legislador incluiu disposições específicas na lei regulamentadora, limitando o prazo máximo que pode ser estabelecido para as carências. Estabelece, assim, o art. 12, V, da Lei 9.656: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência. Portanto, qualquer cláusula que estipule período de carência superior à expressamente permitida pela lei será tida como nula de pleno direito, não vinculando as partes contratantes, naquilo que superar o prazo máximo permitido em lei. Ademais, deve ser analisada a natureza de cada carência estipulada, para verificar se há ou não abusividade. Desse modo, cláusula que estabelecer período de carência excessivo, desproporcional à doença sobre a qual incide, contrariando a natureza do contrato e impondo ao consumidor exagerada desvantagem, deve ser tida como nula de pleno direito, aplicando-se as normas do inc. IV e do § 1º, incs. I, II e III do art. 51 do CDC ... Assim, concluímos que: a) jamais poderá, nos contratos novos, ser estipulado prazo de carência superior aos previstos no art. 12, V, da Lei 9.656; b) deverá ser analisada caso a caso a carência estipulada, para verificar se o prazo fixado (ainda que compreendido dentro dos limites da citada norma legal) é razoável, não contrariando a finalidade do contrato e gerando desvantagem indevida e onerosidade excessiva ao consumidor, cabendo ao fornecedor o ônus de demonstrar que não o é; c) o controle sobre a abusividade dos prazos de carência será feito em todos os contratos e não apenas nos firmados após a vigência da nova lei, já que em ambos incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor.”⁴⁷¹

Acrescente-se que, em plano compreensivo de atendimento obstétrico, é assegurada a inscrição de recém-nascido, filho natural ou adotivo do usuário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias no nascimento ou da adoção. A cláusula contratual que, mesmo assim, imponha prazo de carência, é abusiva por ofensa ao art. 12, III, ‘b’, da Lei 9.656/98.

Além disso, é vedada, em qualquer circunstância, a recontagem dos prazos de carência contratual nos planos de tipo individual ou familiar,⁴⁷² assim como em caso de opção pelo regime de adaptação contratual.⁴⁷³ Tampouco se considera prazo de carência aquele disposto

⁴⁷⁰ Cf. Roberto Augusto Castellanos Pefeiffer, *Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. Saúde e Responsabilidade*, cit., p. 93.

⁴⁷¹ Cf. Roberto Augusto Castellanos Pefeiffer, *Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. Saúde e Responsabilidade*, cit., p. 94-95.

⁴⁷² Cf. art. 13, parágrafo único, I, da Lei nº 9.656/98.

⁴⁷³ Cf. art. 35, § 3º, da Lei nº 9.656/98.

no art. 11 da Lei nº 9.656/98, que é na verdade um prazo decadencial (24 meses) para a operadora provar que o usuário usou de má-fé na contratação por ser portador de doença ou lesão preexistente.

Note-se, portanto, a importância do dirigismo contratual. Sob o antigo modelo fundado na “autonomia da vontade”, o consumidor nada poderia fazer a não ser pleitear a dissolução do contrato juntamente com o ressarcimento do dano mediante o binômio condenação-execução forçada.

Mas como o sistema contratual está limitado pelo sistema legal e este considera, em rol exemplificativo, tais cláusulas como abusivas e nula de pleno direito, a sua inserção nas cláusulas gerais contratuais ou em contrato de adesão não pode gerar apenas a possibilidade de dissolução contratual, especialmente quando estejam em questão necessidades básicas de “consumo” como no caso de um plano de saúde.

Logo, com fundamento na ilicitude da cláusula abusiva, efetivar-se-á a tutela inibitória, individual ou coletiva, mediante a técnica processual mandamental, isto é, ordem sob pena de multa diária.

8.2.1.1.2 Dever de oferta difusa do plano-referência.

Na medida em que o dever assistencial à saúde está remetido à lógica de mercado, porém regulado, é natural que seja imposto às operadoras um mínimo de qualidade de tais serviços. Por isso, determina o legislador que seja ofertado, obrigatoriamente, o chamado *plano-referência* como condição básica de concessão do registro.⁴⁷⁴

Haja ou não publicidade ou oferta do serviço, aquele “cidadão” que queira (esperando-se que um dia todos possam)⁴⁷⁵ contratar um plano de saúde, no mínimo terá posto à sua disposição pela operadora tal plano-referência.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Cf. art. 10, § 2º, da Lei nº 9.656/98.

⁴⁷⁵ “O movimento pós-moderno no direito é uma contestação radical e pode originar uma mudança radical no direito (desregulamentação, recuo do Estado e ‘desestatização’ da sociedade) ou um novo ‘positivismo’ (espero, ético) no Direito, que deixará pouco espaço para a autonomia da vontade nos contratos”, cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 70, nota 109.

⁴⁷⁶ Adalberto Pasqualotto tece as seguintes considerações sobre a lógica de mercado à respeito: “O texto final do substitutivo desagradou diversos setores. Os consumidores manifestaram-se através de suas entidades de defesa, argumentando que a jurisprudência já consolidada assegurava patamares de proteção mais satisfatórios, e que o substitutivo, mais acanhado, representava um retrocesso. Um dos pontos mais atacados era a instituição do plano-referência, por criar coberturas irrestritas, tornando-se muito caro. As empresas

A contratação é obrigatória, portanto não há verdadeiro contrato. Logo a forma de tutela específica adequada não é a do adimplemento na forma específica mas a tutela inibitória, caso a operadora negue o acesso do consumidor ao plano de saúde pretendido. Estamos diante de um dever de contratar, com evidente restrição legal à autonomia privada. O conteúdo mínimo do “contrato” já vem previsto em lei.

“O dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes. Acentuou-se, assim, a figura do impropriamente chamado contrato forçado (*diktierter Vertrag, contrat imposé*), que não é verdadeiro contrato nem fenômeno exclusivo do dirigismo contratual, como uma das formas mais vigorosas de vivificação desse mesmo dirigismo, pois aqui a lei diz o que vai ser objeto do contrato e determina a obrigação de celebrar-se o contrato, não podendo as partes recusar-se a fazê-lo. ... O contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou, tanto do ponto de vista social, como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico.”⁴⁷⁷ E, em nota de pé de página, acrescenta: “...no contrato forçado não existe acordo de vontades e se desconhece a vontade de uma ou de ambas as partes, apesar de nascer dele uma relação jurídica semelhante ou idêntica à que deriva do contrato. É, na verdade, constituição forçada de relações jurídicas privadas, chamada de relação paracontratual por René Savatier... Ocorre o contrato forçado quando a lei impõe a alguém a efetivação de determinada relação jurídica, sem que haja manifestação de vontade.”⁴⁷⁸

Não se deve perder de vista a circunstância de a operadora insistir na omissão ilícita para outros consumidores, daí porque a tutela coletiva inibitória revelar-se, então, como a mais adequada.

Naturalmente, a tutela inibitória antecipatória será de grande valia (art. 84, §3º, do CDC) para o “adimplemento forçado”. Problemas, contudo, poderão surgir relativamente ao preço das mensalidades. Na efetivação da tutela em demanda individual ou coletiva, duas situações, basicamente, podem ocorrer: (i) pesquisa do preço de mercado do plano-referência para fins

forçariam a contratação dos planos segmentados, com coberturas parciais, de vorto modo legitimando os abusos, pois poderiam argumentar que a contratação segmentada fora de livre escolha do consumidor, ao recusar o plano-referência”, cf. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. Saúde e Responsabilidade, cit., p. 37. Em nosso sentir, o cerne da questão não está no plano-referência em si, mas na fixação inicial dos preços das mensalidades, que como já vimos são excludentes das camadas sociais mais desfavorecidas em virtude da falta de questionamento judicial, mediante tutela inibitória coletiva. Valem, portanto, as considerações já tecidas no item 8.2.1.1.1.1 supra.

⁴⁷⁷ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 348-350.

⁴⁷⁸ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 348, nota 18.

de facilitação na fixação liminar pelo juiz, prova essa que pode ser muito difícil ou até impossível ao consumidor, no caso concreto; (ii) arbitramento judicial liminar do preço para o caso concreto, invertendo-se o ônus da prova ao fornecedor do serviço quanto ao valor a ser praticado. Em uma ou outra situação, deverá o julgador atentar para a regra geral da inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente ou quando for verossímil a alegação a respeito. Ao arbitrar provisoriamente o valor das mensalidades, determinará o depósito em juízo, nada impedindo que sejam levantados os valores pelo demandado. A imposição de caução por parte do consumidor autor deve ser dispensada.

A questão não tem passado despercebida no direito comparado e tratando-se não já de obrigação de emitir declaração de vontade, mas de cumprir o objeto do dever, a tutela jurisdicional do usuário pode concentrar-se diretamente sobre a prestação e se necessário à sua efetivação forçada.⁴⁷⁹

Não há como negar o cabimento dessa forma de tutela específica, exigida substancialmente pelo art. 10, § 2º, da Lei nº 9.656/98, pois como advertiu ADOLFO DI MAJO:

“[...] onde fosse demonstrado que os instrumentos processuais não estariam à altura de assegurar em modo pleno a coativa realização dos direitos insatisfeitos, nem por isso dever-se-ia cancelar o princípio do “adimplemento forçado”. como princípio imanente e de qualquer maneira existente em estado difuso num sistema de tutela que pretenda definir-se efetivo (e não virtual).”⁴⁸⁰

Essa observação, feita para a realidade do ordenamento jurídico italiano, certamente é desnecessária para o nosso direito, em vista do disposto no art. 84 do CDC.

8.2.1.1.3 Dever de oferta de todas as modalidades do plano de saúde sem discriminação a idosos e portadores de deficiência.

Determina o art. 14 da Lei nº 9.656/98 que “*Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de*

⁴⁷⁹ Cf. Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*. 2ª. Milão: Giuffrè, 1997, p. 284-289. A seguir trataremos, também, da tutela inibitória preventiva do inadimplemento de obrigações contratuais, bem como das tutelas inibitória, preventiva executiva e de remoção do ilícito relativas a deveres instrumentais contratuais.

⁴⁸⁰ Cf. Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 251.

planos privados de assistência à saúde”.

Trata-se de mais uma situação em que a contratação obrigatória, como nítida intervenção do estado na autonomia privada, pois não é incomum a recusa do acesso de idosos e portadores de deficiência aos planos de saúde diante do “maior custo” que proporcionam.

A discriminatória recusa de contratação de qualquer modalidade contratual, se houver, será ofensiva ao dever de ‘contratar’ emanado diretamente do ordenamento jurídico, configurando um ilícito suscetível de tutela inibitória, pelas mesmas razões há pouco aventadas para o plano-referência.

8.2.1.1.4 Outros deveres de conduta do fornecedor.

A lei dos planos privados de saúde estabelece deveres de conduta comissivos ou omissivos, na perspectiva do dirigismo contratual. Ora a lei impõe deveres comissivos (de fazer), ora deveres de abstenção (vedações). Para impedir a violação de deveres comissivos impostos ao fornecedor, cabe tutela inibitória positiva (ordem de fazer sob pena de multa), ao passo que o impedimento da violação de um dever de abstenção (de não fazer) exige tutela inibitória negativa (ordem de não fazer sob pena de multa).

Há, por exemplo, o dever de renovação automática do contrato (art. 13, *caput*), as vedações de suspensão do serviço ou de rescisão unilateral do contrato, por inadimplência de até 60 dias das mensalidades (art.13, parágrafo único, II; art. 35-E, IV), e a vedação de suspensão do serviço ou rescisão unilateral do contrato no curso de internação hospitalar, mesmo que haja inadimplência superior àquele prazo ou em qualquer outra hipótese (art. 13, parágrafo único, III).

O dever (porque previsto em lei) de renovação automática do contrato é suscetível de tutela inibitória, e não de tutela do adimplemento, segundo clássica orientação doutrinária que enquadra essa situação nos chamados *comportamentos socialmente típicos*, nos quais não há manifestação de vontade :

“... está correto o entendimento de Larenz no sentido de que não se pode equiparar essas condutas aos contratos, porque lhes falta a manifestação de vontade. São, isto sim, atos concludentes, atos de utilização, isto é, ‘atuação de vontade jurídico-negocial’ ... Delas decorreria uma relação obrigatória em virtude de confiança..., substituta da vontade no sentido do § 151 do Código Civil Alemão (BGB), não sendo possível

a alegação de erro porque se trata de atuação de vontade que se baseia na vontade de aceitação, atual ou latente. A consequência dessa circunstância seria a aceitação do contrato como comportamento social típico. A doutrina francesa faz referência ao problema e trata das ‘relações de fato contratuais’ como sendo aquelas que derivam, não da vontade das partes, mas de preceito legal. O exemplo mais comum seria a prorrogação, pela lei, de um contrato em curso de execução.”⁴⁸¹

O dever de renovação automática enquadra-se, também, na noção de contratação obrigatória em virtude da limitação da autonomia privada.⁴⁸²

As vedações previstas na Lei nº 9.656/98 podem ser consideradas como deveres instrumentais de conduta, também suscetíveis de tutela inibitória. Caso a técnica coercitiva indireta (por exemplo, a multa diária) não atinja o seu escopo intimidativo, nada impede a utilização da tutela preventiva executiva ou de tutela de remoção do ilícito, pois tais deveres consentem o uso da técnica da sub-rogação, ainda que parcial.⁴⁸³

Tais deveres instrumentais não se circunscrevem a um fazer ou a um não fazer. Podem também consistir na entrega de coisa. Conforme o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.656/98, a “*todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais*” do contrato de plano de saúde.

Portanto, em caso de omissão do fornecedor em entregar cópia do contrato, do regulamento com a lista de credenciados ou das cláusulas gerais contratuais, cabível a tutela inibitória para tal fim.

O mesmo se diga para o dever instrumental de fornecimento de medicamentos durante o período de internação hospitalar (art. 12, II, ‘d’, da Lei nº 9.656/98). Pense-se na hipótese de a

⁴⁸¹ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 357.

⁴⁸² A lei limita a liberdade contratual do fornecedor que não pode ‘escolher’ a parte contratante, que fica com direito de renovação; nesses casos, também há imposição da obrigação de contratar, isto é, a contratação é obrigatória, forçada, cf. Joaquim de Souza Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 213-264, notas 572, 578 e 634. Sobre a contratação obrigatória ou forçada, ver também itens 8.2.1.1.2 e 8.2.1.1.3.

⁴⁸³ Cf. a tese de Michele Taruffo, exposta no capítulo 2. A sub-rogação parcial é utilizável para as hipóteses de um fazer infungível ou um não fazer. O dever de não interromper o serviço de assistência médica ao usuário internado que esteja inadimplente com as mensalidades é um exemplo em que a sub-rogação parcial pode ser mais efetiva e adequada que a multa diária. Oficial de Justiça acompanhado de reforço policial pode fazer impedir a remoção do internado para hospital da rede pública.

operadora,⁴⁸⁴ ou mesmo o hospital conveniado, exigir que o consumidor pague os medicamentos, negando-lhe cobertura contratual por interpretação de uma determinada cláusula. A ordem judicial sob pena de multa para que o fornecedor se abstenha de tal prática abusiva é plenamente cabível. Com maior razão, caberá ordem de entrega dos medicamentos caso haja negativa em fornecê-los.⁴⁸⁵

Alguém poderia refutar o cabimento de tutela inibitória nesses casos, em vista de que o art. 84 do CDC refere-se exclusivamente aos deveres ou às obrigações de fazer e de não fazer. Contudo, tal entendimento não teria – como não tem – qualquer procedência.⁴⁸⁶ Duas são as razões: (i) justamente por serem deveres instrumentais a um dever de fazer (prestar assistência à saúde), cabível a tutela específica prevista no art. 84 do CDC; (ii) mesmo para os casos de deveres não instrumentais, isto é, para deveres típicos de entrega de coisa, o fundamento legal para o cabimento de tutela inibitória de entrega de coisa está no art. 83 do CDC.

As dúvidas e incertezas existentes no plano do sistema do Código de Processo Civil (enquanto não convertido em lei o projeto que prevê a inserção do art. 461-A),⁴⁸⁷ não se colocam no plano do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, que contém norma geral e atípica acolhendo formas diferenciadas, efetivas e adequadas de tutela específica para os *novos direitos*, tanto no plano individual quanto no coletivo (art. 83).

⁴⁸⁴ Note-se que estamos nos referindo ao contrato de plano privado de saúde, regido pela Lei nº 9.656/98. A afirmação feita no texto não se aplica ao contrato de seguro-saúde, regido sob o sistema de mero reembolso das despesas realizadas; nesse sentido, cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 136.

⁴⁸⁵ Por outro lado, no exemplo do dever de entrega do contrato e das cláusulas gerais, se fosse inviável a ordem sob pena de multa, poder-se-ia cogitar de tutela de remoção do ilícito, mediante ordem de busca e apreensão a ser efetivada por oficial de Justiça; no exemplo de negativa de fornecimento dos medicamentos durante a internação hospitalar, do mesmo modo não fica descartada a possibilidade de tutela preventiva executiva antecipada, nomeando-se um médico especialista como interventor judicial, o qual, com reforço policial, poderia ingressar nas dependências do hospital para ter acesso ao prontuário médico – no interesse do paciente – e ao depósito de medicamentos, prescrevendo a medicação e entregando-a diretamente ao paciente. Esse médico interventor poderá ser, inclusive, o mesmo que já está atendendo o paciente, ainda que tal negativa de fornecimento esteja relacionada com o inadimplemento das mensalidades do plano de saúde. Tudo depende das peculiaridades do caso concreto e o objetivo é alcançar, sempre, o resultado prático correspondente. Seja como for, tais formas de tutela específica têm fundamento no art. 84, § 5º, do CDC.

⁴⁸⁶ Cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 134-136.

⁴⁸⁷ Entendemos que o art. 461 do CPC pode e deve ser objeto de interpretação conforme à Constituição, pois a garantia de tutela jurisdicional efetiva e adequada está prevista no art. 5º XXXV da CF/88. Não há sentido negar tutela adequada no sistema clássico do CPC para outros direitos individuais, tão-só porque não há explicitação infra-constitucional.

8.2.1.1.5 Dever de criação de comissão interna de segurança de produtos e serviços.

Há determinados setores de alto risco para a saúde humana. Um deles relaciona-se com o problema da infecção hospitalar, mesmo depois da era da assepsia, cujo processo epidêmico está relacionado com a omissão dos estabelecimentos hospitalares em não criarem ou manterem atuantes as Comissões de Controle de Infecção Hospitalar, que são obrigatórias desde 1983.⁴⁸⁸

Cabível tutela coletiva inibitória em face de tais estabelecimentos, a maioria deles inclusive credenciados junto ao SUS, a fim de que criem e mantenham tais Comissões em determinado prazo, sob pena de multa diária. Infrutífera a coerção indireta e estando muito elevado o índice de infecção em determinado hospital, potencializando o risco à saúde e à vida dos pacientes, cabível será a tutela de remoção do ilícito efetivada com ordem de interdição do estabelecimento e remoção dos internados para outro congênere, às custas do infrator.⁴⁸⁹

Cabe, igualmente, tutela coletiva inibitória em face das entidades que utilizam técnicas e métodos de engenharia genética, com especial fim de colocar no mercado produtos transgênicos, as quais tem o dever de criar uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), além de indicar um técnico principal responsável por cada projeto específico.⁴⁹⁰

8.2.1.1.6 Publicidade enganosa ou abusiva.

O *marketing* tem como modalidades a publicidade e a promoção de vendas. A promoção de vendas têm, por sua vez, como modalidades a oferta e as práticas comerciais. O *desvio* do conceito de *marketing*, considerado como uma filosofia de sucesso para o mercado, é rigorosamente vedado pelo Código de Defesa do Consumidor.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ As estatísticas impressionam: “Em 1990, mais de 1 milhão de brasileiros contraíram infecção hospitalar e 53 mil acabaram morrendo. ... dos 553 hospitais do Paraná, apenas 95 mantêm Comissões de Controle de Infecção Hospitalar, obrigatórias desde 1983... Não existe índice zero de infecção”, cf. Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 126-130.

⁴⁸⁹ Foi o que ocorreu num hospital de Curitiba, em 10.8.93, o qual, além de interditado, foi também descredenciado do SUS, cf. Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil*, cit., p. 129. Sobre tutela de remoção do ilícito, ver item 8.2.1.2 *supra*.

⁴⁹⁰ Cf. art. 9º da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995. A tutela de remoção do ilícito, efetivada mediante interdição da atividade, também é corolário da inadequação eventual da tutela inibitória no caso concreto.

⁴⁹¹ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 205-207.

“A sociedade de consumo é, antes de tudo, um movimento coletivo, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa e consumo em massa. E é inseridas nesse novo modelo econômico e social que as práticas comerciais – como fenômeno igualmente de massa – ganham enorme relevo. Afinal, sem marketing, um dos diversos componentes das práticas comerciais, não haveria, certamente, sociedade de consumo. Em tal contexto difuso ou coletivo, desaparece, ou perde importância, a sociedade pessoal, aquela em que o consumidor e o fornecedor são velhos conhecidos. De fato, na sociedade pessoal, pré-industrial, todos se conheciam. Não é o que se dá no esquema da sociedade de consumo.”⁴⁹²

A publicidade, desprovida de regulação por muito tempo, seguramente foi uma das vias, senão a principal, para que a sociedade industrial e pós-industrial tenha se convertido numa sociedade de indivíduos homogêneos, de homens-massa ou de indivíduos-massa. É bem visível a noção hegeliana de fim da história na sociedade de consumo, no sentido de homogeneidade do ser, que não evolui mais.

Para ORTEGA Y GASSET :

“... dificilmente haverá lugar no continente onde não aconteça exatamente a mesma coisa.”⁴⁹³ “...o espaço histórico a que me refiro mede-se pelo raio da efetiva e prolongada convivência – é um espaço social. Pois bem, convivência e sociedade são termos equivalentes. Sociedade é o que se produz automaticamente pelos simples fatos da convivência. Espontânea e inexoravelmente origina costumes, usos, língua, direito, poder público. Um dos mais graves erros do pensamento moderno, cujos efeitos ainda sentimos, foi confundir a sociedade com a associação, que é, aproximadamente, o contrário daquela. Uma sociedade não se constitui por acordo de vontades. Ao contrário, todo acordo de vontades pressupõe a existência de uma sociedade,

⁴⁹² Cf. Antônio Herman V. Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., p. 201. No mesmo sentido João Calvão da Silva: “A produção em massa precisa, porém, de uma procura de massa, o que só pode ser conseguido através de uma oferta em massa. E aqui ganha especial significado a atividade promocional, designadamente a publicidade-propaganda – em regra feita pelo produtor, como meio de aproximação ao consumidor do qual se encontra distanciado e de persuasão deste à aquisição dos seus produtos – e a estandardização contratual, com a multiplicação de condições negociais gerais ou contratos de adesão. À produção de massa corresponde, assim, o consumo de massa, onde as qualidades e particularidades do adquirente perdem cada vez mais significado. Não é já o cliente certo que se dirige, de acordo com as reais necessidades, ao produto; é o produto padronizado e em série que, publicitado, propagandeado e exaltado, vai ao encontro do cliente anônimo, desindividualizado, massificado e tipificado. Procura-se agora satisfazer necessidades também estandardizadas e quantas vezes artificialmente criadas ou sentidas, destinando-se o produto, destarte, mais ao puro consumo do que ao serviço real”, cf. Responsabilidade civil do produtor, Coimbra: Almedina. 1999, p. 20.

⁴⁹³ Cf. José Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 6.

de pessoas que convivem, e o acordo só pode consistir em definir uma ou outra forma dessa convivência, dessa sociedade preexistente. A idéia de sociedade como união contratual, portanto jurídica, é a mais insensata tentativa já feita...”⁴⁹⁴ E mais adiante, afirma “Por toda a parte tem surgido o homem-massa de que este livro trata, um homem feito de pressa, montado simplesmente sobre poucas e pobres abstrações e que, por isso, é idêntico de um extremo a outro... A ele se deve o triste aspecto de asfíxiante monotonia que a vida vai tomando em todo o continente. Esse homem-massa é o homem previamente esvaziado de sua própria história, sem entranhas de passado ... Não é um homem, é apenas uma forma de homem ... Só tem apetites, pensa que só tem direitos e não acha que tem obrigações: é um homem sem obrigações de nobreza – *sine nobilitate* – *snob*.”⁴⁹⁵ ... “Como estamos indo, com uma ‘variedade de situações’ a cada dia menor, estamos caminhando diretamente para o Baixo Império. Aquele também foi um tempo de massas e de pavorosa homogeneidade.”⁴⁹⁶

Para que não se homogeneize ainda mais o ser, é preciso expurgar a publicidade ilícita (assim evitando os danos que dela derivam aos direitos individuais “homogêneos” à saúde).⁴⁹⁷ A publicidade é regida, antes de tudo, pelo princípio da identificação. Portanto, é ilícita, por exemplo, a publicidade subliminar, o chamado *merchandising* em seu verdadeiro sentido “técnico”, especialmente quando a comunicação tenha por objeto induzir o consumo de produtos nocivos ou perigosos à saúde humana.⁴⁹⁸

Há também a publicidade enganosa de medicamentos com falsas propriedades terapêuticas, frustrando assim as legítimas expectativas do consumidor doente e, por isso, além de vulnerável, hipossuficiente, como por exemplo os produtos fitoterápicos.⁴⁹⁹ É ilícita a publicidade de tais produtos, desde 16 de julho de 2001, quando não apresentem comprovação científica de seus efeitos terapêuticos. Havendo uma publicidade ilícita nesse sentido, cabível é o manejo da tutela inibitória impeditiva da repetição, sob pena de multa.

⁴⁹⁴ Cf. José Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 8.

⁴⁹⁵ Cf. José Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 12.

⁴⁹⁶ Cf. José Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 20.

⁴⁹⁷ “A visão que o direito tem do marketing é a de um exercício profissional essencial à própria existência da sociedade de consumo. E mesmo no marketing – como o é na medicina, nas atividades farmacêuticas, jurídicas e tantas outras – a fraude, a exploração, os abusos e assemelhados mais sofisticados têm que ser expurgados”, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 209.

⁴⁹⁸ É, em princípio, prática publicitária em desuso, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 265, nota 166. Contudo, há expressa vedação legal, cf. art. 3º-A, VII, da Lei nº 9.294/96 com as alterações da Lei nº 10.167/00.

⁴⁹⁹ Cf. o art. 7º, § 3º, da Lei nº 9.294/96: “Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira que se enquadram no disposto no § 1º deste artigo deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de cinco anos da publicação desta Lei, sem o que sua propaganda será automaticamente vedada.”

A publicidade abusiva indutora de insegurança à saúde humana é um exemplo em que cabível a tutela inibitória coletiva. É vedada pelo art. 37, §2º, *in fine*, do CDC a publicidade “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança”.⁵⁰⁰

A Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a produção, comercialização, publicidade e utilização de agrotóxicos, impõe um dever de abstenção publicitária: “Art. 8º. A propaganda comercial de agrotóxicos, componentes e afins, em qualquer meio de comunicação, conterà, obrigatoriamente, clara advertência sobre os riscos do produto à saúde dos homens, animais e ao meio ambiente, e observará o seguinte: II – não conterà nenhuma representação visual de práticas potencialmente perigosas, tais como a manipulação ou aplicação sem equipamento protetor, o uso em proximidade de alimentos ou em presença de crianças.”

Problema que surge, quanto ao cabimento da tutela coletiva inibitória nesses casos (art. 84, §§ 3º e 4º, do CDC), é o de saber a partir de que momento é possível a sua utilização preventiva, isto é, antes mesmo de o anúncio vir a ser feito para o público.

“A criação publicitária não é instantânea. Processa-se em etapas que vão do *briefing*, passando por uma reflexão estratégica, chegando, finalmente, à criação propriamente dita... Através do *briefing*, o anunciante dá à agência os elementos informativos mínimos sobre o produto ou serviço e sobre suas expectativas... É a hora da verdade. Nada pode ser omitido. Se houve pesquisa sobre o produto, ela deve ser apresentada á agência, por mais reservada que seja... A fase de reflexão estratégica processa-se no interior da agência, de maneira coletiva, com a participação de uma equipe *ad hoc*, composta de profissionais com funções diversas.. Após, em um labor crítico, algumas concepções são eliminadas, permanecendo umas poucas que serão objeto de recomendação ao cliente. ‘A escolha feita pelo anunciante fixa a direção em que se efetuará a criação propriamente dita’. Concluída a reflexão estratégica, abre-se espaço para a atuação de toda a imaginação do publicitário. O momento da criação é o que dá os contornos finais à publicidade. Aqui se exerce, em todo seu potencial, a criatividade publicitária.... Aliás, já se perguntou se, em tal matéria, é possível, realmente, falar-se em criação, uma vez que o exercício é todo guiado pelas instruções do anunciante e da agência, limitando-se o profissional a um papel de execução. Terminada a fase da criação, tem início a da produção... Produção do anúncio é a fase que se inicia com seu desenho e termina no clichê, fotolito ou rotofilme. Após a produção, o anúncio já se apresenta como corpo e espírito. A partir daí tem início, uma vez dado o sinal verde do anunciante, a execução da

⁵⁰⁰ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 286, nota 214, exemplificando com o anúncio de vitaminas para crianças.

campanha.”

Percebe-se como é muito difícil a prova da ameaça da prática de um anúncio publicitário abusivo ou enganoso (art. 37). Não por outra razão dispõe o CDC que “*o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina*” (art. 38), regra essa específica de inversão do ônus da prova para os anúncios publicitários (a regra geral está no art. 6º, VIII).

Se em determinado caso concreto o anúncio ilícito chega ao conhecimento dos órgãos de defesa do consumidor apenas por ocasião da execução da “campanha publicitária”, a forma de tutela específica adequada será a de remoção do ilícito.⁵⁰¹ Seja como for, uma vez realizado o primeiro anúncio publicitário ilícito, cabível é tutela inibitória objetivando impedir a repetição do ilícito, sob pena de multa, sem prejuízo da cumulação com tutela de remoção do ilícito de eficácia continuada.

8.2.1.1.7 Dever de informar.

O dever básico de informar – e o respectivo direito de ser informado (art. 6º III) – é reflexo do princípio da transparência e relaciona-se com a prestação do serviço, a embalagem e apresentação do produto, com a oferta e a publicidade. Do vício de informação derivam responsabilidades tanto no plano dos incidentes de consumo (arts. 18 a 20) quanto no plano dos acidentes de consumo (arts. 12 e 14), segundo o microsistema do CDC.⁵⁰²

Portanto, do ponto de vista dogmático, trata-se de dever de grande relevância para a tutela do direito à saúde nas relações de consumo, ainda que seja, numa perspectiva crítica, paradoxalmente abstrato e, de certo modo, submetido à mera razão instrumental.⁵⁰³

⁵⁰¹ Cf. item 8.2.1.1.2, *infra*.

⁵⁰² Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 324 *et seq.*

⁵⁰³ Para Adorno e Horkheimer: “Os interessados inclinam-se a dar uma explicação tecnológica da indústria cultural. O fato de que milhões de pessoas participam dessa indústria imporia métodos de reprodução que, por sua vez, tornam inevitável a disseminação de bens padronizados para a satisfação de necessidades iguais. O contraste técnico entre poucos centros de produção e uma recepção dispersa condicionaria a organização e o planejamento pela direção. Os padrões teriam resultado originariamente necessidades dos consumidores: eis porque são aceitos sem resistência. De fato, o que o explica é o círculo da manipulação e da necessidade retroativa, no qual a unidade do sistema se torna cada vez mais coesa. O que não se diz é que o terreno no qual a técnica conquista seu poder sobre a sociedade é o poder que os economicamente mais fortes exercem sobre a sociedade”, cf. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 114.

Note-se que o vício de informação constituiu em si um ilícito e, portanto, independe de dano. Deveras, o Código de Defesa do Consumidor garante, em diversos dispositivos, o dever de informar.

Na Seção que trata dos vícios de qualidade de produtos ou serviços por insegurança à saúde, temos o dever de informar (i) a chamada periculosidade inerente – art. 8º; (ii) a potencialidade nociva ou periculosa à saúde – art. 9º; (iii) e a chamada periculosidade superveniente – art. 10, §§ 1º a 3º.⁵⁰⁴

Em todas essas situações, há efetiva colocação do serviço ou do produto nocivo ou periculoso no mercado, desde que informado o consumidor, seja para exercer a liberdade de escolha (arts. 8º e 9º), seja para pleitear a substituição do produto viciado – o chamado *recall* (art. 10, §§ 1º a 3º, e art. 18).⁵⁰⁵ Tratando-se de produto industrial, o dever é do fabricante ou do importador (art. 8º, parágrafo único). Nos demais casos, o dever é de todo e qualquer fornecedor (art. 31),⁵⁰⁶ inclusive dos órgãos públicos.⁵⁰⁷

Note-se que um bem de consumo com periculosidade inerente mas com vício de informação, torna-se um bem de consumo com periculosidade adquirida, gerando responsabilidade do fornecedor por eventual acidente de consumo (art. 12).⁵⁰⁸

O vício de informação (de comercialização) é, por si só, uma situação ilícita suscetível de tutela coletiva inibitória (art. 84). O dever de informar alcança incontáveis setores de mercado que podem trazer riscos à saúde humana.

Um dos mais delicados refere-se aos produtos alimentícios.⁵⁰⁹ Como se trata de produtos

⁵⁰⁴ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, cit., p. 23-69.

⁵⁰⁵ Nos casos em que a ciência é conclusiva pelo alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde de determinado produto ou serviço, é ilícita a colocação no mercado porque disso deve saber o fornecedor (art. 10, *caput*). Por outro lado, não se olvide que é ilícito manter no mercado produto ou serviço que o avanço científico-tecnológico tenha demonstrado ser altamente nocivo ou perigoso à saúde humana. Ver o item 8.2.1.2 sobre a tutela de remoção do ilícito.

⁵⁰⁶ “A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa”, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 228.

⁵⁰⁷ Cf. Antônio Herman V. Benjamin. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 231.

⁵⁰⁸ “Na ausência ou deficiência de cumprimento do dever de informar, o bem de consumo transforma-se, por defeito de comercialização, em portador de vício de qualidade por insegurança. Comumente, o que ocorre é que uma periculosidade inerente – por fragilidade ou carência informativa – transmuda-se em periculosidade adquirida na forma de defeito de comercialização”, cf. Antônio Herman V. Benjamin, Comentários, cit., p. 64.

⁵⁰⁹ Dispõe o art. 1º do Decreto-lei nº 209, de 27 de fevereiro de 1967 (Código Brasileiro de Alimentos), que “A defesa e a proteção da saúde individual e coletiva, no tocante a alimentos, desde a sua obtenção até o seu consumo, serão reguladas, em todo o território brasileiro pelas disposições deste Código”. Os deveres de informação constantes da rotulagem e apresentação dos produtos estão contidos nos arts. 16 a 24 desse Decreto-lei.

não duráveis, há “notável” desenvolvimento da técnica industrial a ensejar um maior tempo de conservação. A Resolução nº 7/86 da Comissão Nacional de Energia Nuclear, por exemplo, permite a importação de produtos ionizados em geral, desde que não excedam os limites técnicos ali fixados.⁵¹⁰ Uma vez que o Poder Público permite índices “mínimos” de radiação em produtos para consumo humano,⁵¹¹ é óbvio que se deve exigir na embalagem a informação de que se trata de produto ionizado, a fim de se permitir, no mínimo, a liberdade de escolha do consumidor. Deveras, tem-se observado que o dever de informação, muito embora corresponda a direito de quarta dimensão, não tem sido levado muito à sério pelos fornecedores.

Outro setor de relevância para a saúde humana é o de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos. É dever dos laboratórios o fornecimento de amplas informações sobre a composição e o uso de tais produtos, de modo a facilitar a avaliação de sua natureza e determinação do grau de segurança e eficácia necessários.⁵¹²

⁵¹⁰ Ou seja, 600 *bequeréis* por quilo para Césio 134 mais Césio 137, cf. Revista Direito do Consumidor, nº 7, p. 211.

⁵¹¹ Típico exemplo do risco de desenvolvimento, em que a produção em escala vem prejudicado a saúde humana. A comunidade científica, no entanto, pondera: “*No íntimo de suas células, os seres vivos têm um mecanismo molecular maravilhoso: o código genético... Ali, em complexas estruturas moleculares, a Vida codifica a herança... Conforme a violência da radiação e o ponto onde ela incide, ela pode romper os fascículos (os cromossomas) ou os feixes individuais (o ADN), causando assim reestruturação grosseira, quando os fragmentos se juntam ao acaso... Quando a radiação ionizante interfere com o código genético numa célula somática (uma célula em qualquer parte do organismo), o estrago pode ser tão grande que esta célula morre – ainda bem – mas ele pode também significar desordem na informação. Está desencadeado o câncer ou a leucemia. No caso de um embrião ou feto, pode significar defeito grave naquela parte do organismo que descende desta célula. O novo ser nasce defeituoso. Em ambos os casos, o desastre é individual. Mas, quando a radiação ionizante interfere com o código genético em uma célula germinal, os estragos interessam à espécie, porque atingem as gerações futuras... Não tem sentido falar de dose admissível de radiação ionizante, de substância cancerígena, teratogênica, mutagênica. O câncer, a teratogenia, a mutação são desencadeados em nível molecular ... uma só molécula de substância cancerígena pode desencadear o desastre que se consumará uma ou duas décadas depois do indivíduo, ou décadas, séculos ou milênios mais tarde na espécie*”, cf. José Lutzemberger, GAIA, O Planeta Vivo – Por Um Caminho Suave, Porto Alegre: L&PM, 1990, p. 21-23, *apud* Revista Direito do Consumidor, nº 7, p. 211-212. Note-se que a pós-modernidade está em crise ética. A sociedade massificada, cada vez mais imediatista, está sendo conduzida com muitos custos e “poucos” benefícios. É uma constatação, por outro lado, que a justiça civil da pós-modernidade está totalmente dependente da prova pericial e das “normas técnicas”, progressivamente absorventes das normas jurídicas, cf. Luiz Fernando Coelho, Saudade do futuro, Florianópolis: Fundação Boteaux, 2001, p. 67 *et seq.* As normas jurídicas continuam carregadas de excessiva abstração e os juristas estão cada vez mais alienados do mundo do ser, a ponto de tornar-se discutível para que vieram tantos deveres de informação e respectivos direitos de sermos informados sobre o nada.

⁵¹² Cf. art. 16, III, da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Recentemente, o Ministro da Saúde deu entrevista informando a população que o medicamento *Glivec*, fabricado por determinado laboratório privado e indicado para o tratamento da leucemia, continha vício de informação. Tal medicamento é apenas recomendável para os portadores de um tipo de leucemia – mielóide crônica – e não para outros tipos da doença, para os quais tem se revelado com alto grau de nocividade, causando inclusive a morte de um paciente.

Grave é o problema relativo à infecção hospitalar e dele derivam, pelo menos, duas medidas preventivas à cargo dos estabelecimentos hospitalares: (i) o dever de criar Comissão de Controle de Infecção Hospitalar⁵¹³ e (ii) o dever de informar os usuários sobre o índice de infecção hospitalar, para fins de exercício de liberdade de escolha – quando isso é possível, obviamente.⁵¹⁴

No que concerne aos organismos geneticamente modificados, a Lei de Biossegurança, dentre outros assuntos, trata das normas de segurança na comercialização e consumo dos produtos transgênicos, impondo aos laboratórios, públicos ou privados, o dever de informação plena à Comissão Nacional Técnica de Biossegurança (CTNBio), às autoridades da Saúde Pública e à coletividade sobre os riscos a que estão submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados no caso de acidentes.⁵¹⁵

Dado que o dever de informar é direito básico do consumidor, os produtos geneticamente modificados já colocados no mercado e, em princípio, sem alto grau de nocividade, devem ter tal informação contida na embalagem.⁵¹⁶

8.2.1.1.8 Dever de registro governamental do produto ou do serviço.

Vários são os setores de mercado em que a legislação exige prévio registro, autorização ou licença governamental da atividade do fornecedor e dos produtos e serviços por ele oferecidos no mercado, objetivando prevenir riscos à saúde e à segurança humanas

Exemplificativamente: (i) os prestadores de serviços na aplicação de agrotóxicos, como dedetizadoras etc.;⁵¹⁷ (ii) os produtos agrotóxicos fabricados, importados, exportados e

Muito embora seja dever do poder público informar a potencial nocividade, conhecida após à colocação do produto medicamentoso no mercado, nada há que justifique, a omissão do dever de informar também por parte do laboratório (art. 10 e §§ do CDC).

⁵¹³ Tratado em separado, cf. item 8.2.1.1.11 *infra*.

⁵¹⁴ Cf. Miguel Kfoury Neto, Responsabilidade Civil do Médico, 3ª, São Paulo: RT, 1998, p. 130. O art. 9º do CDC confere tal dever de informar.

⁵¹⁵ Cf. arts. 1º e 12, VIII, da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

⁵¹⁶ O CTNBio emitiu parecer reconhecendo que há “*periculosidade inerente*” (art. 8º, CDC) no consumo da soja transgênica, dado que parcela da população consumidora apresenta reações alérgicas à ingestão “da soja em geral”. Pesquisas realizadas em animais que consumiram produtos transgênicos detectaram desenvolvimento de tumor cerebral. Portanto, pode haver potencialidade tóxico-alérgica e até alto grau de nocividade à saúde humana no consumo produtos geneticamente modificados, cf. www.cntbio.gov.br. É outro setor delicado do mercado, com todos os riscos de desenvolvimento, cf. Instrução Normativa-CTNBio nº 17, publicada no D.O. U. de 23 de dezembro de 1998, Seção 1, p. 47.

⁵¹⁷ Cf. art. 4º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989.

comercializados;⁵¹⁸ (iii) os hemocentros, hospitais e clínicas que colem, processem, estoquem, distribuam ou apliquem sangue, seus componentes e derivados, devem registrar todos os materiais e substâncias que entrem diretamente em contato com o material humano coletado para fins transfusionais, bem como os reagentes e insumos para laboratório utilizados;⁵¹⁹ (iv) os hemocentros, hospitais e clínicas que executem atividades hemoterápicas submetem-se a autorização anual do Órgão de Vigilância Sanitária;⁵²⁰ (v) os laboratórios, instituições ou empresas, públicas ou privadas, que desenvolvam atividades relativas à organismos geneticamente modificados (OGM) deverão obter autorização ministerial;⁵²¹ (vi) os produtos transgênicos para consumo humano deverão ser registrados;⁵²² (vii) os produtos transgênicos importados dependem de parecer da CTNBio e autorização para colocação no mercado;⁵²³ (viii) os medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos somente podem ser colocados no mercado após registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);⁵²⁴ (ix) os fornecedores de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos devem estar licenciados;⁵²⁵ (x) os gêneros alimentícios nacionais e importados somente podem ser colocados no mercado após registro na ANVISA.⁵²⁶

Portanto, tais atividades, produtos ou serviços que não estejam registrados, autorizados ou licenciados pelos órgãos estatais competentes são passíveis de tutela coletiva inibitória (art. 84 do CDC), na medida em que podem causar riscos à saúde humana.

A efetivação da tutela coletiva inibitória nesses casos assume especial relevância, pois

⁵¹⁸ Cf. art. 3º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe o art. 5º da mesma lei que “possuem legitimidade para requerer o cancelamento ou a impugnação, em nome próprio, do registro de agrotóxicos e afins, arguindo prejuízos ao meio ambiente, à saúde humana e dos animais: I – entidades de classe; II – partidos políticos; III – entidades legalmente constituídas para a defesa dos interesses difusos relacionados à proteção do consumidor, do meio ambiente e dos recursos naturais.”

⁵¹⁹ Cf. art. 6º da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001. Esta lei também trata da “comercialização” do sangue, componentes e derivados, regulamentando o art. 199, § 4º, da CF/88, para fins de transplante e transfusão, que veda tal “comercialização”. Para alguns a “sanguebrás” estaria institucionalizada não fosse o “bom senso” do legislador em permitir tal comercialização, cf. Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 8, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183.

⁵²⁰ Cf. art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001.

⁵²¹ Cf. art. 7º, IV, da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

⁵²² Cf. art. 7º, III, da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

⁵²³ Cf. art. 7º, V, e art. 8º §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

⁵²⁴ Cf. art. 12 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Sobre as atribuições da ANVISA, cf. art. 7º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Sobre delegação dessas atribuições, desde que não implique risco à saúde da coletividade, cf. art. 41 da Lei nº 9.782.

⁵²⁵ Cf. art. 21 da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973.

⁵²⁶ Cf. art. 10 do Decreto-lei nº 209, de 27 de fevereiro de 1967.

implicam na suspensão da atividade ou na vedação de colocação no mercado⁵²⁷ de tais produtos ou serviços. Pode-se expedir ordem de não fazer sob pena de multa diária para impedir a prática do ato ou cessar a atividade (art. 84, §§ 3º e 4º) ou multa progressiva em caso de ameaça de repetição do ilícito (art. 84, §§ 3º e 5º). Não há ofensa à liberdade de iniciativa (art. 170, V, da CF).

Caso a forma de tutela específica inibitória não intimide o fornecedor, cabível a tutela preventiva executiva ou a tutela de remoção do ilícito, tudo a depender das peculiaridades do caso concreto.⁵²⁸ O resultado prático correspondente visado será sempre o impedimento da atividade nociva consistente na prestação de serviços, na produção de bens ou na colocação desses serviços ou produtos no mercado.⁵²⁹

8.2.1.1.9 Dever de observância de fórmula legal de reajuste dos medicamentos.

Segundo a lógica de mercado e da livre iniciativa, é fundamental que haja concorrência para que a *mão invisível* atue nos preços segundo a *lei* da oferta e da procura.⁵³⁰ Esse era o ideal smithiano. Contudo, a economia de escala surgida após a revolução industrial desencadeou um processo de exclusão da concorrência, surgindo os monopólios e oligopólios e, em consequência, preços excessivamente onerosos ao consumidor⁵³¹. Mas não só: tecnologias exclusivas são patenteadas, cujo direito industrial é essencialmente excludente de qualquer concorrência.⁵³² É o caso dos medicamentos importados, geralmente monopolizados por laboratórios com patentes de invenção, com preços excessivamente onerosos. Em uma ou outra situação, estamos diante de graves falhas estruturais de mercado (*market failures*).

⁵²⁷ Insista-se: quanto aos órgãos, tecidos e partes do corpo humano suscetíveis de transplante, não são suscetíveis de mercantilização.

⁵²⁸ Cf. itens 8.2.1.2 e 8.2.1.3 *infra*.

⁵²⁹ Sem prejuízo da tutela coletiva contra o órgão público competente para o registro e omissão na fiscalização, cf. art. 102 do CDC.

⁵³⁰ Cf. José Paschoal Rossetti, *Introdução à economia*, 9ª, São Paulo: Atlas, 1982, p. 391.

⁵³¹ Inclusive para o próprio erário público, por intermédio do Sistema Único de Saúde.

⁵³² Sobre a dependência latino-americana aos oligopólios internacionais, exceção feita à Argentina e ao Chile, cf. Astrid Heringer, *Patentes farmacêuticas & propriedade industrial no contexto internacional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 103-105. O percentual de participação da indústria farmacêutica internacional no mercado brasileiro é de 89 %.

“... pressuposto básico do sistema de mercado, imprescindível para lhe assegurar o pretendido automatismo e adaptabilidade a condições mutantes, vem a ser o da chamada atomização, isto é, o mercado para bem funcionar deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles muito grande ou muito importante.”... “quanto mais ele for chegando ao monopólio, maior o seu poder de impor preços altos pelos seus produtos, apropriando-se de uma parcela da renda do consumidor. As economias de escala não são, porém, o único fator conducente à concentração. Existem também os chamados monopólios ou oligopólios naturais, quando derivados de situações de fato, como por exemplo, o acesso a uma fonte de matéria-prima rara ou uma condição tecnológica exclusiva como uma patente de invenção... A concentração, seja qual for a sua origem, representa uma falha de estrutura do sistema de mercado.”⁵³³

O governo brasileiro tem tentado reverter esse quadro, seja pela via do incentivo à produção interna de medicamentos genéricos,⁵³⁴ seja “quebrando” a patente de medicamentos para o tratamento da Aids pandêmica, de modo a garantir o direito de acesso dos portadores de doenças à terapêuticas de última geração.

De peculiar interesse foi a Lei nº 10.213, de 27 de março de 2001, que instituiu a *fórmula paramétrica* de reajuste de preços dos medicamentos em geral, objetivando estimular a oferta de medicamentos, a competitividade do setor e a estabilidade de preços.

Os laboratórios tiveram de apresentar no ano de 2001 o chamado Relatório de Comercialização à Câmara de Medicamentos do Ministério da Saúde, especificando os preços e os tributos incidentes sobre cada medicamento. Conforme a situação, o Governou permitiu ou não tal reajuste, estabelecendo que os preços máximos fixados não poderiam ser majorados até 31 de dezembro de 2001. Tratou-se, portanto, de *regra temporária* de controle e congelamento de preços de medicamentos.⁵³⁵

Contudo, o art. 8º estabelece uma *regra permanente* de fixação do preço inicial para os medicamentos novos que venha a ser colocados nos mercado: “*Quando houver a inclusão de novas apresentações de medicamentos à lista de produtos vendidos pela empresa, os preços unitários iniciais não poderão exceder à média dos preços unitários das apresentações já existentes.*”

⁵³³ Cf. Fábio Nusdeo. Curso de economia. Introdução ao direito econômico, 2ª, São Paulo: RT, 2000, p. 146-149.

⁵³⁴ Cf. Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999.

⁵³⁵ Cf. art. 2º da Lei nº 10.213, de 27 de março de 2001.

Portanto, é fundamental a fiscalização da observância dos preços unitários praticados, com ou sem reajuste, no período previsto pela regulação temporária, pois eventual reajuste efetuado acima da *fórmula legal* ou mesmo contra o disposto no art. 6º, I, da referida lei, refletirá na média e na fixação inicial das novas apresentações, contrariando o objetivo da lei em corrigir as distorções do setor.

Por outro lado, o Governo atendeu reclamo da Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica⁵³⁶ considerando em tal *fórmula paramétrica* a elevada carga tributária e parafiscal incidente sobre os medicamentos (art. 10). Contudo, determinou redução de preços na mesma proporção da redução desses mesmos encargos exacionais (art. 10, § 1º).

Disso resulta que, conforme o caso, haverá prática comercial abusiva pois o CDC veda: (i) a elevação sem justa causa de preços (art. 39, X); (ii) a aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do legalmente estabelecido (art. 39, XI).

Cabível, portanto, tutela coletiva inibitória em face dos fornecedores que estejam praticando preços abusivos nos medicamentos, mediante ordem de não fazer sob pena de multa diária.

Relativamente aos abusos já praticados, inclusive no período de congelamento temporário previsto na referida lei, a tutela coletiva na defesa dos direitos individuais homogêneos revelar-se-á como a única possível (art. 91 do CDC), ainda que submetendo à uma degradação da tutela de tais direitos (art. 41 do CDC), pois o dano coletivo será eminentemente patrimonial. Contudo, em vista de que dificilmente serão identificados em número suficiente todos os cidadãos lesados (art. 100 e parágrafo único do CDC), conveniente se apresenta o instituto dos danos punitivos ou exemplares (*punitive damages*), considerados na perspectiva do dano causado (e não do dano sofrido) e que objetivam punir o fornecedor que vislumbre como um bom “negócio” lesar a coletividade, demonstrando, com sua atividade deletéria, indiferença com tais interesses socialmente relevantes.⁵³⁷

⁵³⁶ “... o total de impostos embutidos que o consumidor paga por um medicamento é de 32%”, cf. José Eduardo Bandeira de Mello, da ABIF, em nota publicada na Revista Veja de 21 de junho de 2000.

⁵³⁷ A respeito dos danos punitivos: na doutrina, cf. Ramon Daniel Pizarro. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 449-485; na jurisprudência, fazendo-se menção à atividade deletéria do demandado, cf. Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 168.859 e Resp nº 177.965.

8.2.1.2 A tutela de remoção do ilícito.

As formas de tutela específica preventiva dos direitos não patrimoniais não se circunscrevem, como já visto, à tutela inibitória conjugada com a técnica mandamental, de sua vez assistida por técnicas de coerção indireta. Podem consistir, também, na tutela de remoção do ilícito (também chamada de reintegratória) conjugada com a técnica executiva *lato sensu*, assistida por técnicas de sub-rogação.

“Há atos contrários ao direito que, muito embora não produzindo danos, devem ser eliminados ... pode servir de exemplo ... o oferecimento ao público de produtos que estão sendo comercializados em desacordo com a lei. ... Note-se que há diferença entre a tutela que apreende produto nocivo que está sendo oferecido ao público e a tutela que apreende produto nocivo à saúde para que ele não seja oferecido ao público. A primeira tutela é reintegratória, enquanto que a segunda é preventiva executiva.”⁵³⁸ ... “a tutela inibitória não elimina, por si só, o ilícito, ao passo que a tutela reintegratória elimina a situação de ilicitude independentemente da vontade do réu.”⁵³⁹ ... “Qualificamos a tutela destinada a restabelecer a situação que era anterior ao ilícito ou a estabelecer a situação que deveria estar vigorando caso a norma houvesse sido observada. porque um não-fazer ou um fazer não foi observado, de ‘tutela de remoção do ilícito’... A tutela de remoção do ilícito é uma tutela reintegratória, no sentido de que reintegra, forçadamente, o direito que foi violado.”⁵⁴⁰ ... “Há tutela de remoção do ilícito, como já foi dito, no caso de omissão ilícita, de atividade ilícita e de ato ilícito de eficácia continuada.”⁵⁴¹

Percebe-se que a tutela de remoção pressupõe um ilícito em ato, isto é, de eficácia continuada, comissivo ou omissivo, sendo, neste aspecto, fungível com a tutela inibitória, sempre na perspectiva da adequação da forma de tutela às peculiaridades do caso concreto (por exemplo, o demandado é insolvente e a multa diária não será útil em cumprir a sua função intimidativa ou a urgência não admitir que a efetivação dependa da vontade do demandado).⁵⁴² Se o ilícito já está consumado, “*não há razão para se pensar em ação reintegratória; se o*

⁵³⁸ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 134 e nota 59.

⁵³⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 136.

⁵⁴⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 139.

⁵⁴¹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 144.

⁵⁴² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 146-147. Nada impede, inclusive, que haja cumulação de pedidos de remoção do ilícito e inibitório, este último objetivando prevenir a repetição do ilícito, cf. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 151-153.

ilícito provocou danos, será oportuna a ação ressarcitória”.⁵⁴³ Se o ilícito consumado não provocou danos, a questão refoge da instância civil, configurando ilícito administrativo e/ou penal.

Já nos referimos à algumas hipóteses em que a tutela inibitória pode não ser a mais adequada, diante das peculiaridades do caso concreto.

A primeira delas pode ocorrer no caso em que a contratação é obrigatória, como no exemplo do dever de oferta e contratação do plano-referência.⁵⁴⁴ Trata-se de garantir ao usuário o direito de acesso ao serviço essencial de assistência médico-hospitalar, ainda que privado.

Caso a operadora de planos privados de assistência à saúde negue-se a contratar o plano-referência, portanto não esteja fazendo o que deveria fazer, é possível tutela de remoção do ilícito efetivada mediante nomeação de administrador provisório, a fim de que seja firmado o instrumento contratual com o usuário, com entrega da documentação necessária.

Note-se que o exemplo dado enquadra-se na hipótese de omissão ilícita. Mais ainda: trata-se de omissão no cumprimento de um dever (legal), não de mera obrigação (contratual). É que a tutela de remoção do ilícito também é adequada para as hipóteses de dirigismo contratual.

Perceba-se também que poder-se-ia argumentar no sentido de que o ato de contratar, por parte da operadora, seria um fazer infungível. Não o é, contudo, em virtude de se tratar de dever (legal) de fazer. Novamente os reflexos do dirigismo contratual estão presentes (art. 84, § 5º). Cabível, portanto, a técnica de sub-rogação parcial, garantindo o direito de acesso do usuário ao fornecimento do serviço privado de assistência médico-hospitalar. Obtido tal resultado prático correspondente, certamente a operadora ver-se-á compelida a naturalmente prestar o serviço que for solicitado pelo usuário, quando for necessário, pois a sua resistência ilícita consistia em não contratar. Daí porque a nomeação do administrador será provisória, isto é, exclusivamente para remover o ilícito consubstanciado na omissão ilícita de contratar.

Suponha-se, contudo, que o usuário esteja inadimplente com as mensalidades num prazo inferior a sessenta dias ou então que esteja internado em hospital credenciado e, em razão desse fato, esteja inadimplente por prazo superior a sessenta dias, sendo-lhe negada a

⁵⁴³ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 137.

⁵⁴⁴ Ver item 8.2.1.1.2 *supra*.

expedição de guia de internação ou, se já internado, sendo transferido para hospital da rede pública. A violação de deveres instrumentais de não fazer também pode exigir a tutela de remoção do ilícito, consistente na nomeação de administrador provisório a fim de que faça cessar, em qualquer caso, a suspensão do serviço de assistência por parte da operadora e seus credenciados.⁵⁴⁵

A obrigação como processo complexo, com uma pluralidade de vínculos, de efeitos jurídicos e de deveres anexos de conduta é uma realidade pós-moderna que encontra na cláusula geral da boa-fé objetiva um novo paradigma da autonomia privada.⁵⁴⁶

O usuário contrata com a operadora e esta, de sua vez, contrata ou credencia outros fornecedores de serviços, tais como hospitais e profissionais liberais, tudo com o único objetivo de prestar assistência médico-hospitalar.

A dinâmica da relação “contratual”, mesmo que obrigatória, envolve os momentos pré-contratual, de formação e de execução do contrato, superando a visão estática exclusivamente fixada no momento da formação contratual.

A omissão ilícita do fornecedor em cumprir com deveres instrumentais de dar coisa, como por exemplo a entrega do contrato e das cláusulas gerais ao usuário ou o fornecimento de medicamentos durante a internação hospitalar, também podem ser objeto de tutela de remoção do ilícito, efetivada mediante ordem de busca e apreensão.⁵⁴⁷

Por outro lado, já vimos que se em determinado caso concreto o anúncio ilícito chega ao conhecimento dos órgãos de defesa do consumidor apenas por ocasião da execução da “campanha publicitária”, a forma de tutela específica adequada será a de remoção do ilícito.⁵⁴⁸

Os anúncios publicitários abusivos ou enganosos podem ser realizados mediante painéis, cartazes, imprensa, *internet*, *telemarketing* etc. Em todos esses casos, a efetivação da tutela de remoção do ilícito objetiva a cessação de tais anúncios ao conhecimento do público consumidor, o que tanto pode dar-se mediante busca e apreensão (cartazes, suplementos da revista ou do jornal contendo o anúncio), remoção de coisas ou desfazimento (painéis, páginas eletrônicas na internet), desligamento dos telefones, suspensão ou interdição da atividade (empresa exclusiva de *telemarketing*, veículos de comunicação etc), devendo-se optar, sempre,

⁵⁴⁵ Ver item 8.2.1.1.4 *supra*.

⁵⁴⁶ Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 105 *et seq.*

⁵⁴⁷ Ver item 8.2.1.1.4 *supra*.

⁵⁴⁸ Ver item 8.2.1.1.6 *supra*.

pela medida mais efetiva e adequada ao consumidor e, ao mesmo tempo, menos gravosa ao fornecedor (art. 620 do CPC, subsidiariamente aplicável).

Note-se que, se preciso for, a imposição de contrapublicidade⁵⁴⁹ não é de ser descartada (art.84, § 5º), sendo também certo que pode funcionar tanto como técnica de coerção indireta (na tutela inibitória coletiva), quanto como técnica de sub-rogação (na tutela de remoção do ilícito, também veiculada em demanda coletiva), pois a remoção do ilícito, em se tratando de publicidade abusiva ou enganosa, não consiste, exclusivamente, na cessação do anúncio em si, mas também na remoção da força persuasiva, da informação inadequada internalizada pelos potenciais consumidores do produto ou serviço anunciado.

“A contrapropaganda (*pubblicità correttiva, contre-publicité ou annonces rectificatives e corrective advertising*, dos italianos, franceses e americanos, respectivamente) é o terror de qualquer anunciante. Sempre a expensas do infrator, efetua-se como divulgação no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas, no que se refere à duração, espaço, local e horário... Seu objetivo é fulminar a força persuasiva da publicidade enganosa ou abusiva, mesmo após a cessação de sua veiculação... A contrapropaganda nada mais é que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva. Seu objetivo é ‘lavar’ a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando, dessa forma, a realidade dos fatos... por mais ágeis que sejam as providências legais, a mensagem, enganosa ou não, já terá alcançado parcela do público. Sua retirada, nessas condições, serviria para evitar enganos ou abusos futuros, mas não para apagar a captação pretérita já consumada. Só um instrumento se presta a tal: a contrapropaganda.”⁵⁵⁰

No que se refere à publicidade enganosa com vício de informação que induza em erro o consumo de produtos e serviços, com nocividade ou periculosidade adquirida à saúde humana, ou frustradora das legítimas expectativas do consumidor doente à procura de cura, e, também, quanto à publicidade abusiva que seja capaz de induzir o consumidor a se portar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, merecem especial destaque aqueles relacionados aos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, bebidas alcoólicas,

⁵⁴⁹ “O Código de Defesa do Consumidor não cuida de propaganda. Seu objeto é só, e tão-só, a publicidade”... Contrapropaganda é expressão “sem dúvida, inadequada”, cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 254 e 290.

⁵⁵⁰ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 290-291.

agrotóxicos, medicamentos e terapias.⁵⁵¹

Para tais anúncios publicitários, é indubitável que a gravidade da sanção imposta ao fornecedor (contrapublicidade) é razoável diante do bem jurídico tutelado (saúde humana). Por isso, além das técnicas sub-rogatórias, deve-se impor a *medida necessária* da contrapublicidade para tutela de remoção do ilícito (art. 84, § 5º), às expensas do anunciante, sem prejuízo das sanções administrativas e criminais previstas no CDC.

É notório, também, que a contrapublicidade não tem sido imposta administrativamente, sendo certo que as sanções administrativas são aplicáveis “*sem prejuízo das de natureza civil e penal*” (art. 55, XII, e art. 60, § 1º, do CDC). Tal ressalva permite que o julgador imponha contrapublicidade liminarmente ou por sentença, quando da apreciação de pedido de tutela de remoção de publicidade ilícita.

“A publicidade é enganosa mesmo que sua capacidade de induzir ao erro manifeste-se apenas em relação a consumidores particularmente vulneráveis (os doentes, as crianças...)”⁵⁵² ... “Um dos subprincípios que integram o princípio da não abusividade é o princípio da inofensividade da publicidade. Impede ele qualquer publicidade ‘capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança’ (art. 37, § 2º, *in fine*). O Código de Auto-Regulamentação Publicitária traz disposição semelhante (art. 33)... Em particular, ganha destaque a publicidade indutora de insegurança quando o seu destinatário é a criança... Não custa lembrar que são distintos os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Vulnerável é todo consumidor, *ope legis*. Hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores de periferia. Percebe-se, por conseguinte, que a hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade.”⁵⁵³ ... “Das várias modalidades publicitárias, cinco carregam riscos extremados para as pessoas, a família e o meio ambiente: a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Por isso mesmo, o legislador constitucional, em inovação sem precedentes em outras Constituições, determinou que a lei estabeleça ‘os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem ... da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente’ (art. 220, § 3º, II), acrescentando que esses tipos de anúncios deverão sujeitar-se ‘a restrições legais’ (art. 220, § 4º). Logo, o legislador, para bem cumprir o art. 220, deve desenhar para tais hipóteses publicitárias controle complementar (= mais restritivo) ao

⁵⁵¹ A respeito da regulamentação do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, ver a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, alterada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000 e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. Para os produtos fumígenos há previsão legal de contrapublicidade simultânea e obrigatória, cf. art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.294/96.

⁵⁵² Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 276.

⁵⁵³ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 286.

previsto para a generalidade da matéria. proteção universal essa que encontra sua principiologia no CDC, verdadeiro piso mínimo de tutela do consumidor.”⁵⁵⁴

Além da tutela coletiva de remoção do ilícito com imposição de contrapublicidade (art. 84, § 3º e 5º) é possível, ainda, a tutela coletiva contra a omissão do Poder Público na fiscalização e imposição de sanções administrativas (art. 102 do CDC).

“De três formas o fenômeno publicitário pode ser controlado: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto... Da composição entre os dois sistemas solitários, surge um terceiro, misto, que faz da convivência e da competição normativa e implementadora sua principal característica. Despiciendo dizer que esse é o modelo ideal. Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários. Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos auto-regulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária), no Brasil e para o Estado (seja a administração pública, seja o judiciário). Foi essa a opção do Código de Defesa do Consumidor.”⁵⁵⁵ “Não basta que o legislador limite-se a proibir a publicidade enganosa e abusiva. Para que uma mensagem seja considerada ilícita, seja pelo juiz, seja pelo administrador, exige-se que tenha sido veiculada pelo menos uma vez.”⁵⁵⁶ “Ademais, quando o juiz vislumbrar tratamento administrativo insatisfatório do tema deve, nos termos do art. 102, *caput*, do CDC, determinar ao Poder Público que atue com mais rigor na sua disciplina.”⁵⁵⁷

Nos casos em que a ciência é conclusiva pelo alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde de determinado produto ou serviço, é ilícita a colocação no mercado porque disso deve saber o fornecedor (art. 10, *caput*, do CDC).

Problema existente na sociedade de consumo relaciona-se com a importação de produtos

⁵⁵⁴ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 288-289.

⁵⁵⁵ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 247-249.

⁵⁵⁶ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 290. Note-se, contudo, que o autor citado parece descartar tutela preventiva inibitória antes da execução do primeiro anúncio publicitário, certamente por questões práticas, em vista de que a criação publicitária é toda sigilosa. Exemplo: os *produtos fitoterápicos* sem terapêutica comprovada não podem ter qualquer publicidade veiculada (cf. art. 7º, § 3º, da Lei nº 9.294/96), sendo dever das agências publicitárias exigir tais dados na fase do *briefing*, o que na prática é difícil de ocorrer. Além disso, é possível a inversão do ônus da prova, embora sejamos cientes das dificuldades práticas – não jurídicas (art. 6º, VI, VII e VIII do CDC) – da tutela inibitória da publicidade ilícita em tais casos, cf. item 8.2.1.1.6 *supra*. De qualquer modo, a tutela inibitória impeditiva da repetição do ilícito (ou a tutela preventiva executiva) e a tutela de remoção do ilícito com imposição de contrapublicidade também revelam-se de alta relevância para a facilitação da defesa preventiva dos direitos do consumidor hipossuficiente.

⁵⁵⁷ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 289.

alimentícios com ionização radioativa acima do limite fixado por normas técnicas.⁵⁵⁸ Nesse caso, a importação é em si ilícita, uma vez que tais produtos são cientificamente considerados com alto grau de nocividade à saúde humana. Nesta hipótese, cabível a tutela coletiva antecipatória de remoção do ilícito em face do importador, mediante a busca e apreensão e inutilização do produto, por exigência de proteção da saúde pública. Por isso, revela-se irrelevante o veto apostado ao art. 11 do CDC, pois a garantia constitucional de tutela jurisdicional específica efetiva e adequada consente tutela de remoção do ilícito fundada em outros dispositivos do CDC (art. 84 §§ 3º e 5º).⁵⁵⁹

No que se refere aos produtos não registrados nos órgãos governamentais de fiscalização, ilícita é a sua colocação no mercado, sendo efetivada a tutela de remoção mediante mandado busca e apreensão (técnica sub-rogatória). Quanto aos serviços ou atividades produtivas não autorizados ou licenciados, portanto ilícitos, podem ser objeto de tutela de remoção efetivada mediante suspensão ou até fechamento do estabelecimento (se a atividade for exclusivamente aquela ilícita), tudo com o objetivo de cessar a atividade nociva à saúde.⁵⁶⁰

Medicamentos já colocados no mercado e estando com prazo de validade vencido ou sendo falsificados, adulterados, deteriorados, com vício de informação na bula, não registrados ou de qualquer modo impróprios para o consumo e portanto nocivos ou perigosos à saúde humana, também podem ser objeto de tutela de remoção do ilícito efetivada com busca e apreensão.⁵⁶¹

Por fim, reitere-se o cabimento de tutela de remoção do ilícito efetivada mediante interdição de hospital com elevado índice de infecção hospitalar, com ou sem Comissão Interna de Controle, ou de entidade que utilize técnicas e métodos de engenharia genética, objetivando colocar no mercado produtos transgênicos, sem ter criado Comissão Interna de

⁵⁵⁸ Semelhante situação ocorreu com a importação de carne bovina provinda de Chernobyl, onde teria havido contaminação em virtude de conhecido acidente nuclear lá ocorrido. A justiça brasileira não reconheceu nocividade no produto importado, fundando-se em conclusões periciais no sentido de que os índices radioativos estariam dentro níveis permitidos pela Resolução nº 7/86 da Comissão Nacional de Energia Nuclear, analogicamente aplicável à espécie. Dita Resolução permite a importação de produtos ionizados em geral desde que não excedam 600 bequeréis por quilo para Césio 134 mais Césio 137. Cf. Maria Hilda Pinto Herrmann e Alexandre Silhessarenko, Ação civil pública – Defesa do consumidor (importação de carne da europa após o acidente na usina nuclear de Chernobyl). *Revista Direito do Consumidor*, vol. 7, p. 195-227. Sobre a progressiva absorção das normas jurídicas pelas normas técnicas, cf. Luiz Fernando Coelho, *Saudade do futuro*, cit., p. 67 et seq.

⁵⁵⁹ Cf. item 8.2.1.1.7 *supra*.

⁵⁶⁰ Cf. item 8.2.1.1.8 *supra*.

⁵⁶¹ Cf. art. 18, § 6º, I e II, e art. 84, §§ 3º e 5º do CDC.

Biossegurança.⁵⁶²

8.2.1.3 A tutela preventiva executiva.

Há, é certo, que se ter muita cautela no emprego da tutela preventiva executiva. Contudo, ninguém discutirá a preponderância axiológica da saúde do consumidor sobre o patrimônio do fornecedor. Quando houver ameaça da prática ou repetição de um ilícito e não sendo eficaz a técnica coercitiva indireta, que é conjugada com a tutela inibitória, será cabível a tutela preventiva executiva, inclusive antecipatória, que se caracteriza por vir assistida por técnicas de sub-rogação.

Note-se que tal forma de tutela visa prevenir a prática ou repetição de um ilícito futuro, apenas ameaçado, prescindindo-se da vontade do fornecedor. A forma de tutela que atua pressionando a vontade do fornecedor é a inibitória e a forma de tutela que remove o ilícito pressupõe-no já em ato.

“É possível admitir, em determinados casos, o emprego de meios executivos para evitar a prática ou a repetição do ilícito. Com efeito, há meios que, independentemente da vontade do réu, podem evitar a prática ou a repetição do ilícito. Assim, por exemplo, a designação de um administrador provisório para, atuando no seio de uma empresa, impedir que seja praticado ou repetido ato contrário ao direito. Ou mesmo a designação de oficial de justiça para, com auxílio de força policial, impedir que determinada empresa ou pessoa adentre em dado local para exercer atividade que seja incumbência exclusiva de outrem.”⁵⁶³

Como já dito, as vedações previstas na Lei nº 9.656/98 podem ser consideradas como deveres instrumentais de conduta, também suscetíveis de tutela inibitória. Suponha-se o usuário de plano de saúde, inadimplente nas mensalidades, que esteja convalescendo em unidade de terapia intensiva. Haveria torpe inversão de valores caso pudesse o fornecedor suspender o serviço de assistência médico-hospitalar em tal circunstância. Imagine-se, contudo, a arbitrária ameaça de remoção do internado para centro de atendimento vinculado à

⁵⁶² Cf. item 8.2.1.1.5 *supra*.

⁵⁶³ Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela específica*, cit., p. 121.

rede pública de saúde, tão-somente pelo fato do inadimplemento.⁵⁶⁴

Em tal situação – ameaça de suspensão do serviço por mero inadimplemento das mensalidades –, não sendo eficaz no caso concreto a imposição de multa diária (tutela inibitória antecipada), é possível tutela preventiva executiva antecipatória, consistente no cumprimento do mandado pelo oficial de Justiça com o auxílio de força policial que impeça a ilícita remoção do internado para estabelecimento público de saúde.

Outro exemplo reside na ameaça provável de repetição do aumento abusivo de mensalidades em planos de saúde, cuja tutela preventiva executiva é efetivada mediante a nomeação de um administrador provisório, objetivando impedir tal prática ilícita junto à operadora.⁵⁶⁵ Trata-se de dever instantâneo suscetível de repetição no tempo (dever de “trato sucessivo” ou periódico). Insista-se que é dever, e não obrigação, porque imposto por lei.

O mesmo se diga da ameaça provável da prática ou repetição na colocação no mercado de medicamentos nocivos ou perigosos à saúde humana, porque não registrados perante a ANVISA, porque não comprovadas as suas qualidades terapêuticas prometidas (periculosidade adquirida por vício de informação), ou porque falsificados e portanto impróprios para o consumo, hipóteses em que cabível a tutela de preventiva executiva em face do laboratório.

Caso tais medicamentos já estejam colocados no mercado, a tutela será de remoção do ilícito continuado⁵⁶⁶ em face do comerciante, mediante busca e apreensão, sem prejuízo da cumulação com tutela inibitória do dever de informar (*recall*) e com a tutela coletiva do adimplemento na forma específica (substituição do medicamento falsificado pelo correspondente verdadeiro, da “mesma” marca e preço) ou tutela coletiva ressarcitória na forma específica (substituição por medicamento equivalente, genérico ou de outra marca, com os desdobramentos “neo-redibitórios” decorrentes da variação de preços).⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ Tal ameaça constitui um ilícito por ofensa do art. 13, parágrafo único, III, da Lei nº 9.656/98 o qual veda “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular”.

⁵⁶⁵ Cf. item 8.2.1.1.1.1 *supra*. Para Luiz Guilherme Marinoni, “A tutela inibitória pode ser utilizada para impedir a prática do ilícito, ou apenas para impedir a sua continuação ou repetição”, cf. *Tutela específica*, cit., p. 83; e que em se tratando de dever que pode ser violado “por um ato de eficácia instantânea, é possível pensar em” dever “que se exaure em um único momento” e dever “que pode ser” violado “por atos de eficácia instantânea suscetíveis de repetição no tempo”, cf. *Tutela específica*, cit., p. 191. Muito embora tais afirmações refiram-se à tutela inibitória, também é certo que “a tutela preventiva executiva pode exercer duas das funções passíveis de serem cumpridas pela tutela inibitória, quais sejam, o impedimento da prática e da repetição do ilícito”, cf. *Tutela específica*, cit., p. 129. Daí porque o exemplo por nós imaginado no texto.

⁵⁶⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 123 e p. 134, nota 59.

⁵⁶⁷ Art. 18, §§ 3º, 4º e 6º, II do CDC.

8.2.1.4 A tutela do adimplemento na forma específica.

Basicamente, podemos imaginar três situações em que é cabível a tutela do adimplemento na forma específica; (i) a tutela preventiva da ameaça de inadimplemento; (ii) a tutela do adimplemento em razão do princípio da vinculação contratual; e (iii) a tutela do adimplemento imperfeito da obrigação contratual.

Em nosso sentir, todas essas modalidades objetivam o direito de acesso do consumidor ao produto ou serviço essencial colocado no mercado. Além disso, a tutela do adimplemento na forma específica sempre será uma tutela preventiva do inadimplemento absoluto, de vez que em assim não ocorrendo, não só ficará o consumidor excluído em seu direito de acesso à determinados bens essenciais à sua saúde, como também receberá uma tutela degradada pelo equivalente monetário de tais bens. Note-se que tal direito de acesso é relacionado com um bem correspondente, o que não impede o acesso a um bem equivalente, hipótese, no entanto, de tutela ressarcitória na forma específica. Esclareça-se que a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário do bem, ou melhor, a degradação da tutela, somente se dará se impossível o acesso ao bem correspondente ou equivalente, ou se por ela optar o consumidor.

8.2.1.4.1 A tutela preventiva do inadimplemento de obrigação contratual.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI é possível uma forma de tutela específica⁵⁶⁸ com função preventiva do inadimplemento de obrigação contratual. Havendo probabilidade de inadimplemento, a tutela específica “*pode ser utilizada em se tratando de provável violação de eficácia instantânea de obrigação positiva ou negativa.*”⁵⁶⁹

Suponha-se que o usuário, em dia com as suas mensalidades, necessite do fornecimento de determinado medicamento, excessivamente caro. A operadora do plano privado de saúde aceita a cobertura por determinado tempo e, devido ao elevado custo, ameaça interromper tal fornecimento, mediante simples comunicação.

⁵⁶⁸ Preferimos o enquadramento, no plano das formas substanciais de tutela, como sendo tutela do adimplemento na forma específica, cuja adequação, no plano das formas jurisdicionais de tutela, exige a conjugação da técnica mandamental com a técnica de coerção indireta.

⁵⁶⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 192.

Trata-se de ameaça de inadimplemento de uma obrigação contratual visto que a operadora jamais negou cobertura, tampouco existia uma cláusula limitativa a esse respeito. Note-se que a Lei nº 9.656/98 estabelece como dever a não suspensão do serviço durante a internação hospitalar, em qualquer hipótese. Mas no caso ora examinado o usuário não se encontrava internado, razão pela qual não estamos diante de um dever, mas de uma obrigação. Tal ameaça do inadimplemento de uma obrigação ofende à cláusula geral de boa-fé objetiva, diante das circunstâncias apresentadas. A tutela jurisdicional específica é efetivada mediante a conjugação das técnicas mandamental e de coerção indireta, isto é, ordem de não interrupção do fornecimento do medicamento sob pena de multa.⁵⁷⁰

Note-se que a obrigação de fornecer o medicamento é instrumental à obrigação de não interromper o serviço (art. 84 do CDC).⁵⁷¹ Poder-se-ia objetar que em se tratando de obrigação de não fazer – não interromper o serviço de assistência, fornecendo o medicamento – já haveria inadimplemento absoluto e a tutela que estamos examinando seria, então, ressarcitória. Contudo, o exemplo dado é de mera ameaça de violação de uma obrigação negativa. Mesmo que a violação da obrigação negativa já estivesse em ato, percebe-se que se trata de obrigação de não fazer de eficácia continuada (não interromper o serviço durante a vigência do contrato). Logo, o retardamento no cumprimento da obrigação é ainda suscetível de adimplemento na forma específica, mesmo porque não se trata de tutela voltada contra o dano.

“Se o inadimplemento pode causar dano e, assim, abrir oportunidade à tutela ressarcitória, parece que a tutela que visa o adimplemento da obrigação na forma específica não pode ser definida como ressarcitória ou como tutela voltada contra o dano. A tutela do adimplemento da obrigação na forma específica confere ao autor uma utilidade que lhe era devida; não se volta ela contra um dano provocado por um ilícito. O não-recebimento de uma prestação que ainda pode ser entregue não configura dano, mas apenas inadimplemento. Se há apenas retardamento na entrega da prestação, a tutela destinada a dar ao credor a prestação devida não é tutela contra o dano, mas tutela voltada a assegurar o adimplemento na forma específica. Parte da doutrina chega a pensar desta forma quando está diante de uma obrigação de fazer,

⁵⁷⁰ Foi exatamente o que ocorreu no Resp nº 208.068. Uma paciente, que era médica, tornou-se portadora de esclerose múltipla necessitando do medicamento *Beta Interferon*, muito caro. A operadora inicialmente aceitou a cobertura, ameaçando interromper o fornecimento cinco meses após. A prescrição médica era de no mínimo dez meses, com aplicação em dias alternados. Em primeiro grau deferiu-se tutela antecipatória do adimplemento, ordenando-se à operadora que não interrompesse o fornecimento do medicamento, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, decisão essa mantida em segundo grau, sendo que o STJ não conheceu do recurso especial.

⁵⁷¹ Cf. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres*, cit., p. 135-137.

mas muda, incoerentemente de opinião quando se depara com uma obrigação de não-fazer.”⁵⁷²

A tutela específica do consumidor é voltada para o *objeto da prestação* (= resultado específico), sendo na hipótese de adimplemento na forma específica o bem correspondente (= o fornecimento do medicamento e a não interrupção do serviço). A tutela civilista, ao contrário, leva em consideração apenas o *objeto da obrigação* (= prestação de não fazer), sendo que a prestação negativa é tida como incompatível com a inexecução no tempo devido (= mora).⁵⁷³ A concepção tradicional do inadimplemento de obrigações negativas foi pensada para prestações de eficácia instantânea e não guarda aderência à realidade da sociedade de consumo, onde as prestações são complexas e, muita vez, de eficácia continuada.⁵⁷⁴

Ademais, eventual dano derivado do inadimplemento absoluto é que mereceria tratamento

⁵⁷² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 187.

⁵⁷³ “... o disposto no art. 961 não tem cabimento no capítulo de mora, segundo nos parece. Deixamos assentado que a mora difere da inexecução absoluta, precisamente porque, sendo aquela uma imperfeição no cumprimento da obrigação, ordinariamente uma tardança, persiste a possibilidade de ser a mesma executada... Ora, a obrigação negativa não comporta variante. Ou o devedor não pratica o ato proibido e está cumprindo a obrigação; ou pratica, e dá-se a inexecução”, cf. Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 4ª, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 133. Note-se que tal orientação doutrinária contrariava a própria literalidade do art. 961 do Código Civil de 1916, segundo o qual “Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se deveria abster.” Contudo, referida opinião veio de ser acolhida pelo art. 390 do Código Civil de 2002: “Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.” Se por um lado pode ter alguma pertinência na violação da obrigação de não fazer de eficácia instantânea, nenhuma razão assiste quando se trate de violação da obrigação de não fazer de eficácia continuada, como no exemplo dado no texto. Para Luiz Guilherme Marinoni, “... aquele que é obrigado a desfazer o que não deveria ter feito é obrigado a adimplir a obrigação de não-fazer e não a reparar um dano por ter cometido um ilícito”, cf. *Tutela específica*, cit., p. 188. Nesse sentido, Adolfo Di Majo, *La tutela civile*, cit., p. 232 e p. 249. Contra, confundindo tutela do adimplemento na forma específica e tutela ressarcitória na forma específica, Grazia Ceccherini, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milão: Giuffrè, 1989, p. 83. Sem razão tal confusão conceitual: a tutela do adimplemento visa um resultado prático correspondente, ao passo que a tutela ressarcitória na forma específica almeja um resultado prático equivalente.

⁵⁷⁴ Observe-se, também, que a diferenciação entre mora culposa, retardamento e simples retardamento é de discutível incidência generalizada no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de vício de qualidade por inadequação do produto ou do serviço contratado, há, quando muito, decadência (art. 18 do CDC), considerado como simples retardamento no adimplemento, cf. Agostinho Alvim, *Da inexecução*, cit., p. 17. Por outro lado, não há referência no CDC à mora culposa do fornecedor, o que sugere amplas possibilidades de tutela do adimplemento na forma específica das obrigações negativas. A tendência da unificação da responsabilidade contratual e extracontratual (cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 44; Antonio Chaves, *Responsabilidade pré-contratual*, 2ª, São Paulo: Lejus, 1997, p. 11) também é mais um dado a ser considerado, uma vez que a teoria do risco (responsabilidade objetiva) incide tanto no plano dos vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 a 20 do CDC), quanto no plano dos vícios de qualidade por insegurança do produto ou serviço (arts. 12 e 14 do CDC). Em resumo: a teoria da culpa apenas incide para os profissionais liberais (art. 14, § 4º, do CDC), vigorando, quanto ao mais, a teoria do risco, segundo tendência já percebida na sociedade industrial e, com maior razão, na sociedade de consumo, pós-industrial, cf. Alvíno Lima, *Culpa e risco*, 2ª, São Paulo: RT, 1999, p. 16. Logo, falar-se de mora culposa nas relações de consumo é, no mínimo, discutível, especialmente quando esteja em discussão o direito à saúde humana.

no plano da tutela ressarcitória, o que não é o caso. Consigne-se, ainda, que o desfazimento é categoria que não pertence exclusivamente ao plano do dano, podendo muito bem relacionar-se com o plano do ilícito ou com o adimplemento imperfeito.

Perceba-se, por outro lado, que a excessiva onerosidade para o fornecedor não prepondera sobre a saúde do consumidor em casos similares. É que o contrato de plano de saúde é regido por cálculos atuariais e mantido sob o regime de *fundo comum*.⁵⁷⁵ Descabe, portanto, a alegação de excessiva onerosidade e litiga de má-fé que opõe esse tipo de exceção substancial indireta.

Logo, ainda que o usuário não tenha urgência no tratamento – o que não é difícil de ocorrer – podemos admitir tutela inibitória antecipatória fundada em abuso do direito de defesa, uma vez que o fato constitutivo não seja negado e o direito do autor não seja seriamente contestável (art. 83 do CDC), isto é, quando o demandado alega exceção substancial indireta provavelmente infundada e que não seja de pronta solução, dependendo de prova pericial.⁵⁷⁶ Não é justo que o autor suporte, nesse caso, o ônus do tempo do processo.

⁵⁷⁵ Cf. Adalberto Pasqualotto “A assistência à saúde através da iniciativa privada organizou-se, no Brasil, em torno de duas modalidades básicas: os seguros e a medicina pré-paga. Esta última modalidade apresentou como derivativo as cooperativas de serviços médicos. O sistema de trabalho dessas organizações pode ser totalmente fechado, quando o organizador impõe ao beneficiário um médico clínico de cabeceira, que em caso de necessidade fará o encaminhamento aos distintos especialistas (pouco freqüente no Brasil), ou um sistema totalmente aberto, no qual o beneficiário procura os serviços de sua livre escolha, obrigando-se o organizador tão-somente a reembolsar as despesas comprovadas (modalidade de seguro). A esses dois sistemas extremos podem ser agregados outros, mistos, em que o organizador fornece uma lista de prestadores de serviços, ficando o beneficiário adstrito a escolher limitadamente um deles. Ou este sistema poderá ser combinado com o da livre escolha. Anteriormente à edição da Lei 9.656/98, regia a assistência privada à saúde o Dec. Lei 73, de 21 de novembro de 1966, que estruturou o sistema nacional de seguros privados. A escassa regulamentação levou o mercado a um estado anárquico, submetendo os consumidores ao livre jogo das conveniências das empresas.... Operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias. Já as seguradoras, são sociedades anônimas e organizam-se nos moldes do Dec.-lei 73. Têm por finalidade a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e o reembolso das despesas. ... As cooperativas de serviços médicos, praticando medicina de grupo mediante pré-pagamento, tecnicamente, enquadram-se nas classificação do art. 1º, § 1º, I, da Lei 9.656, como operadoras de planos privados de assistência à saúde”, cf. *A regulamentação dos planos e seguros*, cit., p. 38, 39 e 43. Para José Reinaldo de Lima Lopes “Os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes de contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição destes fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem para com ela relações episódicas. As relações one-shot, como diz de modo feliz a expressão inglesa”, cf. *Consumidores de seguros e planos de saúde*, cit., p. 31.

⁵⁷⁶ Sobre a técnica antecipatória com base em exceção substancial indireta provavelmente infundada, cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: RT, 1997, p. 33 *et seq*; ID, *A antecipação da tutela*, 3ª, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 139 *et seq*.

8.2.1.4.2 A tutela do adimplemento na forma específica e o princípio da vinculação negocial.

O microsistema do CDC estabelece em alguns dispositivos o princípio da vinculação negocial da oferta, da apresentação, da mensagem publicitária e do orçamento formulado pelo prestador do serviço,⁵⁷⁷ estabelecendo o adimplemento como forma substancial de tutela específica, em caso de descumprimento.⁵⁷⁸

Considera-se a vontade declarada no anúncio publicitário, na oferta etc., e não a vontade real do fornecedor policitante. Trata-se de novo paradigma no direito dos contratos, que tem por relevante o momento pré-contratual (*rectius*: negocial), superando o voluntarismo jurídico fundado no erro para considerar a teoria da confiança do consumidor no teor da oferta ou mensagem publicitária.

Portanto, desde que suficientemente precisa a informação veiculada na oferta ou no anúncio, o fornecedor deve cumprir o contrato difusamente oferecido ou anunciado no mercado.

“... a oferta clássica – imaginada para uma sociedade pré-industrial e pessoal – exige, para sua validade, uma série de requisitos. Em primeiro lugar, deve ela precisar a coisa vendida e o seu preço. Ademais, deve ser dirigida ao seu destinatário. Finalmente, há que ser firme. Ausentes esses requisitos, verdadeira oferta inexistente, caracterizando-se mero convite a fazer oferta... A formulação tradicional da oferta não se adequa à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no *anonimato* dos sujeitos e na utilização maciça do *marketing* como técnica de mitigação de seus efeitos... Oferta, em tal acepção, é sinônimo de *marketing*, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que ‘suficientemente precisa’, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos. Vê-se, então, que a oferta, nesse sentido moderno, abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade.”⁵⁷⁹ “A vinculação atua de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo quando ele se nega a contratar ou, diferentemente, introduzindo-se em contrato

⁵⁷⁷ Cf. arts. 30, 40, § 2º do CDC.

⁵⁷⁸ Cf. arts. 35, I, 48 e 84 do CDC.

⁵⁷⁹ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 212-213.

eventualmente assinado.”⁵⁸⁰ “Os contornos da oferta publicitária, na forma traduzida pelos estatutos e doutrinas recentes de proteção do consumidor, divergem profundamente daqueles da policitação clássica. Primeiro, seu grau mínimo de precisão ou completude é reduzido. Já não se exige que traga todos os termos essenciais do contrato, particularmente referências à coisa e ao preço. O detalhismo deixa de ser o portão de entrada da força obrigatória. Segundo, o anúncio não precisa ser inequívoco; o caráter equívoco funciona contra o policitante publicitário e não em seu favor.”⁵⁸¹ “Na publicidade, pelo menos no sistema brasileiro, não é a vontade real do anunciante a fonte da obrigação contratual, mas o anúncio em si, ou seja, a declaração, tal qual explicitada. ‘...Esta mudança de enfoque acarretou conseqüências no tratamento dado ao erro. Assim, para resolver o problema da divergência entre vontade e declaração, na oferta e nos contratos de consumo, a teoria que melhor se coaduna com o movimento de objetivação dos contratos é a teoria da confiança.’”⁵⁸²

Percebe-se, então, que a relação jurídica negocial supõe uma manifestação real de vontade, muito embora o que vincule a contratação seja a declaração contida na oferta ou na mensagem publicitária. Descumprida a oferta, cabível a tutela do adimplemento na forma específica, visando o resultado prático correspondente (produto ou serviço exato àquele oferecido),⁵⁸³ ou, então, a tutela ressarcitória na forma específica, visando um resultado prático equivalente (produto ou serviço próximo daquele oferecido).⁵⁸⁴

“A regra do Código é ‘prometeu, cumpriu’. Mas, e se o fornecedor recusar o cumprimento da sua oferta ou publicidade? Ou se, ainda com o mesmo resultado, não tiver condições de cumprir o que prometeu? A resposta parcial está no art. 35: o consumidor pode escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo...”⁵⁸⁵ “A conseqüência para o inadimplemento da obrigação de fazer derivada dessas manifestações de vontade não é a resolução em perdas e danos, mas sim, como regra, o cumprimento forçado da obrigação, por meio de execução específica.”⁵⁸⁶

Assume especial relevância a oferta publicitária de planos de saúde, cada vez mais

⁵⁸⁰ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 215.

⁵⁸¹ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 224.

⁵⁸² Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 237-238.

⁵⁸³ Cf. art. 35, I, do CDC: “exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.”

⁵⁸⁴ Cf. art. 35, II, do CDC. “aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente”.

⁵⁸⁵ Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Código Brasileiro*, cit., p. 215-216.

⁵⁸⁶ Cf. Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro*, cit., p. 389. No mesmo sentido, Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, São Paulo: RT, 1997, p. 310.

agressiva, inclusive mediante envio de mensagens eletrônicas.⁵⁸⁷

Já consideramos que as operadoras de planos privados de saúde não tem tido interesse nos planos individuais e familiares, justamente porque esses tipos contratuais submetem-se à rígido controle de reajuste anual de mensalidades pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Contudo, vez por outra realizam campanha publicitária – inclusive na *internet* –⁵⁸⁸ sem fazer qualquer referência a esse ou aquele plano.

É o quanto basta para que se vejam vinculadas a contratar todos os tipos contratuais que estejam operando, dos mais acessíveis aos que cubram maior número de riscos, e que sejam diversos do plano-referência, que, como já vimos, é obrigatório por lei, independentemente de oferta.⁵⁸⁹

Referidos tipos contratuais, diversos do plano-referência, são informados obrigatoriamente pela operadora à ANS,⁵⁹⁰ bastando que o consumidor individual ou o órgão de defesa do consumidor requisite tais dados, objetivando instruir a demanda judicial.

Tratando-se de vontade declarada na oferta, evidentemente que é descabida a tutela específica clássica de emissão de declaração de vontade prevista nos arts. 639 e 641 do CPC, incidindo na espécie o art. 84 do CDC.⁵⁹¹ Note-se, inclusive, que o fornecedor não tem direito de arrependimento nas relações de consumo, mas apenas o consumidor.⁵⁹²

A tutela do adimplemento na forma específica tanto pode ser conjugada com a técnica mandamental (ordem de contratar sob pena de multa diária), quanto com a técnica executiva *lato sensu* (ordem de contratar mediante nomeação de interventor judicial para a prática dos atos materiais necessários), sem prejuízo das sanções criminais cabíveis para uma ou outra hipótese.

⁵⁸⁷ É notória a oferta eletrônica agressiva de planos privados de saúde mediante *e-mails*, com explicitação de preços mínimos, percentual de descontos, promessas de prazos de carência reduzidos, fornecimento domiciliar de medicamentos, cobertura de transplantes, inclusive com solicitação de realização de orçamentos *on-line*. Todos esses dados vinculam o proponente, nos termos do art. 35, I, do CDC.

⁵⁸⁸ Além das mensagens eletrônicas, por si só vinculantes, há também as páginas eletrônicas de domínio de tais operadoras policitantes, cuja campanha publicitária é permanente e com custos muito mais baixos para o fornecedor.

⁵⁸⁹ Cf. item 8.2.1.1.2 *supra*.

⁵⁹⁰ Cf. art. 8º, II, da Lei nº 9.656/98, com as alterações impostas pela Medida Provisória nº 2.177-44. “Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venha a ser determinados pela ANS: II – descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros.”

⁵⁹¹ Cf. Nelson Nery Júnior, Código Brasileiro, cit., p. 390.

⁵⁹² Cf. art. 49 do CDC.

8.2.1.4.3. A tutela do adimplemento na forma específica e o adimplemento imperfeito da obrigação contratual.

O adimplemento imperfeito consubstancia-se na execução do contrato, porém em desconformidade com o tempo, modo ou lugar avençado.⁵⁹³ Nas relações de consumo, assumem especial relevância a execução dos serviços médico-hospitalares contratados com ou sem plano de saúde (art. 20, I, do CDC). Havendo vício de qualidade por inadequação do serviço, o usuário tem direito à reexecução do serviço. Tal situação se enquadra na tutela do adimplemento na forma específica e não se confunde com os vícios de qualidade por insegurança do serviço (art. 14 do CDC), os quais também admitem tal reexecução, contudo no plano da tutela ressarcitória na forma específica.

É que, como já dito, a tutela do adimplemento na forma específica não é voltada contra o dano, relacionando-se *fundamentalmente* com a adequação do serviço segundo os fins legitimamente esperados, diante da hipótese de adimplemento imperfeito.⁵⁹⁴

A responsabilidade do profissional contratado, a despeito da omissão do CDC, é subjetiva, fundada na culpa, por analogia do disposto no art. 14, § 4º, do CDC.⁵⁹⁵ Se o serviço impróprio foi executado nas dependências de estabelecimento hospitalar, haverá solidariedade com o profissional, não sendo cabível a cobrança de qualquer custo adicional para a reexecução do serviço.⁵⁹⁶ Note-se que a responsabilidade do estabelecimento hospitalar é objetiva, sem prejuízo do direito de regresso contra o profissional. A lógica do microsistema do CDC é facilitar a defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, VIII).

Não nos convence a tese no sentido de que o consumidor somente pode responsabilizar o hospital, uma vez comprovada a culpa do profissional.⁵⁹⁷ Tal entendimento dificulta a defesa

⁵⁹³ Cf. Agostinho Alvim, Da inexecução, cit., p. 11.

⁵⁹⁴ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, p. 104-108; tb. Alvaro Lima, A responsabilidade civil pelo fato de outrem, cit., p. 218, pelo qual “por meio da execução forçada em forma específica, pode-se conseguir, em certos casos, o próprio objeto da prestação devida, no caso de inadimplemento do contrato, ou seja, de responsabilidade contratual.”

⁵⁹⁵ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, p. 106.

⁵⁹⁶ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, p. 105. V. arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC.

⁵⁹⁷ Assim, em termos. porque tratando de acidente de consumo, Miguel Kfoury Neto, Responsabilidade civil, cit., p. 181. Tal entendimento é correto para a responsabilidade presumida do comitente pelo ato culposo do preposto, cf. Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal. Cf. Alvaro Lima, “A responsabilidade do comitente pressupõe, pois, em regra, a culpabilidade do autor do dano. Cumpre, no entanto, observar que, embora a responsabilidade do comitente dependa da responsabilidade do preposto, na forma exposta, nem por isso a

dos direitos do consumidor. Para que haja facilitação da defesa dos direitos do consumidor, a solidariedade passiva deve comportar a possibilidade de prestação do serviço integralmente às custas de quaisquer dos devedores solidários, sem prejuízo do direito de regresso na proporção da quota que lhe incumbe (cf. art. 283 do Código Civil de 2002).⁵⁹⁸ Assim, por exemplo, se a reexecução do serviço foi prestada por terceiro,⁵⁹⁹ caberá ao estabelecimento hospitalar, uma vez tendo arcado com os honorários, buscar o direito de regresso em face do primitivo profissional, excluídas as despesas com diárias hospitalares e medicamentos.

Igualmente não nos convence a opinião no sentido de que a responsabilidade do hospital não é objetiva, mas fundada na culpa presumida *jure et de jure*.⁶⁰⁰ A presunção absoluta de culpa não tem sentido algum e nada mais é do que responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco.⁶⁰¹ O resultado, contudo, é o mesmo: “*Descabida, por conseguinte, prova, em contrário, de diligência (mesmo que extremada) por parte do fornecedor.*”⁶⁰²

Tratando-se de reexecução do serviço prestado por profissional liberal credenciado por operadora de plano privado de saúde, com maior razão incumbirá à tal operadora arcar com todos os custos, inclusive hospitalares, sendo, igualmente, objetiva a sua responsabilidade.

Hipótese muito comum é aquela relacionada à cirurgia plástica corretiva de caráter estritamente estético, onde não paira qualquer dúvida no sentido de que se trata de obrigação de resultado – ônus da prova invertido *ope iudicis*, pois há presunção de culpa segundo a doutrina.⁶⁰³

responsabilidade daquele é subsidiária; trata-se de uma responsabilidade indireta, conferindo à vítima o direito de agir contra o comitente ou contra este e o preposto.” Contudo, tal situação é em tudo diversa daquelas ocorrentes nas relações de consumo em geral. Note-se, ademais, que a relação entre estabelecimento hospitalar e o profissional liberal, mesmo antes do CDC, já era considerada de forma diferenciada na doutrina civilista, cf. Alvino Lima, *A responsabilidade civil*, cit., p. 67 *et seq.*: “Segundo a lição de Trimarchi existem hipóteses em que o preposto não se acha subordinado ao comitente, dele não recebe ordens ou instruções, nem se acha sob a dependência do mesmo. A despeito da ausência de subordinação, a relação de subordinação ou dependência pode realmente existir... o cirurgião estipendiado por um hospital para fazer determinadas operações não recebe ordens e instruções como deva operar...”.

⁵⁹⁸ Nesse sentido Alvino Lima, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, cit., p. 74, com nota de atualização de Nelson Nery Júnior.

⁵⁹⁹ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 107; Theresa Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 157-158; Adolfo di Majo, *La tutela civile*, cit., p. 229.

⁶⁰⁰ Assim, Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 106.

⁶⁰¹ Cf. Alvino Lima, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, 2ª, São Paulo: RT, 2000, p. 345.

⁶⁰² Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 106; a única defesa oponível é de caso fortuito externo, cf. Alvino Lima, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, cit., p. 344.

⁶⁰³ “... a cirurgia de caráter estritamente estético, na qual o paciente visa a tornar seu nariz, p. ex. – que de modo algum destoa da harmonia de suas feições – ainda mais formoso, considerando, por vezes, um modelo ideal de beleza estética. Neste caso, onde se expõe o paciente a riscos de certa gravidade, o médico se obriga a

Evidentemente que quando não seja mais possível a reexecução do serviço objetivando o resultado prático correspondente à obrigação de resultado legitimamente esperado pelo usuário, outro não será o caminho senão a tutela ressarcitória. Contudo, se for possível reexecutar o serviço visando o adimplemento do contrato, tal direito vem assegurado pelo CDC, sendo natural que o consumidor prefira submeter-se a um outro profissional, às custas do profissional anteriormente contratado em solidariedade com a clínica ou o hospital onde o ato foi realizado.

Outro exemplo em que a obrigação é de resultado, relaciona-se com exames laboratoriais supervisionados por profissionais liberais e geralmente cobertos por planos privados de saúde.⁶⁰⁴ A má-execução do serviço conduz ao direito de sua reexecução, inclusive por um terceiro, ainda que não credenciado pela operadora, em sendo o caso. Em nosso sentir, tratando-se de prestação de serviços envolvendo a saúde humana, é direito do usuário a indicação do terceiro, às custas do fornecedor do serviço impróprio.

Em se tratando de obrigação de meio, para que seja possível a reexecução, é necessário que se demonstre que o profissional descurou do *estado da arte*, faltando com o dever normal de diligência, frustrando as legítimas expectativas, sem contudo ter causado danos – ônus da prova do consumidor.

Percebe-se, portanto, que, no caso de adimplemento imperfeito, a tutela do adimplemento da forma específica é geralmente conjugada com a tutela executiva *lato sensu*, de sua vez assistida por técnicas de sub-rogação⁶⁰⁵ (nomeação judicial de terceiro indicado pelo consumidor). Trata-se de medida necessária permitida pelo art. 84, § 5º, do CDC.

Relativamente ao custo, pode ser *mais oneroso* que a primeira intervenção ou prestação de serviço objeto da reexecução, desde que “economicamente viável”.⁶⁰⁶ Vale dizer, o que a doutrina não tem admitido é que seja *excessivamente oneroso*, situação bem diversa.⁶⁰⁷ Assim,

um resultado determinado e se submete à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção (a jurisprudência alienígena registra caso de cirurgia que, no propósito de corrigir a linha do nariz, terminou por amputar parte do órgão)”. Cf. Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 166.

⁶⁰⁴ “Há uma série de especialidades cuja finalidade específica não é a cura direta do enfermo; constituem, antes, meios auxiliares para se alcançar tal objetivo. Os médicos especialistas em Análises Clínicas, Bioquímica e Radiologia, p. ex., assumem obrigação de resultado, sem que o exame, em si mesmo, conduza à cura”, cf. Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil*, cit., p. 160.

⁶⁰⁵ Conforme a corrente doutrinária, chama-se de técnica de coerção direta.

⁶⁰⁶ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., 106.

⁶⁰⁷ Cf. Adolfo Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 230, muito embora tratando de acidente de consumo. Voltamos ao assunto no item 8.2.2.1 *infra*.

no exemplo da cirurgia plástica corretiva estética, é óbvio que o usuário não poderá indicar um profissional famoso do país ou do exterior, em vista de que os custos serão excessivamente superiores aos praticados no mercado. Contudo, se o profissional anteriormente contratado praticou preços superiores ao de mercado, nada impede a indicação de um terceiro nos mesmos padrões financeiros. A excessiva onerosidade há de ser mensurada sempre a partir dos custos do serviço impróprio que se pretende reexecutar, sem prejuízo de outras peculiaridades que o caso concreto possa vir a apresentar.

8.2.2 A tutela ressarcitória na forma específica.

Analisamos, até aqui, as formas de tutela específica com função preventiva do ilícito ou do inadimplemento, cujo objeto da prestação aspira o ideal da máxima coincidência possível, isto é, um resultado prático correspondente, sem nenhuma relação com dano ou a culpa (tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela preventiva executiva e tutela do adimplemento na forma específica), ressalvada a hipótese de incidência de responsabilidade subjetiva (tutela do adimplemento imperfeito no fornecimento do serviço pelo profissional liberal).

Mas situações há em que a tutela específica pode ter função repressiva do dano. Como a sociedade de consumo está exposta à riscos inevitáveis,⁶⁰⁸ cujos exemplos marcantes são o da colocação no mercado de produtos ou serviços com periculosidade inerente (art. 8º) e de produtos ou serviços cujo desenvolvimento da ciência é limitado sobre o seu alto grau de nocividade à saúde, só descoberto posteriormente à sua colocação no mercado (art. 10, § 1º),⁶⁰⁹ é óbvio que não há como impedir, de forma absoluta, que danos à saúde humana

⁶⁰⁸ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 47: “De fato, se os riscos ‘normais e previsíveis’ são inerentes à sociedade de consumo, também o são os vícios de qualidade por insegurança. A produção em massa é incapaz de criar produtos e serviços completamente isento de defeitos. Os bens de consumo modernos, se por um lado oferecem crescente conforto e inovação, por outro aumentam, na mesma ou em maior proporção, seus riscos, como decorrência natural de sua progressiva complexidade, assim como de sua quantidade e multiplicidade no mercado.”

⁶⁰⁹ Trata-se do chamado *risco de desenvolvimento*, em face do qual, ao par do cabimento da tutela de remoção do ilícito, é ainda cabível a tutela ressarcitória na forma específica, mesmo que haja informação ao público. Para Antônio Herman V. Benjamin “O Código não incluiu, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que – em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço – eram desconhecidos e imprevisíveis... Define-se risco de desenvolvimento como sendo *aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço*”, cf. *Comentários*, cit., p. 67. Favoravelmente à responsabilização do fabricante também é a opinião de José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, São Paulo: RT, 1992,

possam vir a ocorrer. Nesse contexto, o dever de reparar ou não o dano está diretamente ligado à noção geral de expectativa legítima do consumidor e ao princípio geral da segurança dos bens de consumo.

“Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida. A periculosidade integra a zona da *expectativa legítima* (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um *objetivo* e outro *subjetivo*. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança. Uma obrigação abrangente como a estampada no princípio geral da segurança dos bens de consumo há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato. O legislador busca, então, com os olhos voltados para a realidade do mercado de consumo, delimitar as fronteiras desse princípio geral. Daí que a periculosidade inerente,

p. 72-73. Em sentido contrário, cf. James Marins, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: RT, 1993, p. 137; tb. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 121. No caso brasileiro, Amartya Sen considera que, se por um lado tem havido elevado índice de crescimento econômico, por outro tem-se descuidado com o setor de saúde e educação, com reflexos nos baixos índices de duração e qualidade de vida: “Por diversas razões históricas, como a ênfase na educação elementar e na assistência básica à saúde, além da conclusão de reformas agrárias eficazes no início do processo, a ampla participação econômica foi mais fácil de obter em muitas das economias do Leste e Sudeste Asiático de um modo que não foi possível, digamos, no Brasil, Índia ou Paquistão, onde a criação de oportunidades sociais tem sido muito mais lenta, tornando-se assim uma barreira para o desenvolvimento econômico. A expansão de oportunidades sociais serviu para facilitar o desenvolvimento econômico com alto nível de emprego, criando também circunstâncias favoráveis para a redução das taxas de mortalidade e para o aumento da expectativa de vida. O contraste é nítido com outros países de crescimento elevado – como o Brasil – que apresentaram um crescimento do PNB per capita quase comparável, mas também têm uma longa história de grave desigualdade social, desemprego e descaso com o serviço público de saúde. As realizações dessas outras economias de crescimento elevado no que diz respeito à longevidade têm aparecido com lentidão bem maior. Existem aqui dos contrastes interessantes – e inter-relacionados: 1) para economia de crescimento econômico elevado, o contraste entre: 1.1) as com grande êxito no aumento da duração e qualidade de vida (como Coréia do Sul e Taiwan), e 1.2) as sem um êxito comparável nesses outros campos (como o Brasil). 2) para economias com grande êxito no aumento da duração e qualidade de vida, o contraste entre 2.1) as com grande êxito em termos de elevado crescimento econômico (como Coréia do Sul e Taiwan), e 2.2) as sem muito êxito na obtenção de elevando crescimento econômico (como Sri Lanka, China pré-reforma, o Estado indiano de Kerala)”, cf. Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, São

raramente dá causa à responsabilidade do fornecedor. Esta é consequência natural da periculosidade adquirida (e também da exagerada). isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores. Na determinação do que é e do que não é perigoso, os tribunais têm um grande papel a desempenhar.⁶¹⁰

Os defeitos de concepção, prestação, fabricação, comercialização,⁶¹¹ de informação publicitária, ou mais genericamente,⁶¹² os vícios de quantidade, os vícios de qualidade por inadequação do produto ou serviço⁶¹³ e os vícios de qualidade por insegurança do produto ou serviço, são circunstâncias das relações de consumo que podem ocasionar acidentes de consumo,⁶¹⁴ e, portanto, a chamada responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, imputável, conforme o caso, ao fabricante, ao prestador de serviço, ao fornecedor *lato sensu*, enfim.

Já afirmamos que os direitos não patrimoniais, como o direito à saúde humana, são valores essenciais que estão *fora do comércio jurídico* e, portanto, não tem valor econômico mensurável em pecúnia. É inconcebível a alocação (*rectius*: expropriação) do direito absoluto à saúde, inerente que é à dignidade da pessoa humana, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro por parte do causador do dano. Por isso, mesmo no caso de danos consumados à saúde, há uma prioridade natural, lógica e jurídica da tutela ressarcitória na forma específica

Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 62-63; v. tb. Amartya Sen, *Desigualdade reexaminada*, Rio de Janeiro: Record, 2001.

⁶¹⁰ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 48.

⁶¹¹ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 79.

⁶¹² Sobre tal (im)precisão terminológica do Título I, Capítulo IV, Seções I, II e III, do CDC, cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 81. “A denominação da Seção III – vício do produto e do serviço – não deixa de conter uma certa imprecisão. Ora, ‘vício do produto e do serviço’ é termo amplo que se refere a qualquer irregularidade na qualidade ou quantidade dos bens de consumo. E, na Seção III, o legislador cogita somente de parte deste todo maior. Realmente, tanto a Seção III como a Seção II (e, de certo modo, até a Seção I) cuidam da ‘responsabilidade por vício do produto e do serviço’. Só que, enquanto a Seção II trata dos vícios de qualidade por insegurança, a Seção III, ao revés, regra, fundamentalmente, os vícios de qualidade por inadequação e os vícios de quantidade. Em outras palavras: a epígrafe da Seção III, da maneira como está redigida, é gênero do qual fazem parte três espécies, isto é, os vícios de qualidade por insegurança, os vícios de qualidade por inadequação e os vícios de quantidade. Só que apenas estes dois últimos são por ela regrados, enquanto os vícios de qualidade por insegurança são tratados nas Seções I e II.”

⁶¹³ “... depreende-se da sistemática do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, então, que o fato do produto ou serviço, muitas vezes, está potencializado no vício, podendo ou não vir a se concretizar”, cf. Thereza Alvim. *Código do Consumidor Comentado*, 2ª, São Paulo: RT, 1995, p. 150.

⁶¹⁴ Isto é, podem gerar responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, ou, mais tecnicamente, responsabilidade pelo vício de qualidade por insegurança do produto ou do serviço, com particular relevância aos danos biológicos. isto é, à incolumidade físico-psíquica do consumidor, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 43-81. Os vícios de qualidade por insegurança podem ser definidos “*como sendo a*

sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário. Naturalmente que isso pressupõe um dano à saúde ainda reparável, portanto possível e desde que por isso opte o lesado.

Para que possamos analisar o cabimento (tão combatido) da tutela ressarcitória na forma específica – que também poderíamos chamar de tutela reparatória na forma específica – como uma forma substancial de tutela específica, portanto inconfundível com a tradicional tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, devemos, antes, incursionar sobre alguns aspectos teóricos fundamentais.

Tais aspectos podem ser assim resumidos: *(i)* as externalidades negativas do mercado e a internalização dos custos sociais das relações de produção e de consumo; *(ii)* responsabilidade objetiva do fornecedor em geral, salvo a exceção do profissional liberal; *(iii)* solidariedade entre fornecedores; *(iv)* dano à saúde, não patrimonial; e *(v)* caso fortuito externo.

Isso feito, poderemos concluir pelo cabimento da tutela ressarcitória na forma específica, dando alguns exemplos de como pode ser efetivada tal forma de tutela específica, também fundada no art. 84 do CDC e, alguma vez, também no art. 83 do CDC.

8.2.2.1 As externalidades negativas do mercado e a internalização dos custos sociais das relações de produção e de consumo.

As *falhas do mercado*⁶¹⁵ produzem *externalidades*⁶¹⁶ *negativas* em diversos setores das relações sociais. É particularmente marcante, contudo, os danos biológicos suportados pelo ser humano na sociedade de consumo. Muita vez, o produto é potencialmente nocivo, porém comercializado com defeito informativo; ou, então, o produto é altamente nocivo, porém as limitações da ciência não impediram a sua colocação no mercado e conseqüente consumo humano. O mesmo ocorre com os serviços assistenciais à saúde, e os exemplos poderiam multiplicar-se.

“Externalidades negativas – Um ponto essencial é este: não se trata ... de uma ação delituosa ou ilegal por parte dos causadores dos custos. Eles exercem-na dentro das regras do jogo do mercado... O efeito externo verifica-se quando o arcabouço legal se mostra incapacitado a identificar e a atribuir tais custos

desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo.” Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 46.

⁶¹⁵ Chamadas de *market failures*, *fallimenti del mercato* ou *insufficienza del mercato*.

adequadamente. O sinal dos preços (custos) continua falhando. Mas eles, custos, não deixam de existir por causa disto e recaem sobre terceiros determinados ou indeterminados. Por essa razão, esse tipo de externalidade é chamado custo externo ou custo social, conforme identificáveis ou não aqueles que lhe sofrem os efeitos. Assim, quando as externalidades redundam em algum custo para alguém são chamadas negativas; quando beneficiam alguém são chamadas positivas. Outro nome utilizado é economias ou deseconomias externas, conforme se trate de benefício ou de custo incidindo sobre terceiros. Não é apenas, porém, no campo da poluição ambiental que surgem as externalidades negativas. Elas estão por toda a parte...”⁶¹⁷

O princípio do poluidor-pagador encontra similar nas relações de consumo: poderíamos chamar de princípio do fornecedor-pagador. Note-se, contudo, que em se tratando de direitos não patrimoniais, especialmente o direito à saúde, não é possível sua alocação em vista de que não têm um preço de mercado. Quanto custa a redução de determinado sentido, membro ou função decorrente do consumo de um produto nocivo ou perigoso ou, então, a deformidade estética decorrente de queimadura ou da negligência profissional durante uma cirurgia? O dano biológico simplesmente não tem valor de mercado e interessa ao lesado, prioritariamente, a restituição de sua integridade psico-física ao estado anterior ao da lesão praticada. É nesse sentido que se deve empregar o “princípio do fornecedor-pagador” e o resultado específico somente é possível por intermédio da tutela ressarcitória na forma específica, acolhida pelo art. 84 do CDC. Em outras palavras, o fornecedor deve arcar com os custos da *restituição* e não com a mera *compensação* monetária (*restitution v. compensation*).⁶¹⁸

É por essa razão que no sistema do CDC houve superação dos efeitos da relação jurídica somente às partes contratantes,⁶¹⁹ para considerarem-se consumidores todas as vítimas do evento (*bystander*).⁶²⁰ Disso também decorre a unificação da responsabilidade contratual e extracontratual nas relações de consumo. E foi sábio o CDC ao permitir a internalização de

⁶¹⁶ Chamadas de *externalities. le esternalità*.

⁶¹⁷ Cf. Fábio Nusdeo, *Curso de economia. Introdução ao Direito Econômico*, cit., p. 153-154.

⁶¹⁸ “Não é por acaso... que a tais formas diversas de dano faça referência a doutrina alemã, distinguindo uma forma de dano chamado ‘real’ e/ou ‘concreto’ (dano à pessoa ou às coisas) em relação ao dano entendido como uma mera diferença patrimonial negativa... Por reparação *in natura* entende-se a remoção das conseqüências da primeira forma de dano, enquanto com o ressarcimento pelo equivalente entende-se como relacionado à segunda. De semelhante dualismo, induzido pela distinção *Compensation-Restitution* (ao lado daquela entre dano patrimonial e não patrimonial), refere-se outra corrente doutrinária”, cf. Adolfo di Majo, *La tutela civile*, cit., p. 229.

⁶¹⁹ Cf. Fábio Konder Comparato, *A proteção do consumidor*, cit., p. 100.

⁶²⁰ Cf. art. 17 do CDC: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

tais custos sociais das externalidades negativas do mercado, que vinham sendo suportadas por um número indeterminado de pessoas, por intermédio de seu repasse, preferencialmente ao fabricante de produtos e à pessoa jurídica fornecedora de serviços.

É preciso que se entenda tais mecanismos microeconômicos e seu tratamento jurídico dado pelo CDC, para que se possa remediar a sujeição de tais custos sociais neste ou naquele consumidor pessoa física. Trata-se de questão de justiça econômica distributiva. O preconceito doutrinário existente a esse respeito não tem nenhuma razão de ser e revela, antes, uma incompreensão da necessidade da própria subsistência da lógica de mercado, para aqueles partidários de tal modelo de criação e distribuição de riquezas na sociedade.⁶²¹

Quanto mais incontidas as externalidades negativas, maiores danos à saúde serão causados e, de conseqüência, maior será a taxa de inválidos improdutivos pensionados pelo Estado, a exigir aumento de tributos, de sua vez repassados aos preços finais dos produtos e serviços e assim sucessivamente. Já que o repasse de custos ao preço final é inevitável, segundo a lógica de mercado, melhor que seja decorrente da internalização dos custos sociais com acidentes de consumo, por força da reintegração da saúde dos consumidores, antes que do patrocínio estatal de seres inválidos e definitivamente marginalizados em sua condição humana.

“A internalização dos custos sociais da atividade produtiva – Também é notório o desconhecimento, no sistema dos vícios redibitórios, da questão econômica afeita à idéia de reparação do consumidor (a internalização dos custos sociais da produção). Em conseqüência, vale a regra de que ... a indenização das perdas e danos do consumidor só é devida quando o fornecedor estiver de má-fé. Ora, não é o consumidor, individualmente considerado (nem, tampouco, só o vendedor-direto), que deve suportar os custos sociais da produção em massa. São prejuízos que necessitam de uma repartição entre todos os outros sujeitos do mercado. E só os fornecedores, particularmente o fabricante, têm condições de pulverizá-los, indenizando o consumidor-vítima e incorporando no produto ou serviço o valor pago.” Discorrendo sobre a alocação dos riscos de desenvolvimento, o mesmo autor arremata: “... a exigência moderna é no sentido de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo arque sozinho com os seus prejuízos ou fique sem indenização. Todos os beneficiários da sociedade de consumo – os outros consumidores – devem repartir tais prejuízos. E isso é possível apenas através da responsabilização do fornecedor a quem incumbe, por mecanismos de preço, proceder à internalização dos custos sociais (externos) dos danos. Informando todas essas objeções à exclusão dos vícios de desenvolvimento, paira uma razão de justiça distributiva, sistema

⁶²¹ Cf. C. B. Machperson, *Ascensão e queda da justiça econômica*, cit., p. 35: “Resumindo, pois, o conceito de justiça econômica parece fadado a não ter vida muito longa. Ele resistirá ainda por algumas décadas nos países

este baseado na necessidade de correção dos efeitos do processo de produção e consumo em massa, repartindo-se, de maneira mais equitativa, os riscos inerentes à sociedade de consumo através de sua canalização até o seu criador inicial e às seguradoras. O que não se admite é despejar esses enormes riscos – e conseqüentes sacrifícios – nos ombros do consumidor individual.”⁶²²

Note-se que quanto menos se internaliza os custos sociais da produção, por intermédio do ressarcimento na forma específica dos danos biológicos decorrentes de acidentes de consumo, mais aumentam os lucros e a concentração de capital nas mãos de poucos agentes de mercado, o que deriva injustiça comutativa na fixação dos preços nos setores de mercado não são controlados pelo Estado. Já verificamos no curso desta investigação que apenas dois setores ligados ao fornecimento de produtos e serviços à saúde humana são objeto de controle estatal de preços: medicamentos e planos privados de saúde individual e familiar. Todos os demais setores de risco à saúde têm seus preços fixados pela *mão invisível* do mercado.

Os países de capitalismo dependente, como é o caso brasileiro, também precisam de preços competitivos no mercado internacional.

Tudo isso pode ser *otimizado*, desde que se aceite a tutela ressarcitória na forma específica, que implica, sim, em custos muito maiores para o fabricante ou fornecedor que o mero ressarcimento pelo equivalente monetário. No entanto, tais custos sociais, na medida em que são repassados ao preço final ofertado nas relações de consumo, não são suportados pelo fabricante ou pelo fornecedor. Logo, trata-se de uma aporia falsa dizer-se que pode haver onerosidade para tais agentes de mercado. A *excessiva* onerosidade, enquanto economicamente inviável na perspectiva aqui tratada, deve ser entendida, por exemplo, como aquela conducente a um estado falimentar da empresa. Fora de situações similares, tais custos, ainda que onerosos, devem ser repassados, tanto quanto possível, às relações de produção.

“Aporias e inconvenientes do sistema descrito podem ser consideradas onde precisamente a reparação *in natura* advenha por intermédio da transferência dos custos (da reintegração) ao responsável, custos que poderão ser superiores à entidade do dano patrimonialmente ressarcível. É o caso em que, em uma obra de recuperação de um casco de navio submerso no abismo por culpa de outrem, as despesas suportadas pelo proprietário para a resgate (além da reparação) tenham superado em muito o valor comercial do casco do

capitalistas (e por mais tempo no Terceiro Mundo), até vir a ser totalmente subjugado por um Estado totalitário ou corporativista, ou substituído em uma nova sociedade por um conceito superior de realização humana.”

⁶²² Cf. Antonio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 69.

navio ou que, no caso de dano à pessoa física (rigidez da articulação de um membro), o responsável tenha rejeitado assumir o ônus de uma operação muito custosa, declarando-se, ao invés, disposto a ressarcir o dano não patrimonial respectivo. Tem-se indagado se em tais hipóteses o responsável pelo dano possa solicitar o ressarcimento do dano em vez de suportar os custos “excessivamente onerosos” da reparação *in natura*.... [O] código (art. 2.058, parágrafo segundo) faz referência, como limite à reparação *in natura*, a uma reintegração “excessivamente onerosa” para o devedor (e analogamente o código alemão, no art. 251, parágrafo segundo, do BGB), o que deveria pressupor que o custo da reparação possa também ultrapassar, desde que não em forma excessivamente onerosa, a entidade do dano patrimonialmente ressarcível... Com referência à casuística acima proposta, um Autor (MEDICUS, Naturalrestitution und Geldersatz, p. 450) é da opinião que, no caso da recuperação do casco do navio, o risco (do custo superior ao ressarcimento) deva ser suportado pelo causador do dano, como é seguramente ele que o suportaria onde a reparação *in natura* fosse realizada na sua esfera de controle (isto é, especialmente quando a entidade de tal custo surgisse somente no momento da conclusão da obra e não antes). É verdade, por outro lado, que onde tal custo excessivo surja *a priori*, o responsável pelo dano poderá valer-se da exceção ‘da excessiva onerosidade’... Realmente, tal exceção deveria valer não só no caso em que a reparação *in natura* seja materialmente realizada pelo responsável mas (e com maior razão) também quando somente os custos estejam a seu encargo. A solução pode parecer pouco persuasiva pelo seu excessivo empirismo. Para o direito italiano pode fazer-se útil referência à estrutura do remédio (art. 2058), *que é de formação judicial* (diferentemente daquele por equivalente), onde, todavia, sempre o juiz é quem deve valorar se o custo da reparação *in natura* se torne ‘excessivamente oneroso’ para o devedor, considerando-se as peculiaridades do caso, não podendo, de qualquer maneira e uma vez que o lesado tenha providenciado por si a tal reparação, pretender atribuir tal custo a título de ‘dano ressarcível’ ao responsável, porque contra tal situação haveria como obstáculo precisamente o remédio pré-escolhido e que não é aquele ressarcitório [pelo equivalente monetário], visto que o ‘custo’ não equívale automaticamente ao ‘dano ressarcível’. Quanto ao caso do dano à pessoa (rigidez da articulação), no pressuposto que se trata de um dano não patrimonial, o lesado poderia exigir em abstrato a reparação *in natura* e, portanto, também os custos para uma eventual operação.”⁶²³

8.2.2.2 A responsabilidade objetiva do fornecedor e a exceção do profissional liberal. Hipóteses de solidariedade passiva.

No que se refere à responsabilidade do fornecedor por vício de qualidade por insegurança do produto ou serviço, dúvida não há quanto ao acolhimento da teoria do risco no

⁶²³ Cf. Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 229-231.

microsistema do CDC.⁶²⁴

Uma das raras hipóteses em que a responsabilidade do fornecedor ainda é subjetiva, relaciona-se com os profissionais liberais (médicos, dentistas, farmacêuticos, bioquímicos, geneticistas, enfermeiros etc.), cf. art. 14, § 4º, do CDC.⁶²⁵

Devido à unificação da responsabilidade civil nas relações de consumo, pode ocorrer de o fornecimento fundado em relação contratual ocasionar não só adimplemento imperfeito (incidente de consumo – vício do produto ou serviço) mas também dano biológico (acidente de consumo – fato do produto ou serviço).

A facilitação da defesa dos direitos do consumidor também encontra notável acolhimento no microsistema do CDC, naquilo que se refere à superação do chamado princípio da relatividade dos contratos, já referido.

Segundo a dicção do art. 12 do CDC, são responsáveis o fabricante, o construtor, o produtor e o importador no caso de acidente pelo fato do produto. Os laboratórios são considerados fabricantes de medicamentos que, quando importados, impõe a responsabilidade direta do importador. O distribuidor atacadista e o distribuidor varejista (comerciante) somente se responsabilizam diretamente nos casos do art. 13 do CDC, muito embora possam ser também responsabilizados solidariamente com os demais fornecedores, nos casos do art. 12, assegurado o direito de regresso (parágrafo único do art. 13).⁶²⁶ Trata-se de facilitar a defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, VIII).

Cuidando-se de acidente de consumo pelo fato do serviço, todo e qualquer fornecedor será responsabilizado solidariamente, inclusive as operadoras de planos privados de saúde, os estabelecimentos hospitalares e mesmo o profissional liberal.

⁶²⁴ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, Comentários, cit., p. 57. Os arts. 12 e 14 do CDC são claros no sentido de que a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço independe de culpa. Note-se que o Código Civil Brasileiro de 2002, seguindo a tendência da sociedade de risco, estabelece no parágrafo único do art. 927 que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” O art. 931 vem redigido no mesmo sentido: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

⁶²⁵ Note-se que há estabelecimentos hospitalares, clínicas e profissionais liberais que atuam em relações civis envolvendo direitos da personalidade, como por exemplo as questões bioéticas e a medicina de transplante de órgãos – cf. arts. 11 a 15 e arts. 948 a 951 do Código Civil brasileiro de 2002. A forma de tutela ressarcitória prevista para tais relações civis não se aplica às relações de consumo, norma especial, cf. arts. 931 e 2037 do Código Civil brasileiro de 2002.

⁶²⁶ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, Comentários, cit., p. 55, 71, 73.

Tratando-se de acidente de consumo derivado de anúncio publicitário com defeito de informação, o fornecedor é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (arts.31 e 34).⁶²⁷ Há a exceção dos produtos industriais, onde somente o fabricante responde (art. 8º, parágrafo único).⁶²⁸

Tirante essas peculiaridades, a regra geral em matéria de responsabilidade objetiva decorrente de vícios de qualidade por insegurança do produto ou serviço é a da solidariedade entre os fornecedores *lato sensu* (arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC).

Além do que já se disse à respeito da solidariedade entre fornecedores de produtos e serviços médico-hospitalares,⁶²⁹ há que se insistir num ponto: a relação de preposição entre estabelecimento hospitalar e o profissional liberal é diferenciada das demais existentes entre o comitente e seus prepostos.⁶³⁰ Isso é de particular interesse para que não haja confusão entre o fato culposo do terceiro, enquanto caso fortuito externo (art. 14, § 3º, II, do CDC), e o fato culposo do preposto, enquanto caso fortuito interno à organização do estabelecimento hospitalar. Se o preposto não se confunde com o terceiro, somente quando relação de subordinação não houver é que pode o estabelecimento hospitalar eximir-se de responsabilidade. O preposto, quando culpado, responde solidariamente com o fornecedor. A culpa exclusiva do terceiro é causa eximente da responsabilidade do fornecedor.

8.2.2.3 Caso fortuito externo e causas excludentes de responsabilidade do fornecedor.

Questão da mais alta relevância é aquela relacionada com as causas excludentes de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. O chamado caso fortuito externo é o único que pode excluir a responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto ou do serviço, além

⁶²⁷ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, Código Brasileiro, cit., p. 234.

⁶²⁸ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, Código Brasileiro, cit, p. 231. Se o comerciante rompe a embalagem para a venda do produto, responde solidariamente, cf. Antônio Herman V. Benjamin, Código Brasileiro, cit, p. 232.

⁶²⁹ Cf. item 8.2.1.4.3 *supra*.

⁶³⁰ A relação entre estabelecimento hospitalar e o profissional liberal, mesmo antes do CDC, já era considerada de forma diferenciada pela doutrina civilista, cf. Alvinho Lima, A responsabilidade civil, cit., p. 67 *et seq*: “Segundo a lição de Trimarchi existem hipóteses em que o preposto não se acha subordinado ao comitente, dele não recebe ordens ou instruções, nem se acha sob a dependência do mesmo. A despeito da ausência de subordinação, a relação de subordinação ou dependência pode realmente existir... o cirurgião estipendiado por um hospital para fazer determinadas operações não recebe ordens e instruções como deva operar...”. O STJ já entendeu que as cooperativas médicas são solidariamente responsáveis pelo erro médico praticado por profissional associado, dentro ou fora de hospitais de sua propriedade, cf. Resp nº 309.760, 4ª Turma, rel. min. Aldir Passarinho Júnior.

da prova de que o fato não ocorreu ou de que inexistiu defeito no produto ou serviço.

Consideram-se hipóteses *numerus clausus* de caso fortuito externo, no microsistema do CDC, a culpa *exclusiva* do consumidor ou de terceiro. Afastada está a possibilidade de culpa *concorrente*.

Como se sabe, a teoria do risco vem ganhando cada vez mais espaço nos estatutos jurídicos de mercado que visam ordenar uma efetiva e adequada tutela dos hipossuficientes. No que se refere à sociedade de consumo, essa tutela está voltada em benefício da igualdade real dos consumidores, diante de sua vulnerabilidade nas relações de consumo decorrentes das externalidades, assim entendidas como falhas da lógica de mercado.

Por isso, quando o CDC trata das causas excludentes da responsabilidade dos fornecedores *lato sensu*, cuida de enumerar um rol taxativo: não colocação do produto no mercado, não prestação do serviço, inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Vislumbramos nesse rol as únicas causas que podem romper o nexo causal. Nem mais, nem menos. O ônus da prova, que é do fornecedor *lato sensu*, circunscreve-se a provar que o fato inexistiu ou que, se existente, se deve a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Provar que não colocou o produto no mercado ou que o defeito inexistiu significa demonstrar que o dano causado se deve a outra causa, estranha ao produto ou serviço do fornecedor réu na demanda. Ou seja, ainda que o consumidor tenha feito prova do dano, excluída fica a responsabilidade por falta de nexo causal, diante da prova de causa de exclusão feita pelo fornecedor.

Da mesma forma se o fornecedor provar que a culpa é exclusiva (não concorrente) do consumidor ou de terceiro. Isto é, mesmo que haja o fato do produto ou do serviço, não haverá responsabilidade do fornecedor por que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. Trata-se, em outras palavras, de caso fortuito externo, sinônimo de força maior.⁶³¹ Se, ao contrário, o fornecedor concorre com nexo de causalidade para o dano, haverá dever de reparação.

⁶³¹ “A força maior, portanto, é o fato externo que não se liga à pessoa, ou à empresa, por nenhum laço de conexão”, cf. Agostinho Alvim, Da inexecução, cit., p. 330. A distinção que se deve fazer é entre caso fortuito interno (excludente de responsabilidade subjetiva e objetiva) e caso fortuito externo (excludente de responsabilidade objetiva).

O legislador brasileiro optou por enumerar taxativa e exaustivamente que casos fortuitos podem excluir a responsabilidade do fornecedor, sendo, como é óbvio, *ope legis* do réu o ônus da prova desse fato impeditivo, e não somente em face da teoria do risco adotada expressamente pelo CDC. É dizer, em tema de caso fortuito, mesmo quando impera a teoria subjetiva, o ônus da prova sempre é do réu. Na verdade, o legislador, acolhendo a teoria do risco, fez opção pela restrição dos fatos impeditivos que podem ser alegados e provados pelo fornecedor. Não se afirme, portanto, que caberá ao juiz inverter ou não o ônus da prova do caso fortuito no caso concreto, valendo-se da regra geral do art. 6º, VIII, do CDC. A inversão *ope iudicis* do ônus da prova, no caso da responsabilidade decorrente de acidente de consumo, relaciona-se com o grau de verossimilhança da alegação da culpa quando o responsável for profissional, mas jamais com o tema do nexos causal (prova impossível para a parte vulnerável diante dos riscos da sociedade de consumo).

Portanto, somente a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro constituem caso fortuito excludente de responsabilidade. Nenhum outro se admite, pois não se adotou a teoria subjetiva em face do fabricante ou de outro fornecedor diverso do profissional de serviços, tampouco preferiu o legislador usar da fórmula vaga e indeterminada das expressões *caso fortuito ou força maior*, como é da tradição da codificação civilista. Aliás, deveras imprecisa.

Ora, segundo a doutrina, o caso fortuito pode ser interno ou externo. O caso fortuito externo nada mais é do que sinônimo de força maior. Se o CDC é categórico em estabelecer que *só* exclui-se a responsabilidade do fornecedor nos casos que enuncia, não há como admitir caso fortuito interno, qualquer que seja, para ter-se como rompido o nexos causal.

Assim, por exemplo, se o fabricante faz prova de que um medicamento por ele produzido, altamente nocivo à saúde ou potencialmente nocivo sem a informação devida, foi colocado no mercado em razão de furto ou roubo ocorrido no seu depósito, estaremos aí diante de um caso fortuito, certamente, porém *interno* à organização da empresa.

Se algum consumidor vier a sofrer danos biológicos ou morrer pelo fato do produto, responderá o fabricante, sendo descabida a tese de que incidiria a excludente de que não colocou o produto nocivo no mercado, pois omitiu-se na devida vigilância de seu depósito, por preposto seu. O fato é, antes de tudo, interno à fábrica. Por falta ou insuficiência de vigilância, houve furto ou roubo. E seria absurdo permitir ao fabricante a alegação e a prova da ausência de culpa de preposto seu, incumbido da vigília do depósito, porque então não estaríamos mais

diante de responsabilidade objetiva, mas diante de responsabilidade subjetiva, fundada na presunção *iuris tantum* de culpa. Não podemos confundir a responsabilidade do fabricante (objetiva, com rol limitado de causas excludentes) com a responsabilidade do profissional liberal que tem obrigação de resultado (subjetiva, fundada na culpa, com rol não limitado de causas excludentes). As situações são absolutamente distintas.

Esta conclusão, eminentemente jurídica, vem ainda reforçada pelo fundamento econômico das próprias normas jurídicas interpretadas (art. 12, § 3º, I, II e III; art. 14, § 3º, I e II, do CDC) .

É que o legislador brasileiro fez uma opção política de consumo no sentido de realizar justiça distributiva, não tendo qualquer sentido que a tão proclamada vulnerabilidade do consumidor (ou a sua família, em caso de morte) fosse convertida numa obrigação de ele ter de suportar, individualmente, enormes prejuízos decorrentes do acidente de consumo, somente porque o produto consumido “*não* teria sido colocado no mercado” pelo próprio fabricante, mas por aqueles que se apropriaram criminosamente do produto por falha de vigilância organizacional *interna* dos *prepostos* do fabricante (que, juridicamente, não são *terceiros* !). Tudo isso é absolutamente irrelevante para o consumidor. Ele consumiu um produto daquele fornecedor e em razão disso sofreu danos à sua saúde (ou à própria vida !), circunstância que não seria negada pelo próprio fornecedor. Isso é o que importa para fins de reparação dos danos ao consumidor. Entendeu o legislador no sentido de que os custos sociais do risco da atividade de produção devem ser *internalizados* na sociedade: como toda a sociedade de consumidores se beneficia com a produção, incumbe ao fabricante reparar o dano individual e repassar os custos ao preço final dos seus produtos. Ou, o que seria (quase) a mesma situação, pode o fabricante contratar seguro de responsabilidade (a chamada securitização do direito *privado*, que deveria ser obrigatória para o *setor* de saúde) e repassar os custos da apólice ao preço final: é que a seguradora reparará o dano e repassará os custos de sinistralidade para todos os segurados os quais, de sua vez, o repassarão para o custo final de seus produtos.

Se assim não fosse, haveria mais uma *externalidade negativa* (dentre tantas) no mercado: os custos seriam arcados exclusivamente pelo consumidor que sofreu o dano e não seria distribuído em toda a sociedade. Um outro exemplo: se o medicamento consumido era falsificado, inclusive quanto à procedência, evidentemente que aqui o fabricante não responderia. No caso, a responsabilidade seria do comerciante (art. 13, I, CDC), a quem

incumbiria a prova de que o produto não seria falsificado e, na verdade, procederia de determinado fabricante. Então, de duas uma: se o produto é falsificado, responde o comerciante; se não o é, responde o fabricante identificado na embalagem. O consumidor, vulnerável, jamais suportará individualmente pelos riscos do mercado e será indenizado. Essa é a racionalidade das regras de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço previstas no CDC brasileiro.

Do contrário, simplesmente estaríamos defendendo que o princípio da vulnerabilidade do consumidor seria apenas uma norma programática no CDC, dependente de regulamentação e, diante da lacuna, a permitir analogia *legis* com o sistema tradicional da responsabilidade fundada na clássica *teoria da culpa*, tal como herdada uma época em que a sociedade não conhecia a *indústria* tampouco a *tecnologia*.

8.2.2.4 O dano à saúde e o dano não patrimonial.

São direitos básicos do consumidor, dentre outros: (i) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (ii) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; e (iii) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos.⁶³²

Os danos à saúde humana – *res extra commercium* – obviamente não tem conteúdo patrimonial, dado que é um bem fora do comércio jurídico. Surge, então, o problema do seu enquadramento como dano moral.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça apreciou recurso numa demanda envolvendo danos à incolumidade físico-psíquica, onde a parte pleiteava ressarcimento compensatório monetário por danos irreversíveis à sua saúde física e mental, tais como surdez bilateral, distúrbio severo do sono, desequilíbrio emocional, problemas na coluna lombar, entre outros, sendo que o tribunal de apelação havia reconhecido apenas em parte alguns desses danos, desprovendo o recurso relativamente aos danos morais, por falta de provas. O STJ entendeu confusa a aplicação do dano moral uma vez que tal “*expressão é ordinariamente*

⁶³² Cf. art. 6º. I, VI e VII do CDC.

empregada no País para referência a todo o dano extrapatrimonial”, provendo, assim, o recurso especial para deferir indenização também à esse título.⁶³³

Em nosso sentir, o dano biológico não se confunde com o dano moral propriamente dito. Um e outro são espécies do gênero dano não patrimonial e são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor mediante formas distintas. Além dos danos patrimoniais, que envolvem a *tutela da incolumidade econômica* do consumidor à título de danos emergentes e lucros cessantes, não se pode descurar dos danos não patrimoniais abrangentes tanto do dano moral, quanto do dano à saúde, previstos como direitos básicos do consumidor e objeto de *tutela da incolumidade físico-psíquica* do consumidor.⁶³⁴

Note-se que o dano moral pode derivar do protesto indevido de um crédito discutido em juízo, nada tendo a ver com vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 e 14 do CDC), pensados na perspectivas de danos causados à saúde, entendida como incolumidade físico-psíquica.

Se o dano à incolumidade psíquica do consumidor pode, certamente, apresentar dificuldades práticas quanto a prova da diferenciação entre uma “dor moral”, pelo mau atendimento numa consulta médica ou numa internação hospitalar de emergência, e um “trauma psicológico” diante das mesmas circunstâncias, a demandar, se o caso, tratamento especializado, o mesmo não se pode afirmar do dano à incolumidade física do consumidor, vítima de negligência médica e que veio a ter esquecido em seu corpo instrumentos cirúrgicos, a demandar a reexecução de tantas cirurgias quantas forem necessárias, inclusive reparadoras do dano estético. Nessa última hipótese, seria absurdo negar a tutela ressarcitória na forma específica, consistente na reexecução das cirurgia, inclusive a cirurgia reparadora do dano estético, decorrente de tantas intervenções que se fizeram necessárias para remover instrumentos cirúrgicos esquecidos no corpo do paciente, sob o argumento de que somente seria cabível indenização do dano moral decorrente de todo esse sofrimento, mediante arbitramento de uma soma em dinheiro. Certamente, a vítima de um tal acidente de consumo –

⁶³³ Cf. STJ, 4ª Turma, Resp nº 299.629, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.8.2001, unânime.

⁶³⁴ “Como reflexo do desmembramento, em duas esferas, com que idealizamos o direito do consumidor, a teoria da qualidade – nos termos da formulação que propomos – comporta dois aspectos distintos: a proteção do patrimônio do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação) e a proteção da saúde do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança). Logo, a teoria da qualidade tem um pé na órbita da tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica... no vício de qualidade por insegurança o dado essencial é a carência de segurança do produto ou

o fato é real⁶³⁵ – caso não tivesse condições econômicas de arcar com tal tratamento, deixaria uma apenas uma herança pelo fato de sua morte, causada por erro médico numa cirurgia simples.

A doutrina que se tem debruçado – e não é de hoje – sobre o assunto do dano moral, é insistente na afirmação de que diversas questões envolvendo o tema, desde as primeiras incertezas, tais como “o problema de achar-se o equivalente da dor moral ou física” como um óbice à aceitação jurídica do dano moral, passando pela sua função, “se indenização ou punição ou ambas”,⁶³⁶ ou pela diferenciação ou não com dano estético e a má redação dos arts. 1538 e 1539 do Código Civil de 1916,⁶³⁷ inclusive com críticas ao texto que veio de ser aprovado no Código Civil de 2002,⁶³⁸ até a consagração constitucional e sumular da cumulação do dano moral com o dano patrimonial, ainda que derivados do mesmo fato.

Em vista de que, segundo pensamos, o dano biológico⁶³⁹, também chamado de dano à saúde, é um dano não patrimonial que não se confunde com o dano moral, não há como negar-lhe uma forma substancial de tutela específica, em vista da relevância de tutela adequada para a dignidade (quando não pela própria sobrevivência) da pessoa humana. Obviamente que a tutela específica com resultado reintegratório da saúde jamais poderá ser um resultado prático correspondente, mas, quando muito, um resultado prático equivalente, contudo específico, desde que o dano causado não tenha sido irreparável ou irreversível.

“Por um ponto de vista estritamente dogmático, não existe dúvida que a tradicional distinção entre dano patrimonial e dano não patrimonial tenha entrado atualmente em crise, e uma das razões desta crise tem

serviço, isto é, a sua capacidade para provocar danos à saúde do consumidor”, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Comentários*, cit., p. 41.

⁶³⁵ Cf. item 8.2.2.5 *infra*.

⁶³⁶ Cf. Agostinho Alvim, *Da inexecução*, cit., p. 235 e 238, que é contrário ao dano moral por entender que seria exigir muito da jurisprudência a resposta para tantas incertezas que cercam o instituto.

⁶³⁷ Cf. Teresa Ancona Lopez de Magalhães, *O dano estético. Responsabilidade civil.*, São Paulo: RT, 1980, p. 28, 107-108, com críticas às oscilações e incertezas na jurisprudência e sugerindo que o dano estético é um dano moral.

⁶³⁸ Cf. Teresa Ancona Lopez de Magalhães, *O dano estético*, cit., p. 107-108. O art. 949 do CCB de 2002 dispõe que “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Essa regra, além das dúvidas e críticas que suscita, é de todo inaplicável às relações de consumo, sendo limitada para os casos de relações civis ligadas aos direitos da personalidade, que primam apenas por tutela preventiva na forma específica, descurando, contudo com o aspecto repressivo – cf. arts. 11 a 15 do CCB de 2002.

⁶³⁹ O dano biológico é uma noção naturalística; o dano à saúde é uma noção jurídica, cf. Marco Rossetti. *Il danno da lesione della salute. Biologico – Patrimoniale – Morale*, Pádua: Cedam, 2001, p. 211.

sido representada precisamente da elaboração e do surgimento da nova categoria de dano à saúde. Todavia, as duas categorias em questão, para o jurista prático, continuam a conservar uma fundamental importância..., nem a questão da natureza a ser dada ao dano à saúde, como se dizia, tornou-se inteiramente irrelevante. A escolha adotada pelo intérprete em razão da patrimonialidade ou não do dano à saúde pode ter, realmente, relevantes implicações seja sobre a determinação do *quantum*, seja em outros setores da responsabilidade civil. Quanto ao primeiro ponto, considere-se que, segundo autorizada doutrina, o ressarcimento do dano não patrimonial, não tem apenas uma função reparatória-reintegratória, mas tem também uma função sancionatória... Seja na doutrina ou na jurisprudência, a questão em exame tem recebido três soluções: a) aquela segundo a qual o dano biológico constitui um dano patrimonial; b) aquela segundo a qual o dano biológico constitui um dano não patrimonial; c) aquela segundo a qual o dano biológico constitui um dano atípico, diverso seja daquele patrimonial ou daquele não patrimonial (chamada teoria do *tertium genus*).⁶⁴⁰ “... o emprego do lema “reintegração”, em lugar de “compensação”, para indicar a função de ressarcimento do dano à saúde, torna claro que existe uma orientação, no seio da Corte de Cassação, o qual confere ao ressarcimento em questão a função não de consolar o lesado com a fruição de utilidades sucedâneas àquela perda, mas de reintegrar pelo equivalente a saúde perdida.”⁶⁴¹

De tudo que vem sendo dito, parece-nos que tem havido por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras um indevido alargamento da noção de dano moral como sendo compreensiva do dano psíquico e do dano físico; todavia, tal concepção vem permeada por uma racionalidade mercadológica dos direitos. Para nós é muito claro que o dano à saúde não é dano moral e que, portanto, é ressarcível na forma específica.

Mesmo a doutrina italiana, onde se discute há algum tempo sobre dano biológico e dano à saúde, tende para a mercificação quando trata do ressarcimento, fazendo-o, é certo, diante das limitações impostas pela dicção do art. 2059 do Código Civil italiano, segundo o qual o dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados em lei, solução essa insatisfatória, seguramente, para a sociedade de consumo supervenientemente instaurada.

⁶⁴⁰ Cf. Marco Rossetti, *Il danno da lesione della salute*, cit., p. 305-306. No mesmo sentido, Adolfo di Majo, *La tutela civile*, cit., p. 237.

⁶⁴¹ Cf. Marco Rossetti, *Il danno da lesione della salute*, cit., p. 462-464. O autor citado, contudo, entende que é impossível tutela específica do dano à saúde, referindo-se à tutela reintegratória, porém mediante soma em dinheiro, o que é um contra-senso em tema de formas substanciais de tutela específica. Segundo pensamos, o resultado específico objeto da prestação é um resultado prático equivalente, no sentido da máxima coincidência possível, e não um resultado compensatório em pecúnia, que nada tem a ver com tutela específica. Não se deve confundir a prestação, que pode ser infungível, com o objeto da prestação, isto é, o resultado, que pode ser específico, não tanto por fungibilidade, mas por possibilidade do bem, ainda que equivalente, como sempre ocorre em caso de dano.

Contudo, há quem defenda a tutela ressarcitória na forma específica do dano à saúde, buscando uma interpretação mais consentânea com tal realidade.

“... com relação à tutela da pessoa, vista na sua dimensão psico-física, a noção de dano real e/ou específico, isto é, de dano reportado ‘à esfera não patrimonial dos valores pessoais vitais, psico-físicos, eliminados ou reduzidos (v. Cassação. n. 357 de 1993) já por si pode justificar, sobre o plano das conseqüências jurídicas, o remédio do ressarcimento pelo equivalente, ou seja uma prestação patrimonial que esteja em condições de reintegrar no caso concreto o valor não patrimonial. Tal remédio se põe ao lado daquele da reintegração na forma específica (art. 2058).”⁶⁴²

No que se refere ao direito brasileiro, especialmente diante do teor do Código de Defesa do Consumidor, a regra geral é a reparação do dano à saúde na forma específica.

8.2.2.5 Alguns exemplos de ressarcimento na forma específica do dano à saúde.

Podemos imaginar quatro situações diferenciadas: (i) dano causado pelo fato do serviço; (ii) dano causado pelo fato do produto; (iii) dano a direitos individuais homogêneos com técnica mandamental; (iv) dever legal das operadoras de ressarcirem na forma específica mutilações decorrentes de tratamento de câncer, sem qualquer nexos com o fato do serviço.

As técnicas mandamental e executiva lato *sensu* prestam-se à conjugação com a tutela ressarcitória na forma específica.⁶⁴³

O dano à saúde decorrente de erro médico tem sido muito freqüente. Uma dessas situações refere-se ao esquecimento de instrumentos cirúrgicos no corpo do paciente, havendo um caso real, já apreciado pela jurisprudência, em que foram necessárias cinco cirurgias, a última delas estética reparadora de deformidade.

No caso concreto,⁶⁴⁴ a paciente foi submetida à uma simples cirurgia para retirada de cálculos na vesícula, recebendo alta cinco dias depois. Sentindo fortes dores, retirou de sua barriga um objeto metálico da dimensão de uma agulha, reinternando-se por quatro vezes sucessivas no mesmo hospital, onde foi submetida a tantas intervenções para retirada de objetos esquecidos em seu abdômen na primeira cirurgia. Por conseqüência, contraiu

⁶⁴² Adolfo di Majo, *La tutela civile*, cit., p. 238.

⁶⁴³ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 166-171.

⁶⁴⁴ STJ, 4ª Turma, Resp nº 125.669, rel. min. Aldir Passarinho Júnior.

deformidades estéticas que exigiram uma sexta intervenção cirúrgica reparadora. Não bastasse, apresentou problemas de locomoção em razão de mais um erro profissional: a enfermeira quebrara a agulha quando aplicava uma injeção. Diante de tanta negligência, demandou em face do hospital e a equipe médica. Como arcou com todas as despesas, pleiteou indenização pela soma em dinheiro correspondente.

Contudo, poderia muito bem ter invocado o art. 84, §§ 3º, 4º e 5º, para pleitear ressarcimento na forma específica, com pedido de antecipação de tutela, consistente *(i)* na ordem de fazer dirigida ao hospital, sob pena de multa, sem despendar qualquer soma em dinheiro, pois tudo deveria correr às custas do referido estabelecimento; ou então *(ii)* na ordem de fazer dirigida ao hospital, no sentido de entregar soma em dinheiro diretamente à outro hospital e equipe médica de confiança, indicados pelo consumidor lesado, e nomeados pelo juiz, nos valores que se fizessem necessários para a realização das cinco cirurgias reparadoras do dano biológico, incluído o dano estético.

Acidente de consumo também freqüente é o derivado de consumo de medicamentos. Suponhamos que o consumidor contraia hepatite por infecção medicamentosa, seja em razão de periculosidade adquirida ou exagerada do produto, e necessite de transplante de fígado. Uma vez que esteja inscrito em lista única de espera e tenha sido chamado,⁶⁴⁵ o consumidor pode obter tutela ressarcitória na forma específica, com pedido de tutela antecipatória urgente, em face do fabricante do medicamento ou do importador, pedido esse consistente em ordem de fazer sob pena de multa diária para que o fornecedor arque com todas as despesas da remoção e transplante do órgão, pagando diretamente ao estabelecimento de saúde e à equipe médico-cirúrgica, todos os custos da operação. Se não for adequada a técnica processual mandamental, e correndo risco de vida o consumidor lesado, é possível a nomeação de interventor judicial para que emita as ordens de pagamento no interior da empresa responsável.

Por outro lado, o incêndio de um centro comercial, causando queimaduras em diversos consumidores ali presentes (art. 17 do CDC), é suscetível de tutela coletiva ressarcitória na forma específica. Vislumbramos, no exemplo imaginado, a possibilidade de uma demanda coletiva fundada no art. 83 do CDC, onde se permite uma tutela diferenciada de direitos individuais homogêneos. Objetivará, não exclusivamente a condenação genérica e posterior liquidação e execução individual dos danos de cada qual, segundo o rito específico (art. 91 e

⁶⁴⁵ Cf. art. 10 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

seguintes do CDC), mas virá cumulada com uma sentença mandamental, para que os lesados possam optar entre o resultado prático equivalente ou as por perdas e danos.

A sentença mandamental ordenará sob pena de multa que, a partir de certo prazo, o estabelecimento providencie todas as despesas necessárias com as cirurgias plásticas reparadoras, conforme profissional e hospital indicados individualmente por cada lesado. Aquela vítima que preferir receber em pecúnia, seguirá os trâmites da liquidação e execução típicas prevista nos arts. 97 e seguintes do CDC.⁶⁴⁶

Imagine-se, ainda, a usuária de plano privado de saúde que, em virtude de tratamento de câncer, tenha mutilado um seio. Segundo a Lei ° 9.656/98, é obrigatória a cirurgia plástica reparadora de mama por planos privados de assistência à saúde em tais casos. Trata-se de dever de reparar um dano estético na forma específica.⁶⁴⁷

Em todas as situações aventadas, o resultado prático é equivalente, jamais correspondente. De qualquer modo, restitui-se o lesado o mais proximamente possível ao estado de fato anterior ao do dano.

⁶⁴⁶ Cf., em termos, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 173-175.

⁶⁴⁷ Cf. art. 10-A, acrescentado pela Lei nº 10.223, de 15 de maio de 2001.

CONCLUSÃO

Ao longo desta exposição, evidenciamos alguns pontos fundamentais para a tutela jurisdicional específica de direitos não patrimoniais, com especial referência ao direito social à saúde nas relações de consumo.

Dada a sua rigidez e tipicidade, as técnicas e as formas clássicas de tutela jurisdicional executiva não consentem, nem no direito brasileiro, tampouco no direito comparado, uma adequada tutela aos novos direitos não patrimoniais. Ciente disso, o legislador houve por bem em alterar o art. 461 do CPC – regra geral no sistema de tutela individual dos direitos –, como também inserir no art. 84 do CDC – regra geral no sistema de tutela coletiva dos direitos e regra especial no microsistema de tutela individual dos consumidores –, técnicas e formas atípicas de tutela jurisdicional específica, com especial referência aos deveres *lato sensu* de fazer e de não fazer.

Conseqüentemente, (re)introduziu no ordenamento, seja no plano individual, seja no plano coletivo, as chamadas demandas unitárias ou de relação processual única, em que se permite atividades cognitivas e executivas na mesma relação processual, disso derivando que o dogma da correlação *necessária* entre condenação e execução forçada está superado.

Não que essa correlação não exista quando a sentença seja condenatória *típica*, mas que quando a sentença seja de outra natureza, especialmente as sentenças mandamental e executiva *lato sensu*, perde sentido a insistência de que continuariam existindo duas relações processuais distintas.

Contudo, a constatação da correlação *não mais necessária* entre condenação e execução forçada deve continuar a ser realçada, em razão da ainda presente dissensão na doutrina brasileira naquilo que se refere à aceitação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, o que se dá com variações, ora alargando o conceito de condenação – o que obscurece a existência de *imperium* na noção de jurisdição –, ora alargando a noção de título executivo, rendendo ensejo a que se acredite poder embargar a efetivação de sentenças na relação

processual separada.

Esse pécadilho doutrinário, que permeia a teoria geral do processo civil, pode implicar em indevida propagação para o microssistema dos direitos do consumidor, que tem por princípios básicos, dentre outros, o da facilitação na defesa de tais direitos.⁶⁴⁸ Especialmente do direito fundamental à saúde humana, quando envolvida numa relação de consumo, direito esse absoluto, não patrimonial e, portanto, insuscetível de adequada tutela que não aquela prestada nas diversas formas específicas examinadas.

Além disso, quando se pensa nos novos direitos a conteúdo não patrimonial, presta-se a tutela específica, segundo as suas variadas formas, como forma adequada a evitar aquilo que em análise econômica do direito costuma-se chamar de alocação de situações de *vantagem*, onde estão envolvidas *regras de propriedade* (modelo de tutela plena) e *regras de responsabilidade* (modelo de tutela apenas pelo equivalente monetário).

São, também, detectáveis *externalidades negativas* no sistema e que devem ser corrigidas por intermédio das diversas formas tutela jurisdicional específica, seja pela via do art. 84 do CDC, ou pela via do art. 102 do CDC. Não é de descartar-se outras formas de tutela que as peculiaridades de um determinado caso concreto venham exigir, desde que possam ser veiculadas com base na norma de encerramento do microssistema de tutelas efetivas e adequadas prevista no art. 83 do CDC.

No que se refere às *falhas de mercado*, verifica-se a função social da tutela inibitória e das demais formas de tutela preventiva, de modo a ampliar o *direito de acesso aos bens essenciais* à dignidade humana.

Exemplo marcante é a política de exclusão social praticada pelas operadoras de planos privados de saúde. Para que se corrija tal *market failure* revela-se fundamental o emprego da tutela inibitória para impedir a fixação e o reajuste de mensalidades com preços abusivos ao consumidor.

No que se refere ao registro de produtos e serviços perante os órgãos governamentais de fiscalização, a tutela inibitória assume novamente relevância, na medida em que se deve buscar o máximo de prevenção possível, à vista de que o risco de acidentes envolvendo a saúde humana é inerente à sociedade de consumo.

Quanto à publicidade enganosa ou abusiva, as formas de tutela preventiva, especialmente a

⁶⁴⁸ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive...”.

tutela de remoção do ilícito, são de fundamental importância para coibir a progressiva homogeneização do ser humano.

O dirigismo contratual, para ser corretamente implementado no mercado, deve vir assistido pelas diversas formas de tutela jurisdicional específica. Nesse contexto a contratação obrigatória é de particular interesse na medida em que garante o direito de acesso aos bens de consumo essenciais à assistência médico-hospitalar.

A tutela específica revela-se, também, fundamental para um maior controle de epidemias e riscos à saúde humana exposta no mercado, mediante imposição à determinados fornecedores no sentido de que cumpram com o dever de constituir comissões internas de segurança de produtos e serviços, como no caso dos hospitais e entidades que manipulam produtos transgênicos.

Como os danos também são inevitáveis, predispor uma forma de tutela específica ressarcitória dos danos à saúde, rompendo com o binômio dano material-dano moral, é uma exigência inadiável da sociedade de consumo, já pós-industrial.

Com isso, segue-se também a necessidade da internalização dos custos sociais por intermédio da responsabilização do fabricante, do produtor e do importador, como os únicos agentes de mercado (ao lado do construtor) que podem repassar os custos para os preços finais, pulverizando os danos decorrentes de acidentes de consumo.

Portanto, de um lado, busca-se técnicas processuais mais expeditas e, de outro, formas substanciais de tutela que são reclamadas há muitos anos pela doutrina nacional e internacional. É certo, a conjugação das formas substanciais de tutela com as técnicas processuais de tutela podem contribuir não só com a eficiência da prestação jurisdicional, mas – o que é mais importante – também com a melhora da condição humana do cidadão brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor. *Minima moralia*. São Paulo: Ática, 1993.
- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- AGUADO, JOSEP LLOBET I. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- ALPA, Guido. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Milão: Guffrè, 1975.
- _____. *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile n. 1. 1997.
- ALMEIDA FILHO, Naomar de; ROUQUAYARD, Maria Zélia. *Epidemiologia e saúde*. 5ª. Rio de Janeiro: MEDSI, 1999.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ALVIM NETO, José Manuel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2, 5ª ed, São Paulo: RT, 1996.
- ALVIM NETO, José Manuel Arruda e outros. *Código do Consumidor comentado*. 2ª. São Paulo: RT, 1995.
- ALVIM, Thereza e outros. *Código do Consumidor comentado*. 2ª. São Paulo: RT, 1995.
- ALVIM, Eduardo Arruda e outros. *Código do Consumidor comentado*. 2ª. São Paulo: RT, 1995.
- ANDRADE, Luis Antonio de; WATANABE, Kazuo; PASSOS, José Joaquim Calmon; BERMUDEZ, Sérgio; CARVALHO JÚNIOR, Joaquim Correia de. *Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil*. Revista de Processo nº 43.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- _____. *Entre o passado e o futuro*. 5ª. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3ª. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Manual do processo de Execução*. 2ª. São Paulo: RT, 1995.
- _____. *Execução civil nos Juizados Especiais*. São Paulo: RT, 1996.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*, 'in' *Revista de Processo n° 97*.
- BARCELLONA, Mario. *Sul risarcimento del danno in forma specifica) ovvero sui limite della c.d. interpretazione evolutiva. Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- BARCELLONA, Pietro. *La creazione sociale dei significati e la regola giuridica*, 'in' *Diritto privato e società moderna. Napoli: Jovene, 1996*.
- BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 23, 1998.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BATTISTONI, Lea. *Gershuny: a sociedade do self-service. A sociedade pós-industrial [org. Domenico de Masi]*. São Paulo: SENAC, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BENJAMIN, Antonio Herman e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman e outros. *Comentários ao Código de Proteção ao Código do Consumidor*, São Paulo: Saraiva: 1991.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *O conceito jurídico de consumidor*, 'in' RT 628
- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar. A aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- BERMUDES, Sérgio; WATANABE, Kazuo; PASSOS, José Joaquim Calmon; ANDRADE, Luis Antonio de; CARVALHO JÚNIOR, Joaquim Correia de. *Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil*. Revista de Processo n° 43.
- BERNARDI, Sílvia de Liz. *A prática médica e o Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Genesis, 2000.

- BETTI, Emilio. Sul cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale, 'in' *Giurisprudenza Italiana*, 1948, Parte Prima, Sez, II, p. 259-262.
- BOGNETTI, Giovanni. *La divisione dei poteri*, Milão: Giuffrè, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª. Belo Horizonte: Del REY, 1993.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 4ª. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- _____. *A economia das trocas simbólicas*. 5ª. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999.
- BULGARELLI, Waldírio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de lege ferenda, 'in' *Revista de Direito Mercantil*, 1983.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. *Property rules, liability rules, and inalienability: on view of the Cathedral*, 'in' *Harvard Law Review* n° 85, 1972, p. 1089 et seq.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça [tradução de Ellen Gracie Northfleet]*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- CARUSO, Rosalba. Galbraith: a mudança industrial. *A sociedade pós-industrial [org. Domenico de Masi]*. São Paulo: SENAC, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*. Pádua: Cedam, 1927.
- CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1992.
- CARVALHO JÚNIOR, Joaquim Correia de; WATANABE, Kazuo; PASSOS, José Joaquim Calmon; BERMUDEZ, Sérgio; ANDRADE, Luis Antonio de. *Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo* n° 43.
- CASTRONOVO, Carlo. Il risarcimento in forma specifica como resarcimento del danno. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista Direito do Consumidor* n° 29.

- CECCHERINI, Grazia. *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*. Milão: Giuffrè, 1989.
- CEPOLLARO, Giancarlo. Gottmann: a metrópole transacional. *A sociedade pós-industrial [org. Domenico de Masi]*. São Paulo: SENAC, 1999.
- CHÂTELET, François. *Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2ª. São Paulo: Lejus, 1997.
- CHIANALE, Angelo. *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica: indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*. Milão: Giuffrè, 1993.
- CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milão: Giuffrè, 1980.
- CHIARLONI, Sergio. Ars distinguendi e técnicas de atuação dei diritti. *Processo e técnicas di atuação dei diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*. Nápoles: Jovene, 1989.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1. 2ª. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CINTI, Patrizia. Touraine: a sociedade programada. *A sociedade pós-industrial [org. Domenico de Masi]*. São Paulo: SENAC, 1999
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª. São Paulo: RT, 2000.
- COBELLI, Cristina Ebene. Le “grande braccia” del risarcimento in forma specifica e della condemnation en nature (Note critiche sulla giurisprudenza italiana e francece). *Processo e técnicas de atuação de direitos [a cura di Salvatore Mazzamuto]*. Nápoles: Jovene, 1989.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2001.
- COLESANTI, Vitorio. Misure coercitive e tutela dei diritti. *Rivista di Diritto Procesuale*, 1980.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 15/16, 1974.
- CORREIA, Adriano. Hannah Arendt e a sociedade de consumo. *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias [org. Eduardo Jardim de Moraes e Newton Bignotto]*. Belo Horizonte; Ed. UFMG, 2001.

- CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, Curitiba: Juruá, 1992.
- _____. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo n. 77*. Jan/mar 1995.
- DALL’OGLIO, Luca. Gorz: a reconquista do Éden. *A sociedade pós-industrial [org. Domenico de Masi]*. São Paulo: SENAC, 1999.
- D’ANTONA, Massimo. *La reintegrazione nel posto di lavoro [art. 18 dello statuto dei lavoratori]*, Pádua: CEDAM, 1979.
- DANOVI, Filippo. L’azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. *Rivista di Diritto Processuale, n. 4*, 1996.
- DE MASI, Domenico [org]. *A sociedade pós-industrial*. São Paulo: SENAC, 1999.
- DENTI, Vitorio. *L’esecuzione forzata in forma specifica*. Milão: Giuffré, 1953.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Execução civil*, 7ªed., São Paulo: RT, 2000.
- _____. *A instrumentalidade do processo*, 3ª, São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DONDI, Angelo. *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Pádua: Cedam, 1985.
- ECO, Umberto. *Trattato di semiotica generale*, 14ª, Milão: Bompiani, 1994.
- EFING, Antônio Carlos. *Direito do consumo [coord]*. vol. 1. Curitiba: Juruá, 2001.
- _____. Direito constitucional do consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal. *Direito do consumo*. vol. 1. Curitiba: Juruá, 2001.
- ESMEIN, A. *L’origine et la logique de la jurisprudence en matière d’astreintes*, ‘in’ *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol.2, 1903, p. 5-53.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.
- FERRAZ, Isadora Selig. *Aspectos relevantes dos contratos de assistência privada à saúde sob a tutela do código de defesa do consumidor*. *Direito do Consumo [coord. Antônio Carlos Efing]*, vol. 1. Curitiba: Juruá, 2001.

- FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies C.C. *Rivista di Diritto Processuale* n. 4. 1996.
- FERRONI, Lanfranco. Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- FRIGNANI, Aldo. Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- _____. L'Azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni 'fuori dal coro' di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*, n.4. 1997.
- _____. Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano, appendice, I*. 1980.
- _____. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 1974.
- GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça [tradução de Ellen Gracie Northfleet]*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2ª. Ohio State University Press, 1974.
- GIORGETTI, Mariacarla. La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori. *Rivista di Diritto Processuale*, n.3, 1998.
- GIORGIANNI, Michele. Tutela del creditore e tutela reale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1975.
- GOLDSCHMIDT, Roberto. Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer. *Scritti giuridici in onore dela Cedam, Vol. I*. Padova, 1953.
- GREIF, Jaime. La tutela constitucional del proceso en el derecho uruguayo. *As garantias do cidadão da Justiça [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira]*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos [coord. Édís Milaré]*. São Paulo: RT, 2001.
- GUERRA, Marcelo Lima. Inovações em matéria de execução direta das obrigações. *O processo de execução e assuntos afins [coord. Teresa Arruda Alvim Wambier]*. São Paulo: RT, 1988.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1988.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago [coord.]. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUIMARÃES, Flávia Lefèvre; LAZZARINI, Andrea. “Alimentos transgênicos: Obrigação de elaboração de normas pela CNTBio relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo, antes de apreciar qualquer pedido relativo a produto geneticamente tratado. Emissão de novo parecer técnico relativo ao pedido da Monsanto, posteriormente à elaboração destas normas”. *Revista do Direito do Consumidor n° 33*, p. 201 et seq.
- _____. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde [coord. Cláudia Lima Marques et alii]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- HERINGER, Astrid. *Patentes farmacêuticas: propriedade industrial no contexto internacional*. Curitiba: Juruá, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição [tradução de Gilmar Ferreira Mendes]*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ITALIA, Vittorio. *La fabbrica delle leggi*. 2ª. Milão: Giuffrè, 1994.
- JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. São Paulo: RT, 1997.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3ª. São Paulo: RT, 1998.
- LAPERTOSA, Flavio. Profili processuale della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti com il consumatore. *Rivista di Diritto Processuale*, n.3. 1998.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2°. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LAZZARINI, Andrea; GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. “Alimentos transgênicos: Obrigação de elaboração de normas pela CNTBio relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo, antes de apreciar qualquer pedido relativo a produto geneticamente tratado. Emissão de novo parecer técnico relativo ao pedido da Monsanto, posteriormente à elaboração destas normas”. *Revista do Direito do Consumidor* n° 33, p. 201 et seq.
- _____. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde [coord. Cláudia Lima Marques et alii]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LEAL, Pérez de. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Execução e ação executiva, ‘in’ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução [tradução e notas de Joaquim Munhoz de Mello]*. 5ª, São Paulo: Saraiva, 1986.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1999.
- LIPOVETSKI, Gilles. *O império do efêmero. A moda e seus destino nas sociedades modernas*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1991.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992.
- _____. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde [coord. Cláudia Lima Marques et alii]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo: RT, 2000.
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Direito e coerção* (reeditado), São Paulo: Unimarco, 1999.
- MACPHERSON, C. B. Ascensão e queda da justiça econômica. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. Os direitos humanos em fins do século XX. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. O liberalismo como trade-offs. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. Os direitos humanos como direitos de propriedade. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. A propriedade como meio ou fim. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. A economia política de Hobbes. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MAJO, Adolfo di. La tutela individuale del consumatore. *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo [a cura di Pasquale Stanzone]*. Nápoles: ESI, 1999.
- _____. Forme e tecniche di tutela. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- _____. *La tutela civile dei diritti*. 2ª. Milão: Giuffrè, 1993.
- MALACHINI, Edson Ribas. Os títulos executivos e a nova Lei n. 8953, de 1994. *Reforma do Código de Processo Civil [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira]*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. A eficácia preponderante das ações possessórias. *Revista de Processo n° 71*, 1993.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Considerações acerca da tendência legislativa à atenuação do dogma *nemo ad factum praecise cogi potest*. *Processo Civil: Evolução, 20 Anos de Vigência [coord. de José Rogério Cruz e Tucci]*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MANDRIOLI, Crisanto. Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibiltà forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976.

- _____. L'execuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, *Rivista di Diritto Processuale*, 1975.
- _____. Opposizione. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXX. Milão: Giuffrè, 1980.
- _____. *L'execuzione forzata in forma specifica*. Milão: Giuffrè, 1953.
- MARANHÃO, Clayton. *O principio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 30 de abril de 1998, 112 p.
- _____. Execução 'provisória' da sentença civil: a exceção passará a ser a regra. *Revista de Direito Processual Civil n° 10*, 1998.
- _____. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. *A segunda etapa da reforma processual civil [coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr.]*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARELLA, Maria Rosaria. *La riparazione del danno in forma specifica*. Pádua: Cedam, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Tutela específica*, 2ª, São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.
- _____. *A antecipação da tutela*, 3ª, São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo: RT, 1992.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: RT, 1997.
- _____. A execução 'imediata' da sentença. *A segunda etapa da reforma processual civil [coord. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr.]*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutela dos direitos. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 3ª. São Paulo: RT, 1999.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: RT, 1993.
- MARINS, James e outros. *Código do Consumidor comentado*. 2ª. São Paulo: RT, 1995.

- MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; Roberto Augusto Cstellanos Pfeiffer. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª. São Paulo: RT, 1999.
- MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*. Milão: Giuffrè, 1987.
- MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Nápoles: Jovene, 1978.
- _____. Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *A execução da liminar que antecipa efeitos da tutela sob o prisma da teoria geral da tutela jurisdicional executiva – o princípio da execução sem título permitida*, 'in' *Processo de execução* [coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier], São Paulo: RT, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 4, 1993.
- MERLI, Raffaello. Toffler: a terceira onda. *A sociedade pós-industrial [org. Domenico de Masi]*. São Paulo: SENAC, 1999.
- MILLER, Christopher John. *Contempt of Court*. 2ª ed. Clarendon Press: Oxford, 1990.
- MINERVINI, Enrico. *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*. Nápoles: ESI, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Lisboa: s/ed, 1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. t. 1. São Paulo: RT, 1970.
- MONTELEONE, Girolamo. Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene Editore, 1989.
- MONTESANO, Luigi. *Esecuzione specifica*, 'in' *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV. _____ . *Azione*. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 4, p. 8.
- MORAIS. Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e o controle prévio e abstrato dos contratos de massa. *Revista Direito do Consumidor* nº 26.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual. Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Temas de Direito Processual. Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais [Relatório Regional Latino-Americano para o Colóquio da Associação Internacional de Direito Processual, Lund, Suécia, 1985]. *Revista de Processo* n° 41.
- MORETTI, Carola. Note in tema di efficacia soggettiva dell'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 *sexies* C.C. *Rivista di Diritto Processuale* n.3. 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil [a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de dezembro de 1994]*, São Paulo: RT, 1995.
- NERY JÚNIOR, Nelson e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao direito econômico*. 2ª. São Paulo: RT, 2000.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde [coord. Cláudia Lima Marques et alii]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon; WATANABE, Kazuo; BERMUDEZ, Sérgio; ANDRADE, Luis Antonio de; CARVALHO JÚNIOR, Joaquim Correia de. *Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo* n° 43.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde [coord. Cláudia Lima Marques et alii]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª, Madrid: Civitas, 2001.
- PIETROBON, Vittorino. Illecito e fatto illecito, inibitoria e ressarcimento. Pádua: Cedam, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2ª. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PISANI, Andrea Proto Breve premessa a un corso sulla giustizia civile. *Appunti Sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982.
- _____. I rapporti fra diritto sostanziale e processo. *Appunti Sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982.
- _____. L'attuazione dei provvedimenti di condanna. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- _____. L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975.
- _____. La tutela di condanna. *Appunti Sulla Giustizia Civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982.
- _____. Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria. *Foro Italiano*. 1983.
- PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PUGLIESE, Giovanni. *Introduccion*. Bernard Windscheid e Theodor Muther. *Polemica sobre la 'actio'*, Buenos Aires: EJE, 1974, p. XII.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo [coord. Luiz Edson Fachin]*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Pádua: Cedam, 1987.
- RAPISARDA, Cristina ;TARUFFO, Michele. Inibitoria. *Enciclopedia giuridica Treccani*, v. 17. 1989.
- _____. Spunti in tema di efficacia del giudicato secundum eventum litis con particolare all'esperienza della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto. *Rivista Critica del diritto privato*. 1988.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória no direito italiano*. Revista de Direito Processual Civil n° 4.

- RIOS, Josué; MELOCCHI, Renata; PELOSO, Denise. Ação civil pública. IDEC e outros. Medicamentos. Secretaria de Vigilância Sanitária. *Revista Direito do Consumidor* nº 22.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Juizados Especiais Cíveis e ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 9ª. São Paulo: Atlas, 1982.
- ROSSETTI, Marco. *Il danno da lesione della salute – biologico – patrimoniale – morale*. Pádua: Cedam, 2001.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Editora Schwarcz, 1999.
- _____. *Mal-estar da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- ROUQUAYARD, Maria Zélia; ALMEIDA FILHO, Naomar de. *Epidemiologia e saúde*. 5ª. Rio de Janeiro: MEDSI, 1999.
- RUFFOLO, Ugo. *Clausole ‘vessatorie’ e ‘abusiva’* (coord.). Milão: Giuffrè, 1997.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva: 1987.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1999.
- SALVI, Cesare. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- SANCHES, Sydney. *Execução específica (das obrigações de contratar e prestar declaração de vontade)*, São Paulo: RT, 1978.
- SANGIORGI, Salvatore. Rilevanza e profili di tutela dei rapporti non patrimoniali. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de alice [o social e o político na pós-modernidade]*. 6ª. São Paulo: Cortez, 1999.
- _____. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: RT, 2000.
- SANTOS, Lenir ;CARVALHO, Guido Ivan de. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1992.
- SATTA, Salvatore Satta L’escuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Pádua, 1950.

- SCONAMIGLIO, Renato. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1957.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Separata do volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: 1987.
- _____. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.
- SILVA, Ovídio A Baptista. Reivindicação e Sentença Condenatória. *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT, 1996.
- _____. Teoria da ação cautelar. *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. Sentença mandamental. *Sentença e coisa julgada*. 2ª. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- _____. Notas sobre a execução das obrigações de entregar coisa certa. *Sentença e coisa julgada*. 2ª. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- _____. Prefácio. *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- _____. O processo civil e sua recente reforma. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* [coord. Teresa Arruda Alvim Wambier]. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Curso de Processo Civil*. vol. 2. 4ª ed., São Paulo: RT, 2000.
- _____. A “plenitude de defesa” no processo civil. *As garantias do cidadão da Justiça* [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira]. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVESTRI, Elisabetta. Aspetti dell'esecuzione forzata per surrogazione negli stati uniti. *Processo e tecniche de attuazione de diritti* [a cura di Salvatore Mazzamuto], Nápoles: Jovene, 1989.
- _____. Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. *Rivista di diritto civile*, 1988.

- SPOLIDORO, Marco Saverio. Distorsioni di mercato, pubblicità ingannevole, concorrenza sleale; tecniche di tutela dell'interesse collettivo del consumatore all'informazione non decettiva. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 1. 1986.
- STANZIONE, Pasquale [org.]. *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*. Nápoles: ESI, 1999.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.
- TARELLO, Giovanni. Il diritto e la funzioni di distribuzione dei beni. *Analisi economica del Diritto Privato [a cura di Guido Alpa e outros]*. Milão: Giuffrè, 1998.
- _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1988.
- _____. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1976.
- _____. *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- TARUFFO, Michele. Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore. 'in' *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976.
- _____. L'Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. *Processo e tecniche de attuazione de diritti [a cura di Salvatore Mazzamuto]*, Nápoles: Jovene, 1989.
- _____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Rivista Critica del diritto privato*. 1986.
- TARUFFO, Michele; RAPISARDA, Cristina. Inibitoria. *Enciclopedia giuridica Treccani*. v. 17. 1989.
- TARZIA, Giuseppe, Per la revisione del Codice di Procedura Civile, Qualche Notizia – Testo del Disegno di Legge Delega – Relazione. Separata da *Rivista di Diritto Processuale n° 4*, 1996.
- _____. Considerazioni conclusive. *Les Mesures Provisoires en Procédure Civili* [Atti del Colloquio Internazionale, Milano 12-13 ottobre, 1984], Milano: Giuffrè, 1985, p. 313 e ss.
- _____. La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie. *Rivista di Diritto Processuale n.3*. 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*, 4ª. Ed., Brasília: Ed. UnB, 1997.
- TOMMASEO, Ferruccio. Art. 1469 sexies. *Le clausole vessatorie nei contratti com i consumatori [coord. Guido Alpa e Salvatore Patti]*. t.1. Milão: Giuffrè, 1997.
- TUCCI, José Rogério Cruz. *'Class action' e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- VENTURI, Elton *Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros: 2000
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, A sentença que extingue a execução. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.
- WATANABE, Kazuo; PASSOS, José Joaquim Calmon; BERMUDEZ, Sérgio; ANDRADE, Luis Antonio de; CARVALHO JÚNIOR, Joaquim Correia de. *Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil*. Revista de Processo nº 43.
- WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997..
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ÍNDICE

SUMÁRIO.....	V
RESUMO.....	VI
INTRODUÇÃO.....	1
 CAPÍTULO 1	
PREMISSAS AO ESTUDO DA TUTELA ESPECÍFICA.....	9
1.1 O problema da prioridade natural, lógica e jurídica da tutela específica das obrigações: historicidade.....	9
1.1.1 Da regra da condenação pecuniária à regra da prioridade da tutela específica no direito romano (condenação <i>ad ipsam rem</i>).....	11
1.1.2 O brocardo <i>nemo ad factum praecise cogi potest</i>	13
1.2 O problema da prioridade da tutela específica dos direitos e a inadequação das normas de processo no direito moderno.....	18
1.3 O problema da neutralidade da jurisdição.....	21
 CAPÍTULO 2	
O PROBLEMA DA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO FORÇADA	25
2.1. Premissas.....	25
2.2. Origens da crítica à noção da técnica condenatória e a polêmica estabelecida na doutrina italiana.....	29
2.2.1. As teses de ANDREA PROTO PISANI e CRISANTO MANDRIOLI.....	33
2.2.2. A tese de GIROLAMO MONTELEONE.	44
2.2.3 A tese de MICHELE TARUFFO.....	53
 CAPÍTULO 3	
A CORRELAÇÃO ENTRE CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO FORÇADA: O ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	57
3.1. A influência do pensamento de LIEBMAN.	57
3.2. O estado da questão no CPC de 1973.....	61

3.3 Os precursores da crítica doutrinária brasileira.....	67
3.3.1 A tese de PONTES DE MIRANDA.....	68
3.3.2 A tese de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.....	71
3.3.3 A tese de LUIZ GUILHERME MARINONI.....	79
3.3.4 A tese de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.....	86
3.4 O estado da questão após a reforma do CPC.....	92
3.5 Síntese: a necessidade de uma relação processual unitária para a efetiva e adequada tutela específica, individual e coletiva dos direitos não patrimoniais.....	95

CAPÍTULO 4

A CONSAGRAÇÃO DAS TÉCNICAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA LATO SENSU EM RELAÇÃO PROCESSUAL UNITÁRIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....

4.1 O núcleo essencial dos provimentos judiciais mandamentais e executivos <i>lato sensu</i> : análise do art. 14, V, parágrafo único, do CPC com a redação dada pela Lei nº 10. 358 de 28 de dezembro de 2001.....	101
4.2 As demandas unitárias no Código de Defesa do Consumidor: demandas coletivas, demandas individuais e demandas diferenciadas (direitos individuais homogêneos).....	112
4.3 O problema de uma noção de tutela executiva compreensiva da chamada execução indireta e o enquadramento das demandas unitárias no sistema do CPC.....	115

CAPÍTULO 5

AS FORMAS DE TUTELA ESPECÍFICA NO DIREITO BRASILEIRO.....

5.1. A necessária reaproximação entre direito processual e direito substancial.....	120
5.2 As formas e as técnicas de tutela.....	123
5.2.1 As formas e as técnicas de tutela no plano do direito substancial.....	125
5.2.2. As formas e as técnicas de tutela no plano do direito processual.....	126

CAPÍTULO 6

AS TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO DIREITO BRASILEIRO.....

6.1 Inadequação das técnicas executivas tradicionais.....	134
6.2 Técnicas de efetivação da tutela específica.....	138
6.2.1 Técnicas coercitivas indiretas.....	139
6.2.1.1 Estrutura da coerção indireta.....	140
6.2.1.2 Função da coerção indireta.....	142
6.2.1.3 Aspectos processuais das técnicas de coerção indireta.....	145
6.2.1.4 Aspectos de direito processual comparado: França e Alemanha.....	148
6.2.2 Técnicas sub-rogatórias.....	150

CAPÍTULO 7

O DIREITO À SAÚDE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	162
7.1 Codificação e descodificação do direito.....	162
7.2 Autonomia da vontade e autonomia privada.....	167
7.3 A limitação da autonomia privada e os direitos não patrimoniais.....	171
7.4 Sistema legal e sistema contratual: a importância da diferenciação entre o ilícito e o dano.....	175
7.5 O direito à saúde entre o dever do Estado e as regras de mercado.....	178

CAPÍTULO 8

A TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA DO DIREITO À SAÚDE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	180
8.1 Bem correspondente, bem equivalente e equivalente monetário do bem: uma explicação necessária.....	181
8.2 A tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo.....	182
8.2.1 As formas de tutela preventiva na forma específica.....	182
8.2.1.1 A tutela inibitória.....	183
8.2.1.1.1 Cláusulas abusivas nos planos de saúde.....	184
8.2.1.1.1.1 Cláusula de reajuste das mensalidades.....	189
8.2.1.1.1.2 Cláusula de limitação de risco.....	195
8.2.1.1.1.3 Cláusula com prazo de carência ilegal.....	196
8.2.1.1.2 Dever de oferta difusa do plano-referência.....	198
8.2.1.1.3 Dever de oferta de todas as modalidades do plano de saúde sem discriminação a idosos e portadores de deficiência.....	200
8.2.1.1.4 Outros deveres de conduta do fornecedor.....	201
8.2.1.1.5 Dever de criação de comissão interna de segurança de produtos e serviços.....	204
8.2.1.1.6 Publicidade enganosa ou abusiva.....	204
8.2.1.1.7 Dever de informar.....	208
8.2.1.1.8 Dever de registro governamental do produto ou do serviço.....	211
8.2.1.1.9 Dever de observância de fórmula legal de reajuste dos medicamentos.....	213
8.2.1.2 A tutela de remoção do ilícito.....	216
8.2.1.3 A tutela preventiva executiva.....	223
8.2.1.4 A tutela do adimplemento na forma específica.....	225
8.2.1.4.1 A tutela preventiva do inadimplemento de obrigação contratual.....	225
8.2.1.4.2 A tutela do adimplemento na forma específica e o princípio da vinculação negocial.....	229

8.2.1.4.3 A tutela do adimplemento na forma específica e o adimplemento imperfeito da obrigação contratual.....	232
8.2.2 A tutela ressarcitória na forma específica.....	235
8.2.2.1 As externalidades negativas do mercado e a internalização dos custos sociais das relações de produção e de consumo.....	238
8.2.2.2 A responsabilidade objetiva do fornecedor e a exceção do profissional liberal. Hipóteses de solidariedade passiva.....	242
8.2.2.3 Caso fortuito externo e causas excludentes de responsabilidade do fornecedor.....	244
8.2.2.4 O dano à saúde e o dano não patrimonial.....	248
8.2.2.5 Alguns exemplos de ressarcimento na forma específica do dano à saúde.....	252
CONCLUSÃO.....	255
BIBLIOGRAFIA.....	258
ÍNDICE.....	275